

YEARBOOK
OF THE
INTERNATIONAL
LAW COMMISSION
1950

Volume II

*Documents of the second session
including the report of the Commission
to the General Assembly*

UNITED NATIONS



YEARBOOK
OF THE
INTERNATIONAL
LAW COMMISSION
1950

Volume II

*Documents of the second session
including the report of the Commission
to the General Assembly*

UNITED NATIONS
New York, 1957



NOTE TO THE READER

In accordance with General Assembly resolution 987 (X) of 3 December 1955, the documents reproduced in the present volume are printed in their original languages; translations of the same documents are available only in mimeographed form. However, the Report of the Commission is also issued as a supplement to the Official Records of the General Assembly in the five official languages of the Organization.

A/CN.4/SER.A/1950/Add.1

6 June 1957

UNITED NATIONS PUBLICATION

Sales No.: 1957. V. 3, Vol. II

Price: \$U.S. 4.00; 28/- stg.; Sw. fr. 17.00
(or equivalent in other currencies)

CONTENTS

	<i>page</i>
QUESTION OF INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION	
<i>Document A/CN.4/15: Report by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur</i>	1
<i>Document A/CN.4/20: Report by Emil Sandström, Special Rapporteur</i>	8
ARTICLE 24 OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION	
<i>Document A/CN.4/16: Working Paper by Manley O. Hudson, Special Rapporteur</i>	24
<i>Document A/CN.4/16/Add.1: Addendum to the Working Paper by Manley O. Hudson, Special Rapporteur</i>	33
<i>Document A/CN.4/27: Comments on Judge Hudson's Working Paper, presented by the Secretariat</i>	33
REGIME OF THE HIGH SEAS	
<i>Document A/CN.4/17: Rapport de J. P. A. François, rapporteur spécial</i>	36
<i>Document A/CN.4/19: Replies from Governments</i>	52
<i>Document A/CN.4/30: Memorandum presented by the Secretariat on questions under study by other organs of the United Nations or by Specialized Agencies</i>	65
<i>Document A/CN.4/32: Mémoire présenté par le Secrétariat</i>	67
ARBITRAL PROCEDURE	
<i>Document A/CN.4/18: Rapport par Georges Scelle, rapporteur spécial</i>	114
<i>Document A/CN.4/19: Replies from Governments</i>	151
<i>Document A/CN.4/35: Memorandum prepared by the Secretariat</i>	157
FORMULATION OF NÜRNBERG PRINCIPLES	
<i>Document A/CN.4/22: Report by J. Spiropoulos, Special Rapporteur</i>	181
LAW OF TREATIES	
<i>Document A/CN.4/19: Replies from Governments</i>	196
<i>Document A/CN.4/23: Report by J. L. Brierly, Special Rapporteur</i>	222
DRAFT CODE OF OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND	
<i>Document A/CN.4/19: Replies from Governments</i>	249
<i>Document A/CN.4/19/Add.1: Addendum to replies from Governments</i>	251
<i>Document A/CN.4/19/Add.2: Addendum to replies from Governments</i>	253
<i>Document A/CN.4/25: Report by J. Spiropoulos, Special Rapporteur</i>	253
<i>Document A/CN.4/39: Mémoire présenté par le Secrétariat</i>	278
NATIONALITY OF MARRIED WOMEN	
<i>Document A/CN.4/33: Letter from the Secretary-General to the Chairman of the International Law Commission</i>	363
REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION TO THE GENERAL ASSEMBLY	
<i>Document A/1316: Report of the International Law Commission covering its second session, 5 June - 29 July 1950</i>	364
LIST OF OTHER DOCUMENTS RELATING TO THE WORK OF THE SECOND SESSION OF THE COMMISSION NOT REPRODUCED IN THIS VOLUME	387

INTERNATIONAL LAW COMMISSION

DOCUMENTS OF THE SECOND SESSION, INCLUDING THE REPORT OF THE COMMISSION TO THE GENERAL ASSEMBLY

QUESTION OF INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION

DOCUMENT A/CN.4/15*

Report by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur

[Original Text: English]
[3 March 1950]

CONTENTS

	Page
I. INTRODUCTION	2
II. EVOLUTION OF THE IDEA OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION	2
(1) Human reaction to the horrors of the First World War	2
(2) Action by the Peace Conference — The Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, 1919	2
(3) The Advisory Committee of Jurists, 1920	3
(4) The International Law Association, 1922-1926	4
(5) The Inter-Parliamentary Union, 1925	4
(6) The International Association of Penal Law, 1926-1928	4
(7) The Geneva Conventions for the Prevention and Punishment of Terrorism and for the Creation of an International Criminal Court, 1937	5
(8) The London International Assembly, 1941	5
(9) The International Commission for Penal Reconstruction and Development 1942	5
(10) The St. James Declaration, 1942	5
(11) The Moscow Declaration, 1943	6
(12) The United Nations War Crimes Commission, 1943	6
(13) The Nürnberg and Tokyo International Military Tribunals, 1945, 1946	7
(14) The United Nations Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, 1947	7
(15) The International Criminal Jurisdiction as discussed in connexion with the Genocide Convention, 1946-1948	8
(16) The Commission on Common International Law, 1948	9
(17) Correlation of the questions of International Criminal Jurisdiction, formulation of the Nürnberg Principles and elaboration of an International Code of Offences	9
III. THE CONTEMPORARY OPINION ON THE QUESTION OF UNIVERSAL REPRESSION OF INTERNATIONAL CRIMES AND THE CRIMINALITY OF WAR	9
Basic concepts	
(1) The concept of war as a crime	9
(2) International crimes other than war	13
(3) Necessity to define by international convention all crimes against mankind	14
(4) The necessity to have an international jurisdiction vested with power to try and punish persons responsible of international crimes	15
IV. CONCLUSIONS	16
The three questions	
(1) Desirability of the International Judicial Organ	16
(2) Possibility of the International Judicial Organ	16
(3) Possibility of Establishing a Criminal Chamber of the World Court	17
V. FINAL WORDS	17

* Incorporating document A/CN.4/15/Corr. 1.

I. INTRODUCTION

1. The General Assembly of the United Nations, by resolution 260 B (III), adopted 9 December 1948, requested the International Law Commission "to study the desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide or other crimes over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions", and in carrying out this task, "to pay attention to the possibility of establishing a Criminal Chamber of the International Court of Justice".

2. The International Law Commission, in turn, at its meeting of 3 June 1949, charged Judge A. E. F. Sandström, of Sweden, and myself to present reports on the question stated in the resolution, for consideration at the second session of the Commission, to be opened at Geneva, 5 June 1950.

3. According to the terms of reference, the topic of my report comprises the following points:

(1) The Commission must study whether it is desirable and possible to establish an international judicial organ for the trial of certain crimes;

(2) The General Assembly contemplates the trial of persons charged

(a) with genocide; and

(b) with *other crimes over which jurisdiction will be conferred upon the judicial organ by international conventions*;

(3) The Commission must also study the possibility of establishing a Criminal Chamber of the International Court of Justice.

4. It seems right to assume that with regard to the crimes referred to in 2 (b), the General Assembly had in mind those which are the subject matter of the charter of the Nürnberg Tribunal and its judgment, as well as those liable to be defined in a code of offences *against the peace and security of mankind*. The formulation of such principles and the drafting of such a code were entrusted to the International Law Commission, by resolution 177 (II) of 21 November 1947. The inference is that the General Assembly had in mind, besides genocide, the crimes dealt with by the Nürnberg Tribunal and its judgment, to wit: crimes against peace; war crimes; crimes against humanity.

5. Therefore, the three points of the resolution constitute in fact the broad question of the creation of an international criminal jurisdiction for the trial of crimes affecting the supreme interests of mankind. Such a question is answered by me in the terms set forth in the following pages.

II. EVOLUTION OF THE IDEA OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION

(1) HUMAN REACTION TO THE HORRORS OF THE FIRST WORLD WAR

6. After the termination of the First World War, the conviction crystallized in the minds of thinking people that the horrors of war must be spared to men, that war is a crime against humankind and that such a crime must be prevented and punished. Great was the clamour

against the atrocities perpetrated in violation of the laws and customs of war, as embodied in the unwritten law of humanity and civilization as well as in the positive provisions of The Hague and Geneva conventions and other international agreements. But, after all, the atrocities resulting from the actual conduct of hostilities and the occupation of invaded countries were an effect of the basic crime of planning and waging a war in violation of international law. This crime constitutes the root of the problem. It is this crime that the community of States must stamp out of international life.

(2) ACTION BY THE PEACE CONFERENCE. THE COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON ENFORCEMENT OF PENALTIES, 1919

7. The reaction against the crime of bringing about the war of 1914-18 and its attendant horrors took a concrete expression in the efforts made during the Peace Conference of 1919 to set up an international tribunal for the trial of crimes committed by the Central Powers and by their civil and military authorities. A body was created for the purpose of considering the question, under the name of Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties and this Commission divided such crimes into two classes, namely:

(a) Acts which provoked the World War and accompanied its inception.

(b) Violations of the laws and customs of war and the laws of humanity.

8. Long and interesting debates took place in which no agreement was reached among the victorious powers on the subject of establishing the proposed tribunal for the exercise of an international jurisdiction of a general character. There was agreement, however, on the point that the German Kaiser should be arraigned as responsible for the war and its horrors, and such agreement was embodied in article 227 of the Treaty of Versailles, which reads as follows:

"The Allied and Associated Powers, publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

"A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

"In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

"The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial."

9. This provision of the Versailles Treaty became a dead letter, for William of Hohenzollern took refuge in

Dutch territory and the Government of the Netherlands refused to deliver the ex-Emperor to the Allied and Associated Powers.

10. Two other articles of the Versailles Treaty dealt with the question of war crimes.

Article 228 stated:

"The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law . . .".

Article 229 provided:

"Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power.

"Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned . . .".

11. These provisions were not applied with much effect. Professor Pella in his book entitled *The International Association of Penal Law and the Safeguarding of Peace*, quoting a study by Jacques Descheemaker, gives the following statistics of the trials of criminals of the First World War: "Number of Germans accused in the first Allied list: 896; number of German defendants in the list recognised by Germany: 45; number of persons tried by the Supreme Tribunal of Leipzig: 12; number of defendants condemned: 6".¹

12. However meagre these results may have been, the fact remains that the Treaty of Versailles recognised in principle that crimes against the peace and war crimes should be punished, and that international tribunals should be set up for the punishment of such crimes. Furthermore, despite the serious differences of opinion among the members of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, the following conclusion was reached by the Commission:

"It is desirable that for the future penal sanctions should be provided for such grave outrages against the elementary principles of international law."²

13. Public opinion in favour of the establishment of an international criminal jurisdiction continued to manifest itself through the thought and action of official bodies, scientific institutions and leading jurists.³

¹ V. V. Pella, *op. cit.*, Paris, 1947, p. 2.

² Report of the Commission, extract in *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction*, United Nations Publications. Sales No.: 1949. V.8, pp. 47-49.

³ It seems pertinent in this connexion to transcribe in English the following note from the above quoted book by Professor Pella (pp. 3-4):

Among the plans designed to outlaw war, reference is made to the plan elaborated in 1921 by Mr. S. O. Levinson, of Chicago.

In 1922 Professor Bellot presented to the Conference of the International Law Association held in Buenos Aires a Report relative to the creation of an international criminal jurisdiction.

In the same year Lord Phillimore deals with the same subject in *The British Year-Book of International Law* (vol. III, 1922-1923, pp. 79-86).

(3) THE ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS, 1920

14. An Advisory Committee of Jurists was appointed by the Council of the League of Nations in February 1920, to draw up plans for the establishment of an International Court of Justice. Members of that Committee were such eminent men as Adatci, of Japan; Altamira, of Spain; Fernandes, of Brazil; Descamps, of Belgium; Hagerup, of Norway; Lapradelle, of France; Loder, of the Netherlands; Lord Phillimore, of Great Britain; Ricci-Busatti, of Italy; Elihu Root, of the United States.

15. Baron Descamps formulated a draft for the establishment of a *High Court of International Justice* empowered to try those responsible for offenses against international public order and the universal law of nations. The Advisory Committee discussed the problem of an international criminal jurisdiction. Several observations were made regarding the difficulties of the problem. Nevertheless, a resolution was adopted, *inter alia*, by the Committee, recommending to the consideration of the Council of the League of Nations the proposal contained in the following articles:

"1. A High Court of International Justice is hereby established.

"2. This Court shall be composed of one member for each State, to be chosen by the group of delegates of each State at the Court of Arbitration.

"3. The High Court of Justice shall be competent to try crimes constituting a breach of international public order or against the universal law of nations, referred to it by the Assembly or by the Council of the League of Nations.

"4. The Court shall have the power to define the nature of the crime, to fix the penalty and to decide the appropriate means of carrying out the sentence. It shall formulate its own rules of procedure."⁴

16. After the resolution of the Advisory Committee was considered by the Council of the League and by the Third Committee of the Assembly, this Committee finally declared to the Assembly:

"The Committee is of the opinion that it would be useless to establish side by side with the Court of

In September 1924, Professor Bellot presents a Draft Statute to the Stockholm Conference of the International Law Association.

In October 1924, Professor Donnedieu de Vabres published a learned paper on The Permanent Court of International Justice and its vocation for criminal matters.

In August 1925, on the occasion of a course of lectures given at the Academy of International Law of The Hague, Professor Saldaña formulated a Draft International Penal Code.

In November 1925, Counsellor Caloyanni published an interesting study on The Permanent Court of International Criminal Justice.

It must be recalled in conclusion that the Romanian Inter-Parliamentary Group, on the occasion of the publication of Professor Pella's work on The Collective Criminality of States and the Penal Law of the Future (January 1926) made an extended investigation among statesmen and specialists in international law and penal law, and the investigation resulted in the unanimous concurrence of those consulted, as all of them opined in favour of the creation of an international penal jurisdiction. The principal opinions were those of Barthou, Bellot, Barthélémy, Caloyanni, Carton de Wiart, Donnedieu de Vabres, E. Ferri, Garofalo, P. Garraud, Guerrero, Huguency, La Fontaine, Lapradelle, G. Le Bon, Loder, R. Poincaré, Politis, Rappaport, Roux, Saldaña, Schücking, Spears and A. Weiss.

⁴ *Ibid.*, p. 10.

International Justice another Criminal Court, and that it is best to entrust criminal cases to the ordinary tribunals as is at present the custom in international procedure. *If crimes of this kind should in future be brought within the scope of international penal law, a criminal department might be set up in the Court of International Justice.* In any case, consideration of this problem is, at the moment, premature."⁵

17. This action reflected the views of those who had opposed the establishment of an international jurisdiction for the trial of the First World War criminals, for certain legal reasons, to wit: that there was no defined notion of international crimes; that there was no international penal law; that the principle *nulla poena sine lege* would be disregarded; that the different proposals were not clear; and that inasmuch as only States were subjects of international law, individuals could only be punished in accordance with their national law. But no statement was ever made to the effect that it was not desirable or possible to prevent and punish crimes against the international public order. The inference of everything that was said in those early debates, is that if the difficulties could be overcome, an international criminal jurisdiction was necessary and desirable to prevent the calamities of war and to consolidate peace among nations.

(4) THE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1922-1926

18. The first unofficial body to take up the question was the International Law Association, at its Conference of 1922, in Buenos Aires. Dr. Hugh H. L. Bellot read an extensive report in which he advocated the establishment of a permanent international criminal court, whereupon a resolution was passed in these terms:

"In the opinion of this Conference *the creation of an International Criminal Court is essential in the interests of justice*, and the Conference is of the opinion that *the matter is one of urgency.*"⁶

19. A draft statute of the proposed criminal court was presented by Dr. Bellot to the Association at the meeting held in Stockholm in 1924. His idea was that an international penal court should be established as a division of the Permanent Court of International Justice and that the jurisdiction of the proposed criminal court should cover the following offences:

(a) Violations of international obligations of a penal character committed by the subjects or citizens of one State or by a stateless person against another State or its subjects or citizens;

(b) Violations of any treaty, convention or declaration binding on the States adhering to the Court, and regulating the methods and conduct of warfare;

(c) Violations of the laws and customs of war generally accepted as binding by civilized nations.

20. The Bellot draft was referred to a special Committee, which in reporting back to the Association at the Vienna Conference of 1926, declared:

"... that after a careful study of the question, *it had come to the conclusion that the creation of a permanent*

international criminal court was not only highly expedient, but also practicable."⁷

(5) THE INTER-PARLIAMENTARY UNION, 1925

21. The Inter-Parliamentary Union, gathered in conference in Washington in 1925, after hearing a report of the eminent penologist Professor V. V. Pella on the subject of an international criminal jurisdiction, resolved:

"To institute a permanent sub-committee within the Committee for the Study of Juridical Questions;

(a) To undertake the study of all the social, political, economic and moral causes of wars of aggression *to find practical solutions for the prevention of that crime;*

(b) To draw up a preliminary draft of an International Legal Code."

22. The Pella report was accompanied by an annex laying down fundamental propositions of penal law, such as the responsibility of individuals, as well as of States; the application of the principle *nulla poena sine lege* to international penal law, and other important details designed to meet objections of previous debates.⁸

(6) THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PENAL LAW, 1926-1928

23. Another authoritative expression of the world's legal thought in the matter of an international criminal jurisdiction is found in the voluminous work accomplished by the International Association of Penal Law, a specialized scientific organization presided by the above-mentioned Professor Pella, of the University of Bucharest, author of a large number of substantial works on international penal law.⁹

⁵ *Ibid.*, pp. 12-13.

⁶ The full text of the resolution and the annex may be consulted in *Ibid.*, p. 70, which took it from *Union interparlementaire, Compte rendu de la XXIII^e Conférence*, Washington, 1925, pp. 46-50.

⁷ A list of the works of Professor Pella, up to 1947, may be found in his book *L'Association Internationale de Droit Pénal et la Protection de la Paix*, Sirey, Paris, pp. 2-3.

A bibliography on International Criminal Law and Jurisdiction, compiled by the Legal Department of the United Nations, lists the following authors of monographs and studies on the different aspects of that subject: Alderman, Anderson, April, Arguas, Aron-neau, Balazs, Barciskowski, Basu, Bauer, Bellot, Bernays, Bernstein, Berger, Bial, Biddle, Birkett, Blakeney, Boissarie, Boissier, Brandt, Brown, Brierly, Bustathiadis, Caloyanni, Calvocoressi, Carter, Lord Cave, Cloughton, Cohn, Colby, Coll, Commyns-Carr, Cooper, Coste-Floret, Cowles, Creel, Daniel, Dautricourt, Dodd, Doman, Donnedieu de Vabres, Descheemaeker, Dimock, Dumas, Eagleton, Eccard, van Eck, Efremoff, Egbert, Ehard, Engelson, Ferencz, Finch, Fite, Forbes, Franklin, Freeman, Garner, Garofalo, Gaspard, Gault, Genton, Givanovitch, Glaser, Glueck, Goldstein, Goodhart, Graven, Gregory, Gross, Herzog, von Hoffmannsthal, Honig, Hoover, Huguency, Hula, Hudson, Hyde, Ireland, Jackson (R.H.), Jaspers, Jessup, Kallab, Kellock, Kelsen, Kuhn, Kuntz, Lacconia, Lachs, de Lapradelle, Larnaude, Lauterpacht, Lord Lawrence, Lazard, Lemkin, Leventhal, Levy, Leyrat, Lippman, Malezieux, von Mangoldt, Manner, Maxwell-Fyfe, Maynard, Meltzer, Merignhac, Mignone, Montero, Morgan, Mosier, Mouton, Muszkat, Myerson, Neave, Nispen tot Sevenaer, Nizer, Lord Oaksey, Ottolenghi, Paoli, Paston, Pella, Peritch, Phillips, Lord Phillimore, Politis, Poljokan, von Puttkammer, Quentin-Baxter, Quintero-Ripolles, Radin, Rappaport, Reeves, Regüefeiros, Reliquet, Renault, Reuter, Rey, Rodriguez von Sobotker, Roux, Rowson, Ruiz Moreno, Sack, Sagone, Saldafia, Sawicki, Scelle, Schwartzberger, Schick, Schneeberger, Schwelb, van Shaick, Smith, Sokalski, Sottile, Stillschweig, Stimson, Storey, Stransky, Stuyt, Taylor, Teitgen, Trainin, Travers, Vadasz, Veicopoulos, Verdross, Wall, Walkinshaw, von Weber, Wechsler, Weis, White, Wilding-White, Winfield, Wright (Q.), Wright (R.A.W.), Zeck.

⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁹ *Ibid.*, p. 12.

24. At the Congress of the Association in Brussels, in 1926, papers were submitted by no less than thirteen jurists, among them Donnedieu de Vabres and Pella, whose "conclusions" were adopted by the Congress, as the basis for its discussions.¹⁰ A resolution was passed comprising twelve points, the most substantial of which were:

(a) That the Permanent Court of International Justice should have criminal jurisdiction; (art. 1)

(b) That the Court should have competence to try States for an unjust aggression and for all violations of international law; (art. 3)

(c) That the Court should also be competent to try individuals for international criminal responsibilities; (arts. 4, 5, 6)

(d) That offences and penalties should be defined and pre-established by precise texts. (art. 6)¹¹

25. The Congress further charged Professor Pella with the preparation of a draft statute of an International Criminal Court, a task which he satisfactorily performed. His draft was adopted by the Association in 1928 and communicated to the League of Nations and to Governments represented in the Congress. This draft was revised by its author in 1946 and it might be used by the International Law Commission as a basis for discussion of the concrete problem of the organization of the court.¹²

(7) THE GENEVA CONVENTIONS FOR THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF TERRORISM AND FOR THE CREATION OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 1937

26. A Convention for the Creation of an International Criminal Court was opened for signature at Geneva on 16 November 1937, and signed by thirteen States. It provided for the trial of persons accused of crimes defined in another convention, namely, the Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism; and while these two conventions did not deal with crimes incidental to war, they are significant for the fact that they embodied the principle of the universality of repression of offences having an international scope and liable to disturb international peace. This was the first time in which States agreed on the establishment of an international criminal court, having a permanent character and in which the feasibility and expediency of such jurisdiction was officially recognized.

(8) THE LONDON INTERNATIONAL ASSEMBLY, 1941

27. The London International Assembly was an unofficial body set up in the British capital in the year 1941,

but its members were designated by the Allied Governments, and it adopted in June 1943 a series of "conclusions", the substance of which is as follows:

That an International Criminal Court shall be instituted, and that it shall have jurisdiction over the following categories of war crimes;

(a) Crimes in respect of which *no* national court of any of the United Nations has jurisdiction;

(b) Crimes in respect of which a national court of any of the United Nations has jurisdiction, but which the State concerned elects not to try in its own courts;

(c) Crimes which have been committed or which have taken effect in several countries or against nationals of different countries; and

(d) Crimes committed by Heads of State.

28. In harmony with these principles, the International Assembly prepared a draft Convention for the Creation of an International Criminal Court.¹³

(9) THE INTERNATIONAL COMMISSION FOR PENAL RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, 1942

29. Another body of a semi-official character was set up in London under the name of International Commission for Penal Reconstruction and Development. With regard to the trials of persons accused of crimes perpetrated in connexion with the Second World War, which was being fought at the time, this body expressed serious doubts and objections, the main one being that the application of a new code of penal law to the war criminals would be open to the criticism that it was an *ex post facto* law. Nevertheless, the Commission categorically stated its belief that "*the time is ripe for the establishment of a Permanent International Criminal Court*".¹⁴

(10) THE ST. JAMES DECLARATION, 1942

30. In the evolution of the idea of an international criminal jurisdiction, there are two acts of the Allied Powers which have a deep significance, namely, the St. James Declaration of 1942 and the Moscow Declaration of 1943.

31. At a time when the belligerent and neutral countries were overrun by the victorious forces of the Berlin-Tokio Axis, and the most shocking atrocities were being systematically perpetrated by them in the battlefields, on the high seas, in the prison camps and in the occupied countries, the powers who were victims of the aggression could not but be dominated by a strong sense of retribution. Yet, they did not clamour for "vengeance". They asked for "justice". On 13 January 1942, nine Allied Governments signed in the palace of St. James, in London, the Inter Allied Declaration on Punishment of the War Crimes. After referring to the war crimes that historic document states:

"International solidarity is necessary in order to avoid the repression of these acts of violence simply

¹⁰ Papers were submitted by H. Bellot, J. E. Coll and J. P. Ramos, P. Cardenas, F. Segura, E. Regueiferos, A. Saldaña, H. Donnedieu de Vabres, N. Politis, R. Garofalo, V. V. Pella, J. Kallab and J. Peritch. (*Ibid.*, p. 15, note.)

¹¹ V. V. Pella, *The International Association of Penal Law and the Safeguarding of Peace*, Paris, 1947, pp. 5-6.

¹² Its full text in French is found in V. V. Pella, *La Guerre-Crime et les Criminels de Guerre*, Paris, 1946, pp. 129 *et seq.*, and an English translation is inserted in *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction*, pp. 75-88.

¹³ The full text of the conclusions and of the draft convention may be seen in *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction*, pp. 97-112.

¹⁴ *Ibid.*, p. 19.

by acts of vengeance on the part of the general public, and in order to satisfy the sense of justice of the civilised world."

32. Further on, the signatory powers declare:

"(They) place among their principal war aims the punishment, *through the channel of organised justice*, of those guilty of or responsible for these crimes, whether they have ordered them, perpetrated them or participated in them", (and resolve)

"To see to it in a spirit of international solidarity, that

(a) those guilty or responsible, whatever their nationality, are sought out, *handed over to justice and judged*;

(b) that the sentences pronounced are carried out." ¹⁵

33. "It is clear that condemnation of the atrocities as *crimes under law* — a condemnation to be pronounced in *judicial proceedings* — was a prime objective of the St. James Declaration, quite as important as, if not more important than, the punishment of individual perpetrators of atrocities. And the view that war crimes should be handled by legal process was echoed by the United States, Britain and the Soviet Union in their acknowledgments of the St. James Declaration. Roosevelt warned those guilty of atrocities that 'the time will come when *they shall have to stand in courts of law* . . . and answer for their acts', Churchill declared that the accused '*will have to stand up before tribunals*', and the Soviet reply stated that the Nazi leaders must be 'arrested and tried under criminal law'." ¹⁶

34. Perhaps nowhere is the spirit of the St. James Declaration so vividly and eloquently expressed as in the words spoken by Lord Simon in December 1943, in the House of Lords:

"From our point of view, the British point of view, we must never fail, however deeply we are tried, and however fundamentally we are moved by the sufferings of others, to *do justice according to justice*. There must be no mass executions of great numbers of nameless people merely because there have been frightful mass executions on the other side. We shall never do any good to our own standards, to our own reputation and to the ultimate reform of the world if what we do is not reasonably consistent with justice . . . whatever happens, do not let us depart from the principle that war criminals shall be dealt with because they are proved to be criminals, and not because they belong to a race led by a maniac and a murderer who has brought this frightful evil upon the world." ¹⁷

(11) THE MOSCOW DECLARATION, 1943

35. During the Conference held at Moscow in October and November 1943, the United States, Great Britain and

the Soviet Union issued a Declaration on German Atrocities in Occupied Europe in which they stated:

"At the time of the granting of any armistice to any government which may be set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done *in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries* and of the Free Governments which will be erected therein.

"The above declaration is without prejudice to the case of the major criminals whose offences have no particular geographical location and who will be punished by a joint decision of the Governments of the Allies." ¹⁸

(12) THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, 1943

36. The first official body created for the exclusive purpose of investigating the war crimes and providing for their punishment by means of an international judicial organ, was the United Nations War Crimes Commission, set up as the result of a conference of the Allied Governments which met in London in October 1943. This Commission approved a draft of a Convention for the Establishment of a United Nations War Crimes Court, in September 1944. Chief provisions of this draft Convention were the following:

"Article 1

"1. There shall be established a United Nations War Crimes Court for the trial and punishment of persons charged with the commission of an offence against the laws and customs of war.

"2. The jurisdiction of the Court shall extend to the trial and punishment of any person — irrespective of rank or position — who has committed, or attempted to commit, or has ordered, caused, aided, abetted or incited another person to commit, or by his failure to fulfill a duty incumbent upon him has himself committed, an offence against the laws and customs of war.

"3. The jurisdiction of the Court as defined above shall extend to offences committed by the members of the armed forces, the civilian authorities or other persons acting under the authority of, or claim or colour of authority of, or in concert with a State or other political entity engaged in war or in armed hostilities with any of the High Contracting Parties, or in hostile occupation of territory of any of the High Contracting Parties."

...

"Article 18

"The Court shall apply:

"(a) General international treaties or conventions declaratory of the laws of war, and particular treaties or

¹⁵ *Punishment for War Crimes. The Inter-Allied Declaration signed at St. James Palace, London, on 13 January 1942, and related documents* (issued by the Inter-Allied Information Committee, London, 1942), pp. 2-4.

¹⁶ Telford Taylor, Brigadier General, U.S.A., Chief of Counsel for War Crimes, *The Nuremberg War Crimes Trials*, International Conciliation, No. 450, April, 1949, New York, pp. 245-246.

¹⁷ Louise W. Holborn (comp. and ed.), *War and Peace Aims of the United Nations* (Boston: World Peace Foundation, 1943, 1948) Vol. II, pp. 449-450, quoted by Taylor, *op. cit.*, pp. 247-248.

¹⁸ *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal—History and Analysis*, United Nations Publications. Sales No.: 1949.V.7, pp. 87-88.

conventions establishing laws of war between the parties thereto;

"(b) International customs of war, as evidence of a general practice accepted as law;

"(c) The principles of the law of nations, derived from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and from the dictates of the public conscience;

"(d) The principles of criminal law generally recognized by civilized nations;

"(e) Judicial decisions as subsidiary means for the determination of the rules of the laws of war."¹⁹

(13) THE NURNBERG AND TOKYO INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNALS, 1945-1946

37. Official action passed from mere *desiderata* or plans to actual deeds, when in August 1945, and in conformity with the aims stated in the St. James and Moscow Declarations, the Governments of the United States, France, Great Britain and the Soviet Union, concluded in London the Agreement providing for the establishment of an International Military Tribunal, for the trial of war criminals of the European Axis whose offences had no particular geographical location. Nineteen other Governments of the United Nations did subsequently adhere to the agreement. A Charter annexed to the Agreement defined and detailed the constitution, principles, jurisdiction and functions of the Tribunal. "The heart of the Charter"—as pointed out by Taylor—"was Article 6, defining the crimes within the jurisdiction of the Tribunal. These crimes, corresponding to the 'legal charges' outlined in Justice Jackson's report (and later included in the four counts of the indictment), were described as '*crimes against the peace*' (the planning or waging of aggressive war, or conspiracy for the accomplishment thereof), '*war crimes*' (violations of the laws and customs of war), and '*crimes against humanity*' (atrocities and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of, or in connexion with, any crime within the jurisdiction of the Tribunal)."²⁰

38. This was the Tribunal which functioned in Nürnberg, Germany, tried the major criminals of the Second World War, convicted nineteen of them, condemned them to penalties ranging from death to prison terms of from ten years to life and acquitted three of the accused.

39. I am not unmindful of the criticisms that have been levelled against the Nürnberg trial, but of course, it would be out of the scope of this paper to discuss them. My purpose here is simply to advert to the fact that an international criminal jurisdiction has already operated in the world and that its feasibility has been demonstrated. Verily, the Nürnberg Tribunal was only a temporary institution and serious objections have been raised against it, chief among them the following:

1. That it was an *ad hoc* tribunal;
2. That it was more political than juridical;
3. That only the four major victor powers constituted the tribunal, and consequently, it did not represent the international community;
4. That it disregarded the principle *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

40. Leaving aside the question of whether some or all of these objections, or any others, are right or wrong, I will merely remark here that the creation of an international criminal jurisdiction as advocated in this paper, is predicated on propositions which eliminate previous objections, because

1. The tribunal exercising the international criminal jurisdiction would be permanent;
2. The tribunal would be organized on a strictly legal basis in every respect;
3. The judges would be jurists specialized in penal law and chosen without distinction as to nationality;
4. The tribunal would exercise its jurisdiction over offences defined in an international penal statute or in particular treaties between States.

41. Another International Military Tribunal was set up in Tokyo in accordance with a Declaration signed at Potsdam on 26 July 1945 by the United States, China and Great Britain, to which the Soviet Union adhered later on. The Declaration stated that "stern justice shall be meted out to all war criminals, including those who have visited cruelties upon our prisoners". In pursuance of the vast powers conferred upon the Supreme Commander of the Allied Forces by the Instrument of Surrender signed on 2 September 1945 in the Bay of Tokyo by Japan and nine Allied Nations, General MacArthur established the International Military Tribunal for the Far East by a special proclamation dated 19 January 1946. Judges representing eleven nationalities sat on this Tribunal. It functioned in a manner and under principles almost identical with those of the Nürnberg Tribunal. The remarks previously made with regard to that tribunal are applicable *mutatis mutandis* to the one established in the Far East.

42. For the first time in the history of the world, two international tribunals exercising a criminal jurisdiction and composed of judges from different nations, tried persons accused of crimes against the peace of the world and the dictates of humanity. It was done by means of judicial proceedings in which the defendants had the benefit of counsel and all the guarantees necessary to prove themselves not guilty, and in which they were given a fair trial by judges bent upon doing, as Lord Simon said, "justice according to justice".

(14) THE UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE PROGRESSIVE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW AND ITS CODIFICATION, 1947

43. This body was set up by the General Assembly of the United Nations by resolution 94 (I) of 11 December 1946. It consisted of seventeen Members, representing the following States: Argentina, Australia, Brazil, China, Colombia, Egypt, France, India, The Netherlands, Panama, Poland, Sweden, Soviet Union, United Kingdom,

¹⁹ For text of this draft convention, with an explanatory note, see *Ibid.*, pp. 112-119.

²⁰ Telford Taylor, *op. cit.*, pp. 257-258.

United States, Venezuela and Yugoslavia. By resolution 95 (I) of the same date, the General Assembly directed the Committee "to treat as a matter of primary importance plans for the formulation, in the context of a *general codification of offences against the peace and security of mankind, or of an International Criminal Code*, of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal".

44. The debates of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification gave rise to significant developments in the consideration of the question of establishing an international criminal jurisdiction. Donnedieu de Vabres, who represented France, presented a very substantial memorandum²¹ in which he said:

"The repression, pursuant to the principles of the Nürnberg judgment, of *international crimes against peace and humanity . . . can only be ensured by the establishment of an international criminal court.*"

His concrete recommendation was the establishment of

1. A Criminal Chamber in the International Court of Justice to deal with (a) certain juridical matters; (b) crimes against peace; and (c) crimes against humanity; and

2. A special International Court of Justice to deal with (a) international offences capable of being committed in time of peace; (b) war crimes; and (c) all offences *communis juris* connected with crimes against humanity committed by Heads of States.

45. A long debate took place within the Committee when the question was taken up during its session held 12 May - 17 June 1947. Most of the debate, as well as the dissenting vote on the final decision of the Committee, dealt with the question of whether or not the Committee was acting within the terms of reference. For the purpose of this paper, the important fact to record is that the Committee, on the substantial point at issue, reported as follows:

"3. The Committee also decided by a majority to draw the attention of the General Assembly to the fact that the implementation of the principles of the Nürnberg Tribunal and its judgment, as well as the punishment of other international crimes which may be recognized as such by international multipartite conventions, *may render desirable the existence of an international judicial authority to exercise jurisdiction over such crimes.*"²²

(15) THE INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION AS DISCUSSED IN CONNEXION WITH THE GENOCIDE CONVENTION, 1946-1948

46. Long and arduous debates preceded the adoption of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Those debates gave rise to significant declarations and decisions in connexion with the question of establishing an international criminal jurisdiction.

47. It is pertinent to recall the manner in which the Genocide Convention was finally adopted by the unanimous vote of the third session of the General Assembly of the United Nations. A draft resolution on the repression of genocide, proposed by the Delegations of India, Cuba and Panama, was acted upon by the General Assembly on 11 December 1946 by requesting the Economic and Social Council to undertake the necessary studies for the drafting of a convention. The Council in turn instructed the Secretary-General to accomplish such a task in the manner set forth in its resolution 47 (IV). A draft convention was prepared by the Secretary-General and referred to the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification. The Committee returned the draft to the Secretary-General without expressing any opinion in the matter and recommending that Member Governments be consulted. The Economic and Social Council established an *ad hoc* Committee which was charged with the preparation of the draft convention. The *ad hoc* Committee prepared the draft convention and submitted it to the seventh session of the Economic and Social Council, which in turn transmitted it for action to the General Assembly.

48. The matter was fully debated by the Legal Committee of the third session of the General Assembly and on the basis of the Committee's report, the General Assembly, by resolution 260 (III) of 9 December 1948, unanimously approved the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Both the draft of the Secretary-General and the draft of the *ad hoc* Committee contained proposals for the establishment of an international criminal jurisdiction to deal with the crime of genocide, although differing as to form and scope. There was lengthy discussion in the Committee itself and in the Economic and Social Council on the pros and cons of the proposal. The ultimate result, however, was that the draft approved by the *ad hoc* Committee contained this provision: (article VII, later renumbered VI)

"Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article IV shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed or by a *competent international tribunal.*"

49. The draft was referred to the Sixth Committee of the General Assembly. An intensive debate took place in the Committee arising out of objections to the final phrase, "*or by a competent international tribunal*". At one time there was a majority decision to delete it, but the decision was reconsidered. Several delegates made the categorical statement that they had voted for the deletion not because they were opposed in principle to an international criminal jurisdiction, but because the phrase objected to expressed a hope and not a reality. Since it referred to a jurisdiction which did not exist. A conciliation formula was proposed by the delegation of the United States and after painstaking discussion of several amendments proposed by the delegations of France, Belgium, India and the United States, the article was finally adopted in these terms:

"Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of

²¹ For text of the memorandum, see *Ibid.*, pp. 119-120.

²² A/AC.10/52 or A/332, p. 2.

which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction." ²³

(16) THE COMMISSION ON COMMON INTERNATIONAL LAW, 1948

50. This private scientific body, denominated in French *Commission du droit commun international*, was set up in Paris by the *Mouvement National Judiciaire*. In 1948 this Commission formulated a draft convention containing a definition of the "crimes against humanity" referred to in the judgment of the Nürnberg Tribunal, and proposed conferment of jurisdiction over them on a special international penal court also proposed by the Commission to deal with violations of human rights in conformity with another draft convention denominated *Convention Internationale sur les droits de l'homme*. A draft statute of the court was also produced by this organization. ²⁴

(17) CORRELATION OF THE QUESTIONS OF INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION, FORMULATION OF THE NURNBERG PRINCIPLES AND ELABORATION OF AN INTERNATIONAL CODE OF OFFENCES

51. In view of the above stated facts and circumstances, it is my belief that the United Nations should consider and decide as inseparable and mutually complementary, the three questions of the international criminal jurisdiction, the formulation of the Nürnberg principles and the elaboration of an International Penal Code. It may not be amiss to quote in this connexion a statement contained in the Secretary-General's memorandum, and made with reference to the representative of France in the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification:

"He further argued that *there was a close connexion between the Nürnberg principles and an international criminal jurisdiction*." ²⁵

52. In another passage relative to a proposal by the representative of the Netherlands:

"*The question of an international criminal court was so closely connected with the Nürnberg principles that its mention was inevitable*." ²⁶

53. In conclusion, it may be recalled that the General Assembly resolution 177 (II) of 21 November 1947 charged the International Law Commission with the *formulation of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal, as well as the preparation of a draft code of offences against peace and security*.

III. THE CONTEMPORARY OPINION ON THE QUESTION OF UNIVERSAL REPRESSION OF INTERNATIONAL CRIMES AND THE CRIMINALITY OF WAR

Basic concepts

54. In the preceding pages we can see an imposing array of official and unofficial thought and action which for the last thirty years has manifested itself in favour of the establishment of an international criminal jurisdiction for the prevention and punishment of crimes against humanity. The proposals of jurists, statesmen, thinkers, governmental bodies and scientific institutions reflect the feelings of a generation which still shudders at the recollection of the atrocities of the last war and is gripped by the fear of a new conflagration. They also represent the considered opinion of the world with regard to war and its attendant horrors and respecting the imperative need of delivering humanity from those frightful evils.

55. The proposals are indeed widely diversified, but in their great majority they coincide in certain fundamental concepts, to wit:

1. That war is a crime against the human race;
2. That there are crimes, other than war, of which mankind is also the victim;
3. That it is necessary to define by international convention all crimes against mankind;
4. That it is also necessary to have some form of international criminal jurisdiction, vested with power to try and punish those responsible for crimes defined in an international code of offences.

Let us examine these propositions.

(1) THE CONCEPT OF WAR AS A CRIME

56. The notion of war from a legal standpoint, shows a fundamental change which has been evolving for the last three decades. Contemporary legal thought has manifestly forsaken the standards of international law generally accepted until the beginning of the first world conflagration, that waging war is simply an unrestricted attribute of sovereignty, the legality of which was not questioned. After the advent of the new international order created by the Covenant of the League of Nations, the world witnessed the tremendous effort of Governments and public opinion to eliminate the possibility of war by the strengthening of the methods of pacific settlement, by the adoption of measures designed to guarantee the independence and integrity of nations, by the definition and condemnation of aggression, and by the outlawry of war.

57. The outrages of the Second World War, perpetrated on a gigantic scale, with an unprecedented display of cruelty combined with scientific efficiency, intensified the struggle for the suppression of war and the consolidation of systems of pacific settlement. It also caused a decided reversion to the conception of the old masters of international law, who classified wars as *just* and *unjust*, thereby implying a condemnation of the unjust war.

58. Vitoria, who, as stated by James Brown Scott, was the "unconscious founder of the modern law of

²³ For an excellent and well detailed account of the debates in connexion with the Genocide Convention and the formulation of the Nürnberg principles, see the *Historical Survey*, *op. cit.*, pp. 25-46.

²⁴ *Ibid.*, pp. 25-26, note.

²⁵ *Ibid.*, pp. 27-28.

²⁶ *Ibid.*, p. 29.

nations as Grotius was its conscious expositor", was very categorical in his condemnation of unjust wars. Of them Vitoria gave these specific examples:

- " I. Difference of religion is not a cause of just war.
- " II. Extension of empire is not a just cause of war.
- " III. Neither the personal glory of the prince nor any other advantage to him is a just cause of war."

59. And he rounded up his thought when he said: "*There is but a single and only just cause for commencing a war, namely, a wrong received*". In this sentence Vitoria did simply proclaim the right of self-defence, the legitimacy of a defensive war.²⁷

60. In line with this doctrine, Suárez in Disputation XIII of his works, stresses the difference between aggressive and defensive war and ends his discourse *On War* in these terms:

" Our fourth proposition is this: in order that a war may be *justly* waged, a number of conditions must be observed, which may be grouped under three heads. First, the war must be waged by a legitimate power; secondly, *the cause itself and the reason must be just*; thirdly, the method of its conduct must be proper, and due proportion must be observed at its beginning, during its prosecution and after victory. All of this will be made clear in the following sections. The underlying principle of this general conclusion, indeed, is that, while a war is not in itself evil, nevertheless, on account of the many misfortunes which it brings in its train, it is one of those undertakings that are often carried on in evil fashion; and that therefore, it requires many (justifying) circumstances to make it righteous."²⁸

61. Grotius, who was greatly influenced by the old Spanish precursors, distinguished between *just* and *unjust* wars. The whole structure of his treaties on the law of war is predicated on the conception that war may be waged only to redress a wrong, to defend justice, to resist attack. At the beginning of Chapter II of his Book I he says:

" Having seen what the sources of law are, let us come to the first and most general question, which is this: *whether any war is lawful, or whether it is ever permissible to war.*"

Further on, in the same chapter, he adds:

" 6. It is not, then, contrary to the nature of society to look out for oneself and advance one's own interests, *provided the rights of others are not infringed*; and consequently, *the use of force which does not violate the rights of others is not unjust.*"

62. On the specific point of the legitimacy of defensive war, Grotius quotes Cicero as saying:

" Since there are two ways of settling a difference, the one by argument, the other by force, and since the former is characteristic of man, the latter of brutes, *we should have recourse to the second only when it is not permitted to use the first.* What can be done against force without force?"²⁹

Bynkershoek commenting on his own definition of war, says:

" The definition also specifies '*for the sake of asserting their rights*'. In other words, *the only correct ground for war is the defence or recovery of one's own.*"³⁰

63. Even among modern writers and despite the doctrine generally accepted in the XIX century, we find the distinction between just and unjust wars; between right or wrong wars; between wars of aggression and defensive wars; between "jural" and "non-jural" wars; between a "legal" or "legitimate" war and an "illegal" or "illegitimate" war; between a war that can be justified and one that cannot be justified. The following excerpt from Woolsey is very much in point:

" War may be defined to be an interruption of a state of peace for the purpose of attempting to *procure good or prevent evil by force*; and a *just war is an attempt to obtain justice or prevent injustice by force*, or, in other words to bring back an injuring party to a right state of mind and conduct by the infliction of deserved evil. A justifiable war, again, is only one that is waged in the last resort, when peaceful means have failed to procure redress, or when self-defence calls for it. We have no right to redress our wrongs in a war of violence, involving harm to others, when peaceful methods of obtaining justice would be successful."³¹

64. However, the contemporary trend has been in the sense of suppressing not only aggression but also those wars which might be called "just", "legal", "jural" or "justifiable". Modern conscience condemns in principle the use of force for the settlement of any controversy, even if the State resorting to war can prove that a wrong has been committed against it.

65. This line of thought is strengthened by the fact that in the days of old, wars were justified for the redress of wrong, because there did not exist in the international community an authority vested with power to decide controversies between States. "The only justification for war, in the opinion of enlightened theologians, from St. Augustine down",—says Scott—"was that between equal states there was not and could not be in the then state of affairs, a court of the superior. We of today have solved the difficulty by creating a court of the superior, the superior in this instance being none other than the international community and to this

²⁷ J. B. Scott, *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, ed. Carnegie Endowment, Oxford, The Clarendon Press, 1934, pp. 196, 208-209.

²⁸ F. Suárez, *Selections from Three Works*, Translation Williams, Waldron and Davis, ed. Carnegie Endowment, Oxford, The Clarendon Press, 1944, p. 805.

²⁹ H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Translation by Francis Kelsey, ed. Carnegie Endowment, Oxford, The Clarendon Press, 1925, pp. 51-54.

³⁰ C. van Bynkershoek, *Questionum Juris Publici*, Translation and ed. Carnegie Endowment, Oxford, The Clarendon Press, 1930, p. 15.

³¹ Woolsey, *Introduction to the Study of International Law*, 6th ed., New York, 1891, p. 176, para. 115.

supreme tribunal all States of the world may appeal for a redress of their legal wrongs."³²

66. The fight for the outlawry of war began when the great majority of the civilized States became parties to the Covenant of the League of Nations. Humanity had been deeply impressed with the dramatic utterance of Wilson that the conflagration of 1914-1918 was "a war to end all wars". When the States of the world decided to organize the community of States on a conventional basis, the feeling became stronger than ever that a society where the members can take justice in their hands is bound to disintegrate and that even in the case of a just war, even when a nation waged war to redress a wrong, that nation is taking justice in her own hands.

67. That sentiment was reflected in Article 11 of the Covenant:

"Any war or threat of war, whether immediately affecting any of the Members of the League or not, is hereby declared to be a matter of concern to the whole League, and the League shall take any action that may be deemed wise and effectual to safeguard the peace of nations . . ."

68. This provision of the Covenant is remarkable in that it does not distinguish between kinds of war. It refers to "any war or threat of war" and declares it a matter of concern to virtually the whole community of nations, since the League was its living organ. War is not outlawed in words, but it is outlawed in fact. Resort to war in violation of the obligation to submit controversies to methods of peaceful settlement, as per Articles 12, 13 and 15 of the Covenant, is pronounced by Article 16 to be "an act of war against all other Members of the League", which is tantamount to aggression against the community of States. Such an aggression in violation of international law, customary as well as positive, and against the supreme interest of humanity, can only be conceived as a crime against humanity.

69. That such a conception existed in early League and Governmental circles, is witnessed by Article 1 of the Treaty of Mutual Assistance, of 1923, which reads as follows:

"Art. 1. The High Contracting Parties solemnly declare that *aggressive war is an international crime*, and severally undertake that no one of them will be guilty of its commission."

70. As expressed in the preamble, this treaty was negotiated for the chief purpose of "facilitating the application of Articles 10 and 16 of the Covenant and the reduction and limitation of armaments".

71. The same conception governed the Geneva Protocol of 1924, officially denominated Protocol for the Pacific Settlement of International Controversies. In its preamble we read:

"Recognising the solidarity which unites all members of the international community;

"Affirming that *war of aggression constitutes an infraction of such solidarity and an international crime*".

72. As stated by Edouard Benes with reference to the Commission handling the matter in the League Assembly, "our purpose was to make war impossible, to annihilate it, to kill it", and it was only logical that for those purposes war had to be declared a crime, as it was in express terms. The Protocol was unanimously recommended to the General Assembly by the vote of forty-eight delegations but the subsequent opposition of the British Government to the extension given the system of arbitration caused the failure of both the Protocol and the Treaty of Mutual Assistance.

73. However, the principles and aspirations which inspired the two instruments did not die. Quite the contrary, they remained alive and active in the conscience of statesmen and the common people. The concept of the criminality of war was categorically expressed by the Inter-Parliamentary Union in its Conference of 1925 when it instructed the permanent Sub-Committee of its Committee for the Study of Juridical Questions,

"to undertake the study of all the social, political, economic and moral causes of wars of aggression to find practical solutions for the prevention of that crime".³³

74. Those same principles animated the treaties of Locarno concluded in 1925, which constituted a noble and constructive effort to strengthen and fortify peaceful settlement among the great European powers as the best method of preventing the scourge of war from again bringing woe unto mankind. Repudiation of war was the governing principle of those celebrated agreements, fourteen years later trampled upon by the criminal action of aggressors and treaty-violators.

75. The same psychology had prevailed in the councils of the Western Hemisphere.³⁴ A resolution of the First Pan-American Conference of Washington, 1889-1890, condemned the principle of conquest and proclaimed the non-recognition of territorial acquisitions made by force or threat of force. Another resolution upheld the principle of obligatory arbitration in very ample terms.

76. In the Sixth Conference, held at Havana in January 1928, a resolution was passed whereby the American republics declared that they adopted the principle of obligatory arbitration for the solution of their differences and called an arbitration and conciliation conference to be held in Washington next December. The first consideration of that resolution read:

"The American republics do hereby express that they condemn war as an instrument of national policy in their mutual relations."

77. A second resolution on the subject of aggression was more explicit in proclaiming the criminality of aggressive war, as per these terms:

"Considering . . .

³² J. B. Scott, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions*, Carnegie Endowment, Washington, D.C., 1934, pp. 88-89.

³³ *Historical Survey*, op. cit., p. 71.

³⁴ Cf. *Conferencias internacionales americanas 1889-1936*, Donación Carnegie, para la Paz Internacional, Washington, 1933; *Primer Suplemento*, 1938-1942, Washington, 1943.

"That war of aggression constitutes a crime against mankind,

"Resolves:

"I. All aggression is declared illicit, and, therefore, it is declared prohibited.

"II. The American States shall employ all peaceful means for the settlement of conflicts that may arise among them."

78. In the third consideration of another resolution adopted by the seventh Pan-American Conference, of Montevideo, 1933, relative to the ratification of pacific settlement agreements, this statement is found:

"(Such) conventions, treaties and agreements . . . would suffice to avoid the crime of war . . ."

79. The Anti-War Treaty of Non-Aggression and Conciliation, signed at Rio de Janeiro in 1933, stated in Article I:

"The High Contracting Parties do solemnly declare that they condemn wars of aggression in their mutual relations or with other States . . ."

80. The Declaration of American Principles made by the Eighth Conference in Lima, in 1938, contained this clause:

"3. The use of force as an instrument of national or international policy is illicit."

81. A resolution of the same Conference on teaching recommended *inter alia*, the study of *agreements declaring the outlawry of war*.

82. The Inter-American Treaty of Mutual Assistance concluded in Rio de Janeiro in 1947, in a special conference held in pursuance of the agreements and decisions of the Conference on the Problems of Peace and War (Chapultepec Conference) of 1945, provides in Article I:

"The High Contracting Parties do formally condemn war and bind themselves in their international relations not to resort to war or threat of war in any manner incompatible with the provisions of the Charter of the United Nations or of this Treaty."

83. The whole international life of the American continent is pervaded by thought and action inspired by the conception that international conflicts must be settled by peaceful methods only; that war is a crime against mankind; and that as a crime it is repudiated, declared illicit, outlawed.

84. Some six months after the Havana resolution of 1928 had been subscribed to by the American republics, the announcement was made of the signing in Paris of the Pact for the Renunciation of War, otherwise known as the Briand-Kellogg Treaty, article I of which reads:

"The High Contracting Parties solemnly declare in the names of their respective peoples that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it as an instrument of national policy in their relations with one another."

85. With regard to the Briand-Kellogg Treaty, and giving up as unnecessary a repetition of its well known history, its aims and its scope, the following remarks may be made for the purposes of this report:

1. The Pact did not interfere with the right of self-defence;

2. It was not inconsistent with such coercive action as could be taken by the community of States under the Covenant of the League of Nations;

3. It was not inconsistent with the use of force under the Locarno treaties, for such use was authorized against specific acts defined as aggression;

4. No distinction was made between classes of war, as it renounced war, any form of war, as an instrument of national policy;

5. Renunciation of war, in the terms of the treaty and in accordance with its manifest intention, was in substance the outlawry of war.

86. A close harmony is apparent between the treatment of war by the Briand-Kellogg Pact and the Charter of San Francisco. It is thus evident that by the time the Second World War broke out, there was a well-defined consensus of universal public opinion that war, and *a fortiori* aggressive war, was an international crime. In support of the conception of aggressive war as an international crime we can invoke the opinion of the precursors, founders and early expositors of the law of nations and the consistent thought and action of Governments, institutions and jurists during the thirty years elapsed since the termination of the First World War. As stated by Justice Jackson in his famous report on the proposal to set up the Nürnberg Tribunal:

*"Doubtless what appeals to men of good will and common sense as the crime which comprehends all lesser crimes, is the crime of making unjustifiable war . . . By the time the Nazis came to power it was thoroughly established that launching an aggressive war or the institution of war by treachery was illegal and that the defense of legitimate warfare was no longer available to those who engaged in such an enterprise. It is high time that we act on the juridical principle that aggressive war-making is illegal and criminal."*³⁵

87. It may be recalled in this connexion that in 1919, in the memorandum of reservations of the United States to the report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, the American representatives had declared:

*"They believe that any nation going to war assumes a grave responsibility, and that a nation engaging in a war of aggression commits a crime."*³⁶

88. The new international order created after the termination of the Second World War is consonant with the principles which animated all the anti-war pacts, agreements, declarations, movements, studies and proposals of the previous decades. According to the San Francisco Charter, to maintain peace and security is the supreme purpose of the community of States, and for the realization of that purpose it must take "collective measures for the prevention and removal of threats to the peace and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace" (article 1, paragraph 1).

89. According to article 2, paragraph 4,

"All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the

³⁵ Department of State Bulletin, Vol. 12 (1945), pp. 1076-1077.

³⁶ *Historical Survey, op. cit.*, p. 54.

territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations."

90. According to this provision, war, any form of war, is illegal, prohibited, outlawed. A Nation can only use force in exercise of "the inherent right of individual or collective self-defence, *if an armed attack occurs*", and even this permissible use of force must cease as soon as "the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security" (article 51).

91. For these reasons, I have always thought that the difficulty—heretofore considered insuperable—of defining aggression, could perhaps be overcome today by simply introducing into the definition the element of self-defence, and making lack of that element the test of aggression. Without attempting any enumeration of specific acts constituting aggression, I would propose this definition: Aggression is the use of force by one State against another State under conditions which do not constitute self-defence against armed attack.

92. Force could also be used by the United Nations under the provisions of Chapter VII of the Charter on "Action with respect to threats to the peace, breaches of the peace and acts of aggression" (articles 39 to 50).

93. It is incontrovertible, therefore, that the concept of the criminality of war, affirmed by the principles of the Nürnberg Tribunal and its judgment, is part of the international law of our day. Whatever words are used in condemning war; whether it is called illegal or declared outlawed, renounced as an instrument of national policy or branded as a crime; whether war is divided in the two categories of *just* and *unjust*, or contemplated in an abstract manner as simply the recourse to force and violence for the solution of controversies between States, the fact stands that in the minds of Governments and peoples, statesmen and jurists, and in conformity with the positive provisions of the world's Magna Charta, war is a crime. If the use of force is pronounced an act against international order, and war a "scourge which has brought untold sorrow to mankind"; if war is repudiated, condemned and renounced as an instrument of national policy, it is because war, i.e., the unauthorized use of force, is an international crime, a crime against mankind.

94. It is not necessary to make a specific reference to aggression or aggressive war, as in several of the official utterances of the recent past. The contemporary international order does not recognize the legitimacy of war waged for the purpose of redressing a real or alleged wrong. There are no "just", or "jural", or "legal", or "justifiable" wars in the new international order. The only justifications for the use of force, as above stated, are self-defence or coercive action by the community of States. When either of these two elements is lacking, all war is illicit, all war is a violation of the Charter of the United Nations, all war is aggression, all war is an international crime.

(2) INTERNATIONAL CRIMES OTHER THAN WAR

95. Besides the crime of war, there are other crimes which affect the community of States and hence should be subject to an international jurisdiction. The planning

and waging of aggressive war, of course, is the principal crime mentioned in the first category of the Nürnberg charter, designated under the heading of "*crimes against peace*". Then there are the crimes comprised within the second and third categories, i.e., "*war crimes*" (violations of the laws and customs of war); and "*crimes against humanity*" (atrocities and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during a war, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried out in connexion with crimes of the first and second categories).

96. Then we have the crime of genocide, as defined in the Genocide Convention, which might also come within the jurisdiction of an international criminal court, in respect of those States which should accept such jurisdiction, as per article VI of the Convention.

97. And lastly, there are certain offences which have always been known as "crimes against the law of nations", such as piracy, slave trade, traffic in women and children, traffic in narcotics, currency counterfeiting, injury to submarine cables. To these might be added terrorism of an international character, as defined by the Convention of 1937 on the Prevention and Punishment of Terrorism.

98. It is pertinent to recall, furthermore, that the International Law Commission has been called upon, by resolution 260 B (III) of the General Assembly, to

"study the desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons charged with *genocide or other crimes* over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions".

99. On the other hand, General Assembly resolution 177 (II) of 21 November 1947 instructs the Commission to

(a) Formulate the principles of international law recognized by the charter of the Nürnberg Tribunal and its judgment; and

(b) Prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind, clearly indicating therein the place that should be accorded to the Nürnberg principles.

100. Therefore, having in mind the resolutions of the General Assembly and the possible scope of the prospective international penal code, it seems logical to conclude that the international criminal jurisdiction *may* have to deal with the following crimes:

- | | |
|--|-----------------------|
| (a) Crimes against the peace; | } Nürnberg principles |
| (b) War crimes; | |
| (c) Crimes against humanity; | |
| (d) Genocide; | Convention |
| (e) Other undetermined crimes over which jurisdiction be conferred upon the international criminal court by international conventions, among which might be the following: | |

Piracy;
Slave trade;
Traffic in women and children;
Traffic in narcotics;
Currency counterfeiting;

Circulation of obscene publications;
Injury to submarine cables;
Terrorism.

101. In connexion with items (c) and (d); it must be borne in mind that while genocide by its nature is a crime against humanity, it is not comprised within the enumeration made by the charter of Nürnberg under the caption "Crimes against humanity". This third category of the charter refers to "persecutions on political, racial or religious grounds *in execution of or in connexion with any crime within the jurisdiction of the Tribunal*". The charter, therefore, referred only to specific persecutions carried out in connexion with crimes against the peace and war crimes. The statements hereinbefore made are intended only to mention the offences that may come under the proposed system of universal repression, but of course, they do not mean an attempt to deal with the specific subject matter of the international penal code, which is to be covered by a separate report.

(3) NECESSITY TO DEFINE BY INTERNATIONAL CONVENTION ALL CRIMES AGAINST MANKIND

102. When the powers, victims of the aggression started in 1939, after five years of terrific fighting, finally won the war and decided to arraign those responsible for its horrors, there was a great deal of discussion as to the manner in which the war criminals should be punished; as to whether war was or was not a crime under international law; as to whether individuals could be tried in an international tribunal for acts committed by them as representatives of Governments; and finally, as to whether the proposed exercise of criminal jurisdiction did or did not constitute a violation of the principle *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

103. With regard to the International Military Tribunal created by the London Agreement of 1945, there has been criticism of the charter, of the trials, and of the judgment. It is obviously impossible for me to discuss the copious literature that has appeared on the subject. Fully one hundred monographs and studies are listed on the subject of Nürnberg in the bibliography prepared by the Legal Department of the United Nations in December 1949. Moreover, such discussion would be useless and out of place in this paper. For the purposes of my report it suffices to advert to the fact that violation of the principle mentioned above has been the gravest charge formulated against the Nürnberg trial and the one most insistently and abundantly made; that the norm *nullum crimen, nulla poena sine lege* is a dogma of penal science; that it is universally recognized as a basic guarantee of the individual; and that it has been solemnly reaffirmed by the United Nations in its Universal Declaration of Human Rights, Article 11 of which reads as follows (paragraph 2):

"No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed."

104. While many learned and authoritative opinions

might be quoted in support of the proposition that war of aggression was a crime under international law at the time the war was begun by Hitler in 1939, many equally learned and authoritative writers maintain the contrary view. As a sample I will quote from one of the latest studies I have read on the subject:

"I believe that these facts and considerations must lead to the conclusion that the punishable character of the war of aggression stipulated in the Charter does not correspond to a general legal conviction in force in 1939, but that it is *new law* and that to this extent the principle of *nullum crimen sine lege* has been violated."³⁷

105. While it is a fact that there is controversy regarding the past, there can be no doubt regarding the general legal conviction of our day that launching a war is a crime both under customary and conventional international law and that this crime, together with other hideous crimes against the peace and security of mankind, must be prevented and punished.

106. It would be unthinkable to plan for the establishment of a universal system of prevention and punishment of such crimes without a law to be applied by the judicial organ created for that purpose. The necessity for a definition of all offences against mankind seems imperative in the international order of our day. As said thirty-one years ago by the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties,

"It is desirable that for the future, penal sanctions should be provided for such grave outrages against the elementary principles of international law".³⁸

107. And the Third Committee of the League of Nations Assembly in 1920, remarked:

"There is not yet any international penal law recognized by all nations . . ."³⁹

108. The necessity for a criminal law in the repression of crimes against peace is ably expressed by Finch in these words:

"The prime requisite to the establishment of a community of States under the protection of an enforceable international peace is the unambiguous denouncement of breaches of the peace and acts of aggression as *violations of the law of the community*. To leave the definition of such violations to *ex post facto* determination by a political group, one of which may veto the very existence of a violation however flagrant it may be, or to *ex post bello* decision by a victor against the vanquished only, is a perversion of process which by no stretch of the imagination can be called due process of law."⁴⁰

109. A resolution of the Inter-Parliamentary Union,

³⁷ "The Nuremberg Trial against the Major War Criminals and International Law" by Dr. Hans Ehard, Minister-President of Bavaria, in *American Journal of International Law*, vol. 43 (1949), p. 239.

³⁸ *Historical Survey*, *op. cit.*, p. 49.

³⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁰ George A. Finch, *The North Atlantic Pact in International Law*, address before the American Society of International Law, 29 April 1949.

passed during its Washington session of 1925, contained the following recommendation:

"To draw up a preliminary draft of an International Legal Code".⁴¹
Again, at the 37th Conference of the Union in Rome in 1948, it was declared:

"That the collectivity of States must adopt as soon as possible an international penal code . . ."⁴²

110. In the first International Congress of Penal Law held in Brussels in 1926, the following aspiration (*vœu*) was expressed:

"All offences which may be committed by States or individuals must be specified and approved. International conventions shall define offences within the cognizance of the court and shall specify which penal and security measures may be employed."⁴³

111. In a letter dated 12 November 1946, President Truman said:

"That tendency (toward peace) will be fostered if the nations can establish a code of international criminal law to deal with all who wage aggressive war. The setting up of such a code . . . is indeed an enormous undertaking, but it deserves to be studied and weighed by the best legal minds the world over. It is a fitting task to be undertaken by the governments of the United Nations."⁴⁴

112. By resolution 95 (I) of 11 December 1946, the General Assembly directed the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification,

"to treat as a matter of primary importance plans for the formulation, in the context of a *general codification of offences against the peace and security of mankind, or of an International Criminal Code*, of the principles recognized in the charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal".

113. Subsequently, by the oft-quoted resolution 177 (II) of 21 November 1947, the General Assembly charged the International Law Commission with the formulation of the Nürnberg principles, as well as,

"the preparation of a draft *code of offences against the peace and security of mankind* . . .".

114. Now, in order to comply with the manifest desire of the General Assembly of the United Nations; in order to avoid in the future the criticisms of the past; in order to establish an international criminal jurisdiction upon sound and solid bases of penal law; in order to enable an international criminal court of the future to apply pre-established law to those who are found guilty of international crimes, it is obvious that an international code of offences must be adopted, enacted and promulgated by the United Nations, by means of such convention or conventions as may be deemed necessary and adequate.

⁴¹ *Historical Survey*, *op. cit.*, p. 71.

⁴² *Ibid.*, p. 14, note.

⁴³ "General Outline of the Proposals and Resolutions adopted in the Congresses of the International Association of Penal Law", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1948, p. 414.

⁴⁴ Department of State Bulletin, Vol. 15 (1946), p. 954.

(4) THE NECESSITY TO HAVE AN INTERNATIONAL JURISDICTION VESTED WITH POWER TO TRY AND PUNISH PERSONS RESPONSIBLE OF INTERNATIONAL CRIMES

115. The facts stated in Part II of this report show that for the last thirty years the public opinion of the world has been clamouring for the establishment, in one form or other, of an international jurisdiction competent to deal with international crimes.

116. During that time the following official and unofficial entities representing the world's legal and political thought have strongly advocated the creation of an international criminal jurisdiction:

The Advisory Committee of Jurists, 1920;
The International Law Association, 1922, 1924, 1926;
The Inter-Parliamentary Union, 1925 and 1948;
The International Association of Penal Law, 1926, 1928;
The League of Nations, 1937;
The London International Assembly, 1941;
The International Commission for Penal Reconstruction and Development, 1942;
The United Nations War Crimes Commission, 1943;
The United Nations, 1945;
The United Nations Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, 1947;
The Commission on Common International Law, 1948.

117. The League of Nations actually proceeded to the creation of an international criminal jurisdiction by the Convention of 1937 for the trial of persons accused of offences defined in the Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism. The United Nations, on the other hand, did set up the International Military Tribunals of Nürnberg and Tokyo, which exercised their penal jurisdiction in a complete and effective manner.

118. Draft statutes of an International Penal Court have been formulated, presented to or adopted by,
The International Law Association;
The International Association of Penal Law;
The League of Nations;
The London International Assembly;
The United Nations War Crimes Commission;
The United Nations Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification;⁴⁵ and
The Commission on Common International Law.

119. Of all these drafts I consider as the most complete and up to date, the one prepared in 1926 for the International Association of Penal Law by Professor Pella, and revised in 1946.⁴⁶

120. After the shocking experiences of the Second World War and amidst the restlessness and alarm prevailing in our day, the establishment of an inter-

⁴⁵ For full text of these drafts, see *Historical Survey*, *op. cit.*, Appendices, pp. 47-147.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 75-88.

national criminal jurisdiction would be received by the peoples of the earth as a new ray of hope in their quest for peace and security, as a pledge by the United Nations that it will not allow another catastrophe to befall humanity.

121. The cynic and the skeptic will surely remark that wars are not stopped by means of international tribunals and penal codes. Perhaps that is true, up to a certain point. In the municipal organization it may be observed also that there are murderers and thieves despite the fact that there are criminal courts and penal codes, but only God knows how many murders and robberies are not committed precisely because there are judges and penalties.

122. When the individual head of State, government official or army commander knows that the planning and waging of a war is a crime for which he may be personally tried by an international tribunal and sentenced if he is found guilty, he will surely be deterred by that consideration if he should some day feel tempted to follow the path that leads only to death, savagery, misery and ruin.

123. In 1925 Raymond Poincaré asserted:

"A judicial penal organisation and the application of sanctions to crimes that may be committed, that is the aim which humanity must pursue if it desires that its beautiful dream of universal peace become an enduring reality."⁴⁷

124. In the same year the French jurist J. A. Roux, speaking of an International Criminal Court, said:

"Time works for it, because history, justice and common sense stand by its side. To an international crime must correspond an international jurisdiction."⁴⁸

125. And when the proposal for the establishment of a High Court of International Justice was made by Baron Descamps to the Advisory Committee of Jurists in 1920, two of its most eminent Members, Lapradelle and Altamira, expressed the view that since the object of the League of Nations was to prevent a repetition of the calamities which gave rise to its creation, "*a stable judicial organization was required* which could take action against those guilty of crimes against international justice".⁴⁹

126. The administration of justice in the community of States will not be complete until a criminal jurisdiction is established to cope with international crimes. The necessity for such a jurisdiction seems to be a fact established beyond reasonable doubt.

IV. CONCLUSIONS

The three questions

127. After reviewing the facts and considerations relative to the broad question of the establishment of an

international system of repression of international crimes, it is time to consider the concrete questions proposed by the General Assembly to the International Law Commission by resolution 260 B (III) of 9 December 1948, and submit the answers which in my judgment the Commission might desire to give the General Assembly. Those questions are:

1. Is it *desirable* to establish an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide and other crimes?
2. Is it *possible* to establish such a judicial organ?
3. Is it *possible* to establish a Criminal Chamber of the International Court of Justice?

Let us consider each of these questions separately.

(1) DESIRABILITY OF THE INTERNATIONAL JUDICIAL ORGAN

128. That it is *desirable* to establish a judicial organ for the trial of international crimes, seems to be evidenced by all the facts, declarations, studies, proposals, recommendations, plans and decisions which have marked for a period of over thirty years the birth and growth of the idea of an international criminal jurisdiction. In fact, more than something desirable, it is a thing desired, an aspiration of Governments, institutions, conferences, jurists, statesmen and writers. Part III, section 4 of this report furnishes in my opinion abundant proof of my assertion.

(2) POSSIBILITY OF THE INTERNATIONAL JUDICIAL ORGAN

128. That it is *possible* to establish an international criminal organ of penal justice is demonstrated by actual experience. A judicial organ of that type was created by the Geneva Convention of 1937 for the trial of persons responsible for acts of international terrorism. Two International Military Tribunals were set up by multi-lateral agreements, one in Nürnberg in 1945, the other in Tokyo in 1946. These two tribunals did actually function and fulfil their mission. Seven different drafts for statutes of an international judicial organ have been formulated, plus the charters of Nürnberg and Tokyo, and their texts show that the constitution of an international court is possible and feasible, despite the many differences existing among them.

129. One objection worthy of some consideration has been raised against the creation of a permanent international court of penal justice, namely, the question of sovereignty. It has been argued that for States to relinquish their domestic penal jurisdiction and to be obliged to deliver their own nationals to an external jurisdiction would be contrary to the classical principle of sovereignty, doubtless meaning absolute sovereignty. This objection, which of course covers an immense field of discussion, might be countered with the remark that certain crimes perpetrated by Governments or by individuals as representatives of Governments, could hardly be tried by territorial courts. Only an international court can properly try certain international crimes. Consequently, for the repression of crimes against the peace, war crimes, crimes against humanity and genocide, an international court is essential. A more general but equally direct answer is that the principle of absolute

⁴⁷ V. V. Pella, *Fonctions Pacificatrices du Droit Pénal Supranational*, Paris, 1947, p. 3.

⁴⁸ V. V. Pella, *L'Association internationale de Droit Pénal et la Protection de la Paix*, Paris, 1947, p. 21.

⁴⁹ *Historical Survey*, *op. cit.*, p. 9.

sovereignty is incompatible with the present organization of the world. The very existence and functioning of the United Nations implies a relinquishment of part of the sovereign rights of nations. Against the theory of absolute sovereignty stands the incontrovertible, palpable fact of the interdependence of States. Interdependence regulates life in the community of States, very much in the same manner as limitations to individual freedom regulate life in the national society. For States as well as for individuals, the right of every one is limited by the rights of others. The sovereignty of the State is subordinated to the supremacy of international law.

130. I submit that an international criminal jurisdiction may be established upon the following bases:

1. That an International Penal Court or a Criminal Chamber of the International Court of Justice be created by the United Nations;

2. That such a judicial organ be vested with power to deal with crimes against the peace and security of mankind, genocide and such other crimes in respect of which jurisdiction may be conferred on it by international convention;

3. That the jurisdiction of the international organ of penal justice be exercised over States as well as over individuals accused of any of the crimes above mentioned;

4. That the judicial organ be competent also to decide certain controversies relative to the administration of criminal justice;

5. That all crimes for which States or individuals be tried by the international judicial organ be defined in an International Penal Code;

6. That the judges of the Criminal Court or Chamber be jurists of high qualifications elected in the same manner as the judges of the International Court of Justice and chosen without distinction as to nationality;

7. That the Criminal Court or Chamber shall be a permanent body, but shall sit in plenary session only when it is seized of proceedings for an offence within its jurisdiction;

8. That a Permanent Division of the Court or Chamber be constituted, in such manner as may be determined by the Statute, to attend to current business and to convene full meetings when necessary;

9. That international criminal proceedings shall be started only by the Security Council or by a State duly authorized therefor by the Security Council;

10. That defendants appearing before the international judicial organ shall have all the guarantees necessary for their defence and that hearings shall be public.

131. It is my humble opinion that upon these bases, or such other bases as may be acceptable to the Commission, the creation of a judicial organ for the trial of persons, charged with genocide and other crimes, is possible.

(3) POSSIBILITY OF ESTABLISHING A CRIMINAL CHAMBER OF THE WORLD COURT

132. The creation of a Criminal Chamber of the International Court of Justice is also a question in which an abundance of favourable opinion is found in the plans and proposals formulated in connexion with the problem

of repression of international crimes. The creation of such a Chamber in the defunct Permanent Court of International Justice or in the present International Court of Justice has been proposed in draft Statutes or otherwise, by the Third Committee of the Assembly of the League of Nations (*Historical Survey, op. cit.*, p. 11); by the International Law Association (*Ibid.*, p. 61); by the Inter-Parliamentary Union (*Ibid.*, p. 73); by the International Association of Penal Law (*Ibid.*, pp. 75-79); and in the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification (*Ibid.*, p. 119).

133. If the repression of international crimes is attributed to a Chamber of the International Court of Justice, the proposed international criminal jurisdiction, which contemplates the trial of States and individuals, will be vested in the International Court of Justice, of which the Criminal Chamber would be an integral part. Now, Article 34 of the Statute of the Court provides

"1. Only States may be parties in cases before the Court".

134. It is evident that individuals could not be arraigned as defendants before a Criminal Chamber of the International Court of Justice while this provision is in force, as in international criminal cases the parties would be the community of States and the State or individual accused. Therefore, in order to create a Criminal Chamber of the International Court of Justice with power to try States *and individuals*, as envisaged in the different plans and in resolution 260 B (III) of the General Assembly, it will be necessary to amend the Statute of the Court in such a manner as may be required in order to eliminate in criminal matters the restriction set forth in Article 34. With this proviso the question propounded in the final paragraph of resolution 260 B (III) is answered in the affirmative.

V. FINAL WORDS

135. In conclusion, taking the question of an international criminal jurisdiction in its broadest sense, and having in mind the experiences of the recent past as well as the needs of the future, I will thus sum up my thought:

136. Whether the action of the Nürnberg and Tokyo Tribunals was based upon pre-existing law or not; whether the executions were political or judicial; whether the trials were right or wrong, are now irrelevant questions, proper only for academic discussion. The essential question before the Commission is whether it is desirable and feasible to institute an international criminal jurisdiction for the prevention and punishment of international crimes. My answer to that question is unhesitatingly in the affirmative. The community of States is entitled to prevent crimes against the peace and security of mankind and crimes against the dictates of the human conscience, including therein the hideous crime of genocide. If the rule of law is to govern the community of States and protect it against violations of the international public order, it can only be satisfactorily established by the promulgation of an international penal code and by the permanent functioning of an international criminal jurisdiction.

137. The community of States realizes that another war will mean the destruction of civilization. It has not only a right but also a duty to make sure that civilization — both material and moral — is not destroyed. The

community of States has the same right every community of individuals has to protect its existence from crime and provide for its own security through the organization of a permanent system of penal justice.

DOCUMENT A/CN.4/20

by Emil Sandström, Special Rapporteur

[Original Text: English]
[30 March 1950]

CONTENTS

	<i>Page</i>
I. TERMS OF REFERENCE	18
II. PROGRAMME OF INVESTIGATION	19
III. POSSIBILITY OF ESTABLISHING AN INTERNATIONAL JUDICIAL ORGAN HAVING COMPETENCE IN CRIMINAL MATTERS	19
A. Relevant provisions of the Charter	19
B. Provisions of the Statute of the International Court of Justice	19
C. Is Amendment of the Charter necessary for establishing an International Criminal Court ?	19
D. How can criminal jurisdiction be conferred on a Chamber of the International Court of Justice ?	20
E. To what extent would a criminal jurisdiction be binding upon Members of the United Nations ?	20
F. Conclusions	20
IV. DESIRABILITY OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION	20
A. Method of investigation	20
B. Repression of crimes within a State	20
C. How would the repression of international crimes work ?	21
(a) In view of the development of international criminal law	21
(b) In view of the conditions under which an international Criminal Court may be established	21
(c) In view of the lack of an organization for bringing the accused before the Court and for executing the judgements	21
V. SUMMING UP	22
VI. PROS AND CONS	22
A. Does the existence of an international criminal law require a special judicial organ ? ..	22
B. Possibility of development	22
C. The Nürnberg trial as an example	23
VII. FINAL CONCLUSION	23

I. TERMS OF REFERENCE

1. By resolution 260 B (III) adopted by the General Assembly on 9 December 1948, the International Law Commission was invited to "study the desirability and possibility of establishing an international judicial organ

for the trial of persons charged with genocide or other crimes over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions". In carrying out this task the Commission was asked to "pay attention to the possibility of establishing a Criminal Chamber of the International Court of Justice".

1a. The International Law Commission, at its meeting of 3 June 1949, charged Professor Ricardo Alfaro of Panama and myself, as joint rapporteurs, to present reports on the question stated in the resolution, for consideration at the second session of the Commission to be opened at Geneva on 5 June 1950.

2. In interpreting these terms of reference two alternatives offer themselves: the establishment of an international criminal jurisdiction outside the framework of the United Nations by a special group of States, or the establishment of a judicial organ of the United Nations within the framework of the United Nations Organization.

2a. The first alternative presents very few difficulties. A special group of States has certainly the possibility of establishing by agreement a special organ outside the framework of the United Nations for the trial of international criminal cases referred to it by Member States in accordance with that agreement. These States have of course to decide for themselves whether such an organ is desirable in the light of the aims pursued by them.

2b. The difficulties arise only when the question is raised of establishing a judicial organ within the framework of the United Nations with a view to establishing a jurisdiction universal in principle. Considering that the request to study this problem came from the General Assembly, and in view of the circumstances in which this request was made, the latter alternative must be considered as the correct interpretation of the terms of reference.

2c. The resolution therefore must be assumed to aim at a study of the question (1) whether and on what conditions, with regard to the United Nations Charter, the judicial organ as envisaged in the request could be established and (2) whether, in the light of the result of that study, and, in general, in the actual state of organization of the international community, the establishment thereof would be desirable.

II. PROGRAMME OF INVESTIGATION

3. The two questions are interwoven and cannot altogether be kept apart. It would, however, facilitate the investigation, if they were treated separately. As the desirability of an international judicial organ having competence in criminal matters must largely depend on the powers conferred upon it, it is preferable to undertake first the study of the question of the possibility of establishing the organ, as understood in paragraph 2c above, on the assumption that, outside the Charter of the United Nations, there is nothing to prevent its establishment.

III. POSSIBILITY OF ESTABLISHING AN INTERNATIONAL JUDICIAL ORGAN HAVING COMPETENCE IN CRIMINAL MATTERS

A. RELEVANT PROVISIONS OF THE CHARTER

4. Article 7 of the Charter deals with the organs of the United Nations. Paragraph 1 of the Article provides that there are established as the principal organs of the

United Nations: a General Assembly, a Security Council, an Economic and Social Council, a Trusteeship Council, an International Court of Justice and a Secretariat. In paragraph 2 it is further provided that such subsidiary organs as may be found necessary may be established in accordance with the Charter.

4a. In Article 92 the International Court of Justice is declared to be the principal judicial organ of the United Nations. The Statute of the Court, in accordance with which it shall function, is further declared to form an integral part of the Charter. Article 93 provides that all Members of the United Nations are *ipso facto* Parties to the Statute of the Court.

4b. According to Article 94 each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the Court in any case to which it is a party. If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgement rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgement.

B. PROVISIONS OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

5. The Statute of the International Court of Justice determines in Article 36 the competence of the Court. The provisions in this respect, viewed in the light of the tradition in this field, lead to the conclusion that the competence of the Court does not include international criminal jurisdiction in the sense of a repressive jurisdiction. In this respect it is also of interest to note that according to Article 34 only States may be parties in cases before the Court. In so far as, according to modern views, stress is laid also in the international sphere on individuals as objects of measures of repression, this provision confirms that criminal repressive jurisdiction is not envisaged.

C. IS AMENDMENT OF THE CHARTER NECESSARY FOR ESTABLISHING AN INTERNATIONAL CRIMINAL COURT?

6. The first question that arises against the background of the above provisions of the Charter and the Statute is whether a *special* International Court can be created without an amendment of the Charter.

7. This question, in its turn, seems to depend on whether such an organ should be considered as a principal organ of the United Nations, according to Article 7, paragraph 1, or as a subsidiary organ according to paragraph 2 of the same Article. It seems natural that the United Nations should be able to establish subsidiary organs without having to amend the Charter, whereas with respect to principal organs a contrary conclusion seems to follow from the wording of Article 7, paragraph 1.

8. It might be difficult to decide what is a principal organ and what is a subsidiary one. The analogy with the International Court of Justice seems to point to the conclusion that an International Criminal Court would have to be considered as a principal organ. The establishment of such a Court would mean that the United Nations

would assume another important function and it seems natural that this could be done only by an amendment of the Charter. This confirms the conclusion that such a Court should be considered as a principal organ.

9. The implication of the question whether an amendment of the Charter is necessary is that in such an event the provisions of Article 108 of the Charter must be applied, i.e., the amendment would have to be adopted by a vote of two-thirds of the Members of the General Assembly and ratified in accordance with their respective constitutional processes by two-thirds of the Members of the United Nations, including all the permanent Members of the Security Council. In other words the creation of an International Criminal Court would require a special majority and be subject to the veto.

D. HOW CAN CRIMINAL JURISDICTION BE CONFERRED ON A CHAMBER OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE?

10. If, instead of creating a special International Criminal Court, it were contemplated to confer criminal jurisdiction on a Chamber of the International Court of Justice, there is no doubt that this would require an amendment of the Statute. According to Article 69 of the Statute such an amendment shall be effected by the same procedure as is provided by the Charter of the United Nations for amendments to the Charter. Consequently, the veto would apply also in this case.

E. TO WHAT EXTENT WOULD A CRIMINAL JURISDICTION BE BINDING UPON MEMBERS OF THE UNITED NATIONS?

11. Another question which arises is to what extent the jurisdiction of an international judicial organ for the trial of criminal cases would be binding upon the Member States, in the event of such a Court being set up according to the relevant rules.

12. It is submitted that legislative power to make the jurisdiction of the Court compulsory is not conferred on the Assembly. The jurisdiction of the Court would depend on the acceptance by the Member State of such jurisdiction. It is also to be noted that in the terms of reference the jurisdiction of the Court is assumed to be conferred upon it by international conventions.

F. CONCLUSIONS

13. As a first conclusion of the study made it can be stated that an international criminal jurisdiction can be established either as a special Court or as a special chamber of the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Charter relative to amendments of the Charter, which implies a special majority and possible application of the veto. Secondly, it can be concluded that the jurisdiction of a Criminal Court will not be compulsory but will depend on the submission of the Member State thereto especially — it is assumed — by adhering to conventions conferring jurisdiction upon the Court.

IV. DESIRABILITY OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION

14. Turning now to the question of the desirability of establishing an International Criminal Jurisdiction, it may first be stated that after the experiences of mankind during the two world wars of this century there undoubtedly is an urgent desire for such a jurisdiction. Few things could better satisfy the common craving for justice.

15. Unfortunately, however, there are great obstacles to the creation of an effective criminal jurisdiction in the international sphere. If one keeps in mind that the criminal jurisdiction exercised by a State within its territory is the product of a long development whereby the State has gained sovereignty within that territory, it cannot be taken for granted that in the actual stage of organization of the international community an effective inter-state criminal jurisdiction can be established. Whether, in view *inter alia* of the findings on that point, it is desirable to establish such a jurisdiction, will be the subject of the following investigation.

A. METHOD OF INVESTIGATION

16. When we think of an international criminal jurisdiction, our thoughts are undoubtedly guided by our ideas regarding the repression of crimes as it is organized within the national State.

17. It is submitted that for an effective repression of international crimes the same requirements are needed. Therefore, the answer to the question, as defined above in paragraphs 2c, under (2), and 15, may best be sought by analysing first how the repression of crimes within a State is organized and thereafter proceeding to investigate whether in the light of that analysis the creation of an International Criminal Court would favour the repression of crimes in the international sphere or otherwise be an advantage to the community of States.

B. REPRESSION OF CRIMES WITHIN A STATE

18. In general the repression of crimes in the modern State is so organized that the presumptive author of a crime is brought to trial before a Court which investigates whether the accused is guilty or not and, in case of conviction, metes out a punishment according to a criminal law, whereafter the punishment is executed by the competent authorities.

19. The relevant elements in this process are: (a) a criminal law defining what acts are criminal and the punishment that can be inflicted; (b) courts for the trial and eventual conviction of the accused and the meting out of the punishment; (c) an organization for bringing the criminals before the court and for executing the punishment after the conviction. An effective organization of criminal justice requires that repressive measures be taken whenever a crime is committed and the author is found. Otherwise the repression will lose much of its effect.

20. The purpose of the criminal law is to point out in the precise manner of legislation what the State forbids under penal sanction so that nobody can be in ignorance

thereof. It further aims at the elimination of arbitrariness in the determination of the criminal character of an act, and it safeguards in that way the justified interests of the accused.

21. The trial before a Court has for its purpose to state, on behalf of the community, in an objective and solemn manner whether or not the accused has committed a crime according to the criminal law and it also aims at the elimination, as far as possible, of arbitrary elements in the conviction and the meting out of the punishment. It thus safeguards the interests of the accused.

22. A criminal law and a Court can attain real importance only if there exists an organization which, in the constant manner pointed out in paragraph 19 above, brings the authors of crimes before the Court and executes the punishment. This is in fact the positive side and the essence of the repression. The purpose of the other elements is only to give to the repression an objective and rational character, to prevent an arbitrary handling of the repression and safeguard the interests of the accused. Without the organization mentioned above the trial will be a show which at best will in a solemn form proclaim the culpability of the accused and the disapproval of the community, but will not constitute for the culprit or other prospective perpetrators of crimes a strong inducement to abstain therefrom.

C. HOW WOULD THE REPRESSION OF INTERNATIONAL CRIMES WORK?

23. If, in the light of the aforesaid, we now envisage how a process of repression, on similar lines, of international crimes would work in the actual stage of organization of the community of States, many differences may be noted.

(a) *In view of the development of international criminal law*

24. With respect to the law defining international crimes, there does not exist the same kind of machinery for legislation in the international as in the national sphere. In the international sphere it depends largely on treaties whether acts will be forbidden and subjected to sanctions (compare the terms of reference), and the value of such treaties as bases for the repression of crimes in the international sphere will be considerably influenced by the extent to which the States will adhere to these treaties.

25. When the question of an international criminal jurisdiction was discussed in the League of Nations it was the lack of a criminal law which came into the foreground, and it was considered as an obstacle to the creation of an international criminal jurisdiction.

26. The lack of a legislative machinery, however, does not necessarily mean that there are no international crimes nor rules of international criminal law. Definitions of such crimes and rules of such law may exist also on the basis of customary law.

27. There have been important developments in this field after the era of the League of Nations. Whatever might have been the situation at that time, it is submitted that, in view of the Nürnberg trial, the findings of the

Nürnberg Court and the resolution¹ of the United Nations confirming the principles of the Nürnberg judgement, there now exist, on the basis of customary law, important rules of international criminal law which can be used for the repression of international crimes. Another thing is that further development of international criminal law might be achieved through the conclusion of treaties.

28. In view of the situation with regard to international criminal law as described in paragraph 27 above, it is submitted that the actual stage of development of international criminal law does not, taken by itself, prevent the establishment of an international criminal jurisdiction.

(b) *In view of the conditions under which an International Criminal Court may be established*

29. Reference is made to the conclusions contained in paragraph 13 above. The implications of these conclusions are that even if an international criminal jurisdiction were established, it is very uncertain whether it would have competence in an actual case, and as long as an important group of States are of the opinion that the repression of crimes—even such crimes which have an inter-State character—is a matter within the exclusive competence of the State and not a matter to be dealt with by the international community, there seems to be a very small chance that this uncertainty will be removed in the near future.

(c) *In view of the lack of an organization for bringing the accused before the Court and for executing the judgements*

30. If, at last, we consider the possibilities of bringing the accused before the Court, provided that it be competent, and of executing the judgements, it must be admitted that there exists no international organization whatsoever for this purpose. In the event of a State refusing to appear before the Court, or to bring before it persons being in its territory, or to execute a judgement, there are no means, in the actual organization of the international community, to have this done.

31. There is of course, at least in theory, a possibility of creating the necessary machinery by amending the Charter, even if it is difficult to see how it would be organized and who would consent to act as the policeman. Still in many cases nothing short of war would be sufficient to guarantee results. In any event the bringing of the accused before the Court and the execution of a judgement would remain uncertain.

32. Now it could be said that as a rule international crimes are perpetrated only during a war. That is partly true, though not in all cases (e.g., genocide). But it does not improve the situation. On the contrary, the fact that in a large number of cases international crimes are committed only in war (especially those which customary law hitherto considered as international crimes) creates a special difficulty. What guarantee is there that the

¹ See General Assembly resolution 95 (I).

aggressor will not become the victor or that the war will not result in a draw? In such an event, can it be supposed that the aggressor State will appear as a defendant before the Court or send its nationals before it, even if it had accepted its jurisdiction by a treaty prior to the war?

33. It must be concluded that actually there is no organization for bringing the accused before the Court or for executing its judgements and that on the whole the prospects of setting up an effective organization for that purpose in the prevailing circumstances are not very bright.

V. SUMMING UP

34. The general conclusions can be summed up in the following way:

An international criminal jurisdiction can be set up in accordance with the provisions of the Charter. A qualified majority is needed and the decision is subject to the veto. In so far as the jurisdiction depends on the recognition of international crimes, there exist rules of customary international criminal law recognizing certain important crimes, but for the rest the Court would be limited, to a large extent, to dealing with acts recognized by conventions as criminal with respect to the signatories. The competence of the Court will be restricted to parties having submitted by convention to its jurisdiction. No organization does exist to enforce an appearance before the Court or the execution of its judgements, and it seems difficult to establish such an organization. The jurisdiction therefore is likely to be limited and brought into action in a haphazard way. There are great risks that culprits will not always be brought before the Court. On the whole this will give the impression that the jurisdiction is being exercised in an arbitrary way. Its deterring effect will thus be very doubtful, if any.

VI. PROS AND CONS

A. DOES THE EXISTENCE OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW REQUIRE A SPECIAL JUDICIAL ORGAN?

35. In favour of an international criminal Court it has been said that the existence of an international criminal law—even on the basis of customary law—requires a criminal jurisdiction. On the other hand it can be argued that the establishment of an international criminal jurisdiction is a practical question with respect to which one has to weigh pros and cons. If it were found that the disadvantages would outweigh the advantages and, in consequence, a Court were not created, the rules of international criminal law could still be applied by *ad hoc* tribunals and, what is perhaps more important, those rules would lay down in an authoritative way what acts, according to the public opinion of the world, may not, in principle, be committed. It would be a condensed restatement of what exists already in the form of moral precepts. To establish a Court is a step towards execution. A failure would expose the inefficiency of the international organization and thereby harm its prestige

and development. To a certain extent the last argument applies also to the law remaining unenforced, but in view of what has been said before, to a much lesser degree, especially with regard to the rules of customary law.

B. POSSIBILITY OF DEVELOPMENT

36. It could further be argued that a criminal jurisdiction which could be established must necessarily show defects at its initial stage, that at this stage the stress would be mainly on the solemn declaration of guilt before world opinion and that little by little a development would take place.

36a. These reasons would have some weight if the fundamental ideas in all quarters were the same. There exists, however, within an important group of States an opinion against creating anything resembling a Super-State and it is considered that criminal jurisdiction ought to be reserved for the national State. In the presence of such a difference of opinion with respect to fundamental principles, the consensus necessary for establishing a permanent international criminal jurisdiction will be lacking for a long time.

36b. It can further be said against the arguments in favour of establishing a criminal jurisdiction that the judicial organ that could be set up in the actual organization of the community of States would be impaired by such defects that the jurisdiction would thereby be brought into discredit and would, in consequence fail to produce the effect aimed at.

37. Thus, for instance, in the case of an international crime having been committed, it is very uncertain whether the judicial organ would be competent to judge the case. Even if it were competent, it is further uncertain whether the accused could be brought before the Court. It may be answered thereto that the possibility exists of pronouncing a judgement *in contumaciam*. Not all judicial systems, however, recognize such judgements, and it is questionable whether they ought to be introduced into the criminal procedure, especially in the international sphere. One particular argument against introducing them into the international sphere is that one has to deal there with moral concepts and sentiments of such a nature as to reduce considerably the effect of criminal repression, except perhaps in a limited number of cases. In order to produce an appropriate effect, a judgement must be based on solid facts. Otherwise, a judgement would only give nourishment to a propaganda in the country concerned which would diminish the effect of the judgement. There is certainly very little guarantee that a judgement will be based on a solid ground in case of a judgement *in contumaciam*. In this respect it must also be stressed that it will very often be difficult to obtain all the relevant facts, unless the archives of the aggressor State are opened.

37a. Finally, if the culprit is not apprehended so that he can be brought before the Court, there is uncertainty as to the possibility of execution. And in this respect much of what has been said in paragraph 22 is applicable. The effect of a conviction without execution would in most cases be lost.

C. THE NÜRNBERG TRIAL AS AN EXAMPLE

38. The Nürnberg trial has been pointed out as an example, and at the same time the desire to create a permanent international criminal jurisdiction has its origin, to a large extent, in certain criticisms of that trial, which might be met by the establishment of a permanent jurisdiction. Such a permanent jurisdiction would eliminate the impression that the judgement is a victor's vengeance. In this respect one must keep in mind that the Nürnberg trial was the result of an extraordinarily complete defeat and a complete agreement between the victors on the questions involved in the trial. The victors were also able to exercise sovereignty in the defeated countries.

38a. It is very uncertain whether this situation will repeat itself. With regard to the criticisms of the Nürnberg trial, it can further be said that because of the haphazard way in which a permanent jurisdiction would be working, according to what has been said above, and because of the impossibility of foreseeing the

political events, there will be no guarantee against the same criticisms being raised against such a permanent jurisdiction.

VII. FINAL CONCLUSION

39. In my opinion the cons outweigh by far the pros. A permanent judicial criminal organ established in the actual organization of the international community would be impaired by very serious defects and would do more harm than good. The time cannot as yet be considered ripe for the establishment of such an organ.

40. If such a judicial organ is to be established, it is submitted that, in view of the defects with which it would be impaired, it would be preferable to provide for the possibility of establishing a Criminal Chamber of the International Court of Justice in case of need. The defects would then be less noticeable, and such a possibility could perhaps in a given case meet the criticisms raised against the Nürnberg trial.

ARTICLE 24 OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

DOCUMENT A/CN.4/16

Working Paper* by Manley O. Hudson, Special Rapporteur

[Original Text: English]
[3 March 1950]

CONTENTS

	<i>Page</i>
I. INTRODUCTION	25
II. SCOPE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW	25
III. EVIDENCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW	26
A. Texts of International Instruments	26
B. Decisions of International Courts	27
C. Decisions of National Courts	28
D. National Legislation	28
E. Diplomatic Correspondence	29
F. Opinions of National Legal Advisers	30
G. Practice of International Organizations	30
IV. AVAILABILITY OF EVIDENCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW	30
V. RECAPITULATION OF MATTERS TO BE DISCUSSED IN CONNEXION WITH THE COMMISSION'S REPORT ..	31
A. Texts of International Instruments	31
B. Decisions of International Courts	32
C. Decisions of National Courts	32
D. National Legislation	32
E. Diplomatic Correspondence	32
F. Opinions of National Legal Advisers	32
G. Practice of International Organizations	32
H. General	32

* While the writer has endeavoured to divest himself of national preoccupations, the scope and content of this paper are limited by the materials available to him, and by his command of languages.

I. INTRODUCTION

1. Article 24 of the Statute of the International Law Commission provides :

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.

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.

2. The history of the drafting of this text was set forth in the Memorandum placed before the Commission at its first session by the Secretary-General of the United Nations (United Nations Publications, sales No. 1949.V. 6., pp. 3-5).¹ The Commission also had before it at its first session a working paper prepared by the Secretariat, based on the Memorandum (A/CN.4/W.9).

3. The subject matter of Article 24 was considered by the Commission on 1 and 2 June 1949 (A/CN.4/SR.31 and 32). At the conclusion of the discussion, the writer was invited to prepare a working paper on the subject, to be submitted to the International Law Commission at its second session.

4. In the preparation of this working paper, the writer has been guided by the views expressed by members of the Commission at its first session, but he has attempted to go somewhat beyond the scope of that discussion.

5. The task assigned to the Commission is to consider and to report to the General Assembly on ways and means (*moyens*) for making the evidence (*documentation*) of customary international law "more readily available" (*plus accessible*). Two sources of customary law are referred to in Article 24: State practice, and decisions of national and international courts on questions of international law. The Commission is directed to consider such (*par exemple*) ways and means as the collection and publication of documents concerning these sources. The text of Article 24 does not preclude consideration of other ways and means, nor does it exclude other sources.

6. The *scheme* of this working paper includes a preliminary review of the sources of customary law, to be followed by a survey of existing evidence with an estimate of its availability, leading up to a list of topics to be considered in connexion with the Commission's report.

II. SCOPE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

7. Article 24 of the Statute of the Commission refers only to "customary international law" (*droit international coutumier*). Its emphasis is in line with the traditional distinction between customary international law and conventional international law. That distinction was followed in 1920 in the drafting of Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice, the integrity of which is preserved in Article 38 of the Court's Statute as revised in 1945. The Court is directed to "apply" four categories of sources of law, i.e., to resort to them in finding the law applicable to the case before it. Article 38 creates no general hierarchy among the following categories:

(a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;

(b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

(c) the general principles of law recognized by civilized nations;

(d) ... judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

8. Perhaps the differentiation between customary international law and conventional international law ought not to be too rigidly insisted upon, however. A principle or rule of customary law may be embodied in a bipartite or multipartite agreement so as to have, within the stated limits, conventional force for the States parties to the agreement so long as the agreement is in force; yet it would continue to be binding as a principle or rule of customary law for other States. Indeed, not infrequently conventional formulation by certain States of a practice also followed by other States is relied upon in efforts to establish the existence of a rule of customary law. For present purposes, therefore, the Commission may deem it proper to take some account of the availability of the materials of conventional international law in connexion with its consideration of ways and means for making the evidence of customary international law more readily available.

9. Article 24 of the Statute of the Commission seems to depart from the classification in Article 38 of the Statute of the Court, by including reports of judicial decisions on questions of international law among the evidences of customary international law. The departure may be defended logically, however, for such decisions, particularly those by international courts, may formulate and apply principles and rules of customary law. Moreover, the practice of a State may be indicated by the decisions of its national courts.

¹ "Ways and means of making the evidence of customary international law more readily available."

10. Before listing the various types of materials which serve as evidence of customary international law, the Commission may wish to consider the elements which must be present before a principle or rule of customary international law can be found to have become established. The writer has the impression that a good measure of agreement exists among authors of treatises as to what these elements are. Without making an exhaustive study of the views of treatise-writers, but taking a few authors at random, useful discussions have been found in: Accioly, *Manual de Direito Internacional Publico*, pp. 10-11; Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, I, pp. 68-72; Basdevant, in *Recueil des Cours*, Vol. 58, pp. 504-520; Bourquin, in *Recueil des Cours*, Vol. 35, pp. 61-67; Brierly, *Law of Nations*, 4th ed., pp. 60-63; Bustamante, *Derecho Internacional Publico*, I, p. 68; Cruchaga Tocornal, *Nociones de Derecho Internacional*, 3d ed., p. 61; François, *Handboek van het Volkenrecht*, I, pp. 370-371; Krylov, in *Mezhdunarodnoe Pravo*, pp. 23-24; Raestad, in *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, Vol. 4, pp. 61-84; Ross, *Textbook on International Law*, General Part, pp. 86-90; Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public*, I, pp. 824-827; Scelle, *Précis de Droit des Gens*, Part II, pp. 304-312; Scelle, *Manuel de Droit International Public*, pp. 574-578; Séfériadès, in *Revue Générale de Droit International Public*, 3d ser., Vol. 10, pp. 129-196; Spiropoulos, *Traité Théorique et Pratique de Droit International Public*, pp. 28-30; and Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, pp. 102-103.

11. Seeking with Brierly (p. 62) "a general recognition among States of a certain practice as obligatory", the emergence of a principle or rule of customary international law would seem to require presence of the following elements:

(a) concordant practice by a number of States with reference to a type of situation falling within the domain of international relations;

(b) continuation or repetition of the practice over a considerable period of time;

(c) conception that the practice is required by, or consistent with, prevailing international law; and

(d) general acquiescence in the practice by other States.

Of course the presence of each of these elements is to be established (*doit être constaté*) as a fact by a competent international authority.

12. If this outline of the necessary elements is somewhat lacking in precision, it may serve nevertheless as a guide for determining the character of the evidence of customary international law which should be made more readily available.

13. Evidence of the practice of States is to be sought in a variety of materials. The reference in Article 24 of the Statute of the Commission to "documents concerning State practice" (*documents établissant la pratique des Etats*) supplies no criteria for judging the nature of such "documents". It is hardly practicable to list all of the numerous types of materials which reveal State practice on each of the many problems arising in international relations.

14. Without any intended exclusion, certain rubrics may be listed for possible consideration in drafting the Commission's report. The following paragraphs will serve both as a list of such rubrics, and as a survey of the more important official and non-official collections known to the writer with reference to each of them. Some of the materials referred to will evidence the formulation of customary or conventional international law, while others will evidence merely the practice of States. Commentaries to be found in monographs and treatises will not be included among the materials listed under the various rubrics.

III. EVIDENCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

A. TEXTS OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS

15. Two admirable collections of the texts of treaties and conventions concluded by various States have long served a useful purpose:

(a) *British and Foreign State Papers*, published in 140 volumes from 1841 to 1948;

(b) de Martens, *Nouveau Recueil Général de Traités*, published since 1843 in succession to the earlier *recueils* published from 1791: 1st series, 20 volumes; 2nd series, 35 volumes; 3rd series, 40 volumes, down to 1943. Mention may also be made of the 30 volumes of Hertslet's *Commercial Treaties*. For present purposes, it is hardly necessary to refer to collections of the texts of earlier instruments, such as the seventeen volumes of Rymer's *Foedera*, and the thirteen volumes of Dumont's *Corps Universel Diplomatique du Droit des Gens*, both published in the eighteenth century.

16. The inauguration of a collection of texts of treaties and conventions to be published under official international auspices was considered at a diplomatic conference held in Berne in 1894, but no agreement was reached. Soon thereafter, however, publications of texts of international instruments in their respective fields were inaugurated by the international unions for the protection of industrial and literary property. In 1911, the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration inaugurated the publication of the texts of arbitration treaties communicated to it under Article 22/43 of The Hague Conventions on Pacific Settlement of International Disputes of 1899 and 1907.

17. In 1920, the publication of the texts of treaties registered under Article 18 of the Covenant was begun by the League of Nations. When it was discontinued in 1946, the *League of Nations Treaty Series* consisted of 205 volumes, supplemented by 9 volumes of indices.

18. Since 1946, the texts of treaties and agreements registered or filed with the Secretariat of the United Nations are being published in the *United Nations Treaty Series*, of which 26 volumes had appeared down to the end of 1949.

19. Of narrower scope but extremely useful is the *Collection of Treaties, Engagements and Sanads Relating to India and Neighbouring Countries*, edited by C. U. Aitchison, published in five editions since 1862;

the fifth edition, published by the Government of India, consists of 14 volumes. Mention may be made, also, of Calvo's *Recueil des Traités* of the States of Latin America, 1493-1823, in six volumes, published 1862-1868.

20. A collection of the texts of multipartite international instruments concluded between 1919 and 1945, has been published in Washington by the Carnegie Endowment for International Peace in 9 volumes, under the title *International Legislation*. In 1948, the United Nations published a valuable survey of treaties on pacific settlement.

21. Many States publish in collected or in serial form the texts of treaties and conventions to which they are parties; in some States, such texts are scattered in publications of various kinds. Collections of the treaties of particular countries are often published privately, also.

22. Several useful *répertoires* of treaties have been published, notably

(a) Tétot, *Répertoire des Traités de Paix*, etc., 1493-1866, in two parts. Published 1866-1870;

(b) Ribier, *Répertoire de Traités de Paix*, etc., 1867-1895, 2 volumes. Published 1895-1899;

(c) Institut Intermédiaire International, *Répertoire Général des Traités*, 1895-1920. Published in 1926.

A chronology (*Répertoire*) of International Treaties and Legislative Measures was published by the League of Nations Library from 1930 to 1940.

23. The *Manual of Collections of Treaties and of Collections Relating to Treaties*, compiled by Denys P. Myers, and published in 1922, contains 3,468 entries.

24. It may be assumed that the texts of most of the treaties concluded since 1920 have been published, or are to be published, in either the *League of Nations Treaty Series* or the *United Nations Treaty Series*. The Commission may wish to suggest that the Secretariat should prepare and publish a digest of the *League of Nations Treaty Series*; perhaps the International Labour Code published by the International Labour Office would serve as a prototype for such a digest.

25. For the texts of treaties concluded before 1920, the *British and Foreign State Papers* and Martens' *Nouveau Recueil Général de Traités* are supplemented by the various national collections. The Commission may wish to suggest that the Secretariat of the United Nations should publish, and revise from time to time, a list of such national collections.

B. DECISIONS OF INTERNATIONAL COURTS

26. Though the awards of tribunals of the Permanent Court of Arbitration were usually published by the International Bureau as they were handed down, no official collection of them was issued. In 1934, a volume of *Analyses des Sentences* was published by the International Bureau. An unofficial collection of the texts of the awards, with English translations, was compiled by James Brown Scott and published in his *Hague Court Reports* (1916) and *Hague Court Reports*, second series (1932). A digest of the awards down to 1928 was

published in *Fontes Juris Gentium*, Series A, Sectio I, Tomus 2.

27. Most of the decisions of the Central American Court of Justice were published in the 7 volumes of the *Annales de la Corte*, issued from 1911 to 1917. The editing of these volumes left much to be desired, and it seems probable that they are not generally available.

28. The judgments and opinions of the Permanent Court of International Justice, in French and English, were published in serial form in Series A, Series B and Series A/B of its publications; documents and records of proceedings concerning them were published in Series C, and some digests were published in Series E. The English texts of the judgments and opinions were reproduced in the four volumes of Hudson's *World Court Reports*. A German translation of the judgments and opinions down to 1935 was published in the twelve volumes of *Entscheidungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofs*. A Spanish translation of the earlier judgments and opinions was published in the two volumes of *Colección de Decisiones del Tribunal Permanente de Justicia Internacional*. A digest of the Court's jurisprudence from 1922 to 1934 was published in *Fontes Juris Gentium*, Series A, Sectio I, Tomus 1 and Tomus 3.

29. The judgments, orders and opinions of the International Court of Justice are published in the annual volumes of *I.C.J. Reports*. Documents and records of the proceedings in each case are published by the Court in *Pleadings, Oral Arguments and Documents*; these volumes are not serially numbered. Decisions taken by the Court in application of its Statute and Rules are recorded in the *Yearbook* published by the Registry.

30. Few of the judgments and awards of the many temporary and *ad hoc* tribunals which have functioned over the past 150 years have been published in systematic form—a useful list of them is to be found in Stuyt's *Survey of International Arbitrations, 1791-1938*. So far as known, no complete collection of the texts of such judgments and awards has been made.

31. In 1902, La Fontaine published in his *Pasicrisie Internationale* a documentary history of international arbitrations from the year 1794 to 1900, dealing with 177 cases.

32. Two notable efforts have been inaugurated to compile general collections of international jurisprudence, but both of them were discontinued before completion of the original design. La Pradelle and Politis edited two volumes of the *Recueil des Arbitrages Internationaux*, published in 1905 and 1923, reprinted in 1932; these volumes report and comment on 52 cases arising between 1798 and 1872. John Bassett Moore's work on *International Adjudications, Ancient and Modern*, was planned as a comprehensive collection to run into many volumes; beginning in 1929, 6 volumes of the *Modern Series* were published, dealing with relatively few cases but in great detail; the one volume of the *Ancient Series*, published in 1936, dealt with a single arbitration.

33. Two collections may be noted of awards in arbitrations to which particular States were parties. Moore's *History and Digest of the International Arbi-*

trations to which the United States Has Been a Party was published in six volumes in 1898. Van Boetzelaar's volume, *Les Arbitrages Néerlandais de 1581 à 1794*, published in 1930, is supplemented by van Hamel's volume, *Les Arbitrages Néerlandais de 1813 à nos Jours*, published in 1939.

34. The recent inauguration by the United Nations of a series of *Reports of International Arbitral Awards* (*Recueil des Sentences Arbitrales*) is to be signalized. Three volumes, of continuous pagination, appeared in 1948 and 1949, reporting 59 awards handed down during the period from 1920 to 1941. Edited by the staff of the Registry of the International Court of Justice, these volumes were issued as publications of the United Nations. The Commission may wish to express a *vœu* that the completion of the present series will promptly be followed by the inauguration of additional series covering other periods.

35. Current international decisions are generally reported in various periodicals; and summaries and digests of them appear in the valuable *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, published under varying titles since 1932 and now edited by Lauterpacht; the 11 volumes of the *Annual Digest* cover the period from 1919 to 1945. The continuance of this valuable series may well be urged by the Commission. Schwarzenberger's *International Law*, Volume 1 (2d ed.), is a useful digest of international judicial decisions.

C. DECISIONS OF NATIONAL COURTS

36. Article 24 of the Commission's Statute refers to "the collection and publication . . . of the decisions of national and international courts on questions of international law." The text seems to set off national court decisions from State practice. The Commission may wish to formulate its own view on this matter, if not a *caveat* as to the extent to which decisions of national courts supply evidence of customary international law.

37. In general, national courts apply the national law. Strictly speaking, their decisions "on questions of international law" are based on international law only in so far as its provisions have been incorporated into the national law. That incorporation is necessarily limited, for many of the provisions of international law can serve no purpose in national law. At most, it is only the national view of international law which is incorporated into national law so as to be applicable by national courts. Suits are sometimes brought in the courts of one State by the Government of another State, but questions of international law, or questions of international concern, more often arise in national courts when no State is represented before the court, and decisions may be taken on them without the court's having opportunity to hear the views of any Government. Even where the theory prevails that international law is a part of the national law, a national court will base its decision on principles of international law only in the absence of a controlling national statute or regulation or precedent; for example in some States which purport to incorporate their treaties into the national law, a statute enacted after the conclusion of a treaty will prevail over the provisions of the treaty itself.

38. If this view is shared by the Commission, it may be concluded that the decisions of the national courts of a State are of value as evidence of that State's practice, but that they do not otherwise serve as evidence of customary international law. No attempt need here be made to assess the relative value of national court decisions as compared with other types of evidence of customary international law.

39. It would be a herculean task to assemble the decisions on questions of international law of the national courts of all States, or even of all Members of the United Nations. Assuming that most such decisions are published in each country, the selection, collection and editing of the texts would involve a great deal of time of many persons, and a considerable expense. So far as the writer knows, no attempt has been made to do such a job.

40. In some of the international law periodicals, reports or digests of national judicial decisions are regularly published. Particular mention should be made in this connexion of the *Journal de Droit International Privé*, founded in 1874 and continued since 1915 as the *Journal de Droit International*, with a total of some 72 volumes. Since 1907, the *American Journal of International Law* has regularly published texts of national court decisions.

41. Most valuable in this connexion are the 11 volumes of the *Annual Digest of Public International Law Cases* inaugurated in 1932, and covering both national and international jurisprudence for the years since 1919. Significantly, the term *Reports* has been added to the title of the more recent volumes. This publication requires much organization and financial support. The Commission may wish to urge its continuance.

42. A significant collection of decisions of national courts concerning private international law is *Giurisprudenza Comparata di Diritto Internazionale Privato*, published in 8 volumes by the Istituto di Studi Legislativi at Rome (1937-1942). In 1925, the International Labour Office inaugurated as an annual publication an *International Survey of Legal Decisions on Labour Law*, of which at least thirteen volumes were published.

43. Various collections of decisions of prize courts of some countries have been published. Reference is made to the Secretary-General's Memorandum, p. 61.

D. NATIONAL LEGISLATION

44. The term legislation is here employed in a comprehensive sense; it embraces the constitutions of States, the enactments of their legislative organs, and the regulations and declarations promulgated by executive and administrative bodies. No form of regulatory disposition effected by a public authority is excluded.

45. In most States, legislative texts are regularly published in systematic form. The publications are sometimes very voluminous, and expensive. Obviously they serve as a storehouse of evidence of state practice. Yet it seems probable that in many countries the

published legislation of other States is not readily available.

46. Several attempts have been made to publish the texts of the constitutions of the various States of the world, but of course any such collection soon becomes out of date. The most extensive collection known to the writer is Dareste's *Les Constitutions Modernes*, inaugurated in 1883; 6 volumes of a fourth edition were published in 1928. In 1935 and 1936, a four-volume collection of constitutions of various States was published in Moscow under the Soviet Government's auspices. An ambitious collection of *The Constitutions of All Countries* was projected by the Foreign Office of the United Kingdom in 1938, but so far as the writer is informed only one volume containing British Empire constitutions was published. Several collections of Latin American constitutions have been made, notably by Altamira (1930), Lazano y Mazón (1942), and Pasquel (1943); Fitzgibbon's *Constitutions of the Americas* (1948) contains English translations. Giannini's collection of *Le Costituzioni degli Stati dell' Europa Orientale* appeared in two volumes in 1930. The collection of *Constitutions, Electoral Laws, Treaties of the States in the Near and Middle East* (1947), by Davis, has also served a useful purpose.

47. The *Yearbook on Human Rights* for 1946, published by the United Nations, collects the relevant provisions in the constitutions of Members of the United Nations.

48. The Commission may wish to recommend that the Secretariat of the United Nations should publish, and keep up to date, a collection of the constitutions of all Members of the United Nations, or perhaps of all States.

49. So far as the writer is informed, no attempt has been made to assemble a global collection of the legislation of all States bearing on matters of international concern. An ambitious project was launched by the Instituto de Studi Legislativi of Rome about 1936. Its *Legislazione Internazionale* was designed to present texts of or information concerning the laws, decrees, and projects of laws of most of the countries of Europe; the seven volumes published covered the years from 1932 to 1938. Under the same auspices, a *Repertorio della Legislazione Mondiale* was launched in 1933, but only a few volumes are available to the writer.

50. Four volumes of an *International Digest of Laws and Ordinances* were published by the International Legislative Information Center of Geneva in 1938, but the series was soon discontinued.

51. A *Boletín Analítico de los Principales Documentos Parlamentarios Extranjeros*, published in Madrid from 1910 to 1927, was succeeded in 1930 by a *Boletín de Legislación y Documentos Parlamentarios Extranjeros*, of which 12 volumes were published between 1930 and 1935. The French Société de Législation Comparée published an *Annuaire de Législation Etrangère* from 1872 to 1939.

52. Various attempts have been made to collect and publish the laws of various countries relating to particular topics of international interest. Notable is the *Sammlung*

Ausserdeutscher Strafgesetzbücher, of which fifty-four numbers were published between 1881 and 1942. In the early part of the twentieth century, a great collection of the commercial laws of many States was published in four editions in different languages, the British edition consisting of thirty-two volumes. Possibly mention may also be made of the collections of *Nationality Laws, Diplomatic and Consular Laws and Regulations, Neutrality Laws and Regulations*, and *Piracy Laws*, published by the Harvard Research in International Law. The Legal Committee of the International Civil Aviation Organization is now planning for the publication of national laws and regulations on aviation. The Commission on Narcotic Drugs has inaugurated the publication of an *Annual Summary of Laws and Regulations relating to the Control of Narcotic Drugs*.

53. The Commission may wish to recommend that the Secretariat be asked to assemble and to publish from time to time the laws and regulations of all Members of the United Nations concerning specific topics, whether or not such topics are set down for codification. At the present time, there would seem to be need for a collection of national laws on such topics as nationality, territorial sea, and exploitation of the natural resources of submarine areas of the high sea. The *Legislative Series* published by the International Labour Office supplies an admirable prototype for such publications.

54. Various reviews of the legislation of particular countries are regularly published. The British Society of Comparative Legislation has long published in its *Journal of Comparative Legislation and International Law* valuable reviews of the legislation of various parts of the British Empire. From 1930 to 1940, the League of Nations Library published a *Chronology (Répertoire) of International Treaties and Legislative Measures*; a continuance of that *Chronology* by the United Nations Secretariat might be envisaged by the Commission.

E. DIPLOMATIC CORRESPONDENCE

55. The diplomatic correspondence between Governments must supply abundant evidence of customary international law. For various reasons, however, much of the correspondence is not published. Within the limits set by propriety, some Governments publish selected texts of diplomatic exchanges, but frequently only after a lapse of years. Archives of Foreign Offices are in some cases opened to access by qualified scholars engaged in research, but usually only up to a remote year of the past.

56. Perhaps it is unnecessary to attempt to list the publications of their diplomatic correspondence issued by various Governments. Of the bibliographical aids in this connexion, mention may be made of *Guide Internationale des Archives - Europe*, published by the Institute of Intellectual Cooperation in 1934. The Memorandum placed before the Commission by the Secretary-General lists (pp. 10-12) the periodical publications issued by the States of Latin America, and refers (pp. 13-20) to the principal publications of France, Germany, the Soviet Union, the United Kingdom and the United States. Meyer's *Official Publications of European Governments* (1929) lists the current publications of eight other

Governments. The Soviet Union has recently published a valuable collection of diplomatic documents on the eve of the Second World War. A vast library would be required to house all of such publications, and for the most part they are of interest only to historians. If reproduction were contemplated, it seems questionable whether new processes of reproduction, such as micro-filming, would offer much relief.

57. In some countries, digests of national correspondence have been compiled, which have a certain usefulness generally. Yet some reserve may be required in the use of such digests; a well-known compiler, Moore, was careful to point out in a preface that

"Mere extracts from state papers or judicial decisions can not be safely relied on as guides to the law. They may indeed be positively misleading. Especially is this true of state papers, in which arguments are often contentiously put forth which by no means represent the eventual view of the government in whose behalf they were employed."

58. An outstanding example of such a digest is the digest of the diplomatic correspondence of European States, published in *Fontes Juris Gentium*, Series B, Sectio 1, Tomus 1 (in two parts) and Tomus 2 (in three parts), covering the period from 1856 to 1878.

59. A series of digests relating especially to United States materials included diplomatic correspondence—the three volumes of Wharton's *Digest* (1886), the eight volumes of Moore's *Digest* (1906), and the eight volumes of Hackworth's *Digest* (1940). Suggestions have emanated from various quarters that other such digests are needed.

F. OPINIONS OF NATIONAL LEGAL ADVISERS

60. So far as the writer is informed, the opinions on questions of international law given by legal advisers to Governments are published in few countries. Reserve may be needed in assessing the value of such opinions as evidence of customary international law, for the efforts of legal advisers are necessarily directed to the implementation of policy. Nor is a presentation of such opinions of much value unless it can be accompanied by an adequate analysis of the history leading up to the occasions with reference to which they were given.

61. The two volumes of *Great Britain and the Law of Nations*, published by H. A. Smith in 1932 and 1935, exemplify the use of such opinions as illustrations of the development of customary law. Admirable use of the British opinions was made also in McNair's *Law of Treaties* (1938). The regularly published *Opinions of the Attorney General of the United States* may also be mentioned in this connexion; a digest of such opinions, published in three volumes, covers the period 1789-1921. Similarly, the single volume of *Jurisprudencia de la Concilleri a Chilena*, by Cruchaga Ossa, covers the period down to 1865.

G. PRACTICE OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

62. Records of the cumulating practice of international organizations may be regarded as evidence of customary international law with reference to States'

relations of the organizations. A useful *Répertoire of Questions of General International Law before the League of Nations, 1920-1940*, was published by the Geneva Research Centre in 1942. It is understood that a *répertoire* along somewhat similar lines is planned by the Secretariat of the United Nations.

IV. AVAILABILITY OF EVIDENCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

63. In preparing the foregoing catalogue of various types of evidence of customary international law, little attention has been paid to the availability of the published materials. It may be desirable to attempt some analysis of the concept of availability, before discussing "ways and means for making the evidence of customary international law more readily available".

64. Availability will be considered here in three aspects. *First*, availability for meeting the needs of whom? *Second*, the extent to which materials already published are available throughout the world. *Third*, the extent to which materials not yet published may be made available throughout the world. Article 24 of the Commission's Statute seems to envisage the third aspect in its reference to "collection and publication of documents" (*La compilation et la publication de documents*); it does not expressly envisage the first and second aspects.

65. In the first aspect, availability ought to take account of the needs of private individuals engaged in the exploration of problems of international law, as well as of the needs of governmental and of international authorities. The needs of the three groups are not necessarily the same. An individual may wish to undertake wider investigations than those which Government officials ordinarily have time to pursue. Access to extensive libraries is desirable for all three groups, but officials must often rely on works of ready reference.

66. The published materials mentioned in the foregoing survey are to be found for the most part only in great libraries of international law. Unfortunately, such libraries are few and far between. The admirable Library of the Peace Palace at The Hague, which serves the needs of the International Court of Justice, has few counterparts in the capitals of States. Indeed, in some capitals—particularly those of some of the newer States—it seems possible that no library of international law exists. This situation has a bearing on the general outlook for international law. The establishment of libraries containing the principal collections of published world-wide materials which serve as evidence of customary international law would require much labour and expense, as well as time. The problem of creating such libraries seems to lie beyond the scope of the present inquiry; attention is probably being given to it by UNESCO.

67. As to the second aspect of availability, it would be extremely difficult to estimate the present availability of many of the principal published collections of evidence of customary international law. In many cases, stocks probably do not exist to be drawn upon for meeting present or future demands. For example, the writer does not know where the complete set of the *League of*

Nations Treaty Series could now be obtained, or a complete set of Martens' *Nouveau Recueil Général de Traités*. It might be possible for one to buy the publications of the Permanent Court of International Justice containing its judgments and opinions, but more difficulty might be encountered in finding an available set of the awards of tribunals of the Permanent Court of Arbitration.

68. The Commission might wish to consider the possibility of an inquiry as to the present availability of materials of exceptional value as evidence of customary international law. While the results of such an inquiry might be of some value to Governments and to libraries, this may be deemed to lie outside of the Commission's function under Article 24 of its Statute.

69. As to the third aspect of availability, it may be possible for the Commission to draw up a list of certain types of evidence of customary international law which are not adequately covered by existing publications. The foregoing survey mentions some of the *lacunae*, but it is a difficult task to say what procedure should be followed in attempting to fill them. The Commission itself is hardly in a position to launch any new series of publications. It can, however, suggest that the Secretariat of the United Nations should undertake certain types of publications; for example, a digest of the *League of Nations Treaty Series*. It might also publish from time to time collections of Constitutions of States; it might be asked to prepare and publish collections of the laws of various States on some of the subjects included in the Commission's provisional list of topics selected for codification. The Secretariat might also be asked to publish a *Juridical Yearbook*; a first volume of the *Inter-American Juridical Yearbook* has recently appeared. A United Nations *Juridical Yearbook* could assemble, for example, the published current diplomatic correspondence of Governments relating to questions of international law, and it might reproduce the relevant current decisions of national courts. The Registry of the International Court of Justice might be asked to publish from time to time digests of that Court's judgments and opinions.

70. The Commission may wish to suggest means by which the publications currently issued by Governments could be made more widely available. Possibly a general plan could be worked out for a general exchange between Governments of such of their publications as relate to customary international law. Some eighteen States are now parties to the 1886 Brussels Convention on the International Exchange of Official Documents, and some thirteen American States are parties to the 1936 Inter-American Convention on the subject. Some fifty bi-partite treaties on the subject are known by the writer to exist, also. If the Commission should wish to deal with this subject, it might take account of the current programme of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization which planned in 1948 a meeting of experts to deal with it; the writer is not informed as to any meeting which may have been held, but a "book coupon" system has been inaugurated by UNESCO to enable certain countries to finance the purchase of books in other countries.

71. It seems doubtful that much can be done to stimulate the publication by Governments of materials

on international law. The suggestion has been advanced from time to time that more Governments should issue digests of their international practice, along the lines of some of the well-known digests issued in the past under Government sponsorship. While it would be possible for the Commission to renew the suggestion, artificial stimulus of such arduous enterprises does not promise much in the way of results.

72. In the discussions at the first session of the Commission, there appeared to be some disposition to say that reliance should be placed on the work of scientific bodies, such as international and national law institutes or lawyers' organizations. The fruitful activities of such organizations have appeared in the numerous reviews, some of which were not continued during the war years; and recent years have seen the launching of new *Yearbooks of International Law* in a number of countries—notably in Czechoslovakia, Italy, Palestine, Switzerland and Yugoslavia.

73. Despite these manifestations of zeal, it seems doubtful that many national or international institutes exist which could be counted on for the sustained research involved in the publication of useful compendiums of the evidence of customary international law. Few of them can undertake and continue a long-range programme of solid work. Their personnel changes rapidly, their interest is easily deflected, and their funds are often inadequate.

V. RECAPITULATION OF MATTERS TO BE DISCUSSED IN CONNEXION WITH THE COMMISSION'S REPORT

A. TEXTS OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS

74. It may be assumed that sufficient distribution is being made of the *United Nations Treaty Series*, to Governments, to libraries and to individuals; but a report by the Secretariat might reveal that the distribution could usefully be expanded.

75. The Secretariat might be asked to report on the availability of the volumes of the *League of Nations Treaty Series* for distribution, especially, in countries which were not Members of the League of Nations. The Commission may also wish to recommend the publication of a digest of the *League of Nations Treaty Series*.

76. It is hardly practicable to offer any suggestion for making available the great collections of international treaties which ante-date the League of Nations treaties, or the collections of the treaties of single States. A list of such national collections might be published by the Secretariat, and revised from time to time. The Secretariat might also publish a *répertoire* of treaties, modelled on that published by the League of Nations Library from 1930 to 1940.

77. The current publications of treaty texts issued by each State might be exchanged under a general plan for the international exchange of publications.

B. DECISIONS OF INTERNATIONAL COURTS

78. It may be assumed that sufficient distribution is being made of the *I. C. J. Reports*, to Governments, to libraries and to individuals; but a report by the Secretariat might reveal that the distribution could usefully be expanded. The Commission may wish to suggest that the Registry of the Court should publish occasional digests of its judgments and opinions.

79. The Secretariat might be asked to report on the availability of the published texts of the judgments and opinions of the Permanent Court of International Justice for distribution.

80. As to reports of the awards of tribunals of the Permanent Court of Arbitration, the Secretariat might inquire as to the stocks held by its Secretary-General at The Hague, and if possible arrange for their distribution.

81. The Commission might wish to suggest that there is need for an adequate collection of the judgments of the Central American Court of Justice.

82. As to the awards of *ad hoc* tribunals, the Commission may wish to express appreciation of the new series of *Reports of International Arbitral Awards*, published by the United Nations, and to suggest that series covering other periods of time be undertaken as soon as possible. The Secretariat might also be asked to report on the distribution of the three volumes already published.

C. DECISIONS OF NATIONAL COURTS

83. As the practice of States is reflected in the decisions of their national courts, such decisions on questions of international law, or a digest of them, might be included in a United Nations *Juridical Yearbook*. Even if the Commission wishes to suggest such a publication, however, it may also wish to take note of the valuable service being rendered by the publication of summaries and extracts of current national court decisions in the *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, edited by Professor Lauterpacht, and to urge its continuance.

84. The Commission may not deem practicable to suggest the preparation of a global digest of past decisions of national courts. It might, however, formulate a suggestion that digests of the decisions of the national courts of the various States would be useful.

D. NATIONAL LEGISLATION

85. The Commission may wish to suggest that the United Nations Secretariat should publish in several languages a collection of the texts of the constitutions of all Members of the United Nations, possibly of all States, together with supplementary volumes for keeping it up to date.

86. The Commission may wish to suggest that various collections of the national legislation of Members

of the United Nations relating to particular topics of international law be prepared and published by the Secretariat. Such collections are needed on several of the topics selected by the Commission for codification.

87. The Commission may wish to suggest the preparation and publication by the Secretariat of a *Legislative Series*, modelled on that of the International Labour Office, to contain texts of current national legislation on matters of international interest. The inclusion of national legislation for giving effect to the provisions of multipartite conventions drawn up by the United Nations might be a valuable feature of such a series.

E. DIPLOMATIC CORRESPONDENCE

88. The Commission may wish to suggest that, in so far as it is found to be practicable, each Member of the United Nations should arrange for the preparation and publication of a digest of its published diplomatic correspondence.

89. The formulation of a plan for the general exchange of their publications between Governments, as later suggested in this working paper, might provide for the exchange of published documents of diplomatic correspondence.

F. OPINIONS OF NATIONAL LEGAL ADVISERS

90. No suggestion is made under this rubric.

G. PRACTICE IN INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

91. The Commission may wish to suggest that the Secretariat should publish from time to time a *répertoire* of United Nations practice under the Charter.

H. GENERAL

92. As a general approach to making the evidence of customary international law more readily available, the Commission may wish to suggest that early attention be given to the possibility of concluding a new multipartite convention providing for a comprehensive exchange of Government publications on questions of international law and international relations. This matter is mentioned vaguely in Article 1 of the Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

93. The Commission may also wish to suggest that a recommendation be made to Governments that, in order to enable it to carry out the programme of publication which it may undertake, the Secretariat should be regularly supplied with copies of all official publications bearing upon any phase of international law. To this end, the Secretariat might consider the appointment of a permanent legal correspondent in each Member country.

DOCUMENT A/CN.4/16/Add. 1

**Addendum to the Working Paper by Manley O. Hudson
on Article 24 of the Statute of the International Law Commission**

[Original Text: English]
[15 March 1950]

EXCHANGE OF OFFICIAL PUBLICATIONS

1. Inquiry concerning the progress of UNESCO's work on this subject resulted in a memorandum [LBC Memo 1421, 3 March 1950] and a dispatch of documents, both received after this working paper was revised.

2. The subject was considered at a "meeting of experts," not named, in July 1948. The conclusion seems to have been reached that it was not feasible to revise the Brussels Convention of 1886, and that effort

should be concentrated on the promotion of bilateral agreements.

3. A handbook on international exchange of publications is soon to appear. The UNESCO Clearing House for Publications does not distinguish between official, scientific and literary publications.

4. The documents leave the impression that the subject has not been exhaustively explored.

DOCUMENT A/CN.4/27

**Comments on Judge Hudson's Working Paper on Article 24
of the Statute of the International Law Commission**

(presented by the Secretariat)

[Original Text: English]
[6 June 1950]

1. The following comments refer chiefly to Judge Hudson's conclusions set forth in Section V of his working paper (A/CN.4/16, paras. 74-93). In this section the author suggests, for the consideration of the Commission, a number of measures which might be taken with a view to making the evidence of customary international law more readily available.

2. It is noteworthy that Judge Hudson among the various types of evidence of customary international law includes also "texts of international instruments", meaning treaties and other international agreements. There seems to be much force in his argument (para. 8) that "the differentiation between customary international law and conventional international law ought not to be too rigidly insisted upon", as "a principle or rule of customary law may be embodied in a bipartite or multipartite agreement", and "not infrequently conventional formulation by certain States of a practice also followed by other States is relied upon in efforts to establish the existence of a rule of customary law". It may be recalled, in this connexion, that the Secretariat, in its memorandum to the Committee on the progressive Development of International Law and its Codification entitled "Methods for Encouraging the Progressive Development of International law and its Eventual Codification" (A/AC.10/7), proposed that measures should be taken not only to render the evidence of customary international law more accessible but also to facilitate the development of conventional international law, *inter alia*, through technical improvements relating to the compilation of international legislative materials.

In the latter respect it was suggested that although there already existed systematic compilations treaties and conventions, the Committee "might find it useful to consider such technical improvements as the preparation of a subject index or classification of the contents of multipartite instruments; a multilingual glossary to be used in the preparation of translations of multipartite instruments; and a list of short titles of multipartite instruments" (p. 3 of the memorandum). No decision was taken by the Committee on this suggestion, and Article 24 of the Statute refers only to evidence of customary international law. It is gratifying that Judge Hudson has now made out a strong case for considering, under Article 24, also conventions as, to some extent, evidence of customary international law. For practical purposes, it makes no difference whether action to facilitate the development of conventional international law through such technical means as mentioned above is taken separately or in connexion with steps to improve the accessibility of customary international law. The Secretariat has therefore every reason to support Judge Hudson's suggestion that "the Commission may deem it proper to take some account of the availability of the materials of conventional international law in connexion with its consideration of ways and means for making the evidence of customary international law more readily available" (para. 8).

3. Several of the proposals submitted by Judge Hudson with a view to making the various types of evidence dealt with in his paper more readily available are concerned with the distribution of published materials.

He suggests that the Secretariat might be asked to report on the present distribution of publications such as the United Nations Treaty Series, the League of Nations Treaty Series, the Reports of the International Court of Justice, the Reports of International Arbitral Awards, the series edited by the Permanent Court of International Justice and the reports of the awards of the Permanent Court of Arbitration. On the basis of the reports submitted by the Secretariat, the International Law Commission might thereafter consider ways and means for improving and extending the distribution of such printed materials.

3a. It seems, however, hardly advisable for the Commission to deal with these questions of distribution, unless the Commission is prepared to make recommendations to the General Assembly envisaging large financial outlay.

3b. In the first place, Judge Hudson has himself some doubts as to whether such questions are within the terms of reference contained in Article 24 of the Statute. He states (para. 64) that, whereas the article, in its reference to "collection and publications of documents" seems to envisage the problem of making unpublished materials available, it does not expressly refer to the question as to what extent published materials are available throughout the world. And in another passage (para. 68) he says that while an inquiry into the latter question might be of some value to Governments and to libraries, "this may be deemed to lie outside of the Commission's function under Article 24 of its Statute".

3c. Furthermore, practical reasons speak against the consideration by the Commission of questions of distribution. Without denying the importance of the question it may be said that the principal practical difficulty connected with research work in customary international law does not lie in a defective distribution of published materials but in the fact that so much important source material is still unpublished. The Commission should therefore above all concentrate on finding ways and means for making unpublished materials available in printed form. And as far as published materials are concerned, it would also seem more important to consider such technical improvements as suggested in the Secretariat memorandum referred to above, than to deal with questions of distribution. Moreover, it may be assumed that the relevant publications referred to in Section V of the working paper have been or are being distributed according to carefully considered plans, taking into account, on one hand, the desirability of a wide distribution and, on the other hand, the limitations set by available funds. It is therefore doubtful whether an inquiry into these questions would lead to practical results. This is the case, in particular, with respect to the United Nations Treaty Series. It seems improbable that the General Assembly would be willing to allocate funds for the purpose of expanding the present distribution of this series.

3d. For these reasons, it is submitted that the Commission should not, at least for the present, deal with questions concerning the distribution of published materials but should concentrate on measures for making unpublished materials available in printed form and on

technical means, such as digests, indices, etc., for facilitating the study of existing collections of materials.

4. Among measures which might be taken in this latter respect, Judge Hudson proposes (para. 75) the preparation of a digest of the League of Nations Treaty Series. Such a project would, however, hardly be realizable. Judge Hudson suggests (para. 23) that the International Labour Code might serve as a prototype. This code is however a digest of a uniform set of international instruments—conventions and recommendations adopted by the International Labour Conference—which furthermore, deal with a limited and coherent group of questions, namely labour conditions. The League of Nations Treaty Series, on the contrary, include a great number of diversified international agreements—multilateral and bilateral treaties, protocols, etc.—relating to practically the whole vast field of international relations. It is difficult to see how a digest of such enormous and diverse materials could be prepared within a reasonable time. Many of the provisions reproduced in such a digest also have lost their binding force through new agreements not included in the series.

4a. What has now been said does not, however, mean that the idea preparing digests of conventional international law should be wholly abandoned. Nor does it mean that the International Labour Code could not serve as a model for such digests. On the contrary, this code indicates the method which should be followed. Taking the Labour Code as a prototype—eventually also other digests such as the Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of Disputes edited by the United Nations—a series of digests might be prepared each containing treaty provisions relating to a certain topic of international law. In other words, instead of making a digest of a series of treaties and other international agreements dealing with a great many more or less unrelated subjects, digests of conventional international law should be prepared according to topics. The topics chosen in the first place might preferably be some of those selected for codification by the Commission. Digests of treaty provisions relating to such topics might considerably facilitate the codification work of the Commission and also serve as a complement to the drafts resulting from this work.

4b. It may be added that Judge Hudson's suggestion with respect to the League of Nations Treaty Series might be followed up to some extent by the preparation of a consolidated index covering the whole series. Such an index would be an improvement on the now existing nine indices each of which covers only a part of the series.

5. The suggestion made in the working paper (para. 76) that the Secretariat might publish a list of national collections of treaties seems practicable, as well as the suggestion (same paragraph) to prepare a *répertoire* of treaties modelled on that published by the League of Nations Library from 1930 to 1940. The United Nations Library might be invited to undertake these tasks.

6. An adequate collection of the judgments of the Central American Court of Justice (para. 81) would be useful and could eventually be prepared by the Secretariat.

7. The series of Reports of International Arbitral Awards (para. 82) is being taken over by the Secretariat and will be continued.

8. The publication of a United Nations Juridical Yearbook (para. 83) is a good idea which should be carried out.

9. Judge Hudson's suggestion (para. 85-87) regarding

the publication by the Secretariat of collections of national legislation (including constitutions) and of a Legislative Series should be followed.

10. A *répertoire* of United Nations practice under the Charter, as suggested in the working paper (para. 91), can be prepared by the Secretariat in connexion with its work on the annotations of the Charter.

REGIME OF THE HIGH SEAS

DOCUMENT A/CN.4/17

Rapport de J. P. A. François, Rapporteur spécial

[Texte original en français]
[17 mars 1950]

TABLE DES MATIERES

	Pages
1) Conception de la liberté de la mer	36
2) Définition du navire	38
3) Territorialité du navire	38
4) Nationalité du navire	38
5) Navires sans nationalité	38
6) Navires qui possèdent deux ou plusieurs nationalités	39
7) Distinction des navires publics et des navires privés	39
8) Sauvegarde de la vie humaine	39
9) Signaux	39
10) Abordage	39
11) Assistance et sauvetage	40
12) Cérémonial en haute mer	40
13) Police en haute mer	41
14) Traite des noirs	41
15) Commerce des armes	42
16) Câbles télégraphiques sous-marins	42
17) Police des lieux de pêche	42
18) Droit de poursuite	43
19) Protection des richesses de la mer	45
a) Organismes internationaux	45
b) Protection des phoques	45
c) Protection des grands cétacés	46
d) Pollution des eaux	46
20) Extension de la mer territoriale; zone contiguë	46
21) Des droits exclusifs sur le lit de la mer et le sous-sol	47
a) Pêcheries sédentaires	47
b) Installations en haute mer	48
c) Sous-sol de la haute mer	48
22) Plateau continental	49

1) Conception de la liberté de la mer

1. D'après les principes du droit international, la mer, exception faite d'une zone côtière, appelée « mer territoriale » ou « eaux territoriales », ne saurait être objet ni de propriété de la part des particuliers, ni de souveraineté de la part des Etats. D'où il suit que ni la navigation ni la pêche en haute mer ne peuvent être interdites à quiconque. L'antiquité déjà proclamait le principe de la communauté de la mer (*res communis omnium*). Chez

les auteurs latins pourtant, cette définition ne visait, en effet, que le droit privé, et les mots d'Ulpien : *mare quod natura omnibus patet*, et ceux de Celse : *Maris communem usum omnibus hominibus ut aeris* ne signifiaient nullement que les mers étaient considérées comme ouvertes indistinctement à tous les peuples, au même titre qu'au peuple romain.

2. Au moyen âge, plusieurs grandes puissances maritimes s'étaient développées, dont chacune revendiquait,

sur les mers les plus importantes pour son commerce, des droits qu'elle refusait aux autres Etats. Le but de ces revendications n'était pourtant pas toujours le même : telle puissance, avant tout commerçante, visait à interdire l'accès de certaines mers à ses concurrentes, ou du moins à subordonner cet accès au paiement d'un droit de passage; telle autre ne songeait qu'à réserver à ses ressortissants le monopole de la pêche dans une zone plus ou moins étendue.

3. La Bulle du pape Alexandre VI *Inter cœtera* du 4 mai 1493 partageait les terres et les mers découvertes ou à découvrir entre les Espagnols et les Portugais, suivant qu'elles se trouvaient à l'est ou à l'ouest d'une droite, tirée à cent lieues marines des îles du Cap vert. L'attribution pontificale traitait la terre et la mer sans aucune espèce de distinction. Toutefois il ne pouvait — ainsi qu'a démontré Francisco de Vitoria — s'agir ici que d'une répartition de sphères d'activité pour l'évangélisation, sans prétention à conférer un droit politique¹.

4. La reine Elisabeth d'Angleterre, s'adressant à l'ambassadeur espagnol Mendoza, qui se plaignait du passage des vaisseaux de Drake dans les mers réservées par la Bulle à l'Espagne, répondait que, nation protestante, la Grande-Bretagne ne pouvait s'incliner devant la décision de « l'évêque de Rome ». L'usage de la mer et de l'air était commun à tous. Et aucun titre quelconque à l'océan ne pouvait appartenir à aucun peuple ou à aucun particulier, étant donné que ni leur nature ni la considération de l'usage public ne permettaient aucune possession de l'eau ou de la mer².

5. Les prétentions émises par le Portugal au xvi^e siècle, se heurtèrent aux intérêts de la Hollande, liés à la liberté de la navigation dans la mer des Indes. C'était Hugo de Groot (Grotius) qui, en 1605, s'éleva contre ces prétentions, dans un chapitre d'un ouvrage intitulé *De iure prædæ*, écrit à la demande de la Compagnie des Indes orientales. Cet ouvrage demeura inédit jusqu'en 1868, à l'exception de la première partie du chapitre XII, où Grotius tentait de démontrer que les Portugais n'avaient pas un droit exclusif de navigation et de commerce aux Indes. Ce chapitre parut séparément en 1609, sous le titre de *Mare Liberum sive de iure quod Batavis competit ad Indiana commercia dissertatio*. Il s'agissait alors de combattre les prétentions des Espagnols, qui, lors des négociations de la paix qui aboutirent à la « trêve de douze années » dans la guerre de 80 ans entre les Pays-Bas et l'Espagne, se réclamaient, en tant que successeurs en droit des Portugais, des mêmes droits que ceux-ci avaient invoqués relativement à la navigation dans les Indes orientales.

6. Quoique la publication du *Mare Liberum* n'eût pas été faite dans le but de contredire les prétentions du roi Jacques II d'Angleterre concernant la pratique de la pêche par les étrangers dans les « mers britanniques », les arguments invoqués par Grotius s'opposaient avec la même force aux prétentions britanniques; il n'est donc point étonnant que, comme le dit Nys, « le roi de Grande-

Bretagne fut amené à provoquer l'attaque la plus vive et la plus forte contre le fameux opuscule de Grotius ». Ces prétentions furent soutenues par Alberico Gentilis (*De advocazione Hispanica*, 1613), par William Welwood (*An Abridgement of All Sealaws*, 1613), par Selden (*Mare clausum*, 1635) et par sir Philip Medows (*Observations concerning the Dominion and Sovereignty of the Seas*, 1689).

7. Malgré ces remarquables travaux, le principe de la liberté des mers, défendu par Grotius, était destiné à prévaloir et à être généralement admis³. Les Britanniques cependant maintinrent en principe leurs prétentions et encore en 1805 les *Admiralty Regulations* contenaient la stipulation suivante : « Lorsqu'un des navires de Sa Majesté rencontre des navires d'une puissance étrangère quelconque dans les eaux de Sa Majesté (qui s'étendent jusqu'au cap Finisterre), lesdits navires étrangers doivent amener leur hunier et leur pavillon en reconnaissance de la souveraineté de Sa Majesté sur lesdites mers; et si l'un d'eux résiste, tous les officiers généraux et commandants de navire doivent déployer les plus grands efforts pour l'y contraindre et n'admettre aucun manque d'égards vis-à-vis de Sa Majesté. » Cette stipulation toutefois fut bientôt supprimée; les instructions de 1808 ne la contiennent plus⁴. On peut dire qu'à partir du xvii^e siècle, on ne reconnut plus de droits de souveraineté sur la haute mer. Actuellement la question n'est plus contestée. La liberté des mers était en 1918 un des « Quatorze points » du président Woodrow Wilson, et elle paraît de nouveau dans la Charte de l'Atlantique du 14 août 1941 dans les termes suivants : « Une telle paix devrait permettre à tous les hommes de traverser sans entraves les hautes mers et les océans. »

8. Grotius avait fondé sa thèse concernant la liberté de la mer sur deux principes. Le premier principe est que ce qui ne peut pas faire l'objet d'une occupation exclusive ne peut pas devenir un objet de propriété ou de dominium, parce que toute propriété ou dominium naît de l'occupation. Le second principe est que tout ce qui a été établi par la nature dans une condition telle que l'usage qui en est fait par l'un laisse néanmoins intacte la possibilité d'usage par l'autre, doit demeurer à jamais dans cette condition naturelle. Ces arguments ne peuvent être tenus pour décisifs : la doctrine moderne fonde la liberté des mers plutôt sur cette idée que l'attribution d'une souveraineté exclusive sur la haute mer à tels ou tels Etats serait contraire aux intérêts de la communauté internationale.

9. On a discuté pour savoir si la haute mer devait être caractérisée comme *res nullius* ou comme *res communis*. La plupart des auteurs modernes estiment qu'aucune de ces deux conceptions, empruntées au droit romain, ne saurait être appliquée à la haute mer. Ces expressions obscurcissent encore un débat déjà difficile par lui-même⁵. « La haute mer est une chose qui n'appartient et ne peut appartenir à personne, pas plus à la communauté des Etats qu'à un Etat déterminé, mais dont l'usage doit

¹ De Lapradelle, *La mer*, 1934, p. 153.

² Gidel, *Le droit international public de la mer*, 1932, vol. I, p. 133; Pearce Higgins et Colombos, *The Law of the Sea*, 1943, p. 40; Foster, *The New Freedom of the Seas*, p. 7.

³ Pearce Higgins et Colombos, *op. cit.*, p. 51.

⁴ *Ibid.*, p. 43.

⁵ Gidel, vol. I, p. 215.

rester éternellement ouvert et commun à toutes les nations⁶. »

2) Définition du navire

10. La première question qui se pose est celle de la définition du navire. Gidel en donne la définition suivante : « Le navire de mer de surface n'est pas seulement tout engin flottant, mais tout engin, quelles que soient ses dimensions et sa dénomination, apte à se mouvoir dans les espaces maritimes (à l'exclusion des autres milieux) avec l'armement et l'équipage qui lui sont propres en vue des services que comporte l'industrie à laquelle il est employé⁷. » Il s'ensuit que ne sont pas considérés comme navires les docks flottants, les hydravions et, en général, les îles flottantes. Par contre doivent être considérés comme navires les bateaux-phares, ainsi que les dragueuses, pour autant qu'elles sont aptes à la navigation; il est indifférent qu'il s'agisse de bâtiments pourvus de moyens propres de propulsion ou inaptes à naviguer par leurs propres moyens. Des doutes peuvent subsister en ce qui concerne les grues flottantes et les épaves. Une autre question qui se pose est celle de savoir à partir de quel moment le navire en construction peut être considéré comme « navire ». Il semble qu'un accord sur la définition du navire serait de nature à éviter certaines difficultés et la Commission pourrait s'adresser aux gouvernements à ce sujet.

3) Territorialité du navire

11. Tout Etat a le droit d'exercer son autorité sur les navires battant son pavillon. L'absence de souveraineté territoriale en haute mer ne permet d'appliquer au navire naviguant en haute mer que l'ordre juridique de l'Etat dont il bat pavillon. L'explication juridique la plus répandue consiste à considérer le navire en haute mer comme une partie du territoire de l'Etat dont il bat le pavillon. C'est la théorie de la territorialité du navire. Cette théorie dans le passé, a reçu une large adhésion; plusieurs auteurs contemporains l'ont défendue et elle a été soutenue par le Gouvernement des Etats-Unis⁸. La Cour permanente de Justice internationale l'a faite sienne dans l'affaire du *Lotus*.

12. Toutefois la plupart des auteurs rejettent cette théorie⁹, et l'on a critiqué la Cour pour avoir repris l'idée de l'assimilation du navire au territoire. Le Gouvernement britannique a toujours maintenu l'opinion émise par lord Stowell en 1804, que « le grand principe fondamental du droit maritime britannique est que les navires en haute mer ne font pas partie du territoire de l'Etat »¹⁰.

Selon cette opinion il n'est aucunement besoin pour expliquer la condition juridique du navire, d'invoquer l'idée de territorialité. Les choses se passent « comme si » le navire était territoire de l'Etat du pavillon. Mais elles ne se passent pas ainsi « parce que » le navire serait territoire de l'Etat du pavillon¹¹.

13. Le Rapporteur est d'avis que cette controverse est plutôt de caractère académique, et qu'il n'y a pas lieu pour la Commission de droit international de retenir ce point.

4) Nationalité du navire

14. L'attribution aux navires de mer d'une identité et d'une nationalité est le corollaire du principe du libre usage de la haute mer. D'une façon générale, il appartient à tout Etat souverain de décider à qui il accordera le droit d'arborer son pavillon et de fixer les règles auxquelles l'octroi de ce droit sera soumis. Toutefois, pour être en toutes circonstances efficace, il faut que la législation d'un Etat sur cette matière ne s'écarte pas trop des principes qui ont été adoptés par le plus grand nombre des Etats et qui peuvent de ce fait même être considérés comme formant à cet égard un élément du droit international. C'est pourquoi il serait utile, comme l'ont dit M. T. M. C. Asser et lord Reay dans leur rapport à l'Institut de droit international à Venise en 1896 « sinon de faire adopter, à l'égard de la nationalité des navires, des règles entièrement uniformes — ce qui, peut-être, serait bien difficile à obtenir — du moins d'opérer un rapprochement entre les lois des différents Etats quant aux principes fondamentaux de la matière ».

15. Jusqu'à présent il n'a pas été possible de fixer des règles uniformes à ce sujet, et la divergence des législations nationales entraîne certaines difficultés. Il semble qu'il y aurait peu de chances pour qu'une tentative d'unification fût couronnée de succès et la Commission pensera peut-être qu'il n'y a pas lieu de retenir ce sujet.

16. Le droit au pavillon maritime pour les navires des Etats dépourvus de littoral maritime semble reconnu, de façon satisfaisante, par la Déclaration de Barcelone du 21 avril 1921¹².

5) Navires sans nationalité

17. Un certain nombre d'auteurs assimilent le navire sans nationalité au pirate, qui peut être traité comme *hostis humani generis*¹³. Toutefois cette opinion prête le flanc à la critique¹⁴. On peut estimer que le navire sans nationalité ne doit être traité comme pirate que si,

⁶ Fauchille, vol. I, 2^e partie, p. 15.

⁷ Gidel, vol. I, p. 70.

⁸ Gidel, vol. I, p. 241.

⁹ Gidel, vol. I, p. 239; de Lapradelle, *op. cit.*, p. 263; Hall, *International Law*, 8^e éd., p. 301; Nys, *Le droit international*, 1912, vol. II, p. 197; Ullmann, *Völkerrecht*, 1908, p. 328; Pearce Higgins et Colombos, p. 188; de Louter, *Le droit international public positif*, 1920, vol. I, p. 409; Smith, *The Law and Custom of the Sea*, 1948, p. 24; Hyde, *International Law*, I, 1945, p. 753.

¹⁰ Gidel, vol. I, p. 241; en anglais dans Gidel: "the great and fundamental principle of British maritime jurisprudence is that ships upon the high seas compose no part of the territory of a State."

¹¹ *Ibid.*, p. 251.

¹² Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 7, p. 73. A la date du 31 juillet 1946, 35 Etats étaient parties à cette Déclaration. [Voir *Signatures, ratifications et adhésions concernant les Accords et Conventions conclus sous les auspices de la Société des Nations*, 21^e liste, p. 96, et *Supplément à la 21^e liste* (pas de changements).]

¹³ Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, 1845, vol. I, p. 136; Testa, *Le droit public international maritime*, 1886, p. 91.

¹⁴ Mueller, p. 256; Pearce Higgins, "Le régime juridique des navires de commerce", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1929, vol. V, p. 25; *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. XIII, 1926.

en fait, il commet des actes de pirateries. Si ce n'est pas le cas, les autres navires peuvent exercer à l'égard du navire sans nationalité le droit de visite et de perquisition, ils peuvent l'amener dans un de leurs ports. Par ailleurs les Etats peuvent refuser d'admettre de pareils navires dans leurs ports à des fins de commerce, mais ils n'auraient pas le droit de les traiter comme pirates. Cette dernière opinion nous semble justifiée. On se demandera toutefois si la question est, du point de vue pratique, assez importante pour que la Commission la mette à l'étude.

6) Navires qui possèdent deux ou plusieurs nationalités

18. Certains auteurs sont d'avis qu'un navire, naviguant sous deux pavillons ou plus ne jouit point de protection¹⁵. D'autres auteurs¹⁶, estimant qu'un Etat n'a pas le droit de délivrer une lettre de mer à un navire, qui obtiendrait de ce fait une seconde nationalité, déclarent que l'attribution de la seconde nationalité est nulle. Un certain nombre de traités de commerce contiennent la stipulation qu'exception faite du cas de vente judiciaire, les navires de l'une des parties ne sauraient obtenir la nationalité de l'autre sans qu'il ait été présenté un certificat de retrait de pavillon. La Commission aurait à décider si ce point présente assez d'importance pour que l'on interroge les gouvernements concernant leur pratique à cet égard.

7) Distinction des navires publics et des navires privés

19. Cette distinction a donné lieu à des difficultés quand apparurent des navires de mer appartenant à un Etat ou exploités par lui et affectés à un service commercial. Tenant compte du fait que c'est en haute mer que la différence entre la condition internationale des navires publics et celle des navires privés est la moins marquée, il ne semble pas nécessaire que la Commission, à cette occasion, étudie les questions traitées par la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926¹⁷ et le Protocole additionnel du 8 juillet 1936, concernant les immunités des navires d'Etat.

8) Sauvegarde de la vie humaine

20. La Convention de Londres pour la sauvegarde de la vie humaine en mer du 20 janvier 1914¹⁸, due à la catastrophe du *Titanic*, a été révisée le 31 mai 1929¹⁹ et le 10 juin 1948. Les dispositions contenues dans ces textes sont relatives à la construction des navires, aux engins de sauvetage, à la télégraphie sans fil et à la sécurité de la navigation. A Londres en 1948 fut adopté un Acte final, accompagné d'une annexe A, contenant le nouveau traité, ainsi que d'une annexe B, contenant une édition révisée du règlement international pour prévenir les collisions en mer. Ce règlement ne forme plus une annexe du traité, mais peut être ratifié séparément.

21. La Convention de l'Organisation intergouvernementale maritime consultative, signée à Genève le 6 mai 1948, prévoit que cette organisation « favorisera l'adoption générale des méthodes les plus pratiques concernant la sécurité maritime et la commodité de la navigation » et elle crée une commission de la sécurité maritime à cette fin.

22. Le Rapporteur est d'avis que cette matière ne se prête pas à une codification de la part de la Commission.

9) Signaux

23. L'établissement du Code international des signaux a été le résultat d'une entente, mais il n'a pas été incorporé dans une convention entre la plupart des Etats maritimes. Le Code international, préparé par une Commission britannique, fut publié par le Board of Trade en 1857, comme *Commercial Code of Signals for the Use of all Nations*. Après qu'il eut subi une révision par une Commission anglo-française, il a été rendu obligatoire aussi pour les bâtiments français (1864). Après consultation d'autres puissances maritimes, de nouvelles éditions furent publiées en 1900 et en 1934²⁰.

24. Divers accords touchant aux signaux maritimes ont été conclus sous les auspices de la Société des Nations à savoir : Accord relatif aux signaux maritimes, signé à Lisbonne le 23 octobre 1930²¹; Accord sur les bateaux-feux gardés se trouvant hors de leur poste normal, signé à Lisbonne le 23 octobre 1930²²; Accord relatif à un système uniforme de balisage maritime et règlement y annexé, signé à Genève le 13 mai 1936²³.

25. Il ne semble pas que la Commission doive s'occuper de cette matière.

10) Abordage

a) Tribunal compétent

26. En premier lieu la question se pose de savoir quel tribunal est compétent pour fixer les responsabilités pénales en cas de collision de bateaux. La Cour permanente de Justice internationale, par son arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus* (1927), est arrivée à la conclusion qu'il n'existe pas une règle de droit international relative à l'abordage qui réserve les poursuites pénales à la compétence exclusive de l'Etat du pavillon du navire responsable, lorsque l'abordage met en cause des navires appartenant à des Etats différents. La Cour admet les principes généraux d'après lesquels les actes délictueux commis

²⁰ Gidel, vol. I, p. 363; Pearce Higgins et Colombos, p. 226.

²¹ Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 125, p. 95. A la date du 31 juillet 1946, cet accord liait 17 Etats. [Voir *Signatures, ratifications et adhésions concernant les accords et conventions conclus sous les auspices de la Société des Nations*, 21^e liste, p. 96, et *Supplément à la 21^e liste* (le supplément n'indique pas de changements).]

²² Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 112, p. 21. A la date du 31 juillet 1946, cet accord liait 23 Etats. (Voir publications de la Société des Nations ci-dessus indiquées.)

²³ Voir Société des Nations, document C 261 (1) M. 154 (1) 1936, vol. VIII. Cet accord n'est pas encore entré en vigueur. Dix ratifications ou adhésions sont nécessaires pour qu'il entre en vigueur. A la date du 31 juillet 1946, il en avait reçu seulement neuf. (Voir publications de la Société des Nations ci-dessus indiquées.)

¹⁵ Oppenheim, 7^e éd., vol. I, p. 546.

¹⁶ Mueller, p. 259.

¹⁷ Cf. Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 120, p. 188.

¹⁸ Cf. *British and Foreign State Papers*, 1914 (part II).

¹⁹ Cf. Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 136, p. 82.

sur des navires en haute mer peuvent donner lieu à l'exercice d'une juridiction autre que celle de l'Etat du pavillon.

27. Cette solution est de nature à provoquer des difficultés sérieuses d'ordre pratique, les commandants ou officiers des navires auxquels pourrait être imputé un abordage fautif ayant entraîné blessure ou mort, se trouveraient à la merci de poursuites de la part des Etats dont les victimes de l'abordage seraient ressortissantes, et cela alors même que leur juridiction nationale aurait définitivement apprécié leur conduite²⁴. Une vive émotion s'est emparée des milieux maritimes après l'arrêt du *Lotus*, et la question a été mise à l'étude par les organisations syndicales et professionnelles de navigateurs, et par le Bureau international du Travail. L'affaire du *Lotus* révèle le besoin de soumettre la compétence en matière d'abordage à des dispositions catégoriques du genre de celles envisagées par le Comité maritime international, afin d'éviter des pluralités de poursuites à l'occasion d'un même fait²⁵.

28. Quant à la jurisprudence nationale, deux cas d'abordage retiennent particulièrement l'attention. Dans l'affaire de *l'Ortigia*, la Cour de Florence, se basant sur le texte de la loi italienne, déclare le principe de la compétence pénale et civile du premier port de relâche du navire abordé. Dans le cas où le navire a sombré, la compétence incombe au tribunal du premier port où les équipages font l'escale. Quant à l'arrêt de la Cour d'Aix, dans la même affaire, celle-ci considère l'autorité exclusive de la loi du pavillon pour tout délit commis en pleine mer. Dans l'affaire du *West-Hinder* (1911), la Cour admet que dans un cas où le délit provenant d'un abordage par imprudence a été commis sur le navire abordeur et sur le navire abordé, la loi de l'un et de l'autre pavillon est applicable²⁶.

29. Lorsqu'on étudie la doctrine formulée par les auteurs on peut discerner des solutions différentes, parmi lesquelles :

- 1) Compétence exclusive des tribunaux de chaque pavillon;
- 2) Compétence de l'abordable ou compétence de l'abordeur;
- 3) Compétence concurrente des tribunaux des deux pavillons;
- 4) Compétence des tribunaux du premier port de relâche ou de refuge²⁷.

Il serait, à l'avis du Rapporteur, désirable de fixer des règles précises en ce qui concerne la compétence pénale aux cas d'abordage en haute mer.

b) Conflits de lois

30. L'abordage en droit international civil pose en premier lieu des questions de conflits de lois. Ces conflits se présentent à de nombreux points de vue : responsabilité de l'abordage, causes de déchéance de

l'action, compétence des tribunaux chargés de connaître des conséquences civiles de l'abordage.

31. Pour ce qui est de la responsabilité de l'abordage, il faut se référer à l'annexe B de la Convention de Londres du 10 juin 1948. La Convention de Bruxelles du 23 septembre 1910 pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage²⁸ contient en outre des règles concernant la manière dont les dommages causés aux navires, aux choses ou personnes se trouvant à bord sont réglés. On n'a toutefois pas réussi à tomber d'accord sur des règles uniformes en ce qui concerne la compétence. Les systèmes proposés pour résoudre les conflits de la loi sont au nombre de quatre; ils se rattachent respectivement à ce que l'on appelle « le droit général maritime », à la *lex fori*, à la loi du pavillon de l'abordable, et à la loi du pavillon de l'abordeur²⁹.

32. Si la Commission s'occupe de la question de la compétence du point de vue pénal, il y a tout lieu de considérer également les problèmes de compétence qui se posent en droit civil.

II) Assistance et sauvetage

33. La Convention de Bruxelles du 23 septembre 1910 en matière d'assistance et de sauvetage relève, pour la plus grande part, du droit international privé. Toutefois, certaines règles de droit international public y sont énoncées. Les articles 11 et 12 posent le principe de l'obligation de l'assistance et assurent l'effectivité de cette obligation. Il y aurait lieu d'énoncer ces principes dans l'ensemble des règles à élaborer par la Commission.

34. L'aide en cas de naufrage fait souvent l'objet de stipulations dans les traités de commerce. Il n'existe pas de conventions multilatérales à ce sujet. Toutefois puisque ces stipulations ont surtout de l'intérêt pour les naufrages au voisinage des côtes, c'est-à-dire dans les eaux territoriales, il semble plus indiqué de rattacher cette matière à la mer territoriale.

35. La Convention de Bruxelles du 29 septembre 1938 sur l'assistance en mer aux aéronefs³⁰ présente des différences sensibles par rapport à la Convention susmentionnée sur l'assistance aux navires. En formulant des règles en ce qui concerne l'obligation à l'assistance, on pourrait tenir compte également de cette convention aérienne.

12) Cérémonial en haute mer

36. Les usages pratiqués en matière de cérémonial en haute mer découlent du principe que les navires dépendent exclusivement de l'Etat dont ils battent le pavillon quant aux mesures de contrainte dont ils peuvent être l'objet. Le cérémonial maritime n'est plus aujourd'hui qu'une simple matière de courtoisie et de déférence; aussi ne semble-t-il pas nécessaire de s'occuper de cette matière.

²⁴ Gidel, vol. I, p. 279.

²⁵ *Ibid.*, p. 281.

²⁶ Hayre, *L'abordage en haute mer*, 1939, p. 81.

²⁷ *Ibid.*, p. 123.

²⁸ *Treaties, Conventions, International Acts. Protocol and Agreements between the United States of America and other Powers*, 1910-1923, vol. III, p. 2943.

²⁹ Gidel, vol. I, p. 367.

³⁰ Manley Hudson, *International Legislation*, vol. VIII (1938-1941), p. 135.

13) Police en haute mer

37. Le droit international du temps de paix n'admet comme mesure de police générale que la reconnaissance du navire, c'est-à-dire le droit de reconnaître l'identité et la nationalité du navire, à l'exclusion de toute enquête de pavillon par examen des papiers de bord et à fortiori, à l'exclusion de toute perquisition. La doctrine et la pratique britanniques, particulièrement dans les trois premiers quarts du XIX^e siècle, se sont efforcées de présenter comme licite, sinon la visite des navires de commerce étrangers, du moins l'enquête du pavillon. La question a perdu de plus en plus son importance. L'accroissement du trafic a diminué considérablement les cas de piraterie; la télégraphie sans fil a presque supprimé les divers intérêts que les navires avaient jadis à prendre matériellement contact en mer les uns avec les autres.

38. Aujourd'hui on est à peu près d'accord sur les conditions sous lesquelles le droit « d'approche » (*right of approach*) peut être exercé. Gidel s'exprime en ces termes :

« On peut considérer à l'heure actuelle comme constituant le droit positif la pratique décidée par Ortolan vers le milieu du XIX^e siècle : l'usage général pratiqué par toutes les marines les unes à l'égard des autres est qu'un bâtiment marchand qui rencontre à la mer un navire de guerre hisse tout de suite le pavillon. Si le bâtiment de guerre montre ses couleurs, c'est de sa part un avertissement donné à l'autre qu'on exige de lui qu'il fasse connaître, en mettant les siennes, la nation à laquelle il appartient.

« Lorsque des soupçons de piraterie pèsent sur le navire rencontré, le bâtiment de guerre peut pousser plus loin le droit d'enquête et expédier une embarcation à bord. Mais l'accomplissement et les résultats de cet acte demeurent sous la responsabilité du commandant qui l'ordonne³¹. »

39. Pearce Higgins et Colombos s'expriment ainsi :

« Ortolan traite aussi longuement de ce sujet et ses conclusions ne diffèrent pas essentiellement de celles sur lesquelles la Cour suprême des Etats-Unis a fondé sa décision dans le cas du *Mariana Flora*. Toute ingérence dans la navigation d'un navire étranger en haute mer qui n'est pas prévue par traité est un acte dont l'Etat peut avoir à répondre; elle n'est admissible que s'il existe un motif sérieux de penser que la nature du navire est simulée³². »

40. Smith déclare :

« Ce droit d'approche (vérification du pavillon ou reconnaissance) est la seule exception permise par le droit coutumier au principe général qui interdit en temps de paix toute ingérence en haute mer dans la navigation des navires d'une autre nationalité. Tout autre acte d'ingérence (sauf la répression de la piraterie) doit se fonder sur des pouvoirs accordés par traité. Si le bâtiment marchand répond en hissant son pavillon, le capitaine du navire de guerre n'a pas le droit de l'arraisonner ni de prendre aucune autre

mesure à son égard à moins qu'il n'y ait un motif sérieux de penser que ledit bâtiment se livre à la piraterie ou à quelque autre activité répréhensible³³. »

41. Une règle en ce sens pourrait être proposée par la Commission. Par opposition à ces mesures de police générale les mesures de police spéciale, à l'exception du cas de piraterie qui fera l'objet d'une étude spéciale de la part de la Commission, ne sont autorisées que par des conventions; elles ne peuvent donc s'appliquer que dans les rapports des Etats parties à ces conventions. Il en résulte également qu'elles sont localisées aux parages où ces activités sont susceptibles de s'exercer, et que, partant, elle ne se prêtent guère à une codification générale.

14) Traite des noirs

42. L'Acte antiesclavagiste de Bruxelles du 2 juillet 1890³⁴ vise la traite à la fois sur terre et sur mer. Les dispositions concernant la traite maritime ont été consignées dans le chapitre IV. Une zone suspecte est déterminée. Dans cette zone, les mesures de police sont limitées aux navires d'un tonnage inférieur à 500 tonnes. Les divers gouvernements s'engagent à prendre une série de mesures destinées à empêcher l'abus de leur pavillon. L'enquête de pavillon par vérification des papiers de bord est seule admise et les croiseurs n'ont pas le pouvoir de faire plus. L'article 45 dispose expressément : « l'enquête sur le chargement du bâtiment ou la visite ne peut avoir lieu qu'à l'égard des bâtiments naviguant sous le pavillon d'une des puissances qui ont conclu ou viendraient à conclure les conventions particulières visées à l'article 22... ». L'article 49 dispose : « si par suite de l'accomplissement des actes de contrôle autorisés... le croiseur est convaincu qu'un fait de traite a été commis à bord durant la traversée, ou qu'il existe des preuves irrécusables contre le capitaine ou l'armateur pour l'accuser d'usurpation de pavillon, de fraude ou de participation à la traite, il conduira le bâtiment arrêté dans le port le plus rapproché où se trouve une autorité compétente de la puissance dont le pavillon a été arboré ».

43. La Chambre des députés française a refusé d'approuver ce traité, étant d'avis que la réciprocité, consignée dans le traité, se trouvait sans portée par suite de la prédominance accusée de la marine britannique sur les autres marines. On craignait que, dans ces conditions, la part prépondérante dans la répression, obtenue par la marine britannique, ne servît efficacement la suprématie maritime et commerciale de la Grande-Bretagne. Aussi la France n'a-t-elle ratifié le traité qu'en laissant de côté tous les articles ayant trait à l'enquête de pavillon.

44. Cette matière continuerait à être réglée par les stipulations et les arrangements actuellement en vigueur.

45. Les traités conclus ultérieurement relatifs à la traite des noirs, la Convention de Saint-Germain du 10 septembre 1919³⁵ et la Convention du 25 septembre 1926, conclue sous les auspices de la Société

³¹ Gidel, vol. I, p. 299.

³² *The Law and Custom of the Sea*, 1948, p. 47.

³³ Voir également Hyde, *op. cit.*, vol. I, p. 764.

³⁴ *British and Foreign State Papers*, 1889-1890, vol. LXXXII; de Martens, *Nouveau Recueil général*, 2^e série, vol. XVI, p. 3.

³⁵ Voir *British and Foreign State Papers*, 1919, vol. CXII, p. 901; de Martens, *Nouveau Recueil général*, 3^e série, vol. XIV, p. 12-19.

des Nations³⁶, n'ont pas modifié cette situation. La Convention de 1926 contient (art. 3, par. 2) la stipulation suivante : « Les Hautes Puissances contractantes s'engagent à négocier aussitôt que possible une convention générale sur la traite des esclaves leur donnant des droits et leur imposant des obligations de même nature que ceux prévus dans la Convention du 17 juin 1925 concernant le commerce international des armes... Les Hautes Parties contractantes gardent toute liberté de passer entre elles... tels arrangements particuliers qui, en raison de leur situation spéciale, leur paraîtraient convenables pour arriver le plus promptement possible à la disparition totale de la traite. » Les arrangements dont il s'agit visent à accorder aux navires de guerre des Hautes Parties contractantes, dans certaines zones, des droits spéciaux en vue de prévenir et réprimer ce transport sur des bateaux arborant le pavillon des puissances parties auxdits arrangements.

46. Peut-être pourrait-on poser aux gouvernements la question de savoir s'ils jugent opportun d'insérer des stipulations tendant à élargir les possibilités de la surveillance maritime en cette matière.

15) Commerce des armes

47. La surveillance maritime du commerce des armes faisait l'objet des articles 11 à 21 de la Convention de Saint-Germain du 10 septembre 1919³⁷. Elle s'appliquait essentiellement aux navires indigènes. Cette convention n'est jamais entrée en vigueur. La Convention de Genève du 17 juin 1925 concernant le contrôle du commerce international des armes et munitions et des matériels de guerre³⁸ détermine un régime spécial pour certaines régions où la nécessité de dispositions particulières était reconnue. La zone maritime comprend la mer Rouge, le golfe d'Aden, le golfe Persique et une partie de la mer d'Oman. Les navires de guerre des Hautes Parties contractantes ont le droit d'arrêter dans cette zone maritime hors des eaux territoriales tout navire indigène de moins de 500 tonnes et de procéder à la vérification de sa nationalité; ils ne peuvent cependant pas examiner les papiers de chargements. La Convention n'est pas entrée en vigueur³⁹.

48. Il ne semble pas que ce sujet se prête à la codification.

16) Câbles télégraphiques sous-marins

49. Les problèmes juridiques que pose la télégraphie par câbles sous-marins ne présentaient de véritables difficultés qu'au point de vue de la haute mer. Un Etat intéressé se trouve dans la situation de ne pouvoir assurer la protection du câble par voie d'autorité qu'à l'égard des navires qui battent son propre pavillon. Il en résulte que la protection ne peut être assurée qu'au moyen d'ententes internationales. Une Convention pour la protection des câbles sous-marins fut conclue à Paris le 14 mars 1884⁴⁰. Pour autant que nous le sachions, les stipulations de la Convention n'ont pas été l'objet de critiques. On pourrait envisager l'insertion de ces stipulations dans le code de droit maritime international. Le cas échéant, on poserait aux Etats la question de savoir s'ils peuvent accepter les dispositions de la Convention de 1884 ou bien s'ils proposent qu'elles soient modifiées.

17) Police des lieux de pêche

50. Sur les lieux de pêche où se rencontrent un grand nombre de pêcheurs ressortissants de divers Etats il peut y avoir intérêt à établir une réglementation internationale et à en assurer l'observation par des mesures internationales de police.

51. La première et la plus importante Convention multilatérale faite pour régler l'exercice de la pêche en haute mer est celle qui fut signée à La Haye le 6 mai 1882⁴¹ entre la plupart des Etats riverains de la mer du Nord. Elle avait d'ailleurs été précédée par divers arrangements particuliers (Règlement concerté franco-britannique du 24 mai-23 juin 1843, Convention franco-britannique non ratifiée par la France, du 11 novembre 1867). La Convention du 6 mai 1882 est applicable à la mer du Nord exclusivement. Les articles 14 à 23 déterminent l'attitude que doivent observer les pêcheurs sur les lieux de pêche, afin de ne pas se nuire mutuellement. La surveillance sera exercée, selon l'article 26 et suivants, par des bâtiments de la marine militaire des Hautes Parties contractantes. La constatation des faits délictueux appartient à tout navire de surveillance, quelque soit la nationalité respective de ce navire et des bâtiments de pêche en cause. Dans les cas graves le commandant du navire exerçant la surveillance a le droit de conduire le bateau en contravention dans un port du pays dudit bateau. La répression ne peut être que nationale. La Suède et la Norvège n'ont pas adhéré à la Convention.

52. La Convention a suscité la conclusion de conventions particulières créant entre les contractants des obligations plus étendues que celles qu'avait établies la convention originaire. La Convention de La Haye en date du 16 novembre 1887 a pour objet de réprimer, dans les mêmes zones que la Convention de 1882, le commerce des bateaux dits « cabarets flottants » (*coopers, bum*

³⁶ Voir Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 60, p. 253. A la date du 31 juillet 1946, cette convention liait 41 Etats. [Voir *Signatures, ratifications et adhésions concernant les Accords et Conventions conclus sous les auspices de la Société des Nations*, 21^e liste, p. 137, et *Supplément à la 21^e liste* (le supplément n'indique pas de changements).]

³⁷ *British and Foreign State Papers*, 1919, vol. CXII, p. 909; de Martens, *Nouveau Recueil général*, 3^e série, vol. XIV, p. 30-34.

³⁸ Voir Société des Nations, document A.16.1925.IX.

³⁹ La Convention a reçu 17 ratifications ou adhésions définitives, ce qui excède le chiffre de 14 prévu pour l'entrée en vigueur de la Convention, mais un certain nombre de ratifications ou adhésions sont subordonnées à la condition que certains Etats aient ratifié ou adhéré, condition qui n'a pas été remplie. [Voir *Signatures, ratifications et adhésions concernant les Accords et Conventions conclus sous les auspices de la Société des Nations*, 21^e liste, p. 56, et *Supplément à la 21^e liste* (le supplément n'indique pas de changements).]

⁴⁰ *British and Foreign State Papers*, 1883-1884, vol. LXXV, p. 356; de Martens, *Nouveau Recueil général*, 2^e série, vol. XI, p. 281-286.

⁴¹ *British and Foreign State Papers*, 1881-1882, vol. LXXXIII, p. 39; de Martens, *Nouveau Recueil général*, 2^e série, vol. IX, p. 556-563.

boats)⁴². La Convention n'a été ratifiée que par l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la Grande-Bretagne et les Pays-Bas. Les opérations interdites sont la vente et l'achat de boissons spiritueuses. Les poursuites et les sanctions sont réservées à l'Etat du pavillon du navire inculpé. La question de la constatation des infractions donna lieu à des discussions très vives. Le droit de visite et de recherche était repoussé par les délégués allemands et français, qui le jugeaient de nature à aboutir à une surveillance intolérable des bâtiments du commerce. Devant ces objections le droit de visite et de recherche fut abandonné et remplacé par le système général établi par la Convention de 1882.

18) Droit de poursuite⁴³

53. Depuis la fin du XIX^e siècle, où la question a commencé d'être prise en considération, les juristes se sont prononcés en faveur du droit de poursuite. L'examen des travaux de sociétés scientifiques du droit international, et celui des ouvrages d'auteurs de nationalités différentes, montre la faveur accordée en général par la doctrine au droit de poursuite.

54. L'Institut de droit international s'est à plusieurs reprises occupé du problème. En 1894, lors des délibérations de la session de Paris, on se mit d'accord sur le droit de poursuite, et l'article 8 fut ainsi voté :

« L'Etat riverain a le droit de continuer sur la haute mer la poursuite commencée dans la mer territoriale, d'arrêter et de juger le navire qui aurait commis une infraction dans les limites de ses eaux.

« En cas de capture sur la haute mer, le fait sera toutefois notifié sans délai à l'Etat dont le navire porte le pavillon. La poursuite est interrompue dès que le navire entre dans la mer territoriale de son pays ou d'une tierce puissance. Le droit de poursuite cesse dès que le navire sera entré dans un port de son pays ou d'une tierce puissance⁴⁴. »

55. Le règlement voté à La Haye le 23 août 1898 sur le régime des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers, autorise la poursuite en haute mer en cas de fuite du navire pour soustraire des membres de l'équipage aux actions dirigées contre eux à raison d'infractions commises dans un port⁴⁵.

56. Dans les résolutions de Stockholm, en 1928, l'Institut vota l'article suivant (art. 13) du projet de règlement relatif à la mer territoriale en temps de paix :

« La poursuite commencée par l'Etat riverain pour infraction à ses lois et règlements dans la mer territoriale ou dans la zone contiguë supplémentaire visée à l'article précédent, peut être continuée sur la haute mer, et l'Etat riverain aura la faculté d'arrêter et de juger le navire poursuivi.

« La poursuite est interrompue dès que le navire entre dans la mer territoriale de son pays ou d'une tierce puissance.

« En cas de capture en dehors de la mer territoriale ou de la zone contiguë, le fait sera notifié sans délai à l'Etat dont le navire capturé porte le pavillon⁴⁶. »

57. L'International Law Association a voté, à la session de Vienne en 1926, dans son projet de *Laws of Maritime Jurisdiction in Time of Peace* un article ainsi conçu (art. 12) :

« Un Etat a le droit de continuer sur la haute mer une poursuite commencée dans ses eaux territoriales et d'arrêter, et de faire passer en jugement tout navire qui a commis un délit dans ses eaux. Notification de la saisie doit être faite immédiatement à l'Etat dont le navire bat pavillon. La poursuite ne doit pas être continuée dans les eaux territoriales d'un autre Etat, et elle ne peut être reprise après que le navire est entré dans le port d'un autre Etat⁴⁷. »

58. Le projet numéro 12 du code de droit international américain présenté en 1927 à la Commission de Rio-de-Janeiro par l'Institut américain de droit international admet également le droit de poursuite.

59. La majorité des auteurs de droit international se sont constamment prononcés en faveur du droit de poursuite; par exemple : Bluntschli, *Le droit international codifié*, Trad. Lardy, 2^e éd., p. 203; Perels, *Manuel de droit maritime international*, Trad. Arendt, 1884, p. 71; Westlake, *International Law*, 1910, vol. 1, p. 177; de Louter, *Le droit international public positif*, 1920, vol. I, p. 410; Oppenheim, 7^e éd., vol. I, p. 554; Hall, *International Law*, 1917, p. 266; Fauchille, vol. 1, 2^e partie, p. 932; Gidel, vol. III, p. 348; Hyde, vol. I, p. 794; etc.

60. Le droit de poursuite en haute mer des bateaux à bord desquels ont été commis des crimes dans les eaux territoriales est consacré par plusieurs actes du Gouvernement soviétique. Le « Statut sur la protection des frontières de l'URSS » du 15 juin 1927 (*Recueil des lois*, URSS, 1927, partie I, n° 62, art. 625) contient un article pertinent ainsi conçu (traduction) :

Article 27. « La poursuite d'un navire qui ne s'est pas conformé à une sommation des autorités chargées de la protection des côtes dans les limites de la mer territoriale (point C de l'article 9) peut être continuée au-delà de ces limites en haute mer, mais elle doit en tout cas être arrêtée lorsque le navire poursuivi pénètre dans les eaux d'un Etat étranger et, en ce qui concerne les navires battant pavillon étranger, la poursuite sera définitivement terminée dans le cas où il pénètre dans un port étranger. »

61. La légitimité du droit de poursuite est admise dans un certain nombre de conventions internationales, soit expressément, soit implicitement (par exemple dans le cas des *liquor treaties* américains)⁴⁸.

62. L'avant-projet de convention, établi par le Comité d'experts de la Société des Nations dont le Rapporteur

⁴² *British and Foreign State Papers*, 1887-1888, vol. LXXIX, p. 894; de Martens, *Nouveau Recueil général*, 2^e série, vol. XIX, p. 414-423.

⁴³ Massin, *La poursuite en droit maritime*, 1937; de Martens, *Das Recht der Nacheile zur See*, 1937.

⁴⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, édition nouvelle abrégée, vol. III, p. 518-519.

⁴⁵ *Ibid.*, vol. IV, p. 487.

⁴⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1928, p. 759.

⁴⁷ *Report of the 34th Conference*, 1926, p. 103.

⁴⁸ Massin, *op. cit.*, p. 25.

était M. le professeur Schücking portait un article 10, alinéa 2, ainsi conçu :

« L'Etat riverain a le droit de continuer sur la haute mer la poursuite commencée dans la mer territoriale, d'arrêter et de juger un navire qui aurait commis une infraction dans la limite de ses eaux. En cas de capture sur la haute mer le fait sera notifié sans délai à l'Etat dont le navire porte le pavillon. La poursuite est interrompue dès que le navire entre dans la mer territoriale de son pays ou d'une tierce puissance. Le droit de poursuite cesse dès que le navire sera entré dans un port de son pays ou d'une tierce puissance ⁴⁹. »

63. Le Comité préparatoire soumit dans les termes suivants à la Conférence de codification de La Haye en 1930 la base de discussion n° 26 :

« La poursuite d'un navire étranger, régulièrement commencée par l'Etat riverain dans ses eaux territoriales pour infraction à ses lois et règlements, peut être continuée en haute mer, et l'Etat riverain a la faculté d'arrêter et de juger le navire ainsi poursuivi, à condition que cette poursuite n'ait pas été interrompue. Le droit de poursuite cesse dès que le navire poursuivi entre dans les eaux territoriales de son pays ou d'une tierce puissance. En cas de capture en haute mer, ainsi effectuée, le fait sera notifié sans délai à l'Etat dont le navire porte le pavillon. »

64. Dans l'Acte final de la Conférence le droit de poursuite fait l'objet de l'article 11 de l'annexe à la résolution relative à la mer territoriale.

« La poursuite d'un navire étranger pour infractions aux lois et règlements de l'Etat riverain, commencée alors que le navire étranger se trouve dans ses eaux intérieures ou dans la mer territoriale, peut être continuée hors de la mer territoriale à condition que la poursuite n'ait pas été interrompue. Le droit de poursuite cesse, dès que le navire poursuivi entre dans la mer territoriale de son pays ou d'une tierce puissance.

« La poursuite ne peut être considérée comme commencée, que si le navire poursuivant s'est assuré par des relèvements, des mesures d'angle ou d'autre façon, que le navire poursuivi ou l'une de ses embarcations se trouve dans les limites de la mer territoriale et qu'il a commencé la poursuite en donnant le signal de stopper. L'ordre de stopper doit être donné à une distance telle qu'il puisse être vu et entendu du navire.

« En cas de capture en haute mer, le fait sera notifié sans délai à l'Etat dont le navire capturé porte le pavillon ⁵⁰. »

65. Il suffira dans ces conditions de signaler aux gouvernements certains points controversés.

a) A quel instant la poursuite peut-elle être estimée avoir commencé ?

66. La Conférence de La Haye a répondu à cette question en ce sens que la poursuite ne saurait être considérée

comme commencée « que si le navire poursuivant a ordonné au navire poursuivi de stopper, avant que celui-ci soit sorti des limites de la mer territoriale; l'ordre de stopper doit être donné à une distance telle qu'il puisse être vu ou entendu du navire ». On n'a pas jugé satisfaisant un ordre, donné par la voie radiotélégraphique, vu que cet ordre pourrait être donné à très longue distance.

b) Est-ce que le navire de police, donnant l'ordre, soit se trouver également dans la mer territoriale ?

67. La Conférence de La Haye a répondu par la négative (voir les observations sur l'article 11 du rapport de la Deuxième Commission). L'article 8 du règlement de l'Institut de droit international de 1894 n'exige pas non plus que les deux navires, lors du commencement de la poursuite se trouvent dans les eaux territoriales.

c) La poursuite peut-elle être commencée tandis que le navire se trouve déjà dans la « zone contiguë » ?

68. Le règlement de l'Institut de droit international, voté à Stockholm en 1928, a reconnu expressément ce droit. La question a été examinée lors de l'arbitrage de l'*Im alone*; toutefois les arbitres ne se sont pas prononcés expressément à ce sujet. A la Conférence de La Haye on n'a pu arriver à un accord sur ce point.

d) La poursuite peut-elle être commencée au cas d'une *constructive presence* d'un navire dans les eaux territoriales ?

69. On envisage ici le cas où le navire, tout en se trouvant lui-même en dehors des eaux territoriales, y fait effectuer par ses embarcations des opérations délictueuses (cas de l'*Araunah*) ⁵¹. La jurisprudence américaine s'est à plusieurs reprises prononcée sur la question, surtout à propos de la contrebande de l'alcool (cas du *Grace and Ruby*).

70. L'article 11 des règles élaborées par la Conférence de La Haye en 1930 dispose :

« La poursuite ne peut être considérée comme commencée que si le navire poursuivant s'est assuré par des relèvements, des mesures d'angle ou d'une autre façon que le navire poursuivi ou l'une de ses embarcations, se trouve dans les limites de la mer territoriale ⁵². »

Le cas où le navire, stationnant en dehors de la mer territoriale se sert, pour faire accomplir dans ces eaux des actes délictueux, non plus de ses propres canots, mais d'autres embarcations (cas du *Henry L. Marshall*) n'a pas trouvé à la Conférence de La Haye une réponse nette.

e) Cas du *Martin Behrman*.

71. Une variante du droit de poursuite s'est présentée, il y a quelques années en Indonésie (cas du *Martin Behrman*). Il s'agissait de la question de savoir si un navire, arrêté dans les eaux territoriales et conduit à un port pour y être examiné, peut réclamer sa mise en liberté, si la route vers le port mène à travers la haute

⁴⁹ Société des Nations, document C.44.M.21.1926.V, 9 février 1926.

⁵⁰ Société des Nations, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international*, C.351.M.145.1930.V, vol. I, Séances plénières, p. 168.

⁵¹ Pearce Higgins et Colombos, *op. cit.*, p. 107.

⁵² Société des Nations, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international*, C.351.M.145.1930.V, vol. I, Séances plénières, p. 169.

mer. Cette question n'a pas encore trouvé une réponse définitive.

19) Protection des richesses de la mer

a) ORGANISMES INTERNATIONAUX

72. Afin d'arriver à une réglementation effective de la pêche dans la mer du Nord une conférence se réunit en 1899 à Stockholm qui a donné lieu à la création, en 1902, du Conseil international pour l'exploration de la mer, à Copenhague. Il existe pour la Méditerranée, depuis 1910, la Commission internationale pour l'exploration scientifique de la mer Méditerranée. Il existe pour l'Atlantique la Commission internationale pour l'exploration scientifique de l'Atlantique. En Amérique on a institué en 1920 le Comité des pêcheries de l'Amérique du Nord; en outre, il existe des commissions mixtes pour les Etats-Unis et le Canada et pour les Etats-Unis et le Mexique. Une Convention du 8 février 1949⁵³ a créé une Commission internationale pour les pêcheries du nord-ouest de l'Atlantique. Une Convention du 31 mai 1949 a créé la Commission interaméricaine tropicale du thon⁵⁴. Le 28 février 1948 une Convention fut conclue concernant l'institution de l'Indo-Pacific Fisheries Council.

73. Le Conseil de Copenhague a proposé en 1913 de protéger le carrelet en fixant une dimension minimum pour sa capture. Après la première guerre mondiale on sentit le besoin de mesures plus efficaces. Des tentatives furent faites en vue d'établir une réglementation internationale de la pêche au chalut, mais elles se heurtèrent à des résistances acharnées. Le Danemark, la Norvège et la Suède ont conclu en 1932⁵⁵ et en 1937⁵⁶ des conventions pour la protection du carrelet et de la limande dans le Sund et le Kattegat. Le 23 mars une Convention fut conclue à Londres sur le maillage des filets et des tailles à partir desquelles peuvent être capturées diverses espèces de poissons.

74. L'Acte final de l'International Fisheries Conference de Londres, en date du 22 octobre 1943⁵⁷, contient un projet de convention relative à la police de la pêche et aux mesures de protection de fretin, qu'ont signée la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Eire, l'Espagne, le Comité français de libération nationale, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Royaume-Uni, la Suède et Terre-Neuve. Les Etats-Unis d'Amérique, quoique représentés à la Conférence, se sont abstenus de signer. La Conférence recommande l'examen du projet en vue de conclure une Convention qui sera signée lors d'une autre Conférence tenue à une date ultérieure. L'article 59 de la Convention est libellé comme suit :

« 1. A partir de l'entrée en vigueur de la présente Convention, les Conventions et Accords ci-dessous désignés seront abrogés entre ceux de leurs signataires qui sont également parties contractantes à la présente Convention :

« 1) Convention entre la Grande-Bretagne et la France, signée à Paris le 2 août 1839, modifiée par l'Accord signé à Londres le 20 décembre 1928, déterminant les limites du droit exclusif de la pêche des huîtres et des autres pêches sur les côtes de la Grande-Bretagne et de la France;

« 2) Règlement sur les devoirs et obligations des pêcheurs de Grande-Bretagne et de France dans les mers situées entre les côtes des deux pays, signé à Londres le 24 mai 1843;

« 3) Convention entre l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, la Grande-Bretagne et les Pays-Bas, pour réglementer la police de la pêche dans la mer du Nord, signée à La Haye le 6 mai 1882;

« 4) Convention entre la Grande-Bretagne et le Danemark pour la réglementation du droit de pêche en dehors des eaux territoriales autour des îles Féroé et de l'Islande, signée à Londres le 24 juin 1901.

« 2. L'abrogation de la Convention du 6 mai 1882 n'affecte pas l'application de la Convention relative au trafic des spiritueux dans la mer du Nord signée à La Haye le 16 novembre 1887.

« 3. Les dispositions de l'Accord relatif au maillage des filets et des tailles à partir desquelles peuvent être capturées diverses espèces de poissons, signé à Londres le 23 mars 1937, et ratifié par un certain nombre des parties à la présente Convention sont remplacées entre lesdites parties par les dispositions des chapitres III et IV de la présente Convention. »

75. Dans un protocole additionnel il est dit que la juridiction exclusive en ce qui concerne les pêcheries ne revient à l'Etat que dans la zone des 3 milles; toutefois des accords bilatéraux pourraient conférer des compétences en dehors de ces eaux à l'égard des navires de l'autre partie contractante.

b) PROTECTION DES PHOQUES

76. Afin de prévenir l'extermination des phoques dans la mer de Behring, les Etats-Unis avaient promulgué des interdictions de tuer des animaux à fourrure. Ces stipulations donnèrent lieu, en 1886, à un conflit avec la Grande-Bretagne. Trois schooners de Colombie britannique avaient été saisis à quelque 65 milles S.E. de l'île Saint-Georges, et les procédures engagées contre eux avaient abouti à la condamnation des capitaines pour avoir indûment tué des phoques dans les « eaux d'Alaska ». Invoquant le fait que les navires en question s'étaient trouvés en dehors des eaux territoriales, le Gouvernement britannique contesta l'obligation, pour les navires britanniques, de se conformer à la législation américaine. Le différend fut soumis à l'arbitrage le 29 février 1892. Les arbitres n'avaient pas seulement à se prononcer sur le différend, mais ils avaient à déterminer dans le cas où la décision serait défavorable aux Etats-Unis, les règlements communs qui seraient nécessaires en dehors des limites de la juridiction des gouvernements respectifs et les eaux sur lesquelles ces règlements devraient s'appliquer. Le tribunal a rendu sa décision le 15 août 1893; elle n'était pas favorable aux prétentions des Etats-Unis. Conformément à son mandat, les arbitres ont établi un règlement en neuf articles pour la protection des phoques à fourrure (*fur seals*). Les deux parties s'étaient engagées à unir leurs

⁵³ *British Parliamentary Papers*, Cmd 7658 Misc. n° 4 (1949).

⁵⁴ U.S. Department of State, *Press release 400*.

⁵⁵ Voir Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 139, p. 198.

⁵⁶ *Ibid.*, vol. 186, p. 429.

⁵⁷ *Publication of His Majesty's Stationery Office*, Londres, *Miscellaneous n° 5* (1943).

efforts pour obtenir l'adhésion d'autres puissances à ces règlements. Trois Etats : la France, le Portugal et l'Italie se sont rendus à cette invitation. C'est seulement en 1911 que les quatre grands riverains du Pacifique nord réalisèrent enfin une entente pour la protection des phoques à fourrure. Le Traité signé à Washington le 7 juillet 1911⁵⁸ par les Etats-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la Russie et le Japon a consacré un système de protection nouveau et assez simple : la chasse en mer (*pelagic sealing*) est complètement interdite au nord du 30° lat. N.; cette chasse a lieu seulement à terre par les soins et pour le compte de l'Etat souverain du territoire; le montant du produit de la chasse est partagé suivant une proportion convenue entre les puissances contractantes.

77. Le problème de la protection des phoques s'est posé également en ce qui concerne les mers de l'Europe. En 1874, le Gouvernement norvégien proposa aux gouvernements intéressés de fixer une date avant laquelle il ne serait pas permis de chasser les phoques dans la mer Glaciale. Le résultat fut que, par des lois et des règlements concordants, édictés de 1875 à 1877 en Grande-Bretagne, en Suède, en Allemagne, aux Pays-Bas, en Russie et en Norvège, il fut défendu aux ressortissants de ces Etats et à leurs navires d'entreprendre avant le 3 avril la chasse aux phoques entre les 67° et 75° lat. N. et entre le 5° long. E et le 17° long. O. Un arrangement a été conclu entre l'URSS et la Norvège, par lequel les armateurs norvégiens ont obtenu le droit de chasser les phoques en territoire russe. Un arrangement a été également conclu entre l'URSS et la Grande-Bretagne.

c) PROTECTION DES GRANDS CÉTACÉS

78. Une recommandation contenue dans le rapport Suarez sur les richesses de la mer (1925) présenté au Comité d'experts nommé par la Société des Nations pour la codification progressive du droit international, a donné lieu à une résolution de l'Assemblée du 27 septembre 1927, par laquelle elle chargea le Comité économique de la Société des Nations d'étudier en collaboration avec le Conseil international de Copenhague et toute autre organisation spécialement intéressée à la matière si et dans quels termes, pour quelles espèces et dans quels parages, une protection internationale de la faune marine pourrait être établie. Après qu'un comité d'experts se fût réuni à Berlin en 1930, une convention pour la chasse à la baleine fut conclue à Genève, le 24 septembre 1931⁵⁹. Cette convention est entrée en vigueur le 16 janvier 1935.

79. Cette réglementation s'étant révélée insuffisante, une conférence s'est réunie à Londres en 1937 qui adopta, le 8 juin, un *Principal Agreement*⁶⁰ révisé par le Protocole de Londres du 24 juin 1938⁶¹. La façon intensive dont,

après la seconde guerre mondiale, la chasse à la baleine fut pratiquée par différents pays a rendu nécessaire de nouvelles réglementations. Une convention fut conclue à Londres le 2 décembre 1946.

80. Le Rapporteur est d'avis qu'il n'y a pas lieu de tenter de codifier les mesures visant la protection des richesses de la mer, envisagées aux paragraphes *a* et *c*.

d) POLLUTION DES EAUX

81. La pollution de la mer par le pétrole répandu par les navires présente de graves inconvénients : infection des ports et des plages, risques d'incendie, menaces à la vie de certaines espèces marines, poissons et oiseaux. Presque tous les Etats maritimes ont établi des réglementations pour éviter la pollution des eaux par le pétrole. Mais il est clair que ces réglementations particulières sont insuffisantes : le pétrole, évacué en pleine mer, peut être entraîné vers les côtes par les courants et les vents. Une solution internationale peut seule être efficace.

82. Sur l'invitation du Gouvernement des Etats-Unis, une conférence préliminaire d'experts s'est réunie à Washington, le 8 juin 1926. Elle élaborait un projet de convention mais celui-ci ne reçut pas un accueil favorable. En 1934, le Gouvernement britannique saisit la Société des Nations de ce problème. L'Assemblée déclara que « la question de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures est de nature à faire l'objet d'une convention internationale »⁶². Un comité spécial d'experts élaborait, en octobre 1935, un projet de convention internationale⁶³. Le Conseil décida le 10 octobre 1936 de convoquer une conférence pour traiter ce sujet⁶⁴. La conférence prévue ne s'est pas réunie.

83. Il semble qu'à l'heure actuelle, on pourrait avec des chances de succès essayer d'établir une réglementation uniforme de cette matière. On pourrait adopter comme base de discussion le projet de 1926 et demander aux gouvernements de faire connaître leurs avis à ce sujet.

20) Extension de la mer territoriale ; zone contiguë

84. On n'a pu tomber d'accord sur l'étendue de la mer territoriale. La Conférence de codification, qui s'est réunie en 1930 à La Haye, n'a pas réussi à élaborer un projet de codification concernant la mer territoriale, pour la raison qu'on n'a pas pu s'accorder sur l'étendue de ces eaux; on estime qu'aussi longtemps que ce point cardinal n'aurait pas été réglé, il ne valait pas la peine d'adopter un statut de la mer territoriale. Le mandat du Rapporteur ne comprend pas l'étude du problème de la mer territoriale. Ce sujet sera donc laissé de côté; cependant, il importe d'observer que, bien que certains Etats revendiquent comme mer territoriale une bande

⁵⁸ *British and Foreign State Papers*, 1911, vol. CIX, p. 175; de Martens, *Nouveau Recueil général*, 3^e série, vol. V, p. 120-121.

⁵⁹ Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 155, p. 349. A la date du 31 juillet 1946, cette convention liait 25 Etats. [Voir *Signatures, ratifications et adhésions concernant les Accords et Conventions conclus sous les auspices de la Société des Nations*, 21^e liste, p. 86. et *Supplément à la 21^e liste* (le supplément n'indique pas de changements).]

⁶⁰ Manley O. Hudson, *International Legislation*, vol. VII, 1935-1937, p. 754.

⁶¹ *Ibid.*, p. 762.

⁶² Résolutions adoptées par l'Assemblée de la Société des Nations, au cours de sa seizième session ordinaire (*Journal officiel de la Société des Nations*, Supplément spécial n° 137, p. 15, n° 4).

⁶³ Société des Nations, document C.449, M.235, 1935, vol. VIII, p. 8.

⁶⁴ Procès-verbaux de la 84^e session du Conseil de la Société des Nations, p. 1196.

de mer qui dépasse les trois milles marins, il n'existe pas de tendance à élargir l'étendue de la mer territoriale en vue de satisfaire aux besoins de la réglementation concernant la haute mer.

85. La question de l'étendue de la haute mer ne sera donc pas traitée dans ce rapport, ni celle du statut des ports et des rades, même s'ils s'étendent au-delà de la limite de la mer territoriale. Il en sera de même pour la limite de la mer territoriale dans le cas où des îles se trouvent devant les côtes, pour le statut des mers intérieures, les baies dites « historiques » et le statut des mers polaires (« théorie des secteurs »).

86. Une question cependant, dont la Commission devra s'occuper, est celle de savoir s'il faut reconnaître l'existence d'une zone de haute mer, contiguë aux eaux territoriales, où l'Etat riverain pourrait prendre les mesures de contrôle nécessaires pour prévenir, soit les contraventions aux lois et règlements de police douanière ou sanitaire qui seraient commises sur son territoire ou dans ses eaux territoriales, soit les atteintes à sa sûreté de la part de navires étrangers.

87. Le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 avait préconisé, comme base de discussion, le système suivant :

1) Fixation, en principe, de l'étendue de la mer territoriale à 3 milles;

2) Reconnaissance d'une zone de mer territoriale plus étendue au profit de certains Etats expressément désignés;

3) Acceptation d'une zone contiguë, qui ne saurait s'étendre au-delà de 12 milles marins de la côte.

88. Dès 1790, les Etats-Unis d'Amérique avaient institué, à des fins douanières, une zone analogue. Mais c'est surtout après la promulgation du *Volstead Act* du 16 janvier 1920 interdisant tout trafic de boissons alcooliques, que la question a pris une grande importance. Pour éviter des difficultés éventuelles avec des puissances étrangères lors de la visite des navires en dehors des eaux territoriales, visite ayant pour but de constater les infractions à la loi susdite, le gouvernement de Washington conclut avec plusieurs Etats des Conventions par lesquelles ces puissances déclaraient ne pas s'opposer à l'exercice du droit de visite, pourvu que ce droit fût exercé à une distance de la côte inférieure à celle que pourrait franchir en une heure le navire soupçonné d'une tentative d'importation prohibée. Ce critérium élastique fut préféré à l'adoption d'une zone d'une étendue déterminée, pour ne pas donner l'impression que l'on visait à élargir la zone des eaux territoriales.

89. La Grande-Bretagne avait, à des fins douanières, adopté dans les *Hovering Acts*, dont le premier date de 1718, une zone « contiguë »; toutefois, ce système avait été abandonné en 1853. Le Traité, conclu le 19 août 1925⁶⁵ à Helsinki, entre l'Allemagne, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la Lettonie, la Lithuanie, la Norvège, la Pologne, la Ville libre de Dantzig, la Suède et l'Union soviétique pour la répression de la contrebande de boissons alcooliques, établit l'obligation pour les Hautes

Parties contractantes, « de ne faire aucune objection à ce que chacune d'entre elles applique, dans une zone s'étendant jusqu'à 12 milles marins de la côte ou de la limite extérieure des archipels, ses lois aux navires qui lui se livrent manifestement à la contrebande » (art. 9). La législation douanière de plusieurs pays adopte une limite située au-delà de la mer territoriale. On a fixé, à cette fin, des distances de 6, 10, 12 milles, 10, 20 kilomètres, etc.

90. En ce qui concerne la pêche, plusieurs législations nationales établissent également des limites, qui diffèrent de celles des eaux territoriales. On vise ainsi à écarter de ces zones, les navires de pêche des autres pays. Le Comité préparatoire de la Conférence de codification, ayant pris connaissance des réponses des gouvernements aux questions relatives à ce sujet, a abouti à la conclusion qu'il ne serait pas possible d'arriver à un accord établissant une zone contiguë pour la pêche, et il s'est borné à proposer l'établissement d'une telle zone exclusivement pour la douane, l'hygiène et la sûreté.

91. La Conférence ne se montra pas disposée à accepter la zone contiguë même sous cette forme restreinte. Cette zone se heurta à l'opposition de certains Etats, notamment de la Grande-Bretagne, qui estimait qu'en cette matière des accords bilatéraux ou régionaux étaient préférables. Le principal motif de leur opposition était la crainte que la reconnaissance de certains droits de contrôle dans la zone contiguë n'aboutit, à la longue, à la confusion de cette zone avec la mer territoriale.

92. L'institution d'une zone contiguë devra être envisagée en étroite relation avec celle du plateau continental. Il est toutefois probable qu'au cas où l'on tomberait d'accord pour reconnaître certains droits sur la mer au-dessus du plateau continental, cela ne mettrait pas fin aux discussions, car on réclamerait la création d'une zone contiguë pour d'autres fins et en d'autres endroits. Aussi la question de la zone contiguë pourra-t-elle être traitée séparément de la question du plateau continental. On pourrait poser aux gouvernements la question suivante : « Faut-il reconnaître l'existence d'une zone de haute mer contiguë aux eaux territoriales où l'Etat riverain pourrait prendre les mesures de contrôle nécessaires pour éviter, sur son territoire ou dans ses eaux territoriales, soit les contraventions aux lois et règlements concernant la police douanière et sanitaire (le cas échéant : « et concernant la pêche »), soit les atteintes à sa sûreté de la part de navires étrangers ? »

93. Dans la partie du rapport, ayant trait au plateau continental, le Rapporteur se propose de revenir sur cette question.

21) Des droits exclusifs sur le lit de la mer et le sous-sol

a) PÊCHERIES SÉDENTAIRES⁶⁶

94. Les pêcheries peuvent être qualifiées de sédentaires soit à raison des espèces auxquelles elles se rapportent, c'est-à-dire des espèces fixées au sol ou aux accidents du

⁶⁵ Manley Hudson, *International Legislation*, vol. III, 1925-1927, p. 1676.

⁶⁶ Gidel, vol. I, p. 488.

relief marin, soit à raison des engins qu'elles utilisent, par exemple des pieux plantés dans le fond de la mer.

95. La question des pêcheries sédentaires soulève des difficultés juridiques si ces pêcheries se trouvent au-delà de la limite extérieure des eaux territoriales. Du point de vue juridique certains auteurs font une distinction très nette entre la liberté de la mer d'une part et l'occupation effective d'une portion du lit de la mer d'autre part. Selon ces auteurs : « On ne saurait assez insister sur cette idée que la reconnaissance de droits spéciaux de propriété dans des zones particulières du lit de la mer en dehors de la zone marginale aux fins de pêcheries sédentaires n'entre en aucune manière en conflit avec la jouissance commune pour toute l'humanité du droit de navigation sur les eaux au-dessus de ces lits ou bancs ⁶⁷. » Toutefois, ainsi que le fait observer à juste titre Gidel, liberté de la haute mer et pêcheries sédentaires ne sont pas compatibles en tant que notions de même valeur et de même rang ⁶⁸. Le principe de la liberté de la mer comporte le droit pour tous de pêcher librement en haute mer à moins de convention internationale de portée limitée aux Hautes Parties contractantes.

96. Il faut cependant constater le fait que de nombreuses pêcheries sédentaires n'ont jamais donné lieu à des objections de la part d'autres Etats. On peut en conclure qu'en ce qui concerne les pêcheries sédentaires, la communauté internationale admet, dans une certaine mesure, cet échec au principe de la liberté de la mer dans des portions déterminées de la mer situées au-delà des eaux territoriales, mais rapprochées des côtes; « par suite d'un long usage ces bancs sont considérés comme étant occupés et constituant une propriété » ⁶⁹. Certains auteurs sont d'avis qu'il faut reconnaître aux Etats un droit général d'occuper le lit de la mer pour en exploiter les bancs de perles, les récifs de corail, etc., qui s'y trouvent ⁷⁰. D'autres cependant, ne veulent reconnaître des droits de souveraineté que s'il s'agit d'un « usage effectif et prolongé, sans que les autres Etats, et spécialement ceux qui pourraient du fait de leur situation géographique faire valoir des objections particulières, aient opposé à cet usage des protestations formelles et persistantes ⁷¹ ».

97. Cette question pourrait être traitée en relation avec celle du plateau continental.

b) INSTALLATIONS EN HAUTE MER

98. Les installations dont il s'agit ici sont celles qui, pour des buts autres que la pêche, empruntent une certaine partie des espaces maritimes de haute mer autres que le sous-sol; des bateaux-feux, des ponts sur des bras de mer, des îles flottantes ou aéroports de haute mer, etc. En 1894, pour la première fois, du pétrole fut découvert dans le plateau continental par le forage d'un puits à partir d'une plate-forme en eaux peu profondes devant la côte de Californie, et les exploitations de gisements

pétrolifères par forages en haute mer ne constituent plus dès maintenant une curiosité. Toutes ces installations restreignent d'une manière plus ou moins considérable la possibilité d'user de la haute mer. Leur création doit donc être subordonnée à l'agrément exprès ou tacite des autres Etats ⁷². Il y a toutefois certains cas où une opposition de la part d'autres Etats ne saurait être justifiée. Il est par exemple peu probable que l'installation de bateaux-feux en haute mer donnât lieu à des objections internationales fondées. Toutefois la création d'autres installations pourrait justifier une opposition de la part des autres puissances. Des règles précises qui pourraient servir de base à ces oppositions font défaut. Avant le développement récent de cette matière, on a défendu la thèse que, plus que d'une codification de règles — nécessairement vagues — à ce sujet, on aurait besoin d'un organisme international « doté d'attributions juridictionnelles et ayant qualité pour départager les prétentions opposées d'Etats en litige au sujet de certaines surfaces maritimes ⁷³ ». C'est pour cette raison que M. Schücking avait suggéré la création d'un « Office international des eaux ». Actuellement le Comité maritime international étudie la possibilité de créer une Cour internationale pour les questions maritimes.

c) SOUS-SOL DE LA HAUTE MER

99. Tout travail exécuté sur le sol de la haute mer entraîne nécessairement une répercussion, plus ou moins prononcée, sur l'utilisation de la haute mer. Il n'en est pas nécessairement de même s'il s'agit de travaux exécutés dans le sous-sol de la haute mer. Toute activité exercée dans le sous-sol qui n'entraîne aucune répercussion appréciable sur le sol de la haute mer, ne fait pas infraction au principe de la liberté de la mer.

100. Il serait cependant possible que le droit international attribue au sous-sol de la mer le même caractère juridique qu'aux eaux elles-mêmes. La doctrine rejette toutefois cette conception : les raisons pour lesquelles on a reconnu le principe de la liberté de la haute mer ne sauraient être invoquées à l'égard du sous-sol. Il n'y a pas de règles de droit positif interdisant aux Etats d'établir leur emprise sur le sous-sol de la mer. Il faut donc reconnaître aux Etats le droit d'occuper des parties du sous-sol de la haute mer.

101. Cependant la question se pose de savoir si du point de vue pratique, il est possible d'effectuer une occupation du sous-sol sans faire usage en même temps du lit de la mer. Cette possibilité existe s'il s'agit d'installations sous-marines, qui sont un prolongement d'installations se trouvant dans les eaux territoriales, par exemple des mines de charbon. Un autre exemple est le tunnel qu'on a projeté sous la Manche ⁷⁴. Dans tous les cas cependant où il s'agirait d'installations qui ne seraient pas reliées directement au sous-sol de la mer territoriale, il ne sera pas possible d'utiliser pareilles installations sans occuper également une certaine partie du lit de la mer. Les objections faites à l'égard de cette dernière

⁶⁷ Sir Cecil Hurst, *Whose Is the Bed of the Sea?*, p. 40.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 500.

⁶⁹ Réponse de la Grande-Bretagne à la question posée par le Comité préparatoire de la Conférence de codification, bases II, p. 28.

⁷⁰ Fauchille, vol. I, 2, p. 17.

⁷¹ Gidel, vol. I, p. 501.

⁷² *Ibid.*, p. 502. Pearce Higgins et Colombos, p. 54.

⁷³ Magelhaes, auteur d'un amendement dans le Comité des experts pour la codification, *ibid.*, p. 505.

⁷⁴ Colombos, *Le tunnel sous la Manche*, 1917.

occupation valent en la circonstance. Il faut tenir compte du fait que le développement de la technique favorisera l'utilisation du sous-sol de la haute mer, indépendamment des installations côtières.

22) Plateau continental

102. Dès 1916 l'idée du « plateau continental », c'est-à-dire la prolongation sous-marine du territoire continental, apparaît de deux côtés différents, en Espagne et en Russie. En Espagne l'océanographe Odon de Buen insiste sur la nécessité d'un élargissement de la zone territoriale, de manière à y englober la totalité du plateau continental; il justifie son opinion en faisant remarquer que le plateau continental est la zone d'élection des principales espèces comestibles. Le 29 septembre de la même année le Gouvernement impérial russe émet une déclaration, notifiant aux autres gouvernements, qu'il considère comme faisant partie intégrante de l'Empire « les îles Henriette, Jeanette, Bennett, Hérald et Ouyédinénie », qui forment avec les îles Nouvelle-Sibérie, Wrangel et autres, situées près de la côte asiatique de l'Empire. une extension vers le nord de la plate-forme continentale de la Sibérie. Cette thèse fut reprise par le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques dans un mémorandum du 4 novembre 1924⁷⁵.

103. Le terme « plate-forme continentale » n'est évidemment pas employé dans le même sens que l'on s'en sert aujourd'hui : il ne s'agit pas d'un plateau sous-marin. Les droits que l'Union soviétique réclame dans les mers polaires devront, de l'avis du Rapporteur, être considérés en relation avec la « théorie des secteurs », qui n'est pas traitée dans ce rapport. Il n'y a ni réclamations de la part du Gouvernement soviétique basées sur la théorie du « plateau continental », ni réponse soviétique en ce qui concerne les réclamations des autres Etats.

104. Le 26 février 1942 fut signé entre la Grande-Bretagne et le Venezuela le Traité sur les aires sous-marines du golfe de Paria. Ce Traité marque un tournant dans le mode d'utilisation de la notion du plateau continental. On applique cette notion à l'exploitation des richesses minérales, alors qu'auparavant on avait en vue la protection de la pêche. Il s'agit en l'espèce d'une annexion, opérée par chacun des deux Etats intéressés et réalisée par des actes juridiques internes délimitant des aires qui avaient fait l'objet d'un accord international préalable. L'accord ne fait d'ailleurs aucune mention expresse du « plateau continental ». Au reste la configuration géographique des espaces qui font l'objet du Traité, présente un caractère assez spécial qui permettrait aux Etats riverains de revendiquer pour eux une dérogation au régime des espaces normaux de la mer⁷⁶.

105. Le 28 septembre 1945, le Président des Etats-Unis d'Amérique a annoncé, par une déclaration à laquelle était jointe un *Executive Order* que « les ressources naturelles du sous-sol et du lit de la mer du plateau continental qui s'étend sous la zone de haute mer contiguë

aux côtes des Etats-Unis » seraient considérées comme appartenant aux Etats-Unis, et seraient soumises à leur juridiction et autorité. Les experts prévoyaient la présence de différents minéraux en divers endroits du plateau continental et on était d'avis qu'« il était nécessaire de soumettre ces ressources à une juridiction dans l'intérêt de leur conservation et de leur utilisation judicieuse lorsqu'on entreprendra de les exploiter ». Il fut déclaré expressément que « la nature de haute mer des eaux qui couvrent le plateau continental et le droit à la navigation libre et sans entrave dans ces eaux ne sont nullement affectés par la présente déclaration ». A la même date fut promulguée une seconde proclamation qui instituait une « zone de conservation dans laquelle la pêche serait soumise à la réglementation et au contrôle des Etats-Unis. » Une relation directe n'était pas établie entre les deux zones, et aucune de celles-ci n'était nettement délimitée par les proclamations. Dans un commentaire officiel il fut déclaré : « d'une manière générale les terres immergées contiguës au territoire continental et qui sont couvertes par cent brasses d'eau (600 pieds) au maximum sont considérées comme formant le plateau continental ».

106. L'exemple des Etats-Unis d'Amérique a été suivi par une proclamation du Gouvernement mexicain, le 29 octobre 1945, complétée par un décret du 25 février 1949. Une relation entre le plateau continental et la zone de protection pour la pêche est, sous une forme assez vague, établie de la manière suivante : « Le Gouvernement de la République reprend possession de la totalité du plateau ou socle continental attenant à ses côtes ainsi que des richesses naturelles, sans exception, connues et inconnues qui peuvent se trouver dans ledit plateau et il maintient son contrôle et son autorité sur les zones de pêche qu'il exploite et protège en vue de la conservation d'une telle source de bien-être. » L'article 42 de la Constitution stipule que le territoire mexicain comprend le plateau continental couvert par les eaux de moins de 200 mètres de profondeur⁷⁷.

107. Dans une proclamation du Gouvernement argentin en date du 11 octobre 1946, la relation susvisée est établie *expressis verbis* : « La zone contiguë et le plateau continental argentin sont déclarés relever de la souveraineté de la nation; » la proclamation définit la zone contiguë de la manière suivante : « les eaux qui recouvrent la plate-forme sous-marine⁷⁸ ».

108. Le 1^{er} mai 1947 le Nicaragua a adopté une loi, dont l'article premier déclare que le plateau continental, considéré comme partie intégrante du territoire nicaraguayen, est la partie du territoire couverte par la mer jusqu'à une profondeur de 200 mètres⁷⁹.

109. Les Proclamations du Chili (23 juin 1947), du Pérou (1^{er} août 1947) et du Costa-Rica (29 juillet 1948)⁸⁰ sont d'un type différent des proclamations nord-américaine et mexicaine, argentine et nicaraguayenne.

⁷⁵ José Luis de Azcarraga y Bustamante, *Los Derechos sobre la Plataforma Submarina*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1949, p. 59 (traduit de l'anglais par le Secrétariat de l'ONU).

⁷⁶ *Ibid.*, p. 61 (traduit de l'anglais par le Secrétariat de l'ONU).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 66 et suiv.

⁷⁸ Textes français chez Lakhtine, *Rights over the Arctic Regions*, 1928, p. 43-45.

⁷⁹ Cf. Vallat, "The Continental Shelf", *British Yearbook of International Law*, vol. XXIII, 1946, p. 334.

A la différence des précédentes, elles ne font plus usage de la notion de plateau continental, liée à la rupture de pente (*continental slope*) à une profondeur déterminée (celle de 100 brasses ou de 200 mètres) : elles revendiquent une zone de 200 milles marins à partir des côtes, et cette distance est susceptible d'être modifiée à tout moment, suivant les besoins de la nation. Dans cette zone la souveraineté nationale est proclamée.

110. A Cuba une proposition a été introduite par le sénateur Rogelio Diaz Pardo devant le Congrès tendant à l'inclusion dans le territoire national des plateaux insulaires « jusqu'aux points où la profondeur est de 200 (1) brasses ». Le droit revendiqué serait un droit de souveraineté, portant sur le sol, le sous-sol et les eaux du plateau continental. Cette proposition, jusqu'à présent, n'a pas abouti.

111. Par deux *Orders in Council* britanniques en date du 26 novembre 1948 les frontières de Bahama et de la Jamaïque furent étendues « de manière à inclure l'aire de plateau continental qui s'étend sous la mer contiguë aux côtes ». Une limite n'a pas été fixée.

112. Le mouvement a gagné d'autres régions du monde. Le Gouvernement de l'Iran a déposé, le 19 mai 1949, devant le Parlement un projet de loi, dont le texte est étroitement apparenté à la Proclamation du président Truman. Il n'est pas donné de définition expresse du plateau continental. L'Arabie Saoudite a promulgué le 28 mai 1949 une proclamation, dans laquelle on ne fait pas mention d'un plateau continental. En fait, il n'existe pas de plateau continental dans le golfe Persique⁸¹ qui est un bassin de moins de 100 brasses de profondeur. La Proclamation parle seulement du « sous-sol et du lit de la mer des aires du golfe Persique contiguës aux côtes qui s'étendent vers le large au-delà de la mer territoriale de l'Arabie Saoudite ». Elle déclare aussi « que ces aires appartiennent au Royaume d'Arabie Saoudite, et sont soumises à sa compétence et à son autorité ». Il va de soi qu'il faudra délimiter cette zone à l'égard d'autres Etats riverains. « Les limites de ces aires seront déterminées par notre gouvernement conformément aux principes de l'équité par voie de convention avec les autres Etats qui ont compétence et autorité sur le sous-sol et le lit de la mer des aires avoisinantes. » L'exemple de l'Iran et de l'Arabie Saoudite a été suivi par d'autres riverains du golfe Persique, dont les territoires renferment d'importants champs de pétrole : le sultanat de Bahrein, 5 juin 1949, le sultanat de Koweït, 12 juin 1949, les six sultanats de la côte des Pirates, juin 1949⁸².

113. Le droit international reconnaît-il le principe que le contrôle et la juridiction, ou même la souveraineté, en ce qui concerne le sol et le sous-sol du plateau continental, ainsi que des eaux au-dessus de ce plateau, au-delà des eaux territoriales, reviennent à l'Etat riverain ?

114. Le Rapporteur ne croit pas que dès maintenant l'on puisse donner à cette question une réponse affirmative. Le nombre des proclamations, revendiquant des droits

spéciaux, va, il est vrai, croissant, mais il reste encore restreint. La plupart des Etats jusqu'à présent n'ont pas revendiqué de pareils droits, et ils n'ont pas non plus reconnu de façon expresse la validité de pareilles revendications. Dans certains cas, où il s'agissait de la revendication de droits de souveraineté, des protestations formelles ont été élevées. S'il s'agit seulement de droits de contrôle et de juridiction, des doutes subsistent quant à la portée de ces revendications; vont-elles beaucoup moins loin que la souveraineté ? Il est vrai que toutes les proclamations font ressortir que la liberté de la navigation dans les parties de la haute mer au-dessus du plateau continental sera intégralement reconnue et maintenue. Toutefois on ne peut nier que cette liberté de navigation se trouvera forcément réduite en fait par suite de l'existence de diverses installations fixes ou mobiles en vue de l'exploitation des ressources naturelles du plateau continental. « Les plus ardents défenseurs de la doctrine de la « liberté des mers » ne trouveront guère de réconfort dans les derniers mots de cette proclamation », ainsi s'exprime M. Feith dans son rapport à l'International Law Association. « Il n'est pas nécessaire d'être un sceptique né pour avoir des doutes quant à la valeur pratique de cette rassurante conclusion. Lorsque les intérêts de la navigation internationale seront mis en balance avec ceux de l'exploitation nationale par l'Amérique de sources sous-marines de pétrole, la navigation internationale l'emportera-t-elle ? N'est-il pas illogique de supposer que si d'importants gisements pétrolifères sont découverts dans le tréfonds de la haute mer, les droits de l'Amérique s'étendront sur ces gisements mais pas sur la surface de la mer qui les recouvre ? Est-ce que l'Amérique croira pouvoir permettre aux croiseurs russes ou aux bâtiments de pêche japonais de circuler entre les chevalements de sondage érigés en haute mer au-dessus des gisements américains⁸³ ?

115. En ce qui concerne la pêche, il n'est pas question de promettre de ne pas porter atteinte à la liberté existante, puisque cela serait contraire aux buts mêmes dans lesquels la zone est instituée.

116. La plus grande incertitude subsiste en ce qui concerne la portée exacte de la notion du « plateau continental », et de l'étendue des parties de la haute mer pour lesquelles on revendique les droits en question. Cette incertitude concerne également la répartition entre deux Etats dans les cas où le plateau continental leur est commun; toute directive pour la délimitation faisant défaut, les proclamations se bornent à renvoyer cette question à des accords entre les pays intéressés.

117. Dans ces conditions on ne saurait, de l'avis du Rapporteur, adopter le point de vue, que le droit international reconnaît dès maintenant comme une règle de droit coutumier, que soit la souveraineté, soit le contrôle et la juridiction à l'égard du plateau continental reviennent à l'Etat riverain *ipso facto* ou par une seule occupation notionnelle.

118. On devra toutefois se représenter que le principe de la liberté de la haute mer n'est pas un dogme intangible n'admettant aucune restriction. Les nouveaux déve-

⁸¹ Richard Young, "Saudi Arabian Offshore Legislation", *American Journal of International Law*, vol. 43, 1949, p. 531; "Further Claims to areas beneath the high seas", *ibid.*, p. 790.

⁸² Richard Young, *ibid.*, p. 791.

⁸³ Le jonkheer P. R. Feith, *Rapport à l'International Law Association*, 1948, p. 19.

loppements de la technique, les nouveaux besoins d'ordre économique pourraient justifier certaines restrictions du principe du *mare liberum*. La Commission de droit international, qui non seulement s'occupe de la codification du droit au sens strict du mot, mais également du développement progressif du droit, ne saurait fermer les yeux devant cette évolution. Le fait qu'un nombre toujours croissant d'Etats réclame des droits sur le plateau continental, démontre le besoin très réel d'apporter des restrictions au principe de la liberté de la mer.

119. On a suggéré de faire du plateau continental un territoire commun, soumis à un régime international. Cette internationalisation se heurterait à des difficultés insurmontables. Aussi la pratique semble-t-elle s'orienter dans une autre direction : celle de l'attribution d'une influence prépondérante dans ces parages à des Etats déterminés. Quels seront les Etats qui pourront faire valoir des droits à ce sujet ? En premier lieu on a affirmé, que, puisque le plateau continental fait suite au territoire proprement dit de l'Etat riverain, celui-ci est fondé à y exercer des compétences spéciales. La force de cet argument, du point de vue juridique, semble douteuse. En second lieu on a soutenu la thèse que le droit d'exploitation de cette *terra nullius* reviendrait au premier occupant. Mais on ne peut nier qu'une situation intolérable pour l'Etat riverain serait créée si, à quelques milles de distance des côtes, des Etats tiers pouvaient entreprendre l'exploitation du plateau continental. La concurrence pour l'exploitation prendrait les formes d'un *rush and grab*, qui ne seraient nullement profitables à la communauté internationale, ni du point de vue de l'exploitation efficace des ressources minérales du sol, ni de celui de la protection des richesses de la mer.

120. La réserve du plateau continental à l'Etat riverain a paru la meilleure solution, pourvu qu'elle soit accompagnée, dès le début, d'une détermination précise des droits et devoirs des différents Etats dans ces aires. A condition que l'Etat privilégié se borne d'une part à exploiter efficacement les ressources minérales du plateau continental, sans enfreindre d'une manière intolérable le principe de la liberté de la mer, et, d'autre part, à protéger les richesses de la mer, sans établir un monopole du droit de pêche au profit de ses nationaux, le principe de la liberté des mers semble être suffisamment sauvegardé.

121. Dans certaines proclamations on prévoit la conclusion d'accords avec d'autres Etats dont les ressortissants exercent actuellement la pêche dans les eaux que l'on désire considérer dorénavant comme placées sous la juridiction de l'Etat riverain. On peut se demander si le maintien d'une situation de fait constitue, dans tous les cas, le meilleur point de départ pour instituer un nouveau statut juridique international.

122. La question se pose de savoir si l'attribution de droits spéciaux en ce qui concerne les ressources minérales du sous-sol ainsi que les richesses de la mer devrait être subordonnée à l'existence d'un plateau continental. On ne saurait contester, qu'on créera ainsi une discrimination au détriment des pays qui n'ont pas en face d'eux un plateau continental ou dont le plateau continental ne dépasse pas les limites des eaux territoriales. Mais par ailleurs, on pourrait peut-être faire valoir qu'au cas

d'absence d'un plateau continental, l'attribution des droits dont il s'agit n'aurait pas une grande valeur pratique. La profondeur de 200 mètres, qui est approximativement celle à laquelle se produit d'une manière générale la rupture de pente d'où est issue la notion courante de plateau continental, est aussi celle qui marque la fin des conditions biologiques optimum pour la vie végétale comme pour la vie des espèces animales dont l'homme fait sa nourriture. Si l'on considère maintenant l'exploitation industrielle du sol et du sous-sol de la mer, la technique dans son état actuel, est bien loin de permettre l'utilisation des richesses naturelles situées à plus de 200 mètres de la surface. Quoi qu'il en soit, il faut se rendre compte que l'adoption d'une ligne de profondeur de 100 brasses comme limite extérieure du plateau continental est de nature à attribuer aux différents Etats des portions de la haute mer d'une étendue très inégale. On établirait ainsi entre les Etats une inégalité injustifiable.

123. On se demandera donc si une meilleure solution ne serait pas d'écarter l'idée du plateau continental, et d'attribuer aux Etats des droits spéciaux dans des zones de mer d'une largeur à déterminer au-delà de leurs eaux territoriales. En d'autres termes : on adopterait le principe de l'attribution de droits spéciaux en ce qui concerne l'exploitation des ressources minérales du sous-sol et de la protection des richesses de la mer dans une zone contiguë d'une largeur déterminée, abstraction faite de la présence d'un plateau continental.

124. Les questions sur lesquelles on consulterait les gouvernements, pourraient être formulées comme suit :

1) Faut-il lier la reconnaissance de droits spéciaux en ce qui concerne l'exploitation du sous-sol de la mer et la protection des richesses de la mer à la présence d'un plateau continental ?

2) Si oui, quelle définition devrait-on donner de ce plateau continental ? Faut-il adopter comme limite extérieure une ligne de profondeur de la mer de 200 mètres (100 brasses) ?

3) Une occupation effective ou du moins notionnelle devrait-elle être requise pour pouvoir faire valoir les droits envisagés ?

4) Au cas où la réponse à la première question serait négative, on se demandera si de pareils droits devraient être attribués dans une zone contiguë aux eaux territoriales, et à quelle distance des côtes cette zone devrait s'étendre ? Faut-il adopter la même distance en ce qui concerne les ressources minérales et les richesses de la mer ?

5) S'agit-il d'un droit de souveraineté, ou seulement de droits de contrôle et de juridiction ?

6) Quelle est la compétence de l'Etat riverain dans les aires en question (plateau continental ou zone contiguë) en ce qui concerne :

- a) L'exploitation des ressources minérales du sous-sol;
- b) Les richesses de la mer ?

Jusqu'à quel point un traitement spécial peut-il être réservé aux nationaux de l'Etat riverain ?

7. Comment faudra-t-il délimiter les plateaux continentaux — le cas échéant : les zones contiguës — de différents Etats, au cas où il y a chevauchement ?

8. Les ouvrages et installations établis dans les eaux en question pour l'exploitation du sol, comportent-ils des eaux territoriales propres ? Si non, pourra-t-on réclamer pour eux des zones spéciales de sécurité ?

9. Jusqu'à quel point peut-il être question en cette matière de droits déjà reconnus par le droit international existant ?

DOCUMENT A/CN.4/19

Replies from Governments to Questionnaires of the International Law Commission

[Original texts: English, French, Spanish]
[23 March 1950]

CONTENTS*

	Page
NOTE BY THE SECRETARY-GENERAL	52
PART I. REPLIES FROM GOVERNMENTS CONCERNING TOPICS FOR CODIFICATION	
. . . .	
SECTION C. REGIME OF THE HIGH SEAS	
1. Canada	53
2. Costa Rica	53
3. Denmark	53
4. France	54
5. Israel	55
6. Philippines	59
7. Poland	60
8. Union of South Africa	60
9. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	60
10. United States of America	60

Note By the Secretary-General

1. In accordance with Article 18 of its Statute (annexed to General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947), the International Law Commission decided at its first session to undertake the codification of three topics of international law, namely, (i) the Law of Treaties, (ii) Arbitral Procedure, and (iii) the Regime of the High Seas. In implementation of this decision and in conformity with Article 19, paragraph 2 of its Statute, the Commission further decided to request all Governments of Members of the United Nations to furnish it with texts of laws, decrees, judicial decisions, treaties, diplomatic correspondence and other documents relevant to each of these topics.

2. Also the Commission, having been entrusted by the General Assembly, in virtue of resolution 177 (II) of 21 November 1947, with the preparation of "a draft code of offences against the peace and security of mankind", deemed it necessary also to request the Governments to express their views concerning what offences, apart from those defined in the Charter and

judgment of the Nürnberg Tribunal, should be comprehended in that draft code.

3. Accordingly, the Secretary-General, by letter LEG 291/01/YLL of 11 July 1949, communicated the Commission's requests to all Governments of Members of the United Nations.

4. By 23 March 1950, the Secretary-General had received replies from the Governments of Canada, Costa Rica, Denmark, France, Israel, the Netherlands, Philippines, Poland, Union of South Africa, the United Kingdom and the United States.

5. The texts of the replies from Governments concerning topics for codification (Part I), as well as the views expressed on what offences should be comprehended in a draft code of offences against the peace and security of mankind (Part II), are reproduced herein.

6. Relevant materials submitted in the form of books, pamphlets, or lengthy treaty texts are not reproduced, but are held available for reference.

7. Replies received after 23 March 1950 will be reproduced as addenda to the present document.

* Sections A and B contain the replies dealing respectively with the "Law of Treaties" and "Arbitral Procedure" and are to be found with the documents relating to these items.

Part II contains the replies dealing with the "Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind" and is to be found with the documents relating to that item.

Part 1

REPLIES FROM GOVERNMENTS CONCERNING
TOPICS FOR CODIFICATION

SECTION C. REGIME OF THE HIGH SEAS

1. Canada

[Original text : English]

Department of External Affairs

Ottawa

17 January 1950

Enclosed is one copy of each of the papers which are listed below under the subject to which they pertain :

c) Concerning the Regime of the High Seas :

Conférence Internationale sur la Chasse à la Baleine, CTS 1946/54; *

The Canada Shipping Act; *

The Northern Halibut Act; *

The Pelagic Sealing Act; *

Claim of the British Ship *I'm Alone*; *

The *I'm Alone* Incident — Correspondence between the Governments of Canada and the United States, 1929.*

2. Costa Rica

[Texto original en español]

Ministerio de Relaciones Exteriores

San José

29 de noviembre de 1949

Respecto al tercer punto : Régimen de altamar. Sobre el particular puede decirse que únicamente existen las disposiciones legales contenidas en los artículos 3 y 6 de nuestro Código Penal de 1942, que dicen :

« Artículo 3°. La Ley Penal costarricense se aplicará a todo el que cometa un hecho punible en el territorio nacional, el cual se extiende a la atmósfera y aguas territoriales, y a las legaciones, buques y aeronaves de guerra nacionales, lo mismo que a los buques y aeronaves mercantes costarricenses *en alta mar* o en atmósfera libre, salvo las excepciones que por inmunidad o extraterritorialidad reconoce el derecho internacional. »

« Artículo 6°. En los casos de piratería, se seguirán las reglas del derecho internacional respecto de jurisdicción. »

3. Denmark **

[Translated from Danish]

With respect to the rules of international law concerning the regime of the high seas, the Ministry of Foreign

Affairs draws attention to the following laws, decrees, treaties, etc. :

(a) The treaty concerning the redemption of the Sund duties, Article 2, 1-3;

(b) The Pilotage Service Act of 17 April 1916, in particular sections 43 and 45, as well as sections 12 and 13;

(c) The memorandum of the Ministry of Foreign Affairs of 14 May 1948, P. J. II. 56, Q. 34, concerning its application to the pilotage section of the Netherlands Ministry of the Navy;

(d) Act No. 85 of 30 April 1909 supplementing the Act on stranded ships, as amended by Act No. 67 of 27 March 1929;

(e) Declaration and exchange of notes of 30 January 1932 between Denmark and Sweden, regarding the boundary in the Sund;

(f) The North Sea Fisheries Convention of 6 May 1882, Act No. 114 of 27 April 1883, as amended by Act No. 36 of 22 March 1890, and the Royal Decree of 29 March 1884, with later amendments concerning measures to regulate fishing in the North Sea outside territorial waters;

(g) Agreement of 24 June 1901 between Denmark and the United Kingdom of Great Britain and Ireland concerning fishing in the sea around the Faroe Islands and Iceland, Act No. 122 of 8 July 1902 and the Royal Decree of 27 February 1903.

Attention may also be drawn to the Convention of 31 December 1932 between Denmark and Sweden, regarding fishing in the waters bordering on the two countries together with the Act of 27 March 1933 and the Decree of 29 June 1933.

In this connexion it may be observed that, while it may be natural in the matter of fisheries to reserve a zone of the sea for the inhabitants of the country, the drawing of a general distinction between "the high seas" and "territorial waters" is hardly compatible with utilization of the seas for free communication between countries. This is a fact which is particularly apparent in the case of the comparatively shallow waters inside Skagen (the Skaw).

According to Danish law sailing marks must be provided wherever this is called for by the character of the sea-way. Within the sea area thus marked out the Danish Government supervises the marking, the pilotage service and the navigability of the waters, and regards itself as bound not only to give assistance in case of accidents at sea, but also to protect shipping against dangers.

Accordingly, a wreck which endangers or causes serious inconvenience to shipping or fishing craft must be rendered harmless, if necessary, by the use of explosives, regardless of its distance from the shore ; cf. the judgment rendered by the Maritime and Commercial Court on 28 February 1928 concerning a drifting wreck near Schultz' Grund (*Ugeskrift for Retsvaesen* 1928/538).

Beyond Skagen (the Skaw) also Danish law regarding wrecks is applicable outside fisheries area ; cf. the judgment of the Danish Supreme Court of 11 June 1940 concerning the wreck of the S.S. "*Lynæs*" of Copenhagen, which in 1938 sunk N.E. to N. of Hirtshals, about

* Not reproduced here.

** See covering letter in section A, *supra*.

6 nautical miles from the shore, at a depth of some 22 metres (*Ugeskrift for Retsvaesen* 1940/695).

As regards dangerous wrecks of foreign ships in the waters and along the shores, where sailing marks are provided by the Danish authorities, Danish law, however, still does not receive international recognition. The Ministry of the Navy has to render such wrecks harmless, in accordance with the rules in force, but, if the ship went down outside the fisheries area, it will not be able, in general, to recover the cost of marking and blowing up the wreck otherwise than by selling the remains of the wreck.

Finally, it is observed that the Government, by virtue of the Pilotage Act (Section 11) and Act No. 7 of 30 January 1875 concerning the use of ports, etc., as well as of the Act of 29 March 1920 concerning the safety of navigation with later amendments (Proclamation No. 176 of 15 April 1930) and Act No. 562 of 31 October 1940 on police regulations in connexion with military affairs and measures, may issue special regulations for navigation in the waters referred to above.

...

In the attached general map* (6), a green line of short dashes is drawn through the normal Danish sailing marks situated farthest east in the Kattegat (at Store Middelgrund, however, between the Danish and the Swedish sailing marks) and, furthermore, a similar red line represents the Danish-Swedish boundary line in the Sund. The outermost Danish provisional fairway marks are also drawn in red. Finally, the map shows the area of the North Sea in which Danish authorities are responsible for fairway marking as well as for marking wrecks and making them harmless, as agreed to in 1946 by the International Routing and Reporting Authority in London.

Furthermore, Denmark has acceded to the London Convention for the Safety of Life at Sea of 31 May 1929, the Brussels Convention on Collisions and Salvage at Sea of 23 September 1910, the Paris Convention of 14 March 1884 on the Protection of Submarine Cables and the Helsingfors Convention of 19 August 1925 for the suppression of the Contraband Traffic in Alcoholic Liquors.

4. France **

5. Israel ***

[Original text : English]

Ministry for Foreign Affairs, Hakirya
24 January 1950

...

THE LAW OF TERRITORIAL WATERS, AND THE REGIME OF THE HIGH SEAS

33. There seems to be some doubt as to the extent of the territorial waters of the Ottoman Empire prior to

the First World War, and inquiries which have been made in connexion with the present Survey have led to mutually contradictory conclusions. Professor Stephan A. Riesenfeld, in his monograph entitled *Protection of the Coastal Fisheries under International Law* (page 186), remarks :

"How many miles she (Turkey) claims and traces for her territorial belt however, cannot be found out by the writer. During her war with Italy 1911-12, Turkey notified the other Powers that she claimed a sea territory having a width of 5 miles. During the World War of 1914, before her entrance into it on the side of Germany, she yielded to the demand of Great Britain not to enforce her neutrality beyond 3 miles, even though the neutrality zone was fixed originally at 6 miles."

The Treaty of Lausanne of 24 July 1923, while it does not specifically prescribe the extent of the territorial waters of the territories detached from Turkey by the said Treaty, seems to imply the so-called "three-miles rule" : see, for example, paragraph 2 of Article 6. The Mandate for Palestine, which in time preceded the Treaty of Lausanne, is equally silent with respect to the extent of the territorial waters of the mandated territory. Article 1 of the Palestine Order-in-Council, 1922, stated that the limits of that Order were the territories to which the Mandate for Palestine applied. Article 2 of the Palestine (amendment Order-in-Council, 1939, added to Article 1 of the Order-in-Council of 1922 the words "including the territorial waters adjacent thereto", with retrospective effect to 10 August 1922, i.e., the date on which the Order-in-Council of 1922 was made, despite the fact that it came into force only on 1 September 1922. The effect of all this was that the High Commissioner had power to enact legislation applicable to the territorial waters of Palestine, and was deemed to have had that power since the initiation of the Mandatory regime. This power is now, of course, exercised by the Government of Israel. The earliest formal definition of territorial waters appeared in the Customs Ordinance of 1924 (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. I, page 524) and in the Fisheries Ordinance of 1926 (*ibid.* page 706). The Interpretation Ordinance (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. II, page 770), first enacted in 1929, and amended in 1933, defined territorial waters as any part of the open sea within three nautical miles of the coast of Palestine, measured from low water mark. An identical definition appears in Section 3 of the Interpretation Ordinance, No. 9, of 1945, (*Palestine Gazette*, No. 1400 of 2 April 1945 Suppl. No. 1, page 48), which replaced the previous Interpretation Ordinance. A similar definition was followed in the Wrecks and Salvage Ordinance, 1926 (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. II, page 1566).

34. As for the exercise of criminal jurisdiction within territorial waters, the Palestine legislator followed the precedent established in the United Kingdom by the Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878, and Section 6 of the Criminal Code Ordinance No. 74 of 1936 (*Palestine Gazette* No. 652 of 14 December 1936, Suppl. No. 1, page 285) provides that the jurisdiction of the Courts of Palestine for the purposes of that Code extends to every place within Palestine or within three nautical miles of the coast thereof, measured from low water mark. The Criminal Procedure (Trial upon Information) Ordinance,

* Not reproduced here.

** See text of letter in section A, printed under the item: "Law of treaties".

*** See introductory part of this Note in section A, printed under the item: "Law of treaties".

1924, (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. I, page 475) makes provision for jurisdiction in cases of criminal offences committed within the territorial waters of Palestine, and Section 4 (1) provides that the Court having jurisdiction in a criminal case shall be the District Court of the district within the territorial waters adjacent to which the criminal act charged was wholly or in part committed.

35. As for the exercise of criminal jurisdiction in cases of offences committed on the high seas, Section 3 of the Extradition Ordinance, 1926, (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. I, page 678) provides that for the purpose of the Ordinance every constituent part of a foreign State and every vessel of that State shall be deemed to be within the jurisdiction of, and to be part of such foreign State. Section 18 provides that where an offence in respect of which the surrender of a fugitive criminal is sought, was committed on board any vessel on the high seas which comes into any port in Palestine, the criminal may be committed to any prison to which the person committing him has power to commit persons accused of the like offence.

36. The Israel Courts will exercise jurisdiction over piracy wherever committed in accordance with section 78 of the Criminal Code Ordinance. This provides that any person who commits piracy or any crime connected with or relating or akin to piracy is guilty of a felony and is liable to imprisonment for life. The Ordinance does not contain any express definition of piracy. However, by virtue of Section 4 it is probable that in the absence of any other legislation the expression "piracy" has the meaning attaching to it in English law.

37. Subject to the special matter referred to in paragraphs 50 and 51 below, and which seems to belong equally to the problem of territorial waters and the regime of the high seas, there are no judicial decisions of any importance on the general question of territorial waters from the period of the Mandate. The arrangements described in the preceding four paragraphs have remained in force since the establishment of the State of Israel.

38. The only serious problem which has arisen for the State of Israel concerns the liability of foreign warships within Israeli territorial waters to observe black-out regulations. During the fighting which attended the establishment of the State of Israel and which continued from May until the end of 1948, a strict black-out was enforced at various times. In consequence of the action of the Security Council in connexion with this situation, warships belonging to Powers not involved in the actual fighting occasionally visited Israeli ports on behalf of the Mediation Mission of the United Nations. The Government of Israel had to insist that these warships conform to the black-out regulations during their stay in Israel harbours. After due explanation, the warships conformed to this regulation. The view of the Government of Israel was that foreign warships visiting Israeli ports automatically subject themselves to regulations of this character; therefore, it was a matter of some surprise that it was necessary to embark upon explanations as to the necessity therefor.

39. In addition to the above remarks, certain British legislation relating to territorial waters was at various

times extended to Palestine. The Palestine Order-in-Council of 1922 extended to Palestine the application of various British Statutes, including the Admiralty Offences (Colonial) Act, 1849, the Merchant Shipping Act, 1867, Section 11. In 1939 the Wireless Telegraphy (Foreign Ships) Regulations, 1938, were extended to Palestine. (See *Palestine Gazette* No. 875 of 13 March 1939, Supplement No. 2, page 262.) During the Second World War various Defence Regulations affecting territorial waters were made in accordance with powers conferred by the Emergency Powers (Defence) Act, 1939, and the Emergency Powers (Colonial Defence) Order-in-Council, 1939, published in *Palestine Gazette Extraordinary*, No. 914 of 26 August 1939, Supplement No. 2, pages 649, 656.

40. Various ordinances were enacted from time to time by the Government of Palestine relating to such matters as quarantine, customs, fisheries, mines and the like. Hereunder we shall give a brief outline of the provisions of the various ordinances (as modified since the establishment of the State of Israel) as far as they relate to the subject under review.

41. *Fisheries.* The Fisheries Ordinance No. 6 of 1937 (*Palestine Gazette* No. 667 of 18 February 1937, Supplement No. 1, Vol. I, page 157) established a licensing system for fishing. Under the Ordinance the Minister of Agriculture or any officer duly authorized by him is empowered to grant licences to take fish in Israel, and no person shall take fish in Israel unless he is the holder of a licence granted under the Ordinance. Furthermore, no licence shall be granted to a person operating or manning any fishing vessel registered in any port outside Israel, but persons operating fishing vessels not registered in Israel may be granted a permit to land fish in Israel, provided the owner agrees to conform to certain rules in force for Israeli fishing vessels. Under the Ordinance the police officer, customs officer or any other officer empowered for that purpose may go on board any vessel reasonably believed to be engaged in fishing, search and examine any fishing apparatus thereon, and, where there is reasonable suspicion that any offence has been committed, take the offender and the boat without warrant to the nearest police station or port, and detain the boat and apparatus pending trial, and sell the catch and impound the proceeds of the sale.

41 A. *Cabotage.* Section 161, part. 10, of the Customs Ordinance, 1929, (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. I, page 557), as now in force, prescribes that any ships trading or plying or going from one port or place in Israel to another port or place in Israel, shall be deemed to be engaged in coasting and to be coasting ships for the purpose of the Ordinance, provided that such ship is not trading, plying or going to any place outside Israel.

By Section 162, part 10, of the same Ordinance, coasting ships are forbidden to take in cargo at sea or deviate from their voyage unless forced to do so by unavoidable circumstances.

Section 165 empowers the Minister of Finance to make regulations governing the coasting trade, prohibiting or restricting, or otherwise regulating, the carrying coastwise of any goods or class of goods.

Section 3 of the Import, Export and Customs Powers

(Defence) Ordinance, No. 51 of 1939 (*Palestine Gazette*, Supplement No. 1 to No. 968 of 11 December 1939, Vol. I, page 164) empowers the Minister for Trade and Industry to make such provisions as he thinks expedient for prohibiting or regulating the carriage coastwise of goods or goods of any specific description.

Under Regulation 122 (I) (c) or the Defence Regulations (Emergency) 1945 (*Palestine Gazette*, Supplement No. 2 of No. 1442 of 27 September 1945, Vol. III, page 1090) a Military Commander or a person acting under the general or special authority of a military commander may by order or by the giving of directions, prohibit, restrict or regulate, generally, or in specific cases the travelling of persons generally or of specified persons, in vessels going between places in Israel.

42. *Customs.* The Customs Ordinance, 1924 (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. I, page 524) empowers the Minister of Finance to appoint boarding stations for the boarding of ships, to provide places of entry ports and their limits, wharves in any port and their limits as well as to arrange for the provision of places for the examination of goods for the purpose of the Ordinance. Under Section 50 the master of every ship arriving within the territorial waters of Israel is required to bring his ship for boarding on being approached or signalled by any customs' or other vessel in the service of the Government. The Minister may by order appoint places on the coast for the shipment of local produce only. This provision was given effect by the Customs (Shipment of Local Produce) Order, 1929, (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. III, page 1694) which fixed various ports on the coast of Palestine for this purpose.

43. *Ports.* The Ports Ordinance, 1926, (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. II, page 1168) as amended by the Ports (Amendment) Ordinance No. 44 of 1946 (*Palestine Gazette*, Supplement No. 1, No. 1577 of 16 August 1946, Vol. 1, page 2), empowers the Minister of Communications to declare any place in Israel to be a port, define the limits of the port, appoint places within the port as quays and warehouses and declare the bounds and extent of any such quays and warehouses. Furthermore, the Minister is empowered to impose port dues in respect of lighterage, towage, etc. or exempt any vessel from payment of such dues. The officer in charge of the port may also order the measurement of a vessel to be carried out where such measurement is necessary for the assessment of port dues. Fishing vessels and any vessels plying exclusively in any port of Israel, or plying between such ports, or between such ports and foreign ports, and owned by physical or juridical persons domiciled or incorporated in Israel must be registered at the office of the officer in charge of the port to which the vessel belongs. No vessel is allowed to be employed within the limits of any port of Israel for the purpose of hire or persons or goods to or from a vessel without a license issued by the officer in charge of the port. A person acting as pilot in Israel requires a licence issued by the Minister and under Section 13 every person in charge of, or manning a vessel is required to obey the instructions of the officer in charge of the port in all relevant matters.

44. *Quarantine:* The Quarantine Ordinance, 1933 (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. III, page 2090) as

amended by the Quarantine (Amendment) Ordinance No. 54 of 1947 (*Palestine Gazette*), Supplement 1, No. 1263 of 18 October 1947, Vol. 1, page 303) lays down rules for measures to be enforced by the quarantine authority against ships, whatever their port of departure, arriving in an unsanitary condition.

45. *Telegraph Cables:* The Post Office Ordinance, 1930 (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. II, page 1176) requires the matter of a vessel to navigate in such a manner as not to injure or to endanger any telegraph cable lying under any of the territorial waters of Israel, and provides a penalty and payment of cost of repairs to the injured telegraph cable in case of contravention of the Section.

46. *Mining:* The Mining Ordinance, 1925 (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. II, page 938) makes provisions for the utilization and exploitation of mines and minerals on land or water, and in the preamble, relying on Article 12 (2) of the Palestine Order-in-Council, 1922, re-enacts that all mines and minerals of every kind and description under or on any land or water, whether the latter be inland waters or sea or territorial waters, are vested in the Government subject to any right subsisting at the date of the said Order under which any person was entitled to work such mines or minerals by virtue of a valid concession.

47. *Excise matters:* Two Ordinances provide for the administration of matters of excise and control relative to salt and tobacco as a result of the abolition of the administration of the Ottoman public debt and the replacement of relevant Ottoman enactments:

(1) The Salt Ordinance, 1925 (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. II, page 1309) provides for the production, extraction, importation and retailing of salt and provides in the interpretation section (Section (2)) that "contraband" in relation to salt means—any salt brought within territorial waters except under licence to import; and Section 8 empowers any officer of customs or exercise or any police officer at any time, without warrant, to board and search in a port, or within the territorial waters, any vessel suspected of carrying salt with the intention of smuggling.

(2) The Tobacco Ordinance, 1925 (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. II, page 1418) provides *inter alia* for the control of imported tobacco, and lays down (Section 15 (1)) that tobacco shall be imported only at prescribed ports or places of entry. Under Section 16 no tobacco is allowed to be brought within territorial waters nor to be carried coastwise in vessels of under 60 tons register. Where such tobacco is brought within territorial waters or carried coastwise in vessels of under 60 tons register, such tobacco shall be contraband and liable to confiscation (Sections 37-38).

48. *Navigation in territorial waters:* Under the Oil in Navigable Waters Ordinance, No. 53 of 1936 (Supplement No. 1 of *Palestine Gazette*, No. 612 of 16 July 1936, page 234) provision is made against the discharge or escape of oils into navigable waters, and Section 2 (2) lays down that the waters to which the Ordinance applies are the territorial and inland waters of Israel. This Ordinance provides for penalties for the discharge of oil into territorial or inland waters of Israel, unless

the vessel has taken reasonable care to prevent the escape.

49. *Mail* : Paragraph 4 of the Post Office Ordinance, 1930, (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. II, page 1176) makes provisions relative to the duties of shipmasters of inward and outward bound vessels regarding mail, and provides penalties for non-compliance and unlawful interference by the master of the vessel with mail bags entrusted to him for conveyance, and lays down the procedure in dealing with shipowners' letters.

50. In connexion with the steps which were taken from the year 1939 onwards by the Mandatory Government to restrict what was termed "illegal" or "prohibited" immigration into Palestine, a number of important measures were enacted concerning jurisdiction over offences attempted, or deemed to have been attempted, within territorial waters. These measures were consolidated in the Immigration Ordinance, No. 5 of 1941 (*Palestine Gazette* No. 1082 of 6 March 1941, Supplement No. 1, page 6) and in Regulations 102-107 B of the Defence (Emergency) Regulations, 1945, (*Palestine Gazette* No. 1442 of the 27 September 1945, Supplement No. 2, page 1055). These Regulations, which dealt entirely with "prohibited immigration" were replaced by the Defence (Emergency) (Amendment) Regulations, 1946, (*Palestine Gazette*, No. 1470 of 28 January 1946, Supplement No. 2, page 147) and the principal provisions relating to territorial waters follow :

107 (b) Without prejudice to the provisions of this Ordinance relating to actual abetment, the master, owner and agent of a vessel and the commander, owner and agent of an aircraft are all deemed to have abetted the unlawful immigration of any person (hereinafter called "that person") who is proved to have been on board the vessel or aircraft in Palestine or the territorial waters thereof, whether that person or the vessel or aircraft came there voluntarily or not, unless it is proved, . . .

107 A 13 (1) In this sections :

"prohibited immigrant" means any person in Palestine unless it is proved either that he has never left Palestine or that he lawfully entered Palestine in accordance with the law relating to immigration and the time of such entry, and any person in the territorial waters of Palestine whether he board any vessel, aircraft, float or otherwise, whether he or the vessel, aircraft or float came there voluntarily or not, unless it is proved either that he did not enter Palestine and did not attempt or intend to enter Palestine or that he was not prohibited from entering Palestine by any provision of the Ordinance or any rule or order made by virtue thereof and did not enter Palestine and did not attempt or intend to enter Palestine in contravention of this Ordinance or any rule or order made by virtue thereof; . . .

(2) Any Commanding Officer may pursue any vessel or aircraft within the territorial waters of Palestine which he believes may be carrying persons intending to enter Palestine and, if the vessel or aircraft does not bring to when signalled or required so to do whether by firing a gun as a signal or otherwise, may compel her to bring to by firing at her or by the use of such other force as he deems appropriate.

(3) Any Commanding Officer or person acting by

his authority and any authorized officer may board any vessel or aircraft in Palestine or the territorial waters thereof, and may search the same for prohibited immigrants and may require the master or commander to give any information and produce for inspection any documents in his possession relating to persons on board the vessel or aircraft.

(4) Any Commanding Officer or authorized officer may require the master of any vessel or the commander of any aircraft in the territorial waters of Palestine to bring the vessel or aircraft to a specified port or place in Palestine, and if necessary may himself cause the vessel or aircraft to be brought to such port or place by force, if he has reason to suspect that the vessel or aircraft is liable to forfeiture or that any prohibited immigrant is on board.

(7) Any Commanding Officer or authorized officer may seize any vessel, aircraft, vehicle or other means of conveyance which is liable to forfeiture and may detain the same pending the order of the High Commissioner as to the disposal thereof.

107 B 15. If any person is proved to have been in the territorial waters of Palestine, whether on board any vessel, aircraft, float or otherwise and whether he or the vessel, aircraft, or float came there voluntarily or not, he shall be deemed to commit an offence under subsection (2) of section 12.

51. It is probably not necessary to describe either the previous legislation on the topic or the judicial decisions rendered thereon. The Defence (Emergency) (Amendment) Regulations of 1946 represent the final consolidation of the legislative measures, while the final consolidation of the case law will be found in *Molvan v. Attorney-General of Palestine*, 13 P.L.R. (1946) page 523 (in the Supreme Court of Palestine sitting as a Court of Civil Appeal) and (1948) A.C. 351, in the Privy Council. In this case, an application was made by the Attorney-General under Section 12 (3) (iii) (c) of the Immigration Ordinance, 1941, as amended by the Defence (Emergency) (Amendment) Regulations, 1946, for the confiscation of the motor-vessel *Asya*, which was carrying illegal immigrants. The ship in question was intercepted outside territorial waters about 100 miles south-west of Jaffa and was escorted to Haifa. The District Court ordered the confiscation of the vessel in question. The owner of the vessel appealed. The submissions made on behalf of the owner, which were also advanced before the District Court, appear in the judgment of the Court of Civil Appeal reported hereinafter. In dismissing the appeal, the Court of Civil Appeal held :

(1) That the High Commissioner was empowered by virtue of the Palestine Order-in-Council, 1922, to enact legislation for the territorial waters of Palestine;

(2) That the legislation enacted by the Mandatory restricting the Jewish immigration to Palestine was not contrary to Article 8 of the Mandate;

(3) That to render a ship carrying illegal immigrants liable to forfeiture, it was not necessary that the owner thereof should be in Palestine when the ship arrives in Palestine; and the word "owner" in Section 12 (3) (iii) of the Immigration Ordinance, 1941, must mean "the

owner, wherever he may be". Nor is it necessary that the owner of such a ship should have been convicted for the offence of aiding and abetting illegal immigration.

In the course of this judgment, the Supreme Court of Palestine made the following remarks :

Fitz Gerald C. J. : This is an appeal from the decision of the District Court, Haifa, which confirmed the forfeiture of a motor vessel, the *Asya*, under Regulation 107 (b) (3) (iii) (c).

Mr. Shapiro's first argument was that the District Court had no jurisdiction as (notwithstanding the Interpretation Ordinance and the Palestine Order-in-Council amendment in 1939) no Court has jurisdiction in any part of the territorial waters of Palestine. He bases his contention on the fact that the Palestine Order-in-Council flows from the jurisdiction conferred by the Foreign Jurisdiction Act of 1890 and the Mandate, and that neither under the Foreign Jurisdiction Act nor the Mandate has the Mandatory been given power to legislate for that part of the high seas not included within the territory. He goes on to say that the only part of the high seas which is included in the territory is that up to low water mark, in other words, what is generally known as the three-mile limit does not apply to any country in which His Majesty claims jurisdiction under the Foreign Jurisdiction Act. He takes his stand on the decision in the case of the *Queen v. Keyn*, Vol. 2 of Exch. Reports, 1876-1877. That case considered the question of the jurisdiction of the Central Criminal Court in the territorial waters of England. It was not denied that the Central Criminal Court claimed jurisdiction solely as the successor of the Court of the Lord High Admiral. It seems to me that the decision of the majority of the judges was based on the fact that it was not established to their satisfaction that the Lord High Admiral ever claimed or ever exercised criminal jurisdiction in the territorial waters, and consequently the Central Criminal Court could not have acquired by succession from the Court of the Lord High Admiral what that Court never had. One principle was never questioned in any of the judgments. That principle has been embodied in the judgment by Lush J. when he says :

"I wish, however, to guard myself from being supposed to adopt any words or expressions which may seem to imply a doubt as to the competency of Parliament to legislate as it may think fit for these waters. I think that usage and the common consent of nations which constitute international law have appropriated these waters to the adjacent State to deal with them as the State may deem expedient for its own interests."

Having come to the conclusion that the Court of the Lord High Admiral was not vested by common law with jurisdiction and as there was no legislation conferring jurisdiction, it followed that the Central Criminal Court had no jurisdiction. Indeed, as a result of this judgment, legislation was passed in 1878 to give jurisdiction within the territorial waters. It must be conceded that in the case before us legislation has been passed (Mr. Shapiro would argue purported to have been passed) giving the High Commissioner the power he claims, that legislation being embodied in section 12 of the Immigration Ordinance. I have therefore now to consider whether the

High Commissioner is empowered, as the Parliament of England is in respect of the territorial waters of Great Britain, to enact legislation to control activities within the territorial waters of Palestine. At this point I must emphasize that the High Commissioner exercises jurisdiction in Palestine by virtue of the Order-in-Council. That Order-in-Council gives him full power to legislate subject to restrictions set out in the body of the order. Mr. Shapiro submits that the Order-in-Council could not have included the territorial waters because the Order was limited, *inter alia*, by the Foreign Jurisdiction Act. That the Foreign Jurisdiction Act did not claim to include territorial waters can, he asserts, be inferred from the fact that section 14 of that Act was considered necessary to confer specific power on Her Majesty to make laws for the government of her subjects in any vessel at a distance of not more than 100 miles from the coast of China and Japan. It seems to me that the object of section 14 was to extend jurisdiction to a distance of 100 miles, a distance far beyond any limit ever claimed as territorial water. I am unable to agree that any reasonable inference could be drawn from section 14 that jurisdiction was not confined to legislate for the control of water up to one marine league, which had universally come to be recognized as territorial waters. I would observe that, when the Foreign Jurisdiction Act was passed in 1890, it had been well established both by international law and by universal usage that sovereignty over a country carried with it the right to legislate for its territorial waters up to the accepted three-mile limit.

I turn now to examine whether there are any limitations imposed by the Mandate on the right to legislate for the territorial waters.

His Majesty's authority to occupy and administer Palestine is founded on a Mandate given to him by the principal Allied Powers who negotiated the peace treaties after the 1914-1918 war. The right of His Majesty rests more on an international act of the Allied Powers, than on conquest, because the fruits of the British conquest had been ceded to the Allied Powers. Now international law for centuries past had recognized the right of nations to legislate for the control of their territorial waters and I find it impossible to believe that these Allied Powers were not empowered, when they handed Palestine over to the administration of the King of Great Britain, as Mandatory, to include the territorial waters, and further that it was not their clear intention to include these territorial waters. I need only mention that the primary duty of any administration is the defence of the inhabitants, and it would be difficult to conceive that this duty could be carried out in the absence of power to legislate for the territorial waters. Before leaving this issue, there is one more point with which I must deal. Mr. Shapiro invites attention to the fact that in 1939 the Order-in-Council was amended by adding to the definition of Palestine the words "including the territorial waters adjacent thereto". As to this, I accept the explanation given by the Solicitor-General that the words territorial waters appeared in several ordinances and the object of the amendment was to clear up doubts.

...

I come now to deal with that part of Mr. Shapiro's

argument relating to section 12 (3) (iii) Immigration Ordinance as amended by the Defence (Emergency) Regulations, 1946. The argument is that the word "owner" must mean an owner who is in Palestine at the material time and that the sub-paragraph must be read together with section 12 (3) (iii). Mr. Shapiro contends that a vessel can be forfeited only if the circumstances are such that, had the master or agent or owner been tried, he would be deemed to have abetted the offence but not if the owner were out of Palestine. Mr. Shapiro concedes that, if the owner is in Palestine, proof of his knowledge that the ship has illegally entered Palestine is not required, but goes on to argue that, if the owner is not in Palestine when the vessel arrives here, it cannot be forfeited. I think that this contention must fail for various reasons. . . In the case before us, there is indeed a very real connexion between the owner of the ship and the prohibited act because it is not denied that he was still the owner at the time when the ship entered the territorial waters of Palestine. I also agreed with the argument of the learned Solicitor-General that the forfeiture provision stands by itself and does not require the conviction of the owner for the offence of aiding and abetting illegal immigration. I agree that the circumstances are different from those in the case of *McLeod v. Attorney-General for New South Wales* (1891) A.C. 455 in which the bigamy alleged to have taken place was actually committed outside the jurisdiction. In this case the illegal entry of the ship took place within the territorial waters of Palestine.

Finally it was contended that the passengers who were on board the vessel were there legally since they were brought in by *force majeure*. As to this, I can only say that section 12 (3) (i) (b) is unambiguous. It provides that the owner is deemed to have abetted the unlawful immigration, whether the person or vessel came into Palestine or the territorial waters thereof voluntarily or not. Indeed, this point has already been decided in favour of the contention of the prosecution in Criminal Appeal 86/41 (8 P.L.R. 333). It seems to me that the fact that the vessel was brought in by a British naval patrol is immaterial.

During the hearing in the Privy Council, which upheld the judgment of the Supreme Court of Palestine to the effect that the Immigration Ordinance did not infringe in principle international law, even on the assumption that it directly authorized the seizure of a ship on the high seas and its compulsory direction to a Palestine port, another point was brought out. The vessel in question, when intercepted, was flying the Turkish flag. Upon interception, the Turkish flag was struck and the "Zionist" flag raised. The Privy Council drew conclusions from the fact that the vessel was not in possession of the usual ship papers by which it could be identified, that it was not sailing under the flag of any known or recognized State at the time it was boarded, and that it could not, therefore, claim the protection of any State. This extension of the ineligibility of stateless persons to international protection, to "stateless ships" which are not engaged upon acts of piracy, may represent a new development of international law. On this case see the Notes by Robert A. Leflat in 24 *New York University*

Law Quarterly Review (1949) page 439, and by David D. Ring in 47 *Michigan Law Review* (1949), page 555.

52. By a Proclamation, 14 May 1948, issued concurrently with the Proclamation of Independence of the State of Israel (*Official Gazette of the Provisional Government of Israel* No. 1, 14 May 1948, page 3) Sections 13-15 of the Immigration Ordinance, 1941, and Regulation 102-107 of the Defence Emergency Regulations, were declared null and void. This was reaffirmed in Section 13 (a) of the Law and Administration Ordinance, 5708 N 1948 (*Official Gazette of the Provisional Government of Israel* No. 2, 21 May 1948, Supplement No. 1, page 1). . . .

6. Philippines *

[Original text : English]

(a) Laws

"The penalty of *reclusion temporal* shall be inflicted upon any person who, on the high seas, shall attack or seize a vessel or, not being a member of its complement nor a passenger, shall seize the whole or part of the cargo of said vessel, its equipment or personal belongings of its complement or passengers.

"The same penalty shall be inflicted in case of mutiny on the high seas". (Article 122 of the Revised Penal Code.)

"The penalty of *reclusion temporal* to death shall be imposed upon those who commit any of the crimes referred to in the preceding article, under any of the following circumstances :

"1. Whenever they have seized a vessel by boarding or firing upon the same;

"2. Whenever the pirates have abandoned their victims without means of saving themselves; or

"3. Whenever the crime is accompanied by murder, homicide, physical injuries, or rape." (Article 123 of the Revised Penal Code.)

"Section 44 — Courts of First Instance shall have original jurisdiction :

(a) . . .

(b) . . .

(c) . . .

"(d) In all actions in admiralty and maritime jurisdiction, irrespective of the value of the property in controversy or the amount of the demand;

(e) . . .

(f) . . .

"(g) Over all crimes and offences committed on the high seas or beyond the jurisdiction of any country, or within any of the navigable waters of the Philippines, on board a ship or watercraft of any kind registered or licensed in the Philippines in accordance with the laws thereof. The jurisdiction herein conferred may be exercised by the Court of First Instance in any province into which the ship or watercraft upon which the crime of offence was committed shall come after the commission thereof : Provided, That the court first

* See covering letter in section A, printed under the item : "Law of treaties".

lawfully taking cognisance thereof shall have jurisdiction of the same to the exclusion of all other courts in the Philippines; and..." (Republic Act No. 296).

(b) *Decrees*

(c) *Judicial decisions*

"Pirates are in law *hostes humani generis*. Piracy is a crime not against any particular State but against all mankind. It may be punished in the competent tribunal of any country where the offender may be found or into which he may be carried. The jurisdiction of piracy unlike all other crimes has no territorial limits. As it is against all so it may be punished by all. Nor does it matter that the crime was committed within the jurisdictional 3-mile limit of a foreign State, 'for those limits, though neutral to war, are not neutral to crimes' (*U.S. vs. Furlong* 1820, Wheat, 184.)" (*People vs. Lople and Sarow*, 43 Phil. 19.)

Articles 20 and 21 of the International Rules for Prevention of Collisions at Sea, and Hughes on Admiralty quoted. *Urratia & Co. vs. Baco River Plantation Co.*, 26 Phil. 632.

The phrase "admiralty and maritime jurisdiction" found in Act No. 136, Section 56, paragraph 4, did not put in force in these Islands, the law, practice, and procedure in the admiralty courts of the United States. No civil action can be maintained in the courts here unless a natural or juridical person is named as defendant; it cannot be maintained against the ship as the only defendant. A suit against the ship, such as permitted in the English and American admiralty courts, was unknown to Spanish law. Cases of admiralty and maritime jurisdiction must be determined by the laws in force from 1898 to June, 1901, the Code of Commerce and the present Code of Civil Procedure, and laws subsequently passed by the Legislature and Congress of the U.S. *Heath vs. S.S. "San Nicolas"* (1907) 7 Phil. 532.

In the United States in admiralty jurisdictions, whose principles are derived from the civil law, common fault in cases of collision have been disposed of not on the ground of contributory negligence but on that of equal loss, the fault of the one party being offset against that of the other (*Ralli vs. Troop*, 157 U.S. 386, 406). The damage of both being added together, and the sum equally divided, a decree is entered in favour of the vessel sustaining the greater loss against the other for the excess of her damages over one-half of the aggregate sum. (*The Manitoba*, 122 U.S. 97.) Exceptional practice appears to prevail in maritime law in other jurisdictions. The Spanish Code of Commerce, article 827, makes each vessel liable for its own damage when both are at fault; this provision restricted to a single class of maritime accidents, falls far short of a recognition of the principle of contributory negligence as understood in American law with which, indeed, it has little in common. This is plain from other articles of the same code; for instance, article 829, referring to articles 826, 827 and 828, which provides: "In the cases above mentioned the civil action of the owner against the person liable for the damage is reserved, as well as the criminal liability which may appear". (*Rakes vs. Atlantic, Gulf and Pacific Co.*, 7 Phil. 359.)

(d) *Treaties*

(e) *Diplomatic correspondence*

"The Supreme Commander does not interpose objection to the broad general principle that littoral States may institute legitimate conservation measures and practices, based on research, and designed to protect the resources of the high seas off their territorial waters, to which the fishermen of any nation would be required to comply. The Supreme Commander would not concur, however, in a unilateral exclusion, for conservation reasons, of Japanese fishermen from an unreasonably large area off the shores of any littoral state. Furthermore, permanent prohibition, for alleged security reasons, of the high seas operation of boats of another nation would appear to set an undesirable precedent not readily acceptable in international custom and practice. On the other hand, it would appear advantageous to establish a desirable code of conduct for fishing operations on the high seas where the Philippines assert direct concern, while the Supreme Commander can still assist in the indoctrination of the Japanese towards co-operating with other nations in the utilization of the resources of the high seas. In view of the incomplete evidence contained in the Mission's note of June 21, 1949, and in the light of the intensive measures now being taken to eliminate illegal fishing operations by Japanese and to develop sound conservation policies, the Supreme Commander suggests that the Philippine Government might wish to reconsider the stand taken in the note under reference." (Note of the Diplomatic Section of General Headquarters, SCAP, to the Philippine Mission, dated 30 August 1949, in reply to the Mission's note of 21 June 1949 reiterating its stand that Japanese fishermen should not be allowed to fish within 300 miles from Philippine shores.)

(f) *Other related documents.*

7. Poland *

8. Union of South Africa **

9. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland ***

10. United States of America ****

MEMORANDUM ON THE REGIME OF THE HIGH SEAS

I. *Definition: The high Seas and Territorial Waters*

The term "high seas" does not include territorial waters: Second Point of Commissioners of *Alabama* Claims, *Stetson v. United States*, No. 3993, Class. 1. IV Moore, Int. Arbitrations 4332, 4335. For purposes of United States admiralty jurisdiction, the phrase "high

* See first and second communications in section A, printed under the item: "Law of treaties".

** See text of letter in section A, printed under the item: "Law of treaties".

*** *Ibid.*

**** See covering Note in section A, printed under the item: "Law of treaties".

scas, or . . . any arm of the sea " has been construed to mean the open unenclosed waters of the Great Lakes, out of the jurisdiction of any particular State.

Since the high seas are bounded by territorial waters, the delimitation of territorial waters becomes of moment to the regime of the high seas. The United States has from the outset taken the position that its territorial waters extend one marine league, or three geographical miles (nearly 3 1/2 English miles) from the shore, with the exception of waters or bays that are so landlocked as to be unquestionably within the jurisdiction of the adjacent State: Mr. Jefferson, Secretary of State, to British and French Ministers, 8 November 1793, I Moore, *Digest*, 702-703; Mr. Madison, Secretary of State, to the Ministers to England, 3 February 1807, *idem* 704, M. Seward, Secretary of State, to Spanish Minister, 16 December 1862, *idem*, 704, 707; Mr. Adee, Acting Secretary of State, to Military Governor of Cuba, 18 August 1908, I Hackworth, *Digest*, 631; Mr. Knox, Secretary of State, to American Ambassador to Spain, 31 July 1925, *idem* 639; Mr. Moore, Assistant Secretary of State, to Embassy of Mexico, 11 January 1936, *idem* 639-640; Mr. Welles, Acting Secretary of State to Legation in Honduras, 19 October 1937, *idem* 633; *Manchester v. Mass.* 139 U.S. 240, 257-258 (1891); *Louisiana v. Miss.* 202 U.S. 1, 52 (1906); *Cunard S.S. Co. v. Mellon*, 262 U.S. 100, 122 (1923); *U.S. v. Carillo*, 13 F. Supp. 121 (1935); see also *Humboldt Lumber Manufacturers' Ass'n. v. Christopher*, 73 F. 239, 244-245 (1896); *U.S. v. Newark Meadows Imp. Co.* 173 F. 426, 429 (1909); *Gillam v. U.S.* 27 F. (2nd) 216, 299 (1928); *Ocean Industries Inc. v. Superior Court of California*, 200 Cal. 235, 252 Pac. 722 (1927). The rule of the three-mile limit has been incorporated in several U.S. Treaties: Convention with Great Britain 23 Jan. 1924, IV Malloy, *Treaties*, 4225; Germany, 19 May 1924, *idem*, 4208; Panama, 6 June 1924, *idem*, 4544; Netherlands, 21 Aug. 1924, *idem*, 4509; Cuba, 4 Mar. 1926, *idem*, 4041; and Japan, 31 May 1928, *idem*, 4389.

II. Freedom of the Seas

In his address to the Congress of the United States 8 January 1918, President Wilson listed as point II of his "fourteen-point" programme "absolute freedom of navigation upon the seas, outside territorial waters, alike in peace and in war, except as the seas may be closed in whole or in part by international action for the enforcement of international covenants". H. Doc. 765, 65th Congress, 2nd Sess. 5. This address was communicated to the German Government and to the governments with which the United States was associated as a belligerent.

The high sea is common to all nations and foreign to none; and every nation having vessels there has power to regulate them and also to seize them for a violation of its laws. *The Apollon*, 9 Wheat, 362, 371 (1824); *Wilson v. McNainee* 102 U.S. 572, 574 (1880); *Lord v. Steamship Co.* 102 U.S. 541, 544 (1880); *Maul v. U.S.* 274 U.S. 501, 511 (1927). The Criminal Code of the United States provides that crimes and offences against the law of the United States may be punished

when committed on the high seas on board any vessel belonging to the United States or any citizen or corporation thereof, 18 U.S.C. Section 451. *United States v. Rodgers*, 150 U.S. 249 (1893). The vessel of any State which is on the high seas is a portion of the territory of that State, for the purpose of rendering her subject to the laws of that State. *Crapo v. Kelly*, 83 U.S. 610, 624 (1872). For the same reason they are not subject to the criminal laws and processes of another State. Mr. Marcy, Secretary of State, to Sardinian Minister 1 December 1858, I Moore, Dig. 930; Mr. Fish, Secretary of State, to Minister to England, 8 November 1873, *idem*, 931; Mr. Blaine, Secretary of State, to Minister to Mexico, 27 November 1889, For. Rel. 1889, 614.

III. Nationality of Vessels

The jurisdiction over a merchant ship of the country whose flag she flies arises out of the nationality of the ship, and partakes more of the characteristics of personal than of territorial sovereignty. *Cunard Steamship Co. Ltd. v. Mellon*, 262 U.S. 100, 123 (1923). Cf. *Ervin v. Quintanella*, 99 F. (2nd) 935, 841 (1928). Numerous treaties to which the United States is party provide that merchant vessels and other privately owned vessels under the flag of either country, and carrying the papers required by its national laws in proof of nationality, shall be deemed to be the vessels of the country whose flag is flown. Treaty with Germany, 8 December 1923, 4 Malloy, *Treaties* 4191, 4194-4195. The certificate of registry of a vessel under the laws of the United States and proof that it carried an American flag are competent evidence and *prima facie* sufficient to establish its nationality, without direct proof of the citizenship of its owners. *St. Clair v. U.S.* 134, 151 (1894). In cases involving the several states of the Union, it has been held that the law which follows a ship on the high seas is the law of the state where the owner resides, not the law of the state within which the ship is registered. *The Hamilton*, 207 U.S. 398, 405 (1907); *Southern Pacific Co. v. Ky.*, 222 U.S. 63 (1911). *Fisher v. Fisher*, 250 N.Y. 313, 165 N.E. 460 (1929). If a vessel is not properly registered, her nationality is that of her owner. *The Chiquita*, 19 F. (2nd), 417 (1927). The provisions regarding vessels entitled to registry are to be found in 46 U.S.C. Section 11-63, 251, 911. A vessel can not be a "vessel of the United States" as defined in the statute, and yet be an American vessel because of the nationality of her owner: *The Alta*, 136 F. 513 (1905). An American corporation is entitled to register its vessel irrespective of the ownership of the stock of the corporation. *Sieva Romana etc. v. Woodman* 2. F. Supp. 303, 310-312 (1931).

IV. Visit and Search

On grounds of self-defence, a State may exercise its strong arm outside of its domain: *Church. v. Hubbard*, 2 Cranch 187, 234 (1804); *Hudson v. Guestier*, 6 Cranch 281, 284 (1810); *The Apollon*, 9 Wheat 361, 371 (1824); *The Vincennes*, 20 F. (2nd) 164, 172 (1927). See, however, the case of *The Virginus* in II Moore, Dig. 895-903, including the Protocol of the Conference between Mr. Fish, Secretary of State, and the Spanish Envoy Extraordinary and Minister Plenipotentiary, 29 November 1873.

Ordinarily, however, the right to visit and search a foreign vessel on the high seas is regarded as pertaining to a belligerent as such, and hence is a privilege which no State may exercise in time of peace: *The Antelope*, 10 Wheat 66, 118 (1825); *The Marianna Flora*, 11 Wheat 1, 42 (1826); Mr. Marcy, Secretary of State, to Spanish Minister, 28 March 1855, II Moore, Dig. 889-890; Mr. Cass, Secretary of State, to Peruvian Minister, 22 May 1858, *idem*, 891-892; Mr. Evarts, Secretary of State, to the Minister of Spain, 11 Aug. 1880, *idem*, 903-908; Mr. Gresham, Secretary of State, to Minister of Spain, 14 March 1895, *idem*, 908. On ground of self-defence, under extraordinary circumstances, a satisfactory excuse might be offered. Mr. Cass, Secretary of State, to Peruvian Minister, 22 May 1858, *idem*, 891. The United States long adhered to the position that the law of nations did not permit the visitation and search of foreign vessels in time of peace, even as a means of suppressing the slave trade: Mr. Adams, Secretary of State, to United States Minister in London, 2 November 1818, II Moore, Dig. 918; to the British Minister, 15 August 1821, *idem*, 919; to the French Minister, 22 February 1822, *idem*, 920; to British Minister, 24 June 1823, *idem*, 921; Mr. Webster, Secretary of State, to Minister to France, 5 April 1842, *idem* 929; to the Minister to England, *idem*, 935; U.S. Senate Resolution, 16 June 1858, For. Rel. 1874, 963. In 1862 the United States became party to a convention with Great Britain permitting visit and search of vessels suspected of participation in the African slave trade: I Malloy, *Treaties*, 674, 676; additional articles, 17 Feb. 1863; *idem*, 687; additional Convention, 3 June 1870, *idem*, 694. The United States became party to the General Act of Brussels of 2 July 1890, II Malloy, *Treaties*, 1864, and adhered to the Slavery Convention of Geneva, 25 September 1926, IV U.S. Treaty, 4849. The fur seal convention of 7 July 1911, referred to *infra*, contained provisions for visit and search of ships suspected of pelagic sealing.

V. Revenue or Hovering Laws

In 1799 the United States, by means of revenue or hovering laws, asserted a right of jurisdiction with respect to certain acts committed on the high seas adjacent to their territorial waters and within four leagues of the coast. Act of 4 August 1790, 1 Stat. 145, 164, re-enacted 2 March 1799, 1 Stat. 627, 647-648, 700. See *The Apollon*, 9 Wheat, 362, 371 (1824). The position of the United States was defended by Mr. Edward J. Phelps in the Fur Seal Arbitration in 1893, Proceedings XV, 128-135. See Mr. Fish, Secretary of State, to British Minister, 22 January 1875, I Moore, Dig. 731. Prior to the Eighteenth Amendment, however, the United States had never attempted in connexion with the enforcement of customs laws, to board foreign vessels beyond the three-mile limit except when the vessel was bound for the United States, or was hotly pursued: *Cook v. U.S.*, 288 U.S. 102, 112 (1933).

On the adoption of the Eighteenth Amendment to the United States Constitution and the Enactment of the National Prohibition Act, 28 October 1919 (41 Stat. 305, supplemented by an act of 23 November 1921, 42 Stat.

222), the United States faced the difficult task of frustrating the efforts of foreign vessels to introduce intoxicating liquors into its territory. These ships anchored outside of territorial waters and transferred cargoes to small swift craft for transit into the United States. The Tariff Act of 21 September 1922, 42 Stat. 858, 979, re-enacted in the Tariff Act of 17 June 1930, 46 Stat. 590, 747, 19 U.S.C. 1001, made broad provision for the boarding of vessels within four leagues of the coast. The enforcement of the statutory law gave rise to numerous adjudications in the Federal courts: *The Grace & Ruby*, 283 F. 475 (1922); *The Henry L. Marshall*, 286 F. 260 (1922), 292 F. 486 (1923); *Cunard Steamship Co. v. Mellon*, 262 U.S. 100 (1923).

This assertion of right under international law produced friction and protest and was at length regulated by convention. A convention with Great Britain was negotiated and signed 23 January 1924, IV Malloy, *Treaties*, 4225, which was the precursor of a series of treaties with other states: Norway, 24 May 1924, U.S. Treaty Series No. 689; Greece, 25 April 1928, *idem*, 772; Japan, 31 May 1928, *idem*, 807; Poland, 19 June 1930, *idem*, 821; and Chile, 27 May 1930, *idem*, 829. The Supreme Court held that, as respects British vessels, the authority conferred by Section 581 of the Tariff Act of 1922 to board, search and seize within the four-league limit, was modified by the Treaty with Great Britain, which substitute for four leagues, the distance which could be traversed in one hour by the vessel suspected of endeavouring to commit the offence: *Cook v. U.S.*, 288 U.S. 102 (1933); *The Amarynth*, 68 F. (2nd) 894 (1934); *The Isabel H.*, 70 F. (2nd) 247 (1934); 71 F. (2nd) 636 (1934). In an earlier decision it had been held that under the same Convention, the United States could prosecute for conspiracy to commit the offense of illegal importation, a person who had been seized on board a vessel outside territorial waters and brought into the United States: *Ford v. U.S.*, 273 U.S. 593 (1927).

Through the Anti-Smuggling Act of 5 August 1935 (49 Stat. 517, 19 U.S.C. 1701-1711), the United States has extended its assertion of the right to exercise jurisdiction over foreign as well as domestic vessels on the high seas, as a means of preventing the unlawful introduction of articles within its coastal domain. The new law was held not to extend the jurisdictional rights of the United States, so far as Treaty Nations were concerned, beyond those agreed to in the treaties. *The Reidun*, 14 F. Supp. 771 (1936). The act establishes a "customs enforcement area", for boarding, search and seizure of hovering vessels, adjacent to but outside the four-league limit, which shall not include any waters more than 50 nautical miles outwards from such limit. The Act is to be construed in connexion with Section 581 of the Tariff Act of 1930, *supra*, which gives the appropriate officials authority to board vessels of any nationality, and provides penalties for failure to comply with signals to stop.

The question whether a convention like that between the United States and Great Britain of 23 January 1924 serves by implication to permit hot pursuit to be begun outside territorial waters, but within treaty distance of one hour's sailing, arose in the case of the *I'm Alone*.

See the diplomatic correspondence and report of the Commissioners, II Hackworth Digest, 703-708.

VI. Impressment

The subject of impressment now has only historic interest. The text of diplomatic negotiations expressing the American opposition to claims of right to impress into the public service of a State, nationals or former nationals of that country who are found on board a foreign vessel on the high seas, may be found in II Moore, Digest, 987, 1001.

VII. Piracy

Piracy is primarily an offence committed on the high sea. It has been held that the theft of a tug in New York Harbour is not an act of piracy. *Britannia Shipping Corp. v. Globe & Rutgers Fire Ins. Co.*, 244 N.Y. Supp. 720, 723 (1930). However, when pirates commit depredations within the domain of a State, they are subject to the jurisdiction of the sovereign, who may by the terms of its law, consider and prosecute them as pirates. See 18 U.S.C. Section 493.

Piracy is an offence against the law of nations. See *U.S. v. Smith*, 5 Wheat 153, 163 (1820). United States legislation provides for the punishment of those who commit "the crime of piracy as defined by the law of nations". 18 U.S.C. Section 481. The United States Supreme Court has been careful not to impute to Congress an intent to assert jurisdiction with respect to foreigners on board foreign vessels on the high sea, save when those acts were fairly to be regarded as piracy within the requirements of international law. Concerning the Act of 30 April 179 1 Stat. 113, 114, see *U.S. v. Palmer*, 3 Wheat 610 (1819); *U.S. v. Klintock*, 5 Wheat 144 (1820); *U.S. v. Holmes*, 5 Wheat 412 (1820); *U.S. v. The Pirates*, 5 Wheat 184 (1820).

Piratical acts include homicide and robbery, *U.S. v. Klintock*, *supra*, and may be directed against the ship on which the actors are lodged or against another vessel, *U.S. v. Holmes*, *supra*. It was held, however, that the capture of a vessel by native Africans, unlawfully kidnapped, for purposes of escape, was not piracy: *U.S. v. The Amistad*, 15 Pet. 518, 593-594 (1841). Acts of piracy are committed in pursuit of private, as contrasted with public, ends. Mr. Fish, Secretary of State, to Minister to Haiti, 14 September 1869, II Moore, Digest, 1085.

As to the operations of unrecognized insurgents against vessels of the State whose government they seek to overthrow, see Mr. Bayard, Secretary of State, to the Colombian Minister, 15 June 1884, II Moore, Digest, 1094. Although a Federal Court held to the contrary in *The Ambrose Light*, 25 Fed. 408 (1885), the United States has expressed reluctance to treat as piratical the operations of insurgent vessels engaged in furthering a public end and directed solely against persons and property associated with the government sought to be overthrown: Mr. Fish, Secretary of State, to Minister to Haiti, 14 September 1869, II Moore, Dig. 1085; Mr. Frelinghuysen, Secretary of State, to same, 15 December 1883, *idem*, 1087-1088.

At the time when privateering flourished, the courts of the United States declared that, according to the law of nations, the duly commissioned privateer was not to be regarded as piratical: *The Nuestro Senora de la Caridad*, 4 Wheat 497 (1819); *The Santissima Trinidad*, 7 Wheat, 283 (1822); see *Ford v. Surget*, 97 U.S. 594, 618-620 (1878). Mr. Adams to the Spanish Minister, 7 April 1819, II Moore, Dig. 974.

VIII. Exploitation of the Rights of the Sea

Efforts to prevent exploitation of riches of the sea have resulted in the negotiation of multi-partite agreements designed to restrain nefarious practices. Convention for the Regulation of Whaling, Geneva, 24 September 1931, IV Trenwith, Treaties, 5372; Act of Congress to give effect to the Convention, 49 Stat. 1246, 16 U.S.C. 901. See also Agreement concerning the Regulation of Whaling, London, 8 June 1937, IV Trenwith, Treaties, 5573, and protocol concluded at London, 24 June 1938, U.S. Treaty Series, No. 944.

The preservation and protection of fur seals on the high seas, has long been a matter of concern to the United States. See The Fur Seal Arbitration, Proceedings of the Tribunal of Arbitration under Convention of 29 February 1892, Washington; Government Printing Office, 1895; Convention between United States, Great Britain, Russia and Japan, 7 July 1911, III Redmond, Treaties 2966. Mr. Root, Secretary of State, to Japanese, Russian & British Ambassadors, 21 January 1909, I Hackworth, Digest, 792-793. As the result of the seizure of British sealing schooners in Bering Sea by U.S. revenue cutters in 1886-1889, a Treaty of Arbitration was signed, Washington, 29 February 1892, between the United States and Great Britain, and an award made on 15 August 1893, I Malloy, Treaties, 1910, 746, 751. For instances of seizure of vessels for violation of laws and regulations adopted conformably to the award, see Anglo-American tribunal established in accordance with special agreement of the 18 August 1910, Neilson's Report (1926), 472, 476 (*The Kate*), 479 (*The Jessie*, *The Thomas F. Bayard*, and *The Pescawha*), 459, 462-465 (*The Wanderer*), and 515 (*The Favourite*). The United States also concluded an agreement with Russia, 26 August - 8 September 1900, submitting to arbitration certain claims of the United States on account of the seizure of American sealing vessels by Russian cruisers beyond territorial waters, and awards were made by the arbitrators: 2 Malloy, Treaties, 1910, 1532; 1902 For. Rel. App. 1, pages 451 *et seq.* For a detailed diplomatic history of the Alaskan fur-seals question up to 1906, see "Alaskan Fur Seals", Report Prepared for the Department of State by Chandler P. Anderson, Government Printing Office, 1906; and I Moore, Digest, 890-929, I Moore, Arbitration, 755 *et seq.*

By various bipartite treaties, the United States has agreed to restraints upon the fishing industry within specified areas of the high sea frequented by American fishermen. Convention with Great Britain for the Preservation of the Halibut Fishery of the North Pacific, 2 March 1923, IV Trenwith, Treaties, 3982, supplanted by the Convention with Canada, 9 May 1930, *idem*, 3999, and Convention with Canada, 27 January 1937, *idem*, 4014. See also the Convention with Great Britain

for Canada, for Protection, Preservation, and Extension of the Sockeye Salmon Fisheries of the Fraser River System, 26 May 1930, *idem*, 4002. By the Convention between the United States and Mexico, 23 December 1925, arrangement was made to conserve and develop marine resources off the Pacific coast of California and lower California, IV *Trenwith, Treaties*, 4448, 4450.

Reference should also be made to the Proclamations of President Truman of 28 September 1945, with respect to the Natural Resources of the Subsoil and Seabed of the Continental Shelf, and with respect to Coastal Fisheries in Certain Areas of the High Seas. Both of these proclamations provide that the character as high seas, in the one case of the waters above the continental shelf, and in the other case of the areas in which conservation zones are to be established, and the right to their free and unimpeded navigation, is in no way affected. The one Proclamation asserts a right to maintain oil drilling and related equipment above the continental shelf, and the other, a right to establish conservation zones in coastal fisheries on the high seas: 3 Code of Federal Regs., 1945, 39, 40. Since these proclamations, a number of American States have asserted claims to the high seas contiguous to their coasts, and have declared national sovereignty over the seas outside the generally accepted limits of territorial waters. By separate notes of 2 July 1948, addressed to Argentina, Chile and Peru, the United States reserved its rights and interests with respect to such declarations. (Copies of these notes are attached.)*

On 25 January 1949, a convention was signed at Mexico City between the United States and Mexico for the establishment of an International Commission for the Scientific Investigation of Tuna (Department of State Press Release No. 53, 24 January 1949); and on 31 May 1949, a convention was signed at Washington between the United States and Costa Rica for the establishment of an Inter-American Tropical Tuna Commission (Department of State Press Release No. 400, 31 May 1949). On 8 February 1949, the United States, Canada (and Newfoundland), Denmark, France, Iceland, Italy, Portugal, Norway, Spain and the United Kingdom, signed an International Convention for the Northwest Atlantic Fisheries (Congressional Record, 81st Congress, 1st Session, Volume 95, page 11860).

IX. *Pollution of the Seas, as by Oil*

Interested States failed to put into operation a draft convention on oil pollution, prepared at an international convention held in Washington in 1926. See Preliminary Conference on oil Pollution of Navigable Waters, Washington, 8-16 June 1926. Government Printing Office, 1926.

APPENDIX TO THE UNITED STATES MEMORANDUM

United States Notes of 2 July 1948 to the Governments of Peru, Chile and Argentina reserving rights and interests of the United States with respect to the continental shelf declarations of those Governments.

* These three notes are reproduced in the Appendix to the present memorandum.

(1) *Note to the Government of Peru*

American Embassy,
Lima, 2 July 1948.

I have the honor to advise Your Excellency that the Government of the United States of America has carefully studied the Decree of the President of the Republic issued on 1 August 1947 concerning the conservation of the resources of the continental shelf and the coastal seas. The Decree cites the Proclamations of the United States of 28 September 1945 in the Preamble. My Government is accordingly confident that His Excellency, the President of the Peruvian Republic, in issuing the Decree, was actuated by the same long-range considerations with respect to the wise conservation and utilization of natural resources as motivated President Truman in proclaiming the policy of the United States relative to the natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf and its policy relative to coastal fisheries in certain areas of the high seas. The United States Government, aware of the inadequacy of past arrangements for effective conservation and perpetuation of such resources, views with the utmost sympathy the considerations which led the Peruvian Government to issue its Decree.

At the same time, the United States Government notes that the principles underlying the Peruvian Decree differ in large measure from those of the United States Proclamations and appear to be at variance with the generally accepted principles of international law. In these respects, the United States Government notes in particular that (1) the Peruvian Decree declares national sovereignty over the continental shelf and over the seas adjacent to the coast of Peru outside the generally accepted limit of territorial waters, and (2) the Decree fails, with respect to fishing, to accord recognition to the rights and interests of the United States in the high seas off the coasts of Peru. In view of these considerations, the United States Government wishes to inform the Peruvian Government that it reserves the rights and interests of the United States so far as concerns any effects of the Decree of 1 August 1947 or of any measures designed to carry that Decree into execution.

The Government of the United States is similarly reserving rights and interests with respect to the Decrees issued by the Governments of Argentina and Chile which purport to extend sovereignty beyond generally accepted lines of territorial waters.

R. M. de LAMBERT,
Chargé d'Affaires a.i.

(2) *Note to the Government of Chile*

Santiago, 2 July 1948.

I have the honor to refer to the Decree issued by the President of the Republic of Chile on 25 June 1947 concerning the conservation of the resources of the continental shelf and the epicontinental seas and to advise that I have been instructed by my Government to make certain reservations with respect to the rights and interests of the United States of America.

The United States Government has carefully studied this declaration of the President of the Republic of Chile. The Declaration cites the Proclamations of the United States of 28 September 1945 in the Preamble. My Government is accordingly confident that His Excellency, the President of the Republic of Chile, in issuing the Declaration, was actuated by the same long-range considerations with respect to the wise conservation and utilization of natural resources as motivated President Truman in proclaiming the policy of the United States relative to the natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf and its policy relative to coastal fisheries in certain areas of the high seas. The United States Government, aware of the inadequacy of past arrangements for the effective conservation and perpetuation of such resources, views with utmost sympathy the considerations which led the Chilean Government to issue its Declaration.

At the same time, the United States Government notes that the principles underlying the Chilean Declaration differ in large measure

from those of the United States Proclamations and appear to be at variance with the generally accepted principles of international law. In these respects, the United States Government notes in particular that (1) the Chilean Declaration confirms and proclaims the national sovereignty of Chile over the continental shelf and over the seas adjacent to the coast of Chile outside the generally accepted limits of territorial waters, and (2) the Declaration fails, with respect to fishing, to accord appropriate and adequate recognition to the rights and interests of the United States in the high seas off the coast of Chile. In view of these considerations, the United States Government wishes to indicate to the Chilean Government that it reserves the rights and interests of the United States so far as concerns any effects of the Declaration of 25 June 1947, or of any measures designed to carry that Declaration into execution.

The reservations thus made by the United States Government are not intended to have relation to or to prejudge any Chilean claims with reference to the Antarctic Continent or other land areas.

The Government of the United States of America is similarly reserving its rights and interests with respect to decrees issued by the Governments of Argentina and Peru which purport to extend their sovereignty beyond the generally accepted limits of territorial domain.

Claude G. BOWERS

(3) *Note to the Government of Argentina*

Buenos Aires, 2 July 1948.

At the direction of my Government I have the honor to state that the United States Government has carefully studied the Declaration of the President of the Argentine Nation of 11 October 1946 concerning the industrial utilization of the resources of the continental shelf and the coastal seas, together with Decree No. 1386 of 24 January 1944 which the Declaration amplifies. The Declaration cites the Proclamations of the United States of 28 September 1945 in the Preamble. My Government is accordingly confident

that His Excellency, the President of the Argentine Nation, in formulating the Declaration, was actuated by the same long-range considerations with respect to the wise conservation and utilization of natural resources as motivated President Truman in proclaiming the policy of the United States relative to the natural resources of the sub-soil and sea bed of the continental shelf and its policy relative to coastal fisheries in certain areas of the high seas. The United States Government, aware of the inadequacy of past arrangements for the effective conservation and utilization of such resources, views with sympathy the considerations which led the Argentine Government to formulate its Declaration.

At the same time, the United States Government notes that the principles underlying the Argentine Declaration differ in large measure from those of the United States Proclamations and appear to be at variance with the generally accepted principles of international law. In these respects, the United States Government notes in particular that (1) the Argentine Declaration decrees national sovereignty over the continental shelf and over the seas adjacent to the coasts of Argentina outside the generally accepted limits of territorial waters, and (2) the Declaration fails, with respect to fishing, to accord recognition to the rights and interests of the United States in the high seas off the coasts of Argentina. In view of these considerations, the United States Government wishes to inform the Argentine Government that it reserves the rights and interests of the United States so far as concerns any effects of the Declaration of 11 October 1946 or of any measures designed to carry that Declaration into execution.

The reservations thus made by the United States Government are not intended to have relation to or to prejudge any Argentine claims with reference to the Antarctic Continent or other land areas.

I may state for Your Excellency's information that the United States Government is similarly reserving these rights and interests with respect to decrees of the Governments of Chile and Peru which purport to extend sovereignty beyond the general accepted limits of territorial waters.

JAMES BRUCE

DOCUMENT A/CN.4/30

Questions under study by other organs of the United Nations or by Specialized Agencies (Memorandum presented by the Secretariat)*

[Original Text: English]
[23 June 1950]

1. The following questions dealt with in the Report on the High Seas (A/CN.4/17) are or have been recently studied by various organs of the United Nations, Specialized Agencies, or special international conferences. It would be for the International Law Commission to consider whether it would deem it necessary to deal with these questions.

2. *Safety of Life at Sea.* In compliance with a resolution of the Economic and Social Council, a Preparatory Committee of Experts to Consider the Co-ordination of Activities in the Fields of Aviation, Shipping and Telecommunications with regard to Safety of Life was convened at London in January and February 1948 (E/

CONF.4/8). It recommended the co-ordination of activities of the following organizations: the International Civil Aviation Organization, the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, the World Meteorological Organization, and the International Telecommunication Union.

The Convention on the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, signed at Geneva, 6 March 1948, provides that the Organization shall "encourage the general adoption of the highest practicable standards in matters concerning maritime safety and efficiency of navigation". A special Maritime Safety Committee is established by the Convention to consider any matter relating to "aids to navigation, construction and equipment of vessels, manning from a safety standpoint, rules for the prevention of collisions, handling of dangerous cargoes, maritime safety procedure and requirements,

* The substance of this Memorandum was communicated by the Secretariat to the Rapporteur, M. François, after the receipt of his report.

hydrographic information, logbooks and navigational records, marine casualty investigation, salvage and rescue, and any other matters directly affecting maritime safety" (article 29). The Assembly of the Organization is empowered "to recommend to members for adoption regulations concerning maritime safety, or amendments to such regulations, which have been referred to it by the Maritime Safety Committee through the Council" (article 16).

The rules relating to the safety of life at sea have been codified recently at a special technical conference held in London, 23 April—10 June 1948 (for the Final Act of the Conference, see *British Parliamentary Papers*, Cmd. 7492). In the International Convention for the Safety of Life at Sea, prepared by this Conference, the parties undertake to give effect to the regulations annexed thereto, and to promulgate all the necessary laws, decrees, orders and regulations. They undertake also to communicate to the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization "the text of laws, decrees, orders and regulations which shall have been promulgated on the various matters within the scope of the present Convention". The Regulations annexed to the Convention deal with the inspection and survey of ships and the issuance of safety certificates; construction of ships and fire protection; life-saving appliances; radiotelegraphy and radiotelephony; safety of navigation, meteorological services, ice patrol, distress signals and life-saving signals; and carriage of grain and dangerous goods. These Regulations may be amended by a special procedure, in which an important part is played by the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization.

A separate annex to the Final Act of the London Conference contains the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, which will come into force "when substantial unanimity has been reached" as to their acceptance. These Regulations deal with steering and sailing rules, and with lights, whistles and fog-horns.

3. *Fisheries.* The Food and Agriculture Organization of the United Nations is empowered by article I of its Constitution to promote and, where appropriate, to recommend national and international action with respect to "the conservation of natural resources and the adoption of improved methods of agricultural production". Article XVI of the Constitution interprets the term "agriculture" as including fisheries and marine products. F.A.O. established a special division on fisheries which made a survey of world fisheries. An Indo-Pacific Fisheries Council was established by the Fisheries Conference at Baguio in 1948 for the development and proper utilization of living aquatic resources in the Indo-Pacific area. Similar fisheries councils are planned for other regions (E/1574, p. 4). A monthly *Fisheries Bulletin* and a *Yearbook of Fisheries Statistics* are published by F.A.O. While the special semi-annual *International*

Journal of Law and Legislation Relating to Food and Agriculture has been discontinued, the projected *World Yearbook of Legislation Concerning Food and Agriculture* will constitute continuance of the *International Yearbook of Agricultural Legislation* of the International Institute of Agriculture.

Special bipartite fisheries commissions have been established by the United States with Canada, Mexico and Costa Rica, and the establishment of a North-west Atlantic Fisheries Commission is envisaged by a multi-partite convention of 8 February 1949 (*British Parliamentary Papers*, Misc. No. 4 (1949), Cmd. (7658)).

4. *Whaling.* The Convention for the Regulation of Whaling, of 2 December 1946 (U.S. Treaties and Other International Acts Series, No. 1849), established an International Whaling Commission, and provides in No. 15 of the Schedule annexed to the Convention that "copies of all official laws and regulations relating to whales and whaling and changes in such laws and regulations shall be transmitted to the Commission".

5. *Pollution.* This question was considered by the Transport and Communications Commission of the Economic and Social Council at its fourth session, Lake Success, March-April, 1950. On the basis of a report by the Secretary-General (E/CN.2/68), the Commission noted that "the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization (IMCO), when it has started functioning, would be the competent agency to handle this subject" and proposed the adoption by the Economic and Social Council of a resolution instructing the Secretary-General to request the views of Members of the United Nations on the following points (E/CN.2/L.1/Rev.1):

"(a) Whether, pending the establishment of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, preliminary action should be taken;

"(b) If so, what would be the best procedure to follow;

"(c) In particular whether the convening of a meeting of competent governmental experts would be the appropriate procedure;

"(d) Whether the Draft Convention on the Pollution of Sea Water by Oil prepared in 1935 under the auspices of the League of Nations could serve as a working basis for the consideration of the problem;

"(e) Whether the scope of the examination of the problem should be extended to cover the pollution of sea water by atomic waste from fuel which may be used by ships;

"(f) Whether they would wish to give priority to the consideration of any one of the several consequences of the pollution of sea water."

It is expected that the Economic and Social Council will consider this resolution at its next session, and if it is adopted further action in this field will depend on the tenor of the replies from Member Governments.

DOCUMENT A/CN.4/32

Mémorandum présenté par le Secrétariat

[Texte original en français]
[14 juillet 1950]

TABLE DES MATIERES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	68
Principe de la liberté de la haute mer	68
Exceptions coutumières au principe de la liberté	70
Exceptions conventionnelles au principe de la liberté	71
Intérêt commun à l'usage correct et rationnel	72
Apparition de la notion d'intérêt commun	73
PREMIÈRE PARTIE. — DE LA HAUTE MER EN GÉNÉRAL	74
Section I. — Soumission de la mer au droit	74
Section II. — Le navire et l'Etat du pavillon	74
Section III. — L'unité de réglementation d'usage de la haute mer	75
Section IV. — Police générale de la haute mer	75
Section V. — Polices spéciales de la haute mer	77
DEUXIÈME PARTIE. — DES PARTIES DE LA HAUTE MER FAISANT, DE LA PART DES ETATS RIVERAINS, L'OBJET DE PROJECTIONS DE COMPÉTENCES ÉTATIQUES, MAIS SANS QUE CES ESPACES CESSENT D'APPARTENIR À LA HAUTE MER	78
Chapitre premier. — La zone contiguë	78
Chapitre II. — Aspects modernes de la projection sur la haute mer de certaines compétences spécialisées des Etats riverains	79
Section I. — L' <i>Anti-smuggling Act</i> américain de 1935	79
Section II. — La Conférence de codification de La Haye de 1930 et la zone contiguë	80
Section III. — La zone de sécurité de Panama de 1939	80
Section IV. — Les pêcheries	82
1. Position des questions	82
2. Zone contiguë ou extension de la mer territoriale	82
3. Les conventions internationales et leur insuffisance	85
4. La Proclamation du président Truman sur les pêcheries	85
5. Mesures prises en Amérique latine	86
Chapitre III. — Le plateau continental	87
Section I. — Définition et notions géographiques	87
Section II. — Sources juridiques de la notion du plateau continental	89
1. Considérations géophysiques et détermination de l'étendue des eaux juridictionnelles	89
2. Premières apparitions dans le droit	90
3. Le Traité anglo-vénézuélien du 26 février 1942	91
4. La Proclamation Truman et les Proclamations ibéro-américaines	92
5. Le mouvement législatif au Moyen-Orient	93
6. Le plateau continental et les associations juridiques	93
Section III. — Exposé et justification de la doctrine juridique du plateau continental dans la Proclamation Truman	94
1. Motifs énoncés par la Proclamation Truman	94
2. Relation entre le plateau continental et la masse terrestre de l'Etat riverain	95
3. Conséquences juridiques tirées de la doctrine du plateau continental par la Proclamation Truman	96
Section IV. — Essai de construction juridique d'une doctrine du plateau continental	97
1. Possibilité juridique d'occuper le lit et le sous-sol de la haute mer	97
2. Innovation apportée par la Proclamation Truman	98

TABLE DES MATIERES (suite)

	<i>Pages</i>
3. Sens des mots « juridiction et contrôle de l'Etat riverain »	99
4. Les compétences attribuées sur le plateau continental ne comportent pas extension de la mer territoriale	100
5. Crainte que les solutions ne subissent des altérations dans la pratique	103
Section V. — La doctrine du plateau continental et le droit international actuel	103
1. Relations avec les anciennes justifications des droits sur les eaux adjacentes	104
2. Relations avec les idées admises au sujet des bancs	104
3. Relations avec les règles concernant l'acquisition des droits sur les espaces terrestres	105
4. Relations avec la théorie des secteurs	106
5. La doctrine du plateau continental ne constitue pas une application à des matières nouvelles de règles existantes	108
Section VI. — La doctrine du plateau continental et la pratique	108
1. Objections déjà adressées à la doctrine du plateau continental	108
2. Autres questions à examiner pour une réglementation de la matière	109
a) Définition du plateau continental	109
b) Détermination des limites exactes du plateau	110
c) Extrême diversité des plateaux continentaux et corrections éventuelles	110
d) Délimitation des plateaux continentaux intéressant plusieurs Etats	111
e) Cas d'absence de concordance entre les limites déterminées théoriquement des parts de plateau continental	112
f) Les ouvrages et installations, fixes ou flottants, ne comportent pas de zone territoriale	112
g) Le danger de pollution des eaux marines sur le plateau continental	112
Section VII. — Conclusion concernant le plateau continental	112

INTRODUCTION

1. La haute mer fournit une matière de choix au travail de codification et de développement du droit international entrepris par les Nations Unies. L'importance que revêt dans la vie de l'humanité un élément qui couvre près des trois quarts de notre planète et qui fut toujours pour elle à la fois voie de communication et trésor, n'a pas à être démontrée. Il est également indiscutable qu'un tel immense espace ne saurait échapper à l'empire du droit. Les règles juridiques qui dominent la haute mer sont à la fois stables et mouvantes : elles tirent leur stabilité des caractères immuables du milieu marin; elles subissent en revanche, au cours des temps, les modifications qu'entraînent les changements techniques présidant aux divers modes d'utilisation de la mer. Les formules traditionnelles et vénérables que des générations nombreuses se sont transmises, sans chercher toujours d'ailleurs suffisamment à en pénétrer le sens, répondent encore aujourd'hui dans l'ensemble aux questions soulevées par des développements de fait à peine soupçonnables il y a quelques dizaines d'années. Sur un certain nombre de points cependant les exigences de la pratique requièrent une adaptation des anciennes règles aux situations nouvelles. Il est souhaitable que cette adaptation soit guidée par quelques idées qui, tout en consolidant et en fixant le sens des normes qu'un usage séculaire du milieu marin a tirées des nécessités de cet emploi, tiennent compte des aspects les plus récents de la technique et de l'économie.

PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE LA HAUTE MER

2. La condition juridique de la haute mer est dominée par le principe dit de la « liberté de la haute mer ».

C'est une idée à laquelle nous sommes tellement habitués que nous ne prenons ni le temps ni la peine de la « penser ». Et pourtant un simple coup d'œil sur son histoire nous montrerait combien elle est multiforme et fugace, qu'il s'agisse du temps de paix ou du temps de guerre.

3. En temps de paix, la liberté de la mer signifie à l'origine l'affranchissement de la haute mer des exactions et des brigandages des pirates; un peu plus tard, c'est la résistance aux prétentions de certains peuples revendiquant le monopole de la navigation dans telle ou telle mer et le droit exclusif au commerce avec les contrées baignées par ces mers; un peu plus tard encore, la liberté de la haute mer c'est le droit de pêcher sans entraves dans les mers avoisinant les îles britanniques ou la monarchie dano-norvégienne; au XIX^e siècle on emploie l'expression « liberté de la haute mer » pour s'élever contre les prétentions de la Grande-Bretagne à exercer en temps de paix le droit de visite sous le prétexte, plus ou moins fondé, de la répression de l'odieux commerce de la traite des noirs.

4. La liberté de la haute mer est, pour le temps de guerre, moins protéiforme : c'est traditionnellement la revendication pour les neutres de continuer leur commerce avec les belligérants, sous certaines modalités, d'ailleurs singulièrement variables. Mais, après la première guerre mondiale, cette expression de liberté des mers devient aussi l'étiquette d'une politique consistant à établir une certaine relation de puissance entre les forces navales des divers états du monde.

5. Tous ces sens divers d'une même expression devraient ainsi nous avertir de la nécessité d'attacher une signification ferme et précise à ces mots de liberté de la mer

lorsque nous les employons pour synthétiser le régime juridique de la haute mer en temps de paix et son contenu. Ce devrait être pour nos esprits la traduction résumée de ce régime et du complexe de droits et de devoirs que ce régime implique sur les espaces dont il s'agit, au profit et à la charge des usagers. Il n'en est pas ainsi. L'expression de liberté de la haute mer ne répond en réalité qu'à une notion purement négative et desséchée parce qu'elle n'a de sens pour nos esprits que comme l'antithèse d'une autre notion, positive, mais qui a depuis longtemps disparu. L'idée de liberté de la haute mer est, par voie d'antinomie, la survivance de l'idée depuis longtemps morte que la haute mer est susceptible de domination en souveraineté, comme toute autre domination territoriale.

6. C'est bien en effet comme une domination territoriale que s'est présentée l'idée de domination de la haute mer, lorsque, dans la deuxième partie du moyen âge, elle est l'objet en Europe de prétentions de la part de Gênes sur la Riviera et le golfe du Lion, de Venise sur l'Adriatique, de la monarchie dano-norvégienne sur les mers septentrionales, puis, sur les océans, des Espagnols et des Portugais. La domination de la haute mer est conçue alors comme une domination territoriale parce qu'elle s'accompagne d'obligations de souveraineté : obligations d'ordre temporel consistant à faire régner la paix contre les pirates, obligations d'ordre spirituel consistant dans la propagation de la foi chrétienne auprès des populations des territoires baignés par les espaces maritimes revendiqués. L'établissement de la souveraineté sur la haute mer apparaît semblable à l'établissement de la souveraineté sur une surface terrestre.

7. Et c'est *contre* cette prétention à la souveraineté des mers que se forme l'idée de la liberté de la haute mer dont le premier champion est la reine Tudor Elisabeth. L'idée de la liberté de la haute mer s'affirme contre toute admission possible de souveraineté de la haute mer. La liberté de la haute mer implique le rejet de toute souveraineté effective en haute mer, quelle que soit la prérogative prétendue : interdiction de passage, subordination du passage au paiement d'un péage, juridiction à l'égard de certains faits, etc. La liberté de la haute mer implique aussi le rejet de toute souveraineté symbolique en haute mer : car le consentement à la reconnaissance symbolique de la souveraineté implique la reconnaissance de la souveraineté même, avec tous ses effets matériels : d'où le caractère aigu de toutes ces interminables discussions de cérémonial dont nous ne sommes tentés aujourd'hui de sourire que parce que leurs conséquences pratiques nous sont devenues complètement étrangères : n'oublions pas que, au *xvii*^e siècle, trois guerres eurent lieu entre l'Angleterre et les Provinces-Unies et s'engagèrent sur des questions de cérémonial qui recouvraient de part et d'autre de graves intérêts d'utilisation de la haute mer pour le commerce et pour la pêche.

8. Cette question de la domination territoriale de la haute mer vigoureusement combattue au nom de la liberté de la haute mer fut réglée au *xvii*^e siècle par le déclin politique des Etats qui avaient cru pouvoir prétendre à la souveraineté de la mer, par la conjonction des politiques britannique et batave et par l'ascension, sur les

ruines des diverses puissances navales, de la flotte anglaise qui, maîtresse de fait de la haute mer, n'avait plus d'avantage à persévérer dans les démonstrations périmées de Selden. Le *xviii*^e et le *xix*^e siècle, tout entiers, ont vécu sur cette conception de la liberté de la haute mer, réaction contre l'idée de revendication territoriale sur la haute mer. La liberté de la haute mer n'est qu'une négation ; elle est l'idée d'antisouveraineté de la haute mer.

9. La liberté de la haute mer, essentiellement négative, ne peut pas cependant ne pas comporter des conséquences positives. Dirigée contre l'exclusivité d'usage elle se résout nécessairement en une idée d'égalité d'usage. Si l'on combat l'établissement de souverainetés sur la haute mer, c'est afin de pouvoir s'en servir librement soi-même. Tous les pavillons maritimes ont un droit égal à tirer de la haute mer les diverses utilités qu'elle peut comporter. Mais l'idée d'égalité d'usage ne vient qu'en second lieu. L'idée essentielle contenue dans le principe de liberté de la haute mer est l'idée d'interdiction d'interférence de tout pavillon dans la navigation en temps de paix de tout autre pavillon. L'interdiction d'interférence se construit sur la notion de pavillon, c'est-à-dire sur le symbole de rattachement du navire à un Etat donné et non pas sur la notion de nationalité des individus intéressés dans les rapports maritimes dont il s'agit.

10. Cette interférence, naturellement proscrite dans les rapports des usagers entre eux, n'est pas même tolérée de la part des bâtiments de guerre dont on concevrait pourtant qu'ils aient pour mission générale de veiller au maintien du bon ordre et de la sécurité sur les mers. En temps de paix chaque bâtiment de guerre n'est admis à exercer de pouvoirs de police qu'à l'égard des navires privés battant son propre pavillon. Les pouvoirs de police générale en haute mer des bâtiments de guerre à l'égard d'un navire privé étranger sont limités à la simple reconnaissance et ne comportent pas d'enquête de pavillon par vérification des papiers de bord. Cette règle ne cède que dans le cas de suspicion grave et sous la responsabilité de l'Etat du bâtiment enquêteur pour le préjudice causé par une vérification non attribuable à une nécessité dûment justifiée. Le bâtiment de guerre qui croirait devoir se livrer à une interférence de ce genre dans la navigation d'un pavillon autre que le sien, assume et fait peser sur l'Etat dont il relève, la complète responsabilité de son initiative et des réparations qu'elle peut être de nature à comporter.

11. Cette notion purement négative de la liberté de la haute mer, réaction contre les tentatives antérieures d'établissement de souveraineté sur la haute mer, n'est certes pas sans avantages : elle assure la liberté d'utilisation de la haute mer ; mais cette notion absolue d'interdiction d'interférence présente aussi des inconvénients. Le plus grave n'est pas cette fausse conception doctrinale qu'elle encourage, de la prétendue territorialité du navire qui, bien que maintes fois réfutée, n'en a pas moins déparé tant de documents juridiques, même à une époque encore toute récente. Le pire est que l'interdiction rigoureuse d'interférence favorise dans l'utilisation de la haute mer les désordres, les destructions, les gaspillages. La mer voie de communication et la mer trésor sont exposées également à en souffrir. Si chaque bâtiment en haute mer ne peut être rappelé au respect de l'utilisation cor-

recte de la haute mer que par ses seules autorités nationales, il y a là une situation peu satisfaisante et dangereuse pour l'intérêt général. C'est pourquoi il s'est élaboré peu à peu un ensemble de règles — coutumières ou conventionnelles — destinées à obvier aux inconvénients de l'idée qu'un navire en haute mer ne relève que des autorités du pavillon.

EXCEPTIONS COUTUMIÈRES AU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ

12. La coutume établit des dérogations au caractère absolu de la règle de non-interférence, et cela à deux points de vue : a) la piraterie; b) la poursuite. Une troisième dérogation a tenté de s'implanter sous les espèces de l'autoprotection ou *self-defence* : elle n'y a pas réussi.

13. La piraterie est une des branches les plus anciennes du droit international coutumier de la mer. Le pirate « ennemi du genre humain », la « dénationalisation » du pirate sont de vieilles formules traduisant métaphoriquement l'idée, juridiquement exacte, que la règle d'interdiction d'interférence dans la navigation d'un autre pavillon est sans application dans le cas de piraterie. Le pirate porte atteinte par ses actes à la libre et tranquille utilisation de la haute mer : l'intérêt général exige qu'il soit mis fin au plus tôt à son activité criminelle. D'où l'idée que tout bâtiment qui le peut doit s'assurer du pirate. Cette conception était naturelle en un temps où l'armement des navires privés était de pratique courante pour les mettre à l'abri de l'insécurité dans de trop nombreux parages; elle l'est moins aujourd'hui où les faits de piraterie sont plus rares, où surtout la rapidité de transmission des renseignements et la mobilité des bâtiments de guerre permettent l'intervention de ceux-ci dans les plus brefs délais.

14. Les modalités de répression des faits de piraterie doivent également être mises en rapport avec les modifications générales des conditions de la navigation. Il n'est plus nécessaire au même degré que jadis de confier la répression de la piraterie à l'Etat dont le pavillon s'est emparé du pirate. L'*Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international* rappelle la position prise sur ce point en 1927 par le représentant français à la troisième session du Comité d'experts de la SDN. Ce juriste « a contesté énergiquement le droit d'un Etat de faire passer en jugement l'équipage d'un navire pirate battant pavillon étranger. Il a répété à maintes reprises que jamais le Gouvernement français ne reconnaîtrait le droit de juridiction d'un autre pays sur un navire battant son pavillon et qu'un crime commis en haute mer est justiciable du seul Etat dont le vaisseau incriminé arborait le pavillon¹ ».

15. Réservons cette dernière proposition susceptible d'applications dépassant la matière de la piraterie et dont la mise au point a été faite par la CPJI dans son arrêt n° 9 (affaire du *Lotus*). La manière de voir du juriste français concernant la répression de la piraterie, tout en s'inspirant rigoureusement de la règle de non-interférence, ne présente pas à notre époque et dans les conditions techniques actuelles de la navigation, les inconvénients qu'elle eût présentés jadis : lenteur de la répression, imperfections de l'instruction. Elle soulève des questions d'ordre

matériel concernant les biens du pirate et les biens pris par lui sur des tiers [voir article de B. A. Wortley, *British Year Book of International Law* (1947), p. 258-272].

16. Quant à la notion des faits de piraterie, elle s'est précisée récemment d'une manière intéressante. La distinction entre l'insurgé et le pirate, distinction que, dans des vues politiques, le gouvernement intéressé est si facilement tenté d'abolir, s'est confirmée, à la condition toutefois que les insurgés ne commettent pas d'actes de violence contre les bâtiments de puissances tierces. L'*animus furandi* n'est plus tenu comme le mobile nécessaire pour que les actes de violence ou tentatives d'actes de violence [Advisory opinion du Juridical Committee du Privy Council, 26 juillet 1934, *A.J.I.L.*, t. 39 (1935), p. 140-150] commis en haute mer (Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, 7^e éd., par. 277, p. 565) contre des personnes ou des biens privés tombent sous la qualification de piraterie internationale. Les actes de violence compromettant la sécurité des communications en haute mer ont donné lieu à la Convention signée à Nyon le 14 septembre 1937 (entre la Belgique, l'Egypte, la France, la Grande-Bretagne, la Grèce, la Roumanie, la Turquie, l'URSS) qui dispose que tout sous-marin attaquant des bâtiments n'appartenant pas à l'une des parties à la guerre civile d'Espagne d'une manière contraire au droit international, sera, s'il est rencontré dans les parages de l'attaque, contre-attaqué et, s'il est nécessaire, détruit par les forces des puissances signataires de l'Accord. Celui-ci est dirigé contre les « actes de piraterie commis par des sous-marins » de nationalité inconnue et ces actes sont qualifiés d'« actes contraires aux sentiments d'humanité les plus élémentaires et qu'il est juste de traiter comme des actes de piraterie ». Il faut toutefois remarquer que la qualification de « piraterie » donnée à ces actes, si elle a été généralement approuvée, a donné lieu cependant à des opinions divergentes [*B.Y.I.L.*, t. XIX (1938), p. 198-208, anonyme; Mirwart, *R.D.I.L.C.*, t. XIX (1938), p. 341-352].

17. La piraterie apparaît ainsi comme la matière par excellence où l'intérêt général des communications en haute mer a fait fléchir le caractère absolu de la règle de l'interdiction d'interférence dans la navigation d'un autre pavillon. Aussi bien les abus fréquents de pavillon commis par les pirates, tout comme le caractère odieux de leur activité, incitaient-ils à s'en départir.

18. La poursuite est également une hypothèse où la règle de l'interdiction d'interférence en haute mer à l'égard d'un pavillon étranger cède en temps de paix. Il faut remarquer toutefois qu'en 1902 encore une autorité comme T. M. C. Asser niait formellement qu'un « droit de poursuite » au-delà de la mer territoriale d'un navire qui y avait été vu commettant une infraction et invité à stopper par un navire compétent, existât autrement qu'en vertu d'une convention expresse entre les Etats intéressés (affaires des phoquiers américains James Hamilton Lewis et C. H. White, sentence du 29 novembre 1902, rendue en vertu du compromis d'arbitrage entre la Russie et les Etats-Unis du 26 août-8 septembre 1900).

19. Mais cette opinion qui, déjà à cette époque, n'était pas conforme au droit positif (voyez notamment pour la pratique britannique dès 1841, affaire du *Valiente* et dès 1852, incidents de pêche en baie de Granville, dans H. A.

¹ Procès-verbaux, p. 45, cités dans *Publication des Nations Unies*, numéro de vente: 1948.V.1(1), p. 8.

Smith, *Great Britain and the Law of Nations*, vol. II, p. 250-252) serait totalement insoutenable actuellement où des manifestations multiples de la pratique internationale, sous forme de conventions, d'actes d'ordre interne, de déclarations officielles des Etats et d'acceptation unanime de l'article 11 du projet mis sur pied par la Conférence de codification, ont fait la preuve que la poursuite est une institution de droit international positif [Gidel, *Droit international de la mer*, vol. III, p. 339, thèse Massin, Paris 1937; Glanville Williams, *B.Y.I.L.*, t. XX, (1939), p. 83-98].

20. On n'en saurait dire autant des situations où l'on a parfois invoqué ce que l'on a appelé le droit de *self-defence* ou d'autoprotection pour justifier l'exercice par un Etat en n'importe quel point de la haute mer² et en temps de paix d'un navire battant pavillon étranger et qu'il soupçonne d'être engagé dans des entreprises attentatoires à sa sûreté.

21. L'affaire de la *Caroline* (1838) constitue un exemple de ces situations sur le territoire terrestre ou fluvial. Pour la haute mer le cas du *Mary Lowell* (brick américain saisi en haute mer le 15 mars 1869 au large des Bahama avec un chargement d'armes et de munitions par le croiseur espagnol *Andaluza*) et surtout celui, très célèbre, du *Virginius*, bâtiment américain de pavillon, sinon de registre, saisi en haute mer au large de Cuba le 31 octobre 1873 par le navire de guerre espagnol *Tornado*, illustrent l'hypothèse : d'où le nom de « Règle du Virginus » donné à la prétendue règle en vertu de laquelle un Etat pourrait déroger en temps de paix à l'interdiction d'interférence dans la navigation d'un pavillon étranger, pour des motifs d'autoprotection. Le Gouvernement britannique dont certains sujets, se trouvant sur le *Virginus*, avaient fait l'objet une fois conduits à Cuba de poursuites et d'exécutions hâtives, protesta seulement contre ces actes de justice sommaire. En demandant réparation pour les exécutions effectuées, le Gouvernement britannique précisa qu'il entendait "*not take the ground of complaining of the seizure of the Virginus nor of the detention of the passengers and crew... Much may be excused in acts done under the expectation of instant damage in self-defence by a nation as well as on individual. But after the capture of the Virginus and the detention of the crew was effected, no pretence of imminent necessity of self-defence could be alleged*" (cité par Hall, 6^e éd., p. 271). La doctrine britannique a donné au « droit » de *self-defence* un appui général. Hall (*op. cit.*, p. 264-277) et Pitt Cobbett (*Cases on International Law*, 4^e éd., par Bellot, p. 171-175) se rencontrent avec l'autorité de premier plan que représente Westlake (2^e éd., vol. I, p. 171) ; celui-ci place le droit de *self-preservation* en temps de paix sur le même pied que le *right of visit and search* en temps de guerre comme constituant « deux exceptions bien nettes » (*ibid.*, p. 170) à la règle de la compétence exclusive de l'Etat du pavillon en matière d'actes coercitifs à l'égard du navire en haute mer.

22. On ne saurait cependant accepter cette prétendue limitation à la règle de l'interdiction d'interférence dans la navigation en haute mer des pavillons étrangers. Il n'y a là qu'une application de la trop fameuse théorie de la « nécessité » qui est la négation même de tout droit international. La Cour internationale de Justice a condamné avec fermeté dans son arrêt du 10 avril 1949 (canal de Corfou) l'argumentation que le Gouvernement britannique avait cru pouvoir tirer de l'autoprotection ou *self-help* pour essayer de justifier l'opération dite *Retall* comportant un déminage entrepris contre la volonté clairement affirmée du Gouvernement albanais dans les eaux territoriales albanaises. L'autoprotection ne peut donc servir à justifier des interférences dans la navigation en haute mer des pavillons étrangers, interférences qui, dans la prétendue règle du *Virginus*, auraient pour caractère d'être illimitées aussi bien dans leur application spatiale que dans les mobiles qui leur donnent ouverture. Le droit international admet occasionnellement comme nous le verrons plus tard, des exceptions à l'interdiction d'interférence, mais seulement dans des zones de haute mer rigoureusement déterminées et pour donner satisfaction à des intérêts limitativement énumérés. Le droit international repousse un soi-disant droit généralisé de *self-defence* qui exclut par sa notion même toute réglementation formulée et précisée.

EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES AU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ

23. Par ces deux exceptions de la piraterie et de la poursuite, la coutume a limité les inconvénients généraux de la règle de base de la liberté de la haute mer, à savoir l'interdiction d'interférence dans la navigation en haute mer d'un pavillon étranger. En outre, sur de nombreux points particuliers les Etats se sont efforcés, au moyen de conventions, de remédier à ces inconvénients pour les intérêts qui leur paraissaient le requérir spécialement. L'essence de ces conventions est que chaque Etat contractant reconnaît à tous ses cocontractants (agissant par leurs agents qualifiés) le droit de déroger à la règle de la non-interférence en haute mer en vue d'assurer la répression de certaines pratiques répréhensibles. D'une façon générale, on doit remarquer que ces dérogations ont été dosées très prudemment : l'Etat du pavillon garde en principe pour lui les compétences de jugement, c'est-à-dire de répression effective et ne concède à ses cocontractants que des compétences de constatation des actes délictueux aux termes de la Convention.

24. Ces conventions ont institué des polices spéciales de la haute mer présentant le trait commun que, dans certains cas et pour certains objets, les navires dûment qualifiés à cet effet de chacune des puissances contractantes pourront exercer en haute mer des actes d'autorité à l'égard des navires de chacune des autres, actes d'autorité qui seraient, sans ces conventions, interdits par la règle de non-interférence. Le caractère spécial de ces polices se manifeste à plusieurs points de vue : 1) la règle de l'interdiction d'interférence n'est écartée que dans les rapports des seules puissances contractantes; 2) elle n'est écartée que pour certains objets; 3) elle n'est, la plupart du temps, écartée que pour certains parages; 4) les pouvoirs concédés à chaque puissance contractante par rapport aux

² Cette formule « en n'importe quel point de la haute mer » tend à différencier nettement cet ordre d'idées de ceux que nous aurons à considérer plus tard à propos des *hovering acts* et de tout ce qui a trait à des projections de compétence étatique par l'Etat riverain au-delà de la limite de la mer territoriale, mais pour des objets spéciaux.

autres pavillons sont rigoureusement limités par les dispositions de la Convention.

25. La répression de la traite des noirs, la surveillance maritime, dans certains parages, du commerce des armes, la police des câbles sous-marins de télécommunications, la police de la pêche en divers lieux, la police des lieux de pêche constituent les principaux objets de ces conventions qui, sur des points limités, et pour assurer la répression de pratiques, ou odieuses ou contraires à l'intérêt général, ont fait fléchir la règle de la non-interférence dans la navigation des pavillons étrangers en haute mer.

INTÉRÊT COMMUN A L'USAGE CORRECT ET RATIONNEL

26. Ces conventions, en nombre très limité et sur des points très particuliers, constituent un embryon d'organisation de la haute mer; elles sont une application de l'idée que les Etats ont un intérêt commun à ce que la haute mer, tout en faisant l'objet de droits de souveraineté au profit d'aucun Etat, soit utilisée dans des conditions excluant le scandale, le désordre, le gaspillage. Mais, si désirable qu'apparaisse cette organisation, elle n'en est qu'à ses premiers balbutiements. C'est cette idée d'intérêt commun de tous les Etats à l'usage correct et rationnel de la haute mer qui doit former la base de tout progrès dans le droit de la mer et fournir le principe du travail de codification et de développement de la matière.

27. C'est là une idée bien différente de celle exprimée par la formule de la mer *res communis* s'opposant, dans une discussion aussi classique que vaine, à la formule de la mer *res nullius*. Cette controverse d'école, instituée à la faveur d'expressions latines détournées d'ailleurs de leur véritable sens en droit romain, doit être laissée de côté comme sans portée et comme purement artificielle. Lorsqu'un auteur aussi considérable que sir Cecil Hurst croit pouvoir dire (*Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 32, p. 161) que les Conventions sur la pêche en haute mer prouvent que la haute mer constitue un espace où tous ont des droits égaux (*res communis*), on ne saurait se dire d'accord puisque ces Conventions tendent à l'attribution réciproque de compétences par les contractants à l'égard de leurs ressortissants et que, par suite, en l'absence de ces conventions, les droits de police réciproque n'existeraient pas. Or, si la mer était l'objet d'un condominium, le droit de police existerait *de plano* au profit de chacun des dominants sur les ressortissants de tous les autres.

28. Des écrivains aussi pénétrants que Radnitzky [*Meeresfreiheit u. Meeresgemeinschaft*, Archiv. für öffentliches Recht, t. 22 (1907), p. 416-447] s'y étaient trompés également. Cherchant la raison justificative de la puissance exercée en haute mer sur le navire par l'Etat du pavillon, Radnitzky avait cru pouvoir trouver cette justification dans l'idée d'une compétence spatiale de chaque Etat sur la haute mer. Tout acte de souveraineté étatique, dit-il, présuppose de toute nécessité une compétence spatiale. Cette compétence spatiale appartiendrait en commun sur la haute mer à tous les Etats; cette idée seule, d'après lui, peut donner l'explication de la condition juridique de la haute mer. Quant à la conciliation de la liberté de la mer avec la compétence spatiale commune de tous les Etats, Radnitzky prétend la trouver ainsi: l'obligation internationale de tolérance qui forme le contenu de la

liberté de la mer s'accorde, à son avis, avec l'idée que chaque Etat possède un droit de souveraineté territoriale sur la haute mer; en effet, même sur son territoire terrestre, un Etat n'a pas le droit de faire tout ce qui lui plaît, son action se trouve limitée, par exemple, à l'égard des étrangers.

29. Radnitzky, constatant les deux exceptions que la coutume a apportées au caractère absolu de la règle de non-interférence à l'égard du pavillon étranger en haute mer, la piraterie et la poursuite, en altère complètement le sens et le caractère. Il considère que, à l'égard d'un pirate de nationalité étrangère, l'Etat agit en haute mer en vertu de son propre intérêt et non pas dans celui de la communauté internationale: le pirate est dans le cercle de puissance commune de tous les Etats et, par suite, également dans le cercle de puissance de l'Etat qui procède contre lui et qui est compétent spatialement, tout comme s'il s'agissait d'une mesure de police sur son propre territoire terrestre.

30. Quant à la poursuite, Radnitzky estime que l'exercice de ce droit implique que tout Etat s'accorde à lui-même sur la haute mer une compétence spatiale et par suite considère la haute mer comme formant une partie intégrante de son territoire. Mais Radnitzky ne s'aperçoit pas que son raisonnement est infirmé par cette règle absolue concernant l'exercice du droit de poursuite, règle aux termes de laquelle la poursuite doit être commencée quand le navire est *dans* les eaux territoriales où il a commis son délit: c'est à cette condition seulement que le délinquant peut être poursuivi en haute mer. Ainsi Radnitzky par un paralogisme semblable à celui signalé plus haut, transforme en un principe ce qui n'était qu'une exception à ce principe.

31. En réalité la conception du statut juridique de la haute mer procède, de par ses origines historiques, d'une réaction contre l'idée de souveraineté appliquée à la mer. La notion de liberté de la haute mer s'est édifiée sur l'idée que la haute mer est un espace qui ne relève et ne peut relever comme tel de l'ordre juridique d'aucun Etat particulier et cette idée domine encore dans son ensemble la condition de la haute mer.

32. Mais cette conception de la condition juridique de la haute mer est en train de se modifier et le changement s'aperçoit dans deux directions: d'une part, « la conception positive de la solidarité qui est à la base des relations internationales modernes » [Politis, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 32 (1925), p. 526] substitue à l'idée d'utilisation individualiste de la haute mer, l'idée que l'intérêt général exige au contraire une utilisation concertée et disciplinée. D'autre part, les développements des techniques ont modifié les échelles d'appréciation des espaces maritimes en tant qu'objet traditionnel de revendications de compétences de la part des Etats riverains; il en est résulté des revisions dans la détermination des espaces où ces prétentions se manifestent et la nécessité, aussi, d'ajustements dans la nature des compétences prétendues.

33. Ces deux courants de phénomènes donnent au droit international de la mer un aspect nouveau. Ils ont amené l'apport d'idées positives dans la construction trop purement négative encore de la liberté de la mer. Ils imposent une conception juridique renouvelée des droits et des obli-

gations des riverains spécialement sur les surfaces de haute mer qui se trouvent au voisinage de leurs côtes. C'est à la fois un travail de précision et de reconstruction du droit de la haute mer qui s'offre aux efforts de la Commission juridique des Nations Unies.

APPARITION DE LA NOTION D'INTÉRÊT COMMUN

34. Il est clair que la conception générale purement négative de la liberté de la haute mer qui cantonnait chacun des « usagers » de la haute mer dans une attitude de pure abstention à l'égard de tous les autres ne cadre pas avec les aspirations qui animent la communauté internationale. Cette conception pouvait, dans une très large mesure, s'adapter à l'utilisation de la mer considérée comme voie de communication; elle ne répond pas à l'utilisation de la mer considérée comme productrice de richesses.

35. Même pour celles de ces richesses qui se détruisent par l'usage, l'intérêt est évident que l'exploitation qui en est faite ne comporte pas de gaspillages et de dévastations. S'il s'agit de richesses du monde animal ou végétal susceptibles de se renouveler, la nécessité d'un aménagement rationnel de leur exploitation, permettant de laisser constante, voire d'accroître, la quantité des produits souffre moins encore de discussion. C'est à partir du moment où cette idée a été clairement saisie que la conception purement négative de la liberté de la haute mer a cessé de faire figure de dogme intangible. Il est toujours délicat de vouloir assigner une date précise à l'apparition d'un principe ou d'une idée. Il semble cependant que ce soit au moment de l'affaire des phoques à fourrure de la mer de Béring et de l'arbitrage célèbre de 1893 que le changement se fait jour. Sans doute, au cours du XIX^e siècle, diverses conventions avaient bien été conclues en matière de pêcheries et de « richesses de la mer ». Mais, si l'on considère par exemple la plus importante (et précédant de peu cet arbitrage) des conventions sur la pêche intervenues en Europe, la Convention de La Haye du 6 mai 1882 sur la pêche dans la mer du Nord, on se rend compte que cette Convention tend plus à faire régner sur les lieux de pêche la concorde entre pêcheurs de diverses nationalités qu'à protéger les espèces recherchées par eux³.

36. Le point de vue se modifie avec l'affaire de la mer de Béring. Dès le 19 août 1887, le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis Bayard posa devant les Gouvernements allemand, britannique, français, japonais, russe et suédo-norvégien, la question de l'opportunité d'une coopération internationale en vue d'une « meilleure protection des pêcheries de phoques à fourrure dans la mer de Béring ». Au cours de ces négociations le Gouvernement américain repoussa l'idée que les saisies faites par ses autorités en haute mer de phoquiers canadiens fussent fondées sur la théorie d'un certain *mare clausum* appartenant aux Etats-Unis. A l'inverse, il condamnait la prétention que « la liberté de la mer à une certaine distance des côtes »

pût justifier le massacre sans discernement et l'extermination des phoques en haute mer au moment de la gestation. « Il y a beaucoup de choses que l'on ne peut permettre de faire impunément en haute mer et à l'égard desquelles chaque mer est *mare clausum*. »

37. L'arbitrage organisé par le traité signé à Washington le 29 février 1892 eut lieu à Paris et se termina par une sentence rendue le 15 août 1893. Le Tribunal arbitral décida que « les Etats-Unis n'avaient aucun droit de protection ou de propriété sur les phoques à fourrure qui fréquentent les îles appartenant aux Etats-Unis dans la mer de Béring, quand ces phoques se trouvent en dehors de la limite ordinaire de 3 milles ». Il admit donc le droit de chasser ces animaux sans restriction sur les espaces de haute mer. C'est encore la conception purement négative de la liberté absolue de la haute mer. Mais le compromis d'arbitrage contenait l'attribution aux arbitres du droit de faire, pour l'avenir, des règlements destinés à la protection de ces phoques en haute mer et la Grande-Bretagne avait, dans les négociations préliminaires, admis le principe de cette protection, c'est-à-dire qu'elle avait accepté que des restrictions fussent apportées à la liberté de chasser ces espèces en haute mer dans les parages considérés. Au cours des débats, les Etats-Unis firent valoir un argument qui ne fit pas alors triompher leur cause, mais qui devait dominer tout le développement ultérieur de la protection des richesses de la mer.

38. Sous une formule qui portait fort loin, les Etats-Unis plaident le caractère immoral de la destruction sans discernement ni merci de cette espèce, intéressante pour la prospérité des pays dont l'activité s'exerçait dans ces régions : ils stigmatisèrent cette destruction comme étant *contra bonos mores*, plaçant ainsi la discussion sur un terrain qui pouvait paraître métajuridique à une époque où l'on s'en tenait à la vieille conception de la liberté absolue de la haute mer pour innocenter tous les actes dont la Commission n'y était pas formellement interdite. Les temps devaient venir où c'était l'aspect moral ou immoral de l'usage fait de la haute mer qui allait imprimer à cet usage son caractère régulier ou au contraire illicite au regard du droit.

39. Le *contra bonos mores* des débats de l'arbitrage des phoques de Béring devait peu à peu dominer toute la matière de la protection des richesses de la mer au-delà de la mer territoriale. Grotius disait jadis : la mer est inépuisable; donc son usage doit être commun à tous les Etats au-delà de la limite de leurs eaux territoriales. Aujourd'hui, où nous savons bien que la mer n'est pas inépuisable, nous avons de meilleures raisons encore de penser que son usage doit être conduit de telle sorte qu'il ne fasse pas disparaître les richesses dont la mer est la source et qui importent au bien commun de l'humanité. Si ce résultat doit être avant tout posé et atteint, il en résultera que les moyens desquels dépend son obtention ne peuvent plus être à la merci de considérations tirées de la qualité juridique des espaces où ces moyens devront être mis en œuvre. La liberté de la haute mer cesse d'être un argument suffisant pour qu'un Etat qui doit y avoir intérêt ait le droit de se livrer à des déprédations compromettant l'intérêt général. L'interdiction d'interférence qui protégeait la liberté des communications en haute mer ne pourra pas être invoquée valablement pour compromettre la conservation de la haute mer trésor.

³ Voyez dans cet ordre d'idées particulier, comme exemple très récent, l'échange de lettres entre la Belgique et le Danemark constituant un arrangement en vue de faciliter le règlement des différends surgissant en mer entre pêcheurs belges et danois en dehors des eaux territoriales, Copenhague, 30 décembre 1948, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1949 par l'échange desdites notes, enregistré le 2 février 1949.

40. Bien plus les interférences tendront à devenir licites et recommandables lorsqu'il s'agira de procurer la sauvegarde des richesses de la mer. Ainsi se légitimera la reconnaissance de droits particuliers au profit des Etats riverains sur les surfaces de haute mer proches de leurs côtes. Mais le problème sera de construire juridiquement les compétences que les Etats riverains seront admis à projeter sur la haute mer, de telle façon que, sous le prétexte d'utilisation disciplinée de la haute mer, on ne fasse pas revivre les prétentions surannées à la souveraineté de la mer et qu'on ne porte pas atteinte à la liberté de la haute mer que l'interdiction d'interférence dans la navigation des pavillons étrangers a jusqu'ici assurée de manière satisfaisante.

41. Le problème ne semble pas insoluble du point de vue de la technique juridique, si ces projections de compétence des Etats riverains sur la haute mer proche de leurs côtes ne tendent pas à des compétences territoriales, du genre des droits de souveraineté jadis revendiqués sur la mer, mais ont pour objet seulement des compétences spécialisées portant seulement sur tel ou tel des éléments naturels susceptibles d'être distingués en haute mer : air stratosphérique ou atmosphérique, surface des espaces maritimes, volume des eaux, lit de la mer, sous-sol du lit de la mer.

42. Il n'est paradoxal qu'en apparence que, pour passer du stade individualiste d'utilisation de la haute mer au stade de son utilisation concertée et orientée vers l'intérêt général, il faille assouplir la vieille idée d'interdiction absolue d'interférence dans la navigation des pavillons étrangers et que le maintien du principe de la liberté de la mer doive s'accompagner de l'attribution aux Etats de droits subjectifs sur certains espaces de haute mer. La difficulté sera de proportionner ces droits aux strictes nécessités qu'imposent les buts poursuivis et de défendre contre les déformations intéressées les critères appropriés adoptés pour la détermination de ces droits.

Première partie

DE LA HAUTE MER EN GÉNÉRAL

Section I. — Soumission de la mer au droit

43. La première et la plus essentielle idée concernant la haute mer est que la haute mer est soumise au droit. Suivant l'excellente formule de Christian Meurer (*verbo* « Meer » dans *Wörterbuch des Völkerrechts*) « *das Meer ist frei von der Gebietshoheit, aber nicht von der Rechts-hoheit* ». D'autre part la soumission de la haute mer au droit n'implique pas l'existence d'un droit particulier de chaque Etat sur la haute mer. L'idée que la haute mer est soumise au droit est la condition même de la réglementation de l'usage de la haute mer; mais la soumission de la haute mer au droit n'est pas liée à l'idée d'un droit subjectif sur la mer revenant à l'Etat vis-à-vis des autres Etats.

44. Sur la généralité des espaces de haute mer la soumission de la haute mer au droit a lieu par le moyen d'une relation juridique permanente entre chaque navire portant un pavillon donné et l'Etat dont ce navire bat pavillon. Cette relation juridique permanente entre le navire et l'Etat du pavillon n'exclut pas des relations possibles

entre le navire et un ordre juridique autre que celui du pavillon. Cette soumission du navire à un ordre juridique autre que celui de l'Etat du pavillon, exceptionnelle dans la haute mer en général, est fréquente sur les espaces de haute mer proches des côtes et dans la mesure même où le droit international admet que l'Etat riverain projette au-delà de la frange de ses eaux côtières certaines compétences étatiques.

45. Les deux hypothèses, bien qu'ayant des traits communs, doivent être examinées séparément. La soumission de la haute mer au droit se réalise par la coopération à cet effet du droit international et des droits nationaux. Le droit international de la haute mer repose sur le rattachement à un ordre juridique particulier des navires ou engins permettant l'utilisation effective de la haute mer. Dans ce rattachement la nationalité personnelle de l'usager s'efface devant la nationalité imprimée à l'engin d'utilisation, le navire; celui-ci apparaît comme une collectivité, quelle que soit la nationalité de ceux qui la composent, ramenée à l'unité au point de vue de sa dépendance à l'égard de l'Etat du pavillon. Le droit international se borne à exiger le rattachement obligatoire du navire à un Etat auquel il passe la main pour le reste. C'est le droit national intéressé qui détermine les conditions du rattachement et les conséquences du rattachement (contenu des obligations et sanctions à leur manquement).

Section II. — Le navire et l'Etat du pavillon

46. Grâce à l'attribution d'une nationalité aux navires ceux-ci peuvent être surveillés, contrôlés. Ils sont astreints à la discipline établie par les lois et règlements de l'Etat du pavillon. Au cas de méconnaissance des prescriptions de cet Etat ils s'exposent à des sanctions : par là même ils ont dans l'Etat dont ils portent le pavillon un garant au point de vue international quant à la manière dont ils feront usage de l'espace maritime. Ils ont aussi dans ce même Etat un protecteur quant aux abus dont ils pourraient avoir à souffrir de la part des autres Etats.

47. La nationalité du navire — règle de droit international — est la condition primordiale de l'utilisation paisible de la haute mer. Elle rend compte de la soumission permanente du navire, collectivité organisée, « agrégation flottante », à l'ordre juridique de l'Etat du pavillon, sans qu'il soit besoin aucunement de faire appel à la fiction de territorialité du navire pour expliquer cette soumission. Mais cette soumission permanente du navire à l'ordre juridique de l'Etat du pavillon ne signifie pas que, dans certaines circonstances, il ne puisse exister la possibilité de la soumission du navire privé en haute mer à plusieurs ordres juridiques concurrents. Ce point ne s'est trouvé élucidé qu'il y a peu d'années par l'arrêt de la CPJI; dans l'affaire du *Lotus*.

48. Ainsi a été fixée l'idée que, si chaque Etat possède — sous réserve de situations particulières, ou coutumières, ou conventionnelles — un droit de police exclusif sur les navires privés battant son pavillon et qui se trouvent en haute mer, ce droit de police exclusif n'entraîne pas un droit de juridiction exclusif à l'égard de ces navires, avec la conséquence, trop longtemps admise, que la juridiction des tribunaux d'un Etat ne pourrait s'étendre à des actes survenus en haute mer à bord d'un navire privé étranger.

49. Comme l'a dit Kelsen (*Rapports de principe...*, p. 20), le droit ne connaît pas un prétendu « principe d'impénétrabilité des ordres juridiques entre eux » en vertu duquel deux ordres juridiques étatiques ne pourraient pas exister en un même point de l'espace. Cette coexistence de plusieurs ordres juridiques a lieu même quand il s'agit d'un territoire, c'est-à-dire d'un espace où il y a coïncidence de principe de la validité et de l'efficacité d'un même ordre étatique. Du moment où cette coexistence de plusieurs ordres étatiques se produit déjà sur un « territoire » à fortiori cette coexistence peut-elle se produire lorsqu'il s'agit d'un espace dit sans maître, comme est la haute mer.

50. La condition juridique de la haute mer se caractérise par ce trait, que, sauf situations particulières résultant d'accords entre Etats, une pluralité d'ordres juridiques peuvent y avoir une *validité* simultanée, alors qu'un seul de ces ordres juridiques, celui du pavillon, est doué d'*efficacité*. Par rapport à la haute mer l'*efficacité* d'un ordre juridique est la compétence à faire des actes coercitifs en haute mer; la *validité* est la compétence à appliquer un ordre juridique donné à l'appréciation d'une situation juridique en haute mer.

51. L'affaire du *Lotus* a déterminé la portée du contrôle de l'Etat du pavillon en haute mer. Il s'agissait de la juridiction répressive à l'égard d'un acte ayant été à l'origine d'une collision en haute mer. L'Etat du pavillon était-il seul compétent pour exercer cette juridiction ? Ou bien y avait-il rattachement possible à d'autres ordres juridiques que celui du pavillon de la situation juridique qui s'était produite en haute mer ? La Cour a admis qu'il n'existait pas de règle de droit international attribuant à l'Etat du pavillon du navire responsable la compétence pénale exclusive à raison d'un abordage ayant causé mort d'hommes. Sept voix contre 5 se sont prononcées en faveur de l'affirmation de non-exclusivité de la compétence des tribunaux de l'Etat du pavillon, car l'opinion dissidente du juge John Bassett Moore, ainsi que l'arrêt le constate, « diffère de l'arrêt uniquement en raison des rapports entre les poursuites pénales visées en l'espèce et l'article 6 du Code pénal turc » (lequel admet, contrairement à l'opinion américaine dans l'affaire *Cutting*, le système de la « quasi-territorialité passive au profit des particuliers »). Le juge Moore a expressément précisé : « Je suis d'accord avec l'arrêt de la Cour lorsqu'il expose qu'il n'y a pas de règle de droit international en vertu de laquelle la compétence de connaître au criminel d'une collision en mer qui cause mort d'hommes appartient exclusivement au pays d'où ressortit le navire qui a causé le dommage ou à l'aide duquel le dommage a été causé. »

52. La décision de la CPJI *in re Lotus* a ramené à ses véritables proportions la règle de l'exclusivité d'action de l'Etat du pavillon en haute mer. Mais la solution, inattaquable en droit, donnée par la Cour peut entraîner éventuellement des conséquences pratiques dont on conçoit que le monde maritime se soit ému, et notamment l'Association internationale des officiers de la Marine marchande. Aussi pourrait-il être bon que la question de la juridiction et de la compétence pénale en matière d'abordage survenu en haute mer donnât lieu à des dispositions catégoriques (du genre de celles envisagées par le Comité maritime international), afin d'éviter des pluralités de poursuites à

l'occasion d'un même fait (Cf. *Examen d'ensemble du droit international*, op. cit., p. 40).

Section III. — L'unité de réglementation d'usage de la haute mer

53. La soumission permanente du navire à l'Etat dont il porte le pavillon assure l'application aux navires faisant usage de la haute mer de leurs législations nationales respectives. Mais ces législations, même lorsqu'elles se proposent des buts communs, peuvent chercher à les atteindre par des moyens différents. Or il est indispensable, dans certaines matières au moins, qu'il y ait une rigoureuse unité dans la réglementation adoptée : règles de route, feux, signaux entre navires, etc. Même pour les matières réglementées qui, par leur nature, ne requièrent point identité absolue de réglementation, une réglementation uniforme sera toujours souhaitable.

54. Sur un très grand nombre de points concernant la réglementation de l'usage de la haute mer, il sera donc ou nécessaire ou désirable que les Etats établissent des règles identiques et que ces règles lient, si possible, la totalité des usagers de la mer. Ce serait un progrès notable si un organe commun pouvait être investi de la mission d'établir ou de faire établir une réglementation commune.

55. Cette réglementation commune a, en fait, été établie jusqu'ici par deux procédés différents :

Celui des conventions — par lesquelles les Etats s'engagent à prendre un certain nombre de mesures prévues dans la Convention elle-même ou dans un règlement annexe;

Celui des réglementations nationales concordantes : les Etats adoptent parallèlement des textes nationaux calqués sur une réglementation semblant particulièrement heureuse et établie originairement dans un Etat par voie de législation interne.

Section IV. — Police générale de la haute mer

56. Le Règlement international pour prévenir les collisions en mer, comprenant les règles d'éclairage des navires, doit son origine à une entente intervenue en 1862 entre les Gouvernements britannique et français. A l'exemple du Gouvernement français qui avait accepté que les prescriptions de la loi anglaise du 29 juin 1862 fussent insérées dans la législation obligatoire pour les bâtiments français, de nombreux Etats avaient, par voie de législation interne, adopté les mêmes dispositions. Diverses revisions de ce règlement ont eu lieu. La Conférence de Londres qui a abouti à la Convention du 31 mai 1929 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, a mis sur pied un texte amélioré du Règlement pour prévenir les abordages en mer. Ce texte qui n'était pas destiné à faire l'objet d'une ratification de la part des Etats représentés à la Conférence, a passé dans leurs législations internes respectives par des procédés appropriés (Texte dans Hudson, *International Legislation*, n° 218 b, annexe 2, à la Convention de Londres, t. IV, p. 2825-2843).

57. Dans l'affaire du *Lotus*, l'agent français soulignait : « Bien qu'on parle de règlement international pour éviter les collisions en mer, il n'existe en réalité en la matière

que des règlements nationaux présentant une certaine uniformité laquelle a été voulue. » Le Gouvernement français prétendait justifier par là la thèse soutenue par lui que « les faits accomplis en haute mer à bord d'un navire de commerce ne sont, en principe, justiciables au point de vue pénal que des tribunaux de l'Etat dont le navire porte le pavillon », et il formulait ainsi son argument tel que la Cour le rapporte dans l'arrêt : « Attendu qu'il y a des raisons particulières de maintenir l'application de cette règle en cas d'abordage, raisons tirées notamment du fait que le caractère fautif de l'abordage s'apprécie à la lumière de règlements nationaux s'imposant au navire et dont l'exécution doit être surveillée par ses autorités nationales. » On sait que la Cour n'a pas retenu cette argumentation. L'article 41 de la Convention de Londres a réglé d'une manière uniforme les « commandements à la barre » en spécifiant qu'ils doivent être donnés sous la forme de commandements « directs ».

58. Les deux Conventions de Bruxelles du 23 septembre 1910 : a) sur l'abordage, et b) sur l'assistance et le sauvetage sont avant tout relatives à la solution de conflits de lois. Elles posent néanmoins des principes de police générale de la mer et en prévoient la sanction.

59. En vertu de l'article 8 de la Convention sur l'abordage, après un abordage, le capitaine de chacun des navires en collision est tenu, autant qu'il peut le faire sans danger sérieux pour son navire, son équipage et ses passagers, de prêter assistance à l'autre bâtiment, à son équipage et à ses passagers. Il est également tenu, dans la mesure du possible, de faire connaître à l'autre navire le nom et le port d'attache de son bâtiment, ainsi que le lieu d'où il vient et celui où il va. En vertu de l'article 11 de la Convention sur l'assistance et le sauvetage, tout capitaine est tenu, autant qu'il peut le faire sans danger sérieux pour son navire, son équipage et ses passagers, de prêter assistance à toute personne même ennemie, trouvée en mer en danger de se perdre.

60. Chacune des deux conventions contient un article, respectivement 9 et 12, en vertu duquel les HPC dont la législation ne réprime pas l'infraction à l'article dont il s'agit, s'engagent à prendre ou à proposer à leurs législatures respectives, les mesures nécessaires pour que ces infractions soient réprimées, avec obligation pour les HPC de se communiquer, aussitôt que possible, les dispositions déjà fixées ou qui viendraient à l'être pour l'exécution de cette disposition. Les deux conventions disposent qu'elles sont « sans application aux navires de guerre et aux navires d'Etat exclusivement affectés à un service public ». Il serait bon de généraliser les clauses existant déjà dans les règlements nationaux en vigueur dans les flottes de guerre de différents pays et invitant les commandants à donner aux bâtiments en danger toute assistance qui peut se concilier avec la situation de leurs unités et la mission dont ils sont chargés.

61. De plus, les pratiques des divers Etats diffèrent beaucoup en ce qui concerne les tribunaux ayant compétence en matière d'actions relatives à ces conventions (Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, 7^e éd., vol. I, par. 265 a, p. 552-553, pour l'indication de ces pratiques). L'apport de dispositions complémentaires aux Conventions de Bruxelles sur ces points pourrait réaliser

une amélioration intéressante. On doit signaler une décision du Tribunal mixte de Port-Saïd (*Crichton v. Samos Navigation Co. and Others*, *Annual Dig.*, 1925-1926, Case n° 1) admettant que la Convention de Bruxelles est applicable même aux non signataires.

62. La Convention de Bruxelles du 29 septembre 1938 sur l'assistance en mer aux aéronefs présente des différences sensibles par rapport à la Convention de Bruxelles du 23 septembre 1910 sur l'assistance en mer. Le cas d'un aéronef prêtant assistance à un navire ou à un autre aéronef sera assez rare et les aéronefs seront surtout les bénéficiaires de la Convention.

63. Dans la Convention de 1910, l'assistance est obligatoire quand il s'agit de sauver des personnes, mais une rémunération n'est due que pour l'assistance aux biens. S'il s'agit d'aéronefs, ce seront surtout des personnes qu'il y aura à sauver. L'article 2 impose, aux aéronefs comme aux navires, l'obligation de porter assistance aux personnes en mer et cette assistance donne lieu à indemnité, mais l'indemnité ne comprend que les frais exposés et non pas une rémunération proprement dite; elle est due même si les personnes assistées n'ont pas été finalement sauvées et l'indemnité est limitée. Le propriétaire du navire assisté par un aéronef peut se prévaloir de la limitation de responsabilité dont il peut bénéficier par ailleurs (Convention de Bruxelles du 25 août 1924). En ce qui concerne l'assistance aux biens, la Convention reproduit intégralement les dispositions de celle de 1910 avec le droit à une rémunération proprement dite.

64. La Convention de Londres pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, due à la catastrophe du *Titanic*, 14 avril 1912, eut une première version datée du 20 janvier 1914 mais qui, à raison de la première guerre mondiale, ne put recevoir en temps prescrit (31 décembre 1914) le plus grand nombre des ratifications. Une seconde conférence établit un nouveau texte signé à Londres le 31 mai 1929 (Hudson, *International Legislation*, n° 218, vol. IV, p. 2724-2771, avec règlement annexe n° 218 a, *ibid.*, p. 2771-2824, et annexe 218 b précitée, *ibid.*, p. 2825-2843). Le règlement comporta une modification le 17 janvier 1933 (*ibid.*, n° 323, vol. VI, p. 281).

65. Quatre ordres d'idées donnent lieu à des dispositions dans la Convention de Londres : 1° construction des navires; 2° engins de sauvetage; 3° télégraphie sans fil; 4° sécurité de la navigation. Les « Règles de Simla » (*Simla Rules*) du 11 juin 1931 remplacent pour les navires de pèlerins les chapitres 2 et 3 de la Convention du 31 mai 1929.

66. La Convention radiotélégraphique signée à Washington, le 25 novembre 1927 (Hudson, *International Legislation*, n° 185, vol. III, p. 2197 sqq; Règlement général annexe 185 a, *ibid.*, p. 2210-2269, et Règlement additionnel de la même date, *ibid.*, p. 2269-2277) contient d'abondantes dispositions intéressant la navigation; elles sont d'une technicité très accentuée. On se bornera à signaler que la Conférence radiotélégraphique de Washington a examiné un nouveau projet de code international des signaux qui avait été élaboré par les soins du Gouvernement britannique et a recommandé son adoption.

67. Le nouveau Code des signaux est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1934 par l'effet de réglementations nationales uniformisées. Ce code international des signaux qui sert aux communications des navires à la mer entre eux et des navires avec les postes de veille sémaphoriques, ne doit pas être confondu avec le système de signaux maritimes arrêté par l'Accord international de Lisbonne du 23 octobre 1930 entré en vigueur le 22 novembre 1931 (Hudson, *International Legislation*, n° 272, vol. V, p. 792-800). L'Accord de Lisbonne est relatif aux signaux des ports pour indication des coups de vent et tempêtes, marées, mouvements de navires.

68. Une série d'autres travaux importants ont été accomplis également à Lisbonne (doc. de la SDN, C.634, M.253, 1930, VIII), mais qu'il suffit de signaler d'un mot, car ils n'intéressent pas spécifiquement la haute mer, tout en y facilitant la navigation par l'unification du balisage et de l'éclairage des côtes. (Voir A. de Rouville, « Douze années de discussions internationales sur l'unification des caractères de la signalisation maritime », dans *Communications et mémoires de l'Académie de marine*, France, avril 1945, p. 1-30); Accord sur les bateaux-feux gardés qui se trouvent hors de leur poste normal, Lisbonne, 23 octobre 1930, entré en vigueur le 21 janvier 1931 (Hudson, *International Legislation*, n° 273, vol. V, p. 801-805); Convention pour un système uniforme de balisage maritime, 13 mai 1936 (*Ibid.*, vol. VII, p. 308); Arrangements régionaux concernant les radiophares maritimes, Paris, 8 juillet 1933 (*Ibid.*, n° 341, vol. VI, p. 419); Bordeaux, 28 avril 1934 (*Ibid.*, n° 378, vol. VI, p. 851) etc. Mentionnons également les arrangements pour l'entretien de certains phares en mer Rouge, Londres, 16 décembre 1930 (*Ibid.*, n° 278, vol. V, p. 853).

69. Enfin, on signalera comme tendant à rendre plus sûre la navigation l'importante Convention sur les lignes de charge, Londres, 5 juillet 1930 (*Ibid.*, n° 267, vol. V, p. 634 à 717). C'est dans un ordre d'idée analogue, mais dans un cadre géographique restreint, que se meut la Convention sur la navigabilité et l'équipement des navires, signée à Copenhague le 28 janvier 1926 (*Ibid.*, n° 153, t. III, p. 1828 *sqq.*, et déclaration portant amendement à la précédente, Copenhague, 11 juin 1928, *ibid.*, n° 153 a, *ibid.*, p. 1834).

70. A côté de ces conventions déjà réalisées qui ont trait à la police générale de la haute mer et à son utilisation plus facile et plus sûre, on doit mentionner les études entreprises en vue d'instituer une protection internationale contre le danger de pollution des eaux de la haute mer par le pétrole. Déjà un grand nombre de législations nationales ont pris des mesures à cet effet dans leurs eaux intérieures ou territoriales. Mais une solution satisfaisante du problème ne peut être qu'internationale. Une conférence internationale préliminaire tenue à Washington en juin 1926 sur l'invitation du Gouvernement des Etats-Unis a établi un projet de convention. En 1934, l'Organisation des communications et du transit de la SDN a repris la question sur l'initiative du Gouvernement du Royaume-Uni et il a été demandé au Conseil de la SDN d'autoriser l'Organisation à prendre les mesures nécessaires en vue de la préparation d'un avant-projet de convention contre la pollution des eaux

navigables par la décharge des hydrocarbures (doc. de la SDN C.527, 1934, VIII et A.20, 1935, VII).

Section V. — Polices spéciales de la haute mer

71. Quant aux polices spéciales de la haute mer, elles résultent de conventions dont on a noté plus haut le mécanisme juridique général. La plupart reposent en effet sur l'attribution à chacun des contractants au profit de leurs autorités à la mer et à l'égard des navires battant pavillon des autres Etats contractants de compétences dérogeant à la règle de base de l'interdiction absolue d'interférence dans la navigation des pavillons étrangers.

72. Toutefois, il faut signaler qu'un procédé de technique juridique complètement différent a été adopté pour la réglementation de la chasse à la baleine réalisée par la Convention de Genève du 24 septembre 1931, entrée en vigueur le 16 janvier 1935 [Hudson, *International Legislation*, n° 295, vol. V., p. 1081-1089; Convention supplémentaire, 8 juin 1937, entrée en vigueur le 7 mai 1938, *ibid.*, vol. VII, p. 754-762; Protocoles de Londres : a) du 24 juin 1938, *ibid.*, p. 762; b) du 7 février 1944, Misc. n° 1, 1944, Cmd. 6510; Convention signée à Washington le 2 décembre 1946, entrée en vigueur le 10 novembre 1948, A.J.I.L. (1949), vol. 43, Supplément 185, p. 174].

73. La Convention ne contient aucune disposition donnant à chacune des HPC en dehors de ses eaux juridictionnelles soit des pouvoirs de police, soit des pouvoirs de constatation à l'égard des navires battant pavillon des autres HPC. Le système de surveillance repose sur l'obligation pour chaque navire se livrant à la chasse à la baleine de donner sur son activité des renseignements circonstanciés à ses autorités nationales et, pour chaque gouvernement, de communiquer ces renseignements — et, en plus, ceux relatifs aux opérations concernant les baleines ayant eu lieu dans le ressort de sa juridiction — à « un organisme établi en vue de recueillir et de distribuer les statistiques de l'industrie baleinière », pour qu'il en soit tiré les conclusions et mesures pratiques appropriées de contingentement des captures autorisées.

74. Il n'y a pas lieu de s'étendre davantage sur ces polices spéciales de la haute mer. Il est désirable qu'elles s'accroissent en nombre au fur et à mesure que le besoin se fera sentir d'une réglementation portant sur un nouvel ordre d'idées et qu'une étude technique approfondie de la question permette d'arrêter au préalable des mesures efficaces en vue d'atteindre les résultats désirés.

75. A cet égard, on ne saurait trop rendre hommage aux recherches scientifiques poursuivies en matière de protection de certaines espèces par le Bureau international de Copenhague pour l'exploration de la mer ou par d'autres organismes analogues internationaux ou nationaux, et qui ont permis la conclusion de conventions, telles que l'accord sur la réglementation de la pêche de la plie et du carrelet en Baltique (Berlin, 17 décembre 1929, Hudson, *International Legislation*, n° 236 et 236 a, vol. V., p. 119-123 et 123-125) ou la Convention concernant la protection de la plie dans le Skagerrak, le Cattegat et le Sund (Stockholm, 31 décembre 1932), entrée en vigueur le 22 juin 1933 (*Ibid.*, *International Legislation*, n° 322,

vol. VI, p. 277-280 et Protocole final n° 322 a, *ibid.*, p. 280-281).

Deuxième partie

DES PARTIES DE LA HAUTE MER FAISANT, DE LA PART DES ÉTATS RIVERAINS, L'OBJET DE PROJECTIONS DE COMPÉTENCES ÉTATIQUES, MAIS SANS QUE CES ESPACES CESSENT D'APPARTENIR À LA HAUTE MER

76. La partie la plus délicate, comme aussi la plus importante du droit de la haute mer, concerne non plus la haute mer en général dont il a été parlé jusqu'ici, mais certaines parties de la haute mer sur lesquelles les États riverains prétendent à certaines compétences étatiques, sans pour cela prétendre que les espaces maritimes dont il s'agit cessent de faire partie de la haute mer. Ce phénomène de projection sur la haute mer de compétences étatiques spécialisées a pris à notre époque un développement considérable tant en ce qui concerne les intérêts qui sont à son origine qu'en ce qui concerne l'étendue même des espaces qui en sont l'objet. Mais il ne faut pas y voir quelque chose d'entièrement nouveau et de propre à notre temps : la « zone de haute mer contiguë aux eaux territoriales » s'apparente étroitement à la vieille pratique des *hovering acts* et si la Grande-Bretagne, mère des *hovering acts*, a catégoriquement renié cette maternité depuis le *Customs Consolidation Act* de 1876, l'observateur et l'interprète ne sauraient méconnaître l'identité de substance qui unit l'une à l'autre les deux institutions.

77. Les eaux se trouvant dans le voisinage des côtes peuvent être désignées par des expressions purement géographiques telles que celles d'eaux adjacentes, d'eaux marginales, d'eaux côtières ou de toutes autres analogues. Ces expressions géographiques ne font pas de distinction entre l'ensemble des eaux qu'elles désignent et elles les considèrent comme un tout s'opposant aux eaux éloignées des côtes, à la haute mer au sens général et vulgaire du mot. Mais le droit ne saurait s'en tenir à ces seules expressions géographiques : celles-ci ont en effet le tort de ne pas laisser apercevoir que ces eaux appartiennent à deux catégories juridiques différentes : d'une part, les eaux territoriales; d'autre part, la zone de haute mer contiguë aux eaux territoriales ou, plus brièvement, la zone contiguë.

78. La mer territoriale se caractérise par le fait que l'État riverain y possède l'intégralité des compétences étatiques. L'article premier des articles établis par la Conférence de codification de La Haye de 1930 (2^e Commission, régime juridique de la mer territoriale) dispose : « al. 1. — Le territoire de l'État comprend une zone de mer désignée dans cette convention sous le nom de mer territoriale. Al. 2. — La souveraineté sur cette zone s'exerce dans les conditions fixées par la présente convention et par les autres règles du droit international. »

79. Le Rapporteur de la Commission, M. le professeur François, fait suivre ce texte d'« observations » qui débutent ainsi : « En stipulant que la zone de mer territoriale forme une partie du territoire de l'État, on a voulu exprimer que le pouvoir exercé par l'État sur cette zone ne diffère point, de par sa nature, du pouvoir que l'État

exerce sur le domaine terrestre. C'est également pour cette raison qu'on a retenu le terme *souveraineté*, qui caractérise mieux que tout autre la nature juridique de ce pouvoir... » L'article 2 de ces mêmes articles contient également une précision qu'il est dès maintenant intéressant de retenir : « al. 1. — Le territoire de l'État riverain comprend aussi l'espace atmosphérique au-dessus de la mer territoriale, ainsi que le sol recouvert par cette mer et le sous-sol. »

80. Les « observations » de M. le professeur François sont conçues en ces termes : « On a voulu insérer une stipulation formelle concernant le régime juridique de l'air au-dessus de la mer territoriale, le sol recouvert par ces eaux et le sous-sol. Le texte rédigé suit de près celui de l'article précédent. Il s'ensuit que l'État riverain exerce aussi, dans l'espace atmosphérique au-dessus de la mer territoriale, sur le sol et sur le sous-sol, la souveraineté. »

CHAPITRE PREMIER. — LA ZONE CONTIGÜE

81. La « zone contiguë » est bien différente de la mer territoriale, ainsi que suffirait à l'indiquer l'expression complète dont les deux mots usuels « zone contiguë » ne sont qu'une faible partie : zone de haute mer contiguë aux eaux territoriales. Etant une partie de la haute mer, son statut est dominé par l'idée de souveraineté. Il y a donc une distinction radicale à établir entre la zone contiguë et la mer territoriale. La mer territoriale, qui appartient au territoire, est la zone maritime de l'intégralité des compétences de l'État riverain sous les limitations que le droit international impose au pouvoir étatique quant à la souveraineté sur la mer territoriale et dont la principale est le passage inoffensif ou innocent. La zone contiguë est la zone maritime des compétences fragmentaires et spécialisées de l'État riverain.

82. La zone contiguë n'est pas une conception artificielle des juristes. C'est une donnée des faits et une création de l'histoire. Le rapport Schucking (Experts, p. 7) a rappelé à bon droit que de l'examen des faits ressortent les « habitudes traditionnelles des États de créer des zones déterminées pour des buts concrets dans leur législation et leur pratique administrative ».

83. Le *Research Committee de Harvard* (p. 251) a montré d'une manière excellente dans quelle direction la construction juridique de ces faits peut être cherchée et pourquoi la zone contiguë, distinguée de la mer territoriale, constitue la meilleure solution du problème des eaux adjacentes, en excluant celle qui consisterait à définir la mer territoriale de façon à couvrir l'espace maximum dans lequel un État riverain peut exercer une autorité, de quelque sorte qu'elle soit, cette définition étant conjuguée avec le refus d'un pouvoir quelconque en dehors des eaux territoriales. Le *Research Committee* a préconisé dans son projet d'article 2 le système consistant à définir la mer territoriale comme une zone sur laquelle l'État riverain a la plénitude des compétences étatiques, en reconnaissant que, sur la haute mer adjacente à cette zone territoriale l'État riverain peut exercer certaines compétences déterminées.

84. Enfin, le *Research Committee de Harvard* a parfaitement réfuté l'objection que l'on voudrait adresser à ce point de vue en la tirant de la crainte que ce système

pourrait porter atteinte à la liberté de la haute mer en admettant que l'Etat riverain serait fondé à exercer certaines compétences au-delà de sa mer territoriale. Comme l'a dit le rapport du *Research Committee*, il n'y a aucune atteinte portée à la liberté de la haute mer vu que, au lieu d'étendre la zone de la mer territoriale pour toutes les fins possibles et en restreignant ainsi la haute mer, l'étendue de celle-ci se trouve au contraire sans aucune diminution, l'Etat riverain pouvant seulement exercer certaines compétences spécialisées dans la zone de haute mer contiguë à la mer territoriale.

85. Il y a donc une différence complète de statut juridique entre d'une part, la mer territoriale et, d'autre part, la zone contiguë, celle-ci faisant partie de la haute mer et étant dominée par le principe de liberté qui forme la base du statut de celle-ci. Il est en effet capital de noter que le choix des compétences spécialisées que l'Etat riverain peut exercer légitimement en haute mer au-delà de la limite de sa mer territoriale, ne dépend pas du bon plaisir de cet Etat : elles ne sont opposables aux pavillons étrangers — en dehors, bien entendu, du cas de conventions spéciales conclues à cet effet avec tel ou tel Etat — que dans la mesure où le droit international reconnaît la catégorie déterminée d'intérêts dont il s'agit à bénéficier au-delà de la mer territoriale de la protection que l'Etat riverain établirait à cet effet par voie unilatérale.

86. La notion de zone de haute mer contiguë à la mer territoriale est une notion de technique juridique tendant à la validation des compétences spéciales de l'Etat riverain en haute mer au-delà de la limite de sa mer territoriale. Elle repose, comme la mer territoriale elle-même, sur une idée de protection des intérêts de l'Etat riverain, mais cette protection n'est plus plénière et *a priori* : elle s'est spécialisée et limitée à ceux des intérêts de l'Etat riverain que le droit international admet au bénéfice d'une protection *erga omnes* dans les espaces de haute mer avoisinant les côtes de l'Etat riverain.

87. Ce sont essentiellement les intérêts fiscaux et douaniers de l'Etat riverain qui ont amené l'institution de la zone contiguë. Mais nombreux sont les autres intérêts en faveur desquels des Etats riverains ont réclamé le bénéfice de la protection du droit international par la reconnaissance de la validité d'office (c'est-à-dire en dehors de conventions) des compétences revendiquées par eux en haute mer au-delà de la limite de leur mer territoriale. Sans prétendre en faire un catalogue complet qui ne semble ni possible ni désirable, on peut, à l'aide des réponses des Etats lors des travaux préparatoires de la première Conférence de codification, donner, à titre d'exemples, la liste des intérêts invoqués (en plus de la surveillance douanière et fiscale) comme susceptibles de motiver la revendication d'une zone contiguë plus ou moins étendue : police sanitaire (rapport du Comité d'experts); protection du territoire contre les dangers que pourrait entraîner, pour l'Etat riverain, le voisinage de certains navires (rapport du Comité préparatoire); police de la navigation (Allemagne); droit d'établir des bouées ou bateaux-phares pour la sécurité de la navigation au-delà de la limite de 3 milles, mais sans prétention à un droit de souveraineté (Allemagne, Belgique); conservation des richesses de la mer (Danemark); pêche et exclusivité de la pêche au profit des nationaux de l'Etat

riverain (le Portugal seul présente cette demande et le rapport prend acte que « les réponses des gouvernements ne permettent pas d'envisager un accord pour une extension en dehors des eaux territoriales des droits exclusifs de l'Etat riverain en matière de pêche »); exécution de tirs par l'artillerie terrestre et l'aviation en temps de paix à une distance supérieure à 3 milles (Belgique).

88. A ces diverses matières est venue s'ajouter la très importante revendication — dès maintenant élevée positivement par un certain nombre de gouvernements — de l'exploitation des ressources naturelles du sol et du sous-sol de leur plateau continental au-delà de la limite des eaux territoriales. D'autre part, les distances à partir du rivage auxquelles ces revendications de compétence ont prétendu s'exercer sur la haute mer se sont considérablement accrues. Il convient de rappeler les principaux faits concernant les aspects modernes de la question de la projection sur la haute mer de certaines compétences spécialisées des Etats riverains.

CHAPITRE II. — ASPECTS MODERNES DE LA PROJECTION SUR LA HAUTE MER DE CERTAINES COMPÉTENCES SPÉCIALISÉES DES ÉTATS RIVERAINS

Section I. — L'*Anti-smuggling Act* américain de 1935

89. Le régime de la prohibition des spiritueux est venu, spécialement aux Etats-Unis, donner à la question de la surveillance fiscale et douanière un intérêt considérable. Seize *liquor treaties*, appartenant à deux types, ont réglé à ce point de vue les rapports des Etats-Unis avec les principaux Etats maritimes. Il n'en reste pas moins que ce règlement conventionnel de la question a accru l'autorité de ce qui doit être considéré nonobstant les oppositions individuelles — si notables qu'en aient pu être les auteurs — comme un principe de droit international commun que l'Etat est fondé à exercer des compétences étatiques en matière douanière et fiscale à l'égard des pavillons étrangers au-delà des limites de sa mer territoriale, à la condition que ces prétentions s'exercent dans des limites raisonnables (*Church v. Hubbard*, 1804, 2 Cranch, 187; *Scott*, Cases, 361). En ce qui concerne ces limites, les Etats-Unis, par l'adoption dans les *liquor treaties* du critère du rayon horaire — *one hour steaming radius* — ont substitué à des fixations invariables un critère souple dont l'inspiration devait se retrouver dans la législation des Etats-Unis qui succéda au régime de prohibition abrogé le 5 décembre 1933.

90. L'*Anti-smuggling Act* du 5 août 1935, autorisant le Président américain, sous certaines conditions, à délimiter des zones de haute mer au-delà de 12 milles du rivage et y permettant l'action contre la contrebande, constitue une projection hardie de compétences étatiques de la part d'un Etat riverain sur la haute mer pour la défense de ses intérêts fiscaux et douaniers. La *Customs enforcement area* reçoit une étendue variable suivant les lieux et suivant les temps; elle est fixée par le Président sur la base des indications qui lui sont données par les douanes; elle peut s'étendre, en direction de la mer, à 50 milles des 12 milles de la côte et, dans les directions latérales, à 100 milles de chaque côté, donc à 200 milles en tout du foyer de l'activité délictueuse

signalée. D'autres innovations intéressantes, mais touchant moins directement la matière traitée ici, pourraient être mentionnées [Jessup, *A.J.I.L.*, vol. 31 (1937), p. 101 sqq.; Robertson, *Michigan Law review* (mai 1937), vol. 35, p. 1146-1157] dans cette loi importante.

91. On se bornera à attirer l'attention sur les traits nouveaux de ce texte au point de vue de la projection sur des espaces de haute mer de la compétence de l'Etat riverain. D'abord, au point de vue du temps, cette projection n'est pas permanente; le Président n'exerce qu'en cas de besoin les pouvoirs spéciaux qui lui sont dévolus. Au point de vue de l'espace, la zone d'exercice de ces pouvoirs est extrêmement étendue; vers le large elle s'étend; en ce qui concerne les navires dits « non conventionnels » à 50 + 12 milles, soit 62 milles (environ 115 kilomètres) : sont dits « non conventionnels » les bâtiments suspects battant pavillon d'un Etat n'ayant pas de *liquor treaty* avec les Etats-Unis; en ce qui concerne les « navires conventionnels » (c'est-à-dire battant pavillon d'un Etat ayant un *liquor treaty* avec les Etats-Unis), la zone de surveillance comprend, à compter de la limite extérieure des eaux douanières de 12 milles, non seulement les 50 milles de la loi, mais encore la distance susceptible d'être franchie en une heure par le navire : comme il s'agit de bâtiments par définition très rapides, puisque le succès de leurs opérations dépend en partie de leur aptitude à surclasser en vitesse les unités de surveillance, la zone d'action peut atteindre vers le large une distance de l'ordre de 80 à 90 milles (150 à 167 kilomètres environ).

92. Par contre les pouvoirs revendiqués ne le sont qu'à l'égard de navires suspects, d'un type assez étroitement défini par les conditions mêmes de leur navigation coupable, ce qui laisse indemnes de la soumission à ces compétences les usagers de la haute mer naviguant *bona fide*. Ces compétences sont ainsi revendiquées à l'encontre de délinquants spécialement visés et non pas sur une certaine portion de l'espace. Rien ne ressemble donc moins à une revendication de « souveraineté » sur la haute mer du genre de celles de l'ancien style.

93. Ainsi s'explique l'étendue des compétences revendiquées qui paraîtrait exorbitante et inadmissible dans les conceptions classiques et en fonction des anciennes notions de l'espace auquel sont inhérents certains droits au profit d'un certain Etat. En fait il a été fait usage à cinq reprises entre le 7 août 1935 et le 27 décembre 1935 par le Président américain des pouvoirs à lui conférés. Depuis la fin de 1935 et jusqu'en 1939 aucune zone nouvelle n'avait été annoncée. Les renseignements pour la période ultérieure ne sont pas connus.

Section II. — La Conférence de codification de La Haye de 1930 et la zone contiguë

94. Chronologiquement l'important épisode du régime de prohibition aux Etats-Unis (auquel on a rattaché l'*Anti-smuggling Act* de 1935 qui en est comme l'épilogue) se place avant la Conférence de codification de La Haye de 1930. Les travaux préparatoires et les débats de celle-ci ont incontestablement favorisé le mouvement d'extension sur la haute mer des compétences de l'Etat riverain.

95. La Conférence de 1930, avant et pendant les débats

comme après, a été à l'origine des études les plus approfondies qui aient jamais été consacrées à la zone contiguë. La question de la zone contiguë a été la question charnière de la Conférence : l'admission de la zone contiguë permettait en effet de réaliser un accord pratique entre les Etats divisés sur le problème crucial de la mer territoriale, à savoir le problème de sa largeur. Dès avant la Conférence le projet de convention établi par le professeur W. Schucking, tout en fixant à 6 milles l'étendue de la mer territoriale, prévoyait, immédiatement au-delà de celle-ci, une autre zone de 6 milles où l'Etat riverain eût été admis à exercer des « droits administratifs », suivant l'expression employée par l'éminent jurisconsulte allemand.

96. Le Comité préparatoire dont le professeur Basdevant était rapporteur, avait prévu que la largeur de la mer territoriale serait en principe de 3 milles, mais serait de largeur supérieure pour quelques Etats nominativement désignés (afin de tenir compte des réglementations prévalant de longue date chez eux. Etats scandinaves, 4 milles; Etats ibériques et ibéro-américains, 6 milles). Au-delà de la mer territoriale une zone contiguë de haute mer était prévue, pouvant s'étendre jusqu'à 12 milles du rivage; dans cette zone les Etats riverains pourraient prendre, à l'égard de tous les pavillons, des mesures de contrôle pour certains objets déterminés : « Sur la haute mer contiguë aux eaux territoriales l'Etat riverain peut prendre les mesures de contrôle nécessaires en vue d'éviter sur son territoire ou dans ses eaux territoriales, soit les contraventions à ses lois de police douanière ou sanitaire, soit les atteintes à sa sûreté de la part de navires étrangers — Ces mesures de contrôle ne pourront être prises au-delà de 12 milles marins à compter de la côte. » (Base n° 5 des bases de discussion établies par le Comité préparatoire.)

97. Il est inutile de rappeler les conditions dans lesquelles la Conférence ne put parvenir à un accord en ce qui concerne une détermination uniforme de la largeur de la mer territoriale, ni en ce qui concerne la solution transactionnelle qui avait été envisagée par le Comité préparatoire sous forme d'institution d'une zone contiguë de haute mer, supplémentant, en ce qui concerne certains objets particuliers, le domaine d'exercice des compétences étatiques de l'Etat riverain. Malgré l'échec formel de la Conférence de codification de La Haye de 1930 en ce sens qu'elle n'a pu aboutir à la signature d'aucune convention sur la mer territoriale, il n'en est pas moins certain que son importance a été considérable en ce qui concerne le droit des eaux adjacentes et qu'elle a été le point de départ d'une période nouvelle en cette matière. On constate notamment, après la Conférence de 1930, l'accroissement de l'importance de la zone contiguë tant par l'étendue spatiale que par la multiplication des intérêts d'où elle tire son origine. Nous connaissons déjà l'*Anti-smuggling Act* de 1935. Passons à la zone de sécurité de Panama de 1939.

Section III. — La zone de sécurité de Panama de 1939

98. La zone de sécurité établie à la Conférence de Panama le 3 octobre 1939 est nettement dans la ligne du développement général des projections de compétence étatique des Etats riverains sur la haute mer. Des diver-

gences de vues s'étaient produites à la Conférence de codification de 1930 sur le point de savoir si, dans l'intérêt général de sa sécurité en donnant au mot son sens le plus large et sans préciser qu'il s'agit de tel ou tel aspect de la sécurité, comme par exemple la sécurité sanitaire, la sécurité de la navigation, etc., un Etat était fondé à projeter ses compétences étatiques jusque sur les espaces de haute mer au-delà de ses eaux territoriales. Le professeur François, rapporteur de la Deuxième Commission, a clairement exposé dans son rapport (p. 4) la raison des attitudes prises : « D'autres Etats se sont déclarés disposés à accepter à la rigueur la zone contiguë pour l'exercice des droits douaniers; mais ils refusaient d'y reconnaître à l'Etat riverain les droits de *contrôle* en vue d'éviter des atteintes à sa sûreté. Pour autant qu'il ne s'agirait que d'un droit de légitime défense contre des attaques, la reconnaissance d'un droit spécial serait, de l'avis de ces Etats, superflue, puisque ce droit découle déjà des principes généraux du droit international; si, d'autre part, on envisageait l'attribution d'une compétence plus large en cette matière, on créerait un danger grave pour la liberté de la navigation, sans donner, d'autre part, une garantie efficace à l'Etat riverain. Par contre, il y avait d'autres Etats qui considéraient l'attribution d'une compétence de ce genre dans la zone contiguë comme d'intérêt primordial. »

99. Il ne manquait pas complètement de précédents législatifs en faveur de la reconnaissance à l'Etat de certains droits en matière de sécurité sur mer. On peut noter la présence de la notion de sécurité dans le *Territorial Waters Jurisdiction Act 1878* (41 & 42 Vict c. 73) dont le Préambule s'exprime ainsi : « *Whereas the rightful jurisdiction of Her Majesty, her heirs and successors, extends and has always extended over the open seas adjacent to the coasts of the United Kingdom and of all other parts of Her Majesty's Dominions to such a distance as is necessary for the defense & security of such Dominions.* » La clause interprétative de l'article contient ces mots : « *The territorial waters of Her Majesty's Dominions in reference to the sea means such part of the sea adjacent to the coast of the United Kingdom or the coast of some other part of Her Majesty's Dominion as is deemed by international law to be within the territorial sovereignty of Her Majesty.* »

100. Si le *St. Helena hovering Act* de 1816 est le plus illustre ancêtre — avec d'ailleurs quelques traits exceptionnels — des textes législatifs en matière de mesures de sécurité applicables en haute mer à l'égard de n'importe quel pavillon, la distance de 24 milles dans laquelle il s'appliquait autour de l'île paraît bien modeste à côté de celles que fixe la Déclaration de Panama du 3 octobre 1939. On ne saurait d'ailleurs omettre de signaler qu'il s'agit de la situation de neutralité. Dès la Conférence de codification de 1930, le délégué du Portugal prévoyait à quels développements des zones de sécurité donneraient lieu les guerres futures : « Je pense, disait-il, que ... en temps de guerre les Etats neutres auront besoin d'une étendue de mer territoriale bien supérieure à trois milles pour défendre leur intégrité et pour accomplir d'une façon parfaite les devoirs de neutralité que leur impose le droit international ... Tout le monde est d'accord pour reconnaître que la plus grande vitesse des bateaux et des avions, ainsi que la plus grande portée de l'artillerie

moderne, rendent insuffisante l'étendue de trois milles pour mettre le territoire d'un Etat à l'abri des conséquences préjudiciables résultant d'actes pratiqués au-delà de cette limite. » (*Actes*, p. 129.) Peut-être au surplus peut-on penser que, la neutralité étant une position temporaire, la déclaration d'une zone, même extrêmement étendue, en matière de neutralité, donne moins prise aux objections que ne le ferait une zone d'application permanente.

101. Dès le début des hostilités en Europe, en septembre 1939, le Président Roosevelt donnait ordre aux bâtiments de guerre américains de patrouiller jusqu'à 200 milles des côtes des Etats-Unis « pour surveiller les activités des navires belligérants ». Peu de jours après, le 16 septembre 1939, une déclaration du Président venait établir une distinction dont l'imprécision ne pouvait pas être fortuite, entre cette zone de surveillance et les eaux territoriales : « Les eaux territoriales s'étendent, disait-il, jusqu'à la distance exigée par les intérêts des Etats-Unis, ce qui ne signifie pas nécessairement les 200 milles patrouillés par les bâtiments de guerre pour surveiller les activités des navires belligérants. » Le 25 septembre, M. Sumner Welles faisait devant la Conférence de Panama un exposé qui constitue une introduction autorisée à la Déclaration du 3 octobre suivant. « Je crois, disait le Secrétaire d'Etat, je crois que le moment est venu où les 21 Républiques américaines doivent déclarer nettement à tous les belligérants qu'elles ne peuvent admettre que la sécurité de leurs nationaux ou que leurs droits et intérêts commerciaux légitimes soient menacés par les activités des belligérants à proximité des côtes du Nouveau Monde. Cette affirmation de principe doit être considérée comme constituant une déclaration du droit inaliénable qu'ont les Républiques américaines de se protéger dans la mesure du possible contre les dangers et les répercussions d'une guerre qui a éclaté à des milliers de kilomètres et à laquelle elles ne participent pas. »

102. Dans la Déclaration de Panama du 3 octobre 1939 il était dit que « la nature de la présente conflagration ... ne justifierait aucune obstruction aux communications interaméricaines qui, découlant d'intérêts importants, réclament une protection adéquate. Ce fait exige que soit délimitée une zone de sécurité englobant toutes les routes maritimes normales de communication et de commerce entre les pays d'Amérique ... Il n'y a pas de doute que les gouvernements des Républiques américaines sont dans la nécessité ... comme mesure d'autoprotection de tenir fermement à ce que les eaux jusqu'à une distance raisonnable de leurs côtes restent indemnes de la commission d'actes d'hostilité ou de l'entreprise d'activités de belligérance de la part des nations engagées dans une guerre dans laquelle lesdits gouvernements ne sont pas impliqués ... »

103. En conséquence, la Déclaration portait : « 1° En tant que mesure d'autoprotection du continent, les Républiques américaines, aussi longtemps qu'elles maintiennent leur neutralité, sont fondées, comme par droit inhérent, à ce que les eaux adjacentes au continent américain qu'elles considèrent comme d'un intérêt primordial et d'une utilité directe dans leurs relations, demeurent libres de la commission de tout acte d'hostilité par une nation belligérante non américaine, que ces actes d'hostilité

soient tentés ou réalisés par voie terrestre, maritime ou aérienne. » La définition de ces eaux faisait ressortir une largeur de la zone variant de 50 milles à 300 milles et cela sur une longueur de plusieurs dizaines de milliers de kilomètres.

104. Ce n'est pas le lieu d'examiner les dispositions contenues dans les autres articles de la Déclaration et qui traitent des mesures à prendre pour en assurer l'observation. La note britannique du 13 octobre 1939 insista sur ce qu'il n'était aucunement question de faire de cette zone « une extension des eaux territoriales ». « Jadis beaucoup de prétentions extravagantes furent émises par les diverses nations quant à la limite de leurs eaux territoriales; mais, depuis ces jours lointains, ces prétentions ont été rigoureusement modifiées et il est maintenant reconnu généralement qu'aucune nation ne peut légitimement avoir la prétention d'étendre sa juridiction sur de larges étendues d'océan ou d'avoir le contrôle ou d'interrompre les mouvements des navires étrangers en haute mer. » La note de l'amirauté, après avoir rappelé la position que prit la Grande-Bretagne lors de la signature du *liquor treaty* anglo-américain de 1924, se termine sur l'affirmation que « la Grande-Bretagne, comme beaucoup d'autres pays, refuse depuis longtemps de reconnaître les prétentions qui tendraient à attribuer une trop grande largeur à la ceinture des eaux territoriales ».

105. Les faits — sous la forme surtout du combat du cuirassé allemand *Admiral Graf von Spee* contre les croiseurs britanniques *Ajax*, *Achilles*, *Exeter*, puis *Cumberland* — mirent à assez sérieuse épreuve la zone de sécurité américaine instituée par déclaration unilatérale. L'une des conséquences de ces événements fut la recommandation faite le 8 août 1941 par la Commission interaméricaine de neutralité de porter l'étendue des eaux territoriales à 12 milles à partir du rivage (une proposition originale, faite par l'Uruguay, avait suggéré la distance de 25 milles).

106. La zone de sécurité établie à Panama en 1939 a été l'objet d'extensions nouvelles de la part de la Conférence interaméricaine pour le maintien de la paix et de la sécurité du continent américain tenue à Pétropolis-Rio-de-Janeiro du 5 août au 2 septembre 1947 : l'article 4 du traité d'assistance réciproque y a fait rentrer de vastes régions polaires, arctiques et antarctiques. Le Bulletin de l'Union panaméricaine du mois d'octobre 1947 (p. 558) a publié un croquis des limites de cette zone qui, au nord, englobe le Groenland et, au sud, va jusqu'au pôle sud.

107. La Déclaration de Panama a accru d'un précédent important le nombre des faits de pratique que, dès avant ce moment, on pouvait invoquer en faveur du droit pour les Etats riverains de prétendre écarter du voisinage de leurs côtes, au-delà de leur mer territoriale, les pavillons étrangers, lorsqu'ils pouvaient considérer leur sécurité comme menacée. Il est difficile encore cependant de penser que le droit international reconnaisse comme légitimes ces interdictions de navigation dans des zones étendues de haute mer à proximité des côtes : elles ne paraissent admissibles que dans des parages limités, pour des périodes limitées et jusqu'à des distances limitées des points qui paraissent requérir protection. La zone contiguë pour des intérêts de sécurité ne semble pas pouvoir être considérée comme une institution de droit international

dont l'Etat riverain puisse se prévaloir, au-delà de ses eaux territoriales, à l'encontre des pavillons étrangers, en dehors de leur assentiment.

Section IV. — Les pêcheries

1. — POSITION DES QUESTIONS

108. Les pêcheries constituent une matière d'une importance extrême et qui, à la différence des intérêts de douanes ou de sécurité, nous placent, en présence de problèmes dépassant le cadre des intérêts particuliers du seul Etat dont les eaux côtières sont considérées.

109. D'une part, les fonds de pêche situés en haute mer devant les côtes d'un Etat donné peuvent être, et sont en fait, fréquemment par des pêcheurs d'autres Etats. D'autre part, les conséquences des déprédations commises et des destructions exagérées en un lieu se feront sentir en plusieurs autres. Il y a donc en cette matière une véritable solidarité d'intérêts entre les Etats d'une même région et qui dépasse parfois ces simples régions.

110. Les ressources fournies par la pêche à l'alimentation humaine ne sauraient être négligées en un temps où les destructions inhérentes à la guerre ont été l'origine de pénuries si profondes et si durables et où il paraîtrait, d'après l'indication donnée par sir Cecil Hurst à la *Grotius Society* du 1^{er} décembre 1948, que le nombre des bouches à nourrir dans le monde s'accroît chaque jour de 65 000 unités. L'importance de la pêche pour la subsistance de l'humanité se tirerait déjà de ce seul fait que la Division des pêcheries constitue l'une des trois branches de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture.

111. Aucune question de droit international ne se pose en ce qui concerne la pêche dans la mer territoriale; il est certain que, dans la mer territoriale, la réglementation de la pêche appartient en principe (et par cette expression on réserve l'hypothèse de traités) au seul Etat riverain. Il est admis aussi que l'Etat riverain peut y réserver l'exercice de la pêche à ses seuls ressortissants et en exclure les pêcheurs étrangers.

112. Mais la difficulté commence si la largeur de la mer territoriale devant les côtes d'un pays donné apparaît comme insuffisante pour assurer l'efficacité de la réglementation établie par l'Etat riverain en vue de la conservation des fonds et s'il apparaît comme nécessaire à cet effet que la réglementation porte sur un espace plus large que celui des eaux territoriales.

2. — ZONE CONTIGUË OU EXTENSION DE LA MER TERRITORIALE

113. Deux solutions sont alors possibles : ou bien l'Etat riverain décide d'étendre sa mer territoriale et d'en reporter les limites à quelque distance vers le large; ou bien l'Etat riverain, sans étendre les limites de sa mer territoriale (c'est-à-dire de l'espace où il peut réserver la pêche à ses seuls nationaux et par suite exiger normalement de tous les pêcheurs l'observation des réglementations nécessaires) prétend, sur une certaine zone de haute mer contiguë à ses eaux territoriales, prendre des mesures applicables aux étrangers aussi bien qu'à ses nationaux,

en vue d'empêcher les déprédations et les pratiques diverses nuisibles à une conservation sagement étendue de la faune maritime. Cette seconde solution signifie que l'Etat riverain prétend projeter ses compétences étatiques sur la haute mer pour y établir, dans l'intérêt de la pêche, une réglementation s'imposant non seulement à ses ressortissants (ce qui est son droit évident en tous lieux de la haute mer) mais encore aux étrangers. En d'autres termes cette seconde solution comporte l'institution par l'Etat riverain d'une zone contiguë en matière de pêche.

114. Mais la question est précisément de savoir si le droit international admet les intérêts en matière de pêche sur la liste des intérêts qui justifient la création par l'Etat riverain, agissant par voie unilatérale, d'une zone contiguë. Si le droit international n'autorise pas la création d'une zone contiguë en matière de pêche par l'Etat riverain agissant unilatéralement, il faudra que, dans l'espace de haute mer considéré où la réglementation de la pêche sera jugée nécessaire par lui, l'Etat riverain parvienne à la conclusion d'une convention rendant obligatoire pour tous les pavillons prenant part à la pêche dans ces parages la réglementation posée. Il suffira que quelques Etats, voire un seul, si le nombre de ses pêcheurs dans ces parages est important, refusent de se lier par convention, pour que toute réglementation soit pratiquement inopérante. On voit par là l'intérêt de la zone contiguë en cette matière.

115. L'établissement par l'Etat riverain le plus intéressé de mesures applicables à *tous* — étrangers ou nationaux — dans l'intérêt de la conservation des fonds au-delà de la mer territoriale, constitue une mesure de protection objective des pêcheries. La création d'une zone contiguë en matière de pêcheries ne comporte nullement l'exclusivité de la pêche au profit des nationaux de l'Etat riverain : l'extension des limites d'exclusivité de la pêche au profit des nationaux de l'Etat riverain ne peut se réaliser que par l'extension des limites de la mer territoriale de l'Etat riverain.

116. Il semble certain que des raisons fortes — et qui le deviennent de plus en plus — militent en faveur de la reconnaissance par le droit international de l'institution de la zone contiguë en matière de pêche. La mer territoriale est un espace juridique et non pas un espace biologique. Si les limites de la mer territoriale sont fixées sans considération des conditions de vie et de reproduction des espèces, tout l'espace se trouvant au-delà des limites de la mer territoriale demeurera privé de la protection qu'il serait désirable d'apporter à ces espèces.

117. Or la pêche ne cesse de devenir plus dévastatrice. Les causes qui contribuent à lui imprimer ce caractère sont multiples : la propulsion mécanique a été substituée à la propulsion à la voile des bâtiments de pêche; les engins de pêche, jadis manœuvrés à bras, sont maintenant manœuvrés mécaniquement; les installations frigorifiques augmentent la durée du séjour à la mer des bâtiments pêcheurs; pour certaines pêches un bâtiment-usine, mettant à l'eau des chasseurs, reçoit le poisson que ceux-ci lui rapportent et le traite sans avoir à tenir compte des servitudes de la terre; les modes de vie des espèces, leurs migrations, les lieux où elles se rencontrent suivant les époques, la nature des fonds, la température de l'eau font l'objet de données très complètes; enfin, on a adapté à la

pêche des appareils dont les uns permettent le repérage des bancs de poisson (asdic), dont les autres mettent les bâtiments qui en sont munis à même de continuer à plein leur activité malgré des circonstances telles que la brume, qui jadis la suspendaient (radar). Il n'est pas surprenant que, dans ces conditions, l'inépuisable des richesses de la mer qui, jadis, semblait un dogme, du temps de Grotius et bien longtemps après lui, soit maintenant reléguée parmi les mythes.

118. Une réglementation protectrice des espèces maritimes comestibles est condamnée à demeurer vaine si elle est enfermée dans les limites de la mer territoriale. Mais les mêmes Etats qui ont concouru à l'institution d'organes dont les savantes recherches de biologie marine ont rendu possible la protection des espèces par la connaissance de leurs conditions de vie et, dès lors, par la connaissance des mesures appropriées à leur protection, paraissent sensibles aux objections que soulève l'application de ces mesures de protection.

119. Les critiques générales dirigées au nom du principe de la liberté de la mer traditionnellement entendue contre toute projection de compétence étatique par un Etat riverain au-delà des limites de sa mer territoriale, trouvent une audience particulière auprès des organisations corporatives des industries de pêche, assurées de l'appui des représentants de leur région dans les assemblées politiques. Les pouvoirs publics eux-mêmes prêtent une oreille bienveillante aux doléances de populations sympathiques et dans les rangs desquelles se recrutent les meilleurs éléments des équipages des forces navales.

120. Aussi n'est-il pas étonnant que les travaux de la Conférence de codification de La Haye de 1930 aient manifesté une tendance générale peu favorable à l'institution d'une zone contiguë en matière de pêche. Certains des Etats qui soutenaient la nécessité d'une protection des espèces maritimes comme indispensable, ne suggéraient pas l'institution d'une simple zone contiguë, c'est-à-dire l'attribution aux Etats riverains au-delà de leurs eaux territoriales d'une faculté de réglementation protectrice en haute mer et applicable à la fois à leurs nationaux et aux étrangers, mais bien l'*extension des eaux territoriales* de l'Etat riverain, ce qui entraînait l'exclusivité du droit de pêche au profit de leurs nationaux dans ces nouvelles limites (Gidel, *op. cit.*, vol. III, p. 469 et p. 465, note 1 *in fine*).

121. Il est difficile que, dans ces conditions, l'idée judiciaire en elle-même et conforme à l'intérêt général d'une protection des espèces marines dans les eaux proches des côtes fût accueillie, lorsqu'elle s'accompagnait d'une exclusion corrélatrice de tous les pêcheurs autres que ceux de l'Etat riverain dans une zone d'*eaux territoriales* largement accrue.

122. La Conférence de 1930 se borna, sur la proposition du délégué belge, M. Henri Rolin, à retenir « tout au moins sous forme de recommandation », « quitte plus tard à la transformer en convention », l'idée de confier aux Etats riverains la protection de la faune maritime, au-delà de la mer territoriale, dans la zone contiguë, — sans aller jusqu'à la réserve aux nationaux du droit de pêche dans cette zone, mais en reconnaissant à l'Etat riverain un certain droit de réglementation tendant à éviter un

épuisement de la faune qui aurait sa répercussion dans la mer territoriale (Procès-verbaux, 14^e séance, 5 avril 1930).

123. Au point de vue de leur politique juridique concernant les espaces maritimes au regard de la pêche, les Etats ayant une industrie de pêche développée se divisent en deux groupes : ceux dont les terrains de pêche sont au voisinage immédiat de leurs côtes : leur tendance est à l'extension maxima de leurs eaux territoriales; ceux dont les terrains de pêche sont au voisinage immédiat des côtes d'autres pays : leur tendance est à limiter au maximum l'étendue de la mer territoriale de l'Etat au voisinage immédiat des côtes duquel ils vont pêcher et à repousser de sa part toute projection de compétence au-delà de ses eaux territoriales.

124. Franco Florio (*Il mare territoriale e la sua delimitazione*, 1947, p. 91, note 3), cite le passage suivant qui figurerait à la page 71 de l'ouvrage de Stefan A. Riesenfeld (*Protection of Coastal Fisheries under International Law*, Washington, 1942, p. 289) (mais que je n'ai pas vu, sauf erreur, à l'endroit indiqué par Florio) : « *My former colleague, Mr. Böhmert, at the University of Kiel, spent all of his time to prove where the three mile zone could be claimed so that Germany could fish there, because Germany has a big trawling fleet.* » [On doit effectivement à cet auteur de très substantielles études intitulées : « Die isländische Fischereigrenze »; « die grönländische Fischereigrenze »; « die russische Fischereigrenze »; « die Spitzbergensche Fischereigrenze » parues dans la *Zeitschrift für Völkerrecht* de Josef Kohler, respectivement aux tomes XX (1936), p. 385-433, XXI (1937), p. 46-86 et *ibid.*, p. 441-496, XXIII (1939), p. 317-338, 449-482].

125. C'est surtout par la voie de traités que ces Etats dont les champs de pêche sont situés hors de leurs propres eaux, envisagent la solution des questions relatives à la pêche. Il semble qu'on trouve une manifestation de ces tendances dans le 3^e et le 7^e des conclusions du rapport fait à l'Institut de droit international en 1935 par sir John Fischer Williams et George Crafton Wilson. Le 3^e est ainsi conçu : « Les poissons de la haute mer sont internationaux dans leurs habitudes; ils ne respectent ni la souveraineté nationale ni les limites des eaux territoriales. Le problème de leur conservation est international et l'histoire de l'effort de l'homme dans ce but est celle d'un développement lent au début, mais devenant plus rapide au xx^e siècle, de l'action nationale à l'action internationale. La vie marine a été protégée d'abord par les lois nationales et ensuite aussi par des arrangements internationaux. »

126. Le 7^e laisse une impression assez mal définie. On ne sait s'il y faut voir une condamnation ou au contraire un éloge de l'agnosticisme en ces matières. Il se lit ainsi : « Les Etats, dans les mesures qu'ils ont prises — et ces mesures ont augmenté largement dans les années récentes tant pour leur nombre que pour leur importance — n'ont pas été préoccupés d'établir une base juridique de leurs actions. Les principes juridiques, s'il y en a eu, ont été implicites et pas expressément proclamés ou déclarés. Le droit ainsi est en train de se former; il n'est pas capable d'être formulé à priori. Il est possible que la solution complète du problème juridique doit être soumise aux développements ultérieurs, bien qu'on puisse regarder

quelques points comme ayant été déterminés et d'autres comme commençant à s'éclaircir. »

127. La répercussion qu'aurait eue sur les espaces disponibles pour la pêche une extension de la mer territoriale semble avoir joué un rôle prédominant dans l'échec que rencontra la démarche faite par les Pays-Bas en 1896. On sait que cette année-là, le Gouvernement néerlandais, s'appuyant sur les travaux de l'Institut de droit international en 1894 et ceux de l'International Law Association en 1895, adressa une note aux autres cabinets européens pour les pressentir sur l'opportunité de la conclusion d'une convention étendant à 6 milles pour tous les usages la largeur de la mer territoriale. La Russie appuya le projet et tous les autres Etats étaient disposés à le discuter. Mais le Gouvernement britannique s'y montra opposé. La réponse que fit le Secrétaire d'Etat au Foreign Office, le marquis de Salisbury, est bien connue : « Lorsque, dit le Ministre des Pays-Bas, je fis remarquer à lord Salisbury que la Grande-Bretagne, étant donné l'étendue de ses côtes et de ses pêcheries, avait intérêt plus qu'aucune autre nation à l'extension de ses eaux territoriales, il me répondit dans la manière enjouée qui lui était habituelle : « Mais, alors ! nous ne pourrions plus venir pêcher au voisinage de votre côte; or, si étendues que soient les nôtres, c'est sur les vôtres qu'on trouve le poisson. »

128. De cette réponse célèbre on pourrait rapprocher la remarque que fit le lord-chancelier, lord Loreburn, lors de la discussion devant la Chambre des lords de la loi « pour empêcher la mise à terre et la vente dans le Royaume-Uni des poissons pris dans des zones de pêche interdites avoisinant l'Ecosse et l'Irlande (9 Edw. VII, chap. 8) : « Je m'abstiendrai, dit-il, de dire quoi que ce soit au sujet de la limite des 3 milles... La plupart de nos meilleurs districts de pêche sont à l'intérieur de la limite des 10 milles des côtes de nos voisins. La question n'est pas seulement une question susceptible d'intéresser nos propres pêcheries dans les 10 milles de notre côte; mais elle est de savoir combien nombreux seront ceux de nos propres pêcheurs qui pourront être empêchés d'aller à leurs présents lieux de pêche situés dans les 10 milles d'une côte étrangère, si nous prétendons étendre notre juridiction au-delà de la limite de 3 milles. » (*Hansard*, Parl. Deb., H. of L., 5^e série, t. 2, p. 207, cité par Riesenfeld, *op. cit.*, p. 161.)

129. Quelques années après l'initiative des Pays-Bas, sir Thomas Barclay, en 1907, calculait que l'extension de la mer territoriale à 12 milles aurait pour résultat d'interdire aux pêcheurs anglais en Europe occidentale 135 000 milles carrés et, à 9 milles, 80 000 milles carrés. Il concluait que, la flotte de pêche britannique étant plus de sept fois plus importante que toutes les autres flottes de pêche réunies, il ne pouvait pas être question de considérer exclusivement les aspects juridiques du problème.

130. La Grande-Bretagne n'a ménagé depuis le début de ce siècle aucun effort pour éviter les extensions de leurs limites de pêche par un certain nombre d'Etats. Elle obtint du Danemark la Convention du 24 juin 1901 (Martens, N.R.G. 2^e série, t. 33, p. 268) qui limitait les droits exclusifs de pêche des ressortissants danois autour de l'Islande et des îles Féroé (Riesenfeld, *op. cit.*, p. 157); en 1902, elle persuada l'Islande de ne pas porter à 7 milles la limite de pêche exclusive des nationaux, jusque-là fixée

à 3 milles (*ibid.*, p. 157); bien que, en 1905, le Portugal eût saisi des chalutiers britanniques pêchant dans la limite des 6 milles — ils furent d'ailleurs relaxés — on vit cet Etat passer en 1909 une loi qui se borne à affirmer la juridiction portugaise seulement dans les 3 milles de la côte (*ibid.*, p. 157).

131. En 1913, la Russie présocratique prépare un projet de loi comportant extension de la zone de pêche exclusive des nationaux russes à 12 milles et fermant la mer Blanche; ce projet est retiré la même année sur les protestations de la Grande-Bretagne; mais celle-ci n'avait pas fait d'objections à ce que la Russie étendît ses pêcheries du Pacifique à 12 milles par une loi du 29 mai/11 juin 1911 qui ne portait pas atteinte directement aux intérêts britanniques (*ibid.*, p. 162). Bien que la Russie soviétique eût étendu la zone des pêcheries septentrionales à 12 milles et fermé la mer Blanche, pour partie, par des mesures en date du 24 mai 1921, un *modus vivendi* fut, après des vicissitudes diverses, conclu entre l'URSS et la Grande-Bretagne le 22 mai 1930 (*Treaty Series*, n° 22, 1930, Cmd. 3583), confirmant la situation antérieure en accordant aux Britanniques le droit de pêcher en mer Blanche et dans les 12 milles des côtes de l'Arctique, sous réserve du respect des 3 milles (*ibid.*, p. 162).

132. Par ailleurs, divers auteurs [J. Bingham, *Report on the International Law of Pacific Coastal Fisheries*, Stanford Univ. Press (1938) p. 3, et Edwin Borchard, "Resources on the Continental Shelf", *A.J.I.L.*, vol. 40 (1946), p. 57] ont pu observer que l'opposition faite à l'extension du droit des Etats riverains au-delà de la limite de la mer territoriale fixée à sa mesure minimum de 3 milles, n'excluait pas nécessairement chez l'opposant la protection de la pêche exclusive de ses propres ressortissants au-delà de cette limite de 3 milles. Ils ont relevé que la manière de tracer la ligne de base de la mer territoriale dans certains parages, notamment dans les grandes baies, le recours à l'idée d'une quasi-prescription en ce qui concerne certaines pêcheries d'une nature spéciale pouvaient fournir le moyen d'empêcher que la règle invoquée à l'encontre des autres s'appliquât nécessairement aussi à ceux qui l'invoquaient.

3. — LES CONVENTIONS INTERNATIONALES ET LEUR INSUFFISANCE

133. Mais on doit admettre que, après que s'est maintenu pendant ces quelques 50 dernières années l'équilibre entre la tendance à l'extension par l'Etat riverain de ses compétences en matière de pêcheries au-delà de sa mer territoriale et les forces de résistance s'opposant à cette extension, cet équilibre se trouve aujourd'hui rompu en faveur de l'extension de la zone côtière de protection. Ce qui a décidé de cette solution, c'est la compréhension que l'on a fini par avoir de l'insuffisance du procédé des conventions internationales pour résoudre le problème de la conservation des pêcheries. Tout ce qui pourrait être obtenu de ce procédé semble l'avoir été : il s'est tenu à Londres en 1943, sur l'invitation du Gouvernement britannique, une conférence qui a adopté un projet de convention sur la police des pêcheries et les mesures de protection des poissons non adultes (Misc. n° 5, 1943, Cmd. 6496). Les Etats suivants participaient à la Conférence : Belgique, Canada, Danemark, Eire, Espagne,

France, Islande, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Terre-Neuve. Le projet de convention tend à remplacer par une convention unique : la Convention franco-anglaise de 1839, la Convention de La Haye sur la pêche dans la mer du Nord de 1882, la Convention de 1901 sur les parages des Féroé et de l'Islande, la Convention du 23 mars 1937 sur le maillage des filets et les tailles à partir desquelles peuvent être capturées les diverses espèces.

134. Le procédé des conventions est à la merci des égoïsmes particuliers. Il suffit qu'un seul Etat dont les nationaux pratiquent les pêcheries considérées refuse de participer au système des accords pour que l'utilité de ceux-ci soit gravement entamée et puisse devenir nulle : la discipline et les sacrifices que les contractants s'imposent ne font qu'assurer aux non-contractants un bénéfice illégitime. L'exemple classique d'une situation de ce genre est fourni par l'attitude du Japon au lendemain de la sentence du Tribunal arbitral de Paris dans l'affaire des phoques à fourrure de la mer de Béring. L'affaire des pêcheries de saumon de l'Alaska, dans des conditions analogues à certains points de vue, a donné lieu à la Proclamation du président Truman sur les pêcheries du 28 septembre 1945.

4. — LA PROCLAMATION DU PRÉSIDENT TRUMAN SUR LES PÊCHERIES

135. On doit voir dans cette Proclamation le triomphe de l'idée que l'Etat riverain est fondé en droit à exercer au-delà même de ses eaux territoriales la protection nécessaire pour la conservation des pêcheries. La Proclamation du Président des Etats-Unis est dans la ligne des mesures américaines signalées plus haut dans le domaine des douanes et intérêts fiscaux et des mesures de sécurité. Elle constitue elle aussi une projection hardie de compétences de l'Etat riverain sur la haute mer; elle dégage de toute délimitation préfixe les zones où ces compétences pourront s'exercer; cet exercice aura lieu partout où besoin sera. Si l'on ne recule pas devant une formule osée, mais qui n'est pas inexacte, on dira que ce sont les poissons eux-mêmes qui détermineront l'étendue d'application dans l'espace des mesures nécessaires pour assurer l'exploitation rationnelle des pêcheries.

136. Il est curieux de constater que l'opinion générale semble n'avoir pas aperçu le lien existant entre la doctrine qui inspire la Proclamation du président Truman sur les pêcheries et la formule si chargée d'avenir que les représentants américains avaient employée dans l'affaire des phoques de Béring en disant que leur destruction sans frein en haute mer était « immorale », *contra bonos mores*. On s'est même donné beaucoup de mal aux Etats-Unis (J. Bingham, "The Continental Shelf and the Marginal Belt", *A.J.I.L.*, vol. 40, p. 173-178, spécialement p. 174; Edw. Borchard, art. cit., *ibid.*, p. 53-70, spécialement p. 63) pour écarter dans toute la mesure du possible l'effet de ce que l'on tenait — à tort — pour un précédent fâcheux.

137. En réalité, l'importance relative des deux ordres d'arguments jetés dans les débats de l'arbitrage de Béring, d'une part, le principe de la liberté de la haute mer conçu comme un dogme absolu et, d'autre part, les considérations faisant échec à ce principe pour sauver de la des-

truction certaines espèces, s'est graduellement inversée. Le principe de la liberté de la haute mer est apparu comme susceptible d'exceptions commandées par l'intérêt général dont les Etats riverains sont les représentants les plus qualifiés. Tour à tour plusieurs ordres de considérations ont été invoqués. A l'origine, les Etats ont fait valoir parfois leur droit d'autoprotection contre des activités susceptibles de provoquer l'extinction d'une industrie vitale pour leur économie, parfois l'existence à leur profit d'un certain droit de propriété sur les individus de l'espèce à protéger qui se trouverait ainsi rattachée par ses conditions biologiques aux eaux d'un Etat donné. Puis les Etats qui ont prétendu à cette extension de leur juridiction en haute mer pour empêcher une exploitation destructrice se sont placés au point de vue de l'intérêt général de la communauté internationale, se posant en quelque sorte en gérants d'affaires de cette communauté.

138. L'événement qui a porté au premier plan la nécessité de la protection en haute mer et provoqué le renversement des points de vue sur les rapports des deux ordres d'idées, liberté de la haute mer et compétences de l'Etat au-delà de ses eaux territoriales, a été les excès commis par les pêcheurs étrangers à l'égard des pêcheries de saumon de la baie de Bristol en Alaska, industrie d'une importance considérable pour l'économie américaine et de nombreux travailleurs américains, menacée par une concurrence illicite dans son principe (vu l'absence de comparaison entre les investissements effectués de part et d'autre) et dont les conséquences pouvaient aller jusqu'à la destruction totale de l'espèce.

139. On ne saurait d'ailleurs se dissimuler l'influence que les circonstances politiques internationales de l'époque ont pu avoir sur l'émission de la Proclamation du Président des Etats-Unis sur les pêcheries du 28 septembre 1945 réalisant en matière de protection des richesses vivantes de la mer, cette protection de compétence de l'Etat riverain, si vivement discutée auparavant et lui donnant dans l'espace une extension qui, un quart de siècle plus tôt, eût paru en contradiction avec les règles les plus certaines du droit international public de la mer.

140. La politique nouvelle annoncée par les Etats-Unis dans la *Proclamation by the President with respect to coastal fisheries in certain areas of the high seas* (28 septembre 1945) après « étude approfondie de la possibilité d'améliorer la base de la compétence pour les mesures de conservation et de coopération internationale dans ce domaine » comporte l'établissement de zones de conservation dans des aires de haute mer proches des côtes des Etats-Unis où des activités substantielles de pêche ont été ou peuvent être pratiquées et poursuivies par des nationaux américains, seuls ou par eux, et des ressortissants d'autres Etats. Si ce sont des nationaux des Etats-Unis seuls qui ont pratiqué ces pêcheries, le contrôle doit en être exercé par les Etats-Unis exclusivement. Si des ressortissants d'autres Etats y ont participé, il doit être pourvu au contrôle par voie d'accord entre les Etats-Unis et les autres Etats intéressés. La Proclamation concède des droits similaires de contrôle aux autres Etats riverains sous la condition de réciprocité dans la reconnaissance des intérêts de pêche pouvant appartenir aux ressortissants des Etats-Unis dans ces zones. La précision finale de la Proclamation doit être notée : le caractère d'espaces

de haute mer des zones de conservation établies et le droit d'en faire usage pour y naviguer librement et sans entraves ne sont en rien affectés par les mesures dont il s'agit.

141. Enfin, il est très important de remarquer, vu la date de la Proclamation sur les pêcheries, que les mesures prévues sont complètement indépendantes de la notion de *plateau continental* qui forme la base de l'autre Proclamation du même jour émise par le Président des Etats-Unis. Cependant, les deux Proclamations sont bien des sœurs jumelles par l'identité de leur substance juridique : si l'objet poursuivi est différent, si le critère de détermination de l'espace d'application n'est pas le même, il y a similitude complète dans le trait qui les qualifie : dans l'un et dans l'autre cas, sans prétendre aucunement à étendre ses eaux territoriales, l'Etat riverain procède à des projections de compétence sur des zones de haute mer proches de ses côtes.

142. Il est vraisemblable que la Proclamation sur les pêcheries n'a pas été prise sans que les Etats-Unis s'en soient préalablement entretenus avec les Etats voisins les plus intéressés et spécialement ceux avec qui ils étaient liés par des accords, tels que le Canada, pour la protection du flétan et du saumon du Pacifique, ou le Mexique, pour la protection du saumon *sockeye* ou du thon. L'absence d'aucune objection officielle à cette Proclamation semble le prouver. Dès ses premières lignes, la Proclamation constate le caractère « inadéquat » des arrangements actuels pour la protection et la conservation des ressources de pêche proches des côtes américaines. Cette appréciation ne saurait manquer d'influer sur l'allure des relations internationales en matière de pêche dans d'autres parties du monde : la base juridique des desiderata formulés par les experts dans ce domaine, en sera notablement affirmée (Cf. J. W. Bingham, art. cit., p. 176-177).

5. — MESURES PRISES EN AMÉRIQUE LATINE

143. Mais, dès maintenant, on peut craindre que les mesures annoncées dans la Proclamation du Président des Etats-Unis ne subissent quelque infléchissement si l'on considère celles qui ont été prises dans les différents Etats de l'Amérique latine, et notamment les décrets ou proclamations émis par le Mexique (29 octobre 1945), par le Chili (23 juin 1947), par le Pérou (1^{er} août 1947), par le Costa-Rica (27 juillet 1948). On retrouvera plus loin ces mesures à propos du plateau continental auquel elles sont relatives. Remarquons tout de suite que, au point de vue de la technique législative, les Etats ibéro-américains ont bloqué en un seul texte, commun aux pêcheries et aux ressources naturelles, les dispositions que le président Truman a fait figurer dans deux proclamations distinctes. D'autres différences se remarquent au point de vue du fond. La Proclamation des Etats-Unis sur les pêcheries ne mentionne aucune distance fixée soit numériquement, soit à l'aide d'une donnée géographique. Les Proclamations ibéro-américaines procèdent autrement : le Mexique prend comme mesure de la protection de ses richesses maritimes vivantes le plateau continental défini par l'isobathe de 200 mètres; le Chili, le Pérou, le Costa-Rica établissent une zone de protection de 200 milles marins en dimension horizontale à partir du rivage, zone dont les limites peuvent être d'ailleurs changées à tout moment.

144. Enfin, et surtout une différence capitale existe entre les droits que les divers Etats déclarent revendiquer par des proclamations : dans les zones de conservation que les Etats-Unis se réservent d'établir en haute mer, les activités de pêche seront soumises à la « réglementation et au contrôle » des Etats-Unis. Les proclamations des autres Etats font tomber les zones dont ceux-ci établissent ou se réservent la délimitation, sous la « souveraineté » (*soberania*) de ces Etats : la liberté de la pêche et de la chasse pour les étrangers devient donc essentiellement précaire dans ces espaces qui, nous le verrons en dépit des déclarations relatives à la liberté de la haute mer, s'apparentent en réalité à des espaces de mer territoriale.

145. La différence est fondamentale entre la Proclamation nord-américaine sur les pêcheries et les textes latino-américains qui l'ont suivie. La Proclamation du président Truman sur les pêcheries s'abstient rigoureusement de faire mention d'aucune extension de souveraineté au-delà des eaux territoriales ou d'exclure aucune nationalité d'aucune pêche. Son objet est d'empêcher, par des moyens juridiques appropriés, le dépeuplement et la destruction des terrains de pêche internationaux (Chapman, *Department of State Bulletin*, janvier 1949). Des prétentions plus étendues ne seraient pas sans risques pour le droit de tous les pavillons à tirer de la haute mer les utilités qu'elle peut comporter sans que cet usage porte atteinte à l'existence même des richesses qu'elle contient.

CHAPITRE III. — LE PLATEAU CONTINENTAL

Section I. — Définition et notions géographiques

146. La projection des compétences de l'Etat riverain sur des espaces de haute mer au-delà de ses eaux territoriales est apparue sous un aspect nouveau, celui du contrôle des ressources naturelles avec la Proclamation du président Truman sur ce sujet, publiée le même jour que la Proclamation sur les pêcheries. La Proclamation sur les ressources naturelles ne doit pas seulement retenir l'attention par son objet; elle se sert, pour sa construction, d'une notion qui, déjà familière depuis longtemps aux géographes et aux océanographes, est devenue célèbre du jour au lendemain chez les juristes : la notion de plateau continental. Le président Truman a déclaré que « le Gouvernement des Etats-Unis regarde les ressources naturelles du sous-sol et du lit de la mer du plateau continental au-dessous de la haute-mer, mais avoisinant les côtes des Etats-Unis comme appartenant aux Etats-Unis et comme soumis à leur juridiction et à leur contrôle ».

147. Il n'avait jusque-là été question que épisodiquement dans le droit de la notion de plateau continental à propos de la protection des pêcheries et, plus rarement, à propos de certaines acquisitions de territoires. Aujourd'hui, la théorie du plateau continental dans le droit signifie la doctrine du contrôle des ressources naturelles des sols sous-marins et de leur sous-sol au-delà de la limite extérieure de la mer territoriale. Mais, avant d'en faire la discussion dans ses applications juridiques, il ne sera pas inutile de dire ce qu'est le plateau continental et de rappeler quelques données océanographiques et technologiques indispensables à la compréhension du sujet.

148. Par plateau continental (nous l'écrirons désormais en abrégé PC), les géographes entendent l'espèce de socle sur lequel les continents semblent être posés dans les océans. Ils ont constaté en effet la présence, d'une manière très générale, le long des côtes, d'une sorte de plaine maritime qui s'étend de zéro jusqu'à sensiblement 200 mètres de profondeur. Cette plaine maritime s'abaissant vers la mer suivant une pente générale très douce, est le plateau continental, ou encore plate-forme continentale, parfois — mais plus rarement — seuil continental; en anglais : *shelf*; en espagnol : *plataforma*, *cornisa*, *socalo*; en allemand : *Sockel*.

149. Là où ce PC existe, c'est-à-dire sur la plus grande partie des marges continentales, on constate qu'à partir de 200 mètres environ, la pente, très douce, jusque-là, s'accroît en formant ce que les géographes appellent le « talus continental », qu'il vaudrait peut-être mieux, ainsi que le propose le professeur à la Sorbonne Jacques Bourcart (*Géographie du fond des mers, Etude du relief des océans*, Paris, Payot, 1949, p. 307, spécialement p. 60, p. 125) nommer « rebord océanique » et qui sépare le PC du domaine proprement océanique. Le PC est ainsi la « plate-forme peu inclinée au-delà de laquelle commence une chute rapide vers les grandes profondeurs » (*ibid.*, p. 125).

150. Pour que la notion de PC apparût, il fallait que la connaissance du relief des océans fût assez poussée pour permettre la constatation de la régularité du phénomène de la discontinuité séparant le domaine des terres et celui des mers. Il n'en a été ainsi que grâce au progrès du sondage, c'est-à-dire du procédé qui permet de déterminer le relief du fond des océans. Le sondage par écho, mis au point d'une manière complète vers 1920, a ouvert une nouvelle époque dans la technique du sondage et, du même coup, dans la connaissance du fond des mers.

151. La partie du fond des mers qui est au voisinage des côtes, la « marge continentale », est naturellement mieux connue que les régions océaniques lointaines. Elle l'est suffisamment pour que la connaissance que l'on en a, ait exercé une action sur le droit et donné naissance, non seulement à des considérations théoriques, mais à des manifestations juridiques positives. L'entrée dans le droit de la mer de la notion de PC est, probablement, la plus importante.

152. Cette pénétration dans le droit d'une notion empruntée à d'autres sciences pose une question délicate de définition. On ne saurait se dissimuler en effet que la définition des limites vers la mer du PC par la courbe bathymétrique de 200 mètres (qui est la courbe à cote ronde de la profondeur de 100 fathoms — ou brasses —, soit 182,90 mètres) n'est pas géographiquement satisfaisante. L'isobathe 200 n'est, comme le dit M. E. de Martonne, « qu'une approximation grossière de l'idée de PC » (*Géographie physique*, p. 252). L'adoption de ces cotes, celle de 200 mètres ou celle de 100 brasses, est essentiellement due à l'usage des cartes océanographiques qui, toutes, portent les courbes de — 100 et — 200 mètres, la teinte étant uniforme, dans celle de Monaco, entre 0 et 200 mètres (J. Bourcart, *op. cit.*, p. 60, p. 126). La définition satisfaisante au regard de la géographie et de l'océanographie de la limite vers la mer du PC devrait se faire par la cote du rebord; mais celle-ci est assez variable.

153. Il est admis par les océanographes autorisés (J. Bourcart, p. 127; VI. J. Novak, C 1. Francis Bœuf) que « dans bien des cas il y a non pas un, mais plusieurs plateaux continentaux ». « Du côté de l'océan... une brusque rupture de pente, le talus continental des océanographes, qu'il vaudrait mieux appeler rebord continental (ce qui n'indiquerait pas sa nature) sépare le PC du domaine proprement océanique. Il semble que l'on puisse retrouver deux autres de ces rebords, vers — 500 mètres et vers — 1 000 mètres, et qu'ils correspondent à deux autres plateaux à pente plus forte pourtant, plus déformés par les mouvements récents » (J. Bourcart, p. 60-61).

154. J. Bourcart, recherchant la définition « réelle » du PC, déclare (*ibid.*, p. 130) : « La seule définition précise du PC est de le limiter entre le rivage et la première rupture de pente importante — vers le large — *quelle qu'en soit la cote* (italique par nous). Mais « certains plateaux, comme les *bancs* de Terre-Neuve, sont limités par une rupture de pente bien au-dessus de la cote — 200 » (*ibid.*, p. 127). Et inversement. En anglais, c'est le terme *fall-off* qui répond à l'expression française « rupture de pente ».

155. D'autres définitions « réelles », d'une technicité plus accentuée et que, pour cette raison, il n'y a pas lieu de mentionner ici, ont été proposées du PC. (Voir Bourcart, *op. cit.*, p. 127-129.) Ces définitions « réelles » peuvent être plus satisfaisantes du point de vue de la science océanographique. Cependant, même de ce point de vue, l'accord n'est pas fait sur elles; certaines sont liées à des théories très particulières et, comme celle de Wegener, déjà discréditées. Celle qui s'attache à la première rupture de pente ne prévaut pas, même chez les océanographes, sur la notion pour ainsi dire vulgaire de l'isobathe de 200 mètres comme limite du PC.

156. Pour les juristes, il semble recommandable de s'attacher à cette notion vulgaire du PC. Bien qu'elle ne figure pas à proprement parler dans la Proclamation même du Président des Etats-Unis qui, malgré les antécédents que nous signalerons, demeure liée à l'idée d'introduction de la notion de PC dans le droit international, le communiqué officiel de presse publié en même temps que la Proclamation Truman (Press Release of September 28, 1945, 13, *Department of State Bulletin* 484) s'est référé à la définition courante du PC par l'isobathe de 100 brasses.

157. D'autres raisons puissantes militent en faveur de la détermination, aux fins juridiques, du PC à l'aide du critère des cent brasses ou de la cote ronde de 200 mètres pour 100 fathoms. Tout d'abord, cette détermination (réserve faite de l'écart entre unités anglo-saxonnes ou métriques, facilement résoluble) présente les caractères d'uniformité, de fixité et de certitude nécessaires à l'opération juridique. J. Bourcart (*op. cit.*, p. 60) peut dire du PC qu'il est la zone « qui limite le continent avec une si curieuse généralité ».

158. En second lieu, cette limite de 200 mètres qui est celle vers laquelle se produit d'une manière générale la rupture de pente d'où est issue la notion courante de PC, est celle aussi qui marque en profondeur la fin des conditions biologiques optimum pour la vie végétale comme pour la vie des espèces animales dont l'homme fait sa nourriture.

159. Enfin, si l'on se place au point de vue de l'exploitation industrielle du sol et du sous-sol de la mer, l'état actuel de la technique est bien éloigné encore de permettre l'utilisation des richesses naturelles situées à plus de 200 mètres de la surface de l'eau. Les juristes ont donc devant eux un certain temps au moins avant qu'il y ait intérêt à introduire, comme base de leurs considérations sur le PC, une notion, peut-être scientifiquement plus exacte du point de vue de l'océanographie que la notion reçue actuellement par cette science, mais à coup sûr sans utilité pour le moment dans le droit des espaces maritimes.

160. Laissant de côté l'indication des causes qui font du PC jusqu'à la profondeur de 200 mètres environ un milieu de vie intense, on se bornera à un rapide aperçu sur l'état de la technique concernant l'exploitation industrielle des ressources du sous-sol de la mer. Ces données feront comprendre l'intérêt que présente à cet égard, cette plaine maritime de faible profondeur située au voisinage immédiat des côtes.

161. C'est une pratique déjà ancienne que des mines aient été poussées *depuis la terre* jusque *sous* le sol de la mer pour y recueillir les substances minérales de ce sous-sol (charbon, comme les mines de Cornouaille et de Cumberland; fer, comme à Diélette dans le Cotentin; étain, comme à Sumatra; plus récemment pétrole, comme en diverses régions des Etats-Unis, du Mexique ou de la Caspienne). Mais c'est une acquisition récente de la technique pétrolière que des forages soient effectués *directement depuis des surfaces marines ou lacustres* pour capter les gisements d'huile se trouvant dans le sous-sol de la mer ou des lacs (comme celui de Maracaïbo, au Venezuela). Cette découverte a poussé au premier plan l'intérêt que présentent les richesses pétrolifères du PC. Cette zone peut désormais être attaquée de deux façons par le trépan, soit par des forages effectués depuis la terre, soit par des forages effectués en mer même.

162. En 1894, pour la première fois, du pétrole fut découvert dans le PC par le forage d'un puits à partir d'une plate-forme édifiée en eaux peu profondes devant la côte de Californie (Robert E. Hardwicke « The Tidelands and Oil » in the *Atlantic Monthly*, June 1949, vol. 183, No. 6, p. 21-26, spécialement, p. 22). R. Hardwicke mentionne que la « recherche des gisements sous-marins dans cette zone se trouva stimulée en 1927 par la découverte que le trépan, au lieu de forer tout droit, peut suivre une course oblique, de telle sorte qu'un point d'attaque convenablement choisi, sur le rivage ou près du rivage, permet de pénétrer dans une zone de production en eau profonde à une distance considérable de la côte » (p. 22). Ces méthodes de *directional drilling* avaient fait de la part des ingénieurs californiens, aux environs de 1935, l'objet de grands perfectionnements.

163. Les exploitations de gisements pétrolifères par forages en mer ne constituent plus dès maintenant une curiosité. Les philatélistes savent que la vignette postale de cinquante centavos actuellement en service en Argentine représente une installation de forage en mer avec la légende *Pozo petroleo en el mar*. Les entreprises spécialisées dans ce genre de travaux publient comme annonces dans les revues pétrolifères des photographies qui ont rendu familières ces installations. Elles s'effectuent

d'ores et déjà à de grandes distances des côtes : la Magnolia Petroleum Company a foré un puits dans le golfe du Mexique à 28 milles au large des côtes de la Louisiane. La *Pravda* du 7 juillet 1948 relate qu'une plate-forme d'une surface de 2.400 mètres carrés a été construite dans la Caspienne à la fin de 1947 et sert de lieu d'aboutissement à sept sondes, dont six en *directional drilling*. Il semble, d'après les succinctes informations données dans le journal *Le Monde* du 20 avril 1949 qu'une concession de recherches ait été accordée dans les eaux tunisiennes, entre la côte et les îles Kerkennah et Djerba.

164. Ces exploitations sous-marines qui, dès aujourd'hui, n'ont plus rien d'exceptionnel, ne feront que se multiplier grâce à la précision croissante des méthodes d'investigation des gisements. La technique d'exploitation des dépôts pétrolifères sous-marins est cependant loin d'être encore arrivée à la profondeur de 200 mètres (ou, pour 100 brasses, 182,90 mètres) qui marque la limite courante vers le large du PC. Elle progresse toutefois. Dans le *British Year Book of International Law* de 1946, F. A. Vallat (p. 335) admettait que le pétrole n'était pas alors exploitable à des profondeurs excédant 10 brasses (18 mètres environ). En 1949, Hardwicke écrit que les opérations de forage se font couramment par 60 pieds d'eau (18 mètres environ) et que les spécialistes prétendent qu'avant peu ils pourront opérer par 100 pieds de fond (environ 30 mètres). Dès maintenant des exploitations ont lieu par cette profondeur d'eau dans les eaux calmes du lac de Maracaïbo (Venezuela) où l'on n'a pas à redouter comme dans le golfe des ouragans soudains et violents où la vitesse du vent atteint parfois 160 kilomètres-heure, avec des vagues d'une trentaine de pieds (9 mètres environ) [art. cit., p. 23].

165. Dès 1918 un gisement pétrolifère avait été découvert dans le golfe du Mexique à une centaine de pieds de profondeur (environ 30 mètres) et à une quarantaine de milles de la côte. Le Département d'Etat des Etats-Unis fut sollicité par des Américains d'accorder l'autorisation de construire des installations pour exploiter ce gisement. Il n'accorda pas l'autorisation, mais n'éleva pas d'objections contre l'action des demandeurs à leurs risques et périls et en les laissant exposés aux protestations éventuelles des Etats étrangers (*Hackworth's Digest*, vol. II, chap. VIII, 202).

166. A l'heure actuelle (1949) 28 compagnies seraient intéressées dans les travaux de recherches et d'exploitation qui se poursuivent sur les côtes de la Louisiane et du Texas, sur une longueur d'une trentaine de milles. Onze champs pétrolifères distincts ont été déjà découverts devant la Louisiane et trois devant le Texas. R. Hardwicke, à l'intéressant article précité duquel ces détails sont empruntés, indique les sommes considérables engagées déjà pour ces exploitations et payées aux Etats côtiers : 33.940.000 dollars pour la location initiale des terrains. A cette somme il faut ajouter les rentes annuelles destinées à maintenir la location en vigueur jusqu'au commencement du forage. Ensuite, il y a lieu à versement des redevances (*royalties*) sur l'huile et les gaz extraits (habituellement 12,5 pour 100).

167. La délimitation des parcelles se fait par coordonnées astronomiques. Naturellement les opérations de

recherche des gisements, de forage et, s'il y a lieu, d'exploitation se heurtent à beaucoup de difficultés que ne comportent pas les opérations en terre ferme. R. Hardwicke (art. cit., p. 23) signale qu'une entreprise a construit une installation géante à double plate-forme sur 100 piles foncées dans le sol à 150 ou 200 pieds de profondeur (45 à 65 mètres) et capable de supporter une charge de 10 millions de livres. Le procédé le plus habituel est de se servir d'une petite plate-forme pour les instruments de forage, complétée par un chaland convenablement mouillé et ancré qui fait office de magasin, d'atelier de réparations et de *house boat* (art. cit. *ibid.*). Le procédé du forage dirigé (*directional drilling*) permet d'explorer une zone relativement étendue tout en se contentant d'une seule installation d'où partent les diverses sondes. Le trépan opère, au départ, à l'intérieur d'un tube de fort diamètre (20 pouces au minimum, environ 51 cm) qui est foncé jusqu'à 30 mètres au moins dans le sol de la mer. Les hommes employés au forage en mer (*ibid.*, p. 23) travaillent pendant 20 jours consécutifs et se reposent ensuite pendant 10 jours.

168. Des travaux de ce genre sont naturellement très coûteux. L'informateur autorisé qu'est Robert Hardwicke (il était *Chief Counsel for the Petroleum Administration for War*) s'exprime ainsi : « Une équipe sismographique (pour la détection des gisements) coûte plus de 1.000 dollars par jour; la moyenne journalière des frais de forage est de trois à 4.000 dollars; des plates-formes complètes de forage en eau profonde coûtent de 200.000 dollars à 2 millions de dollars. Indépendamment du coût de la plate-forme, la dépense pour forer un puits en eaux profondes jusqu'à 14.000 pieds (environ 450 mètres) est évaluée à 500.000 dollars environ. Une compagnie a dépensé un total d'environ 18 millions de dollars en frais de location de terrains, exploration, équipement et travaux jusqu'à la date du 1^{er} janvier 1949, sans aligner autre chose comme résultats que deux champs pétrolifères. On a estimé le montant des investissements de toutes les compagnies en travaux dans le golfe depuis le milieu de 1945 à plus de 100 millions de dollars. Comme contrepartie, on estime la production globale de pétrole tirée de sondes dans le golfe (en excluant le Creole Field découvert proche du rivage de la Louisiane en 1938) à 130.000 barils dont la valeur ne dépasse pas 300.000 dollars. Jusqu'au 1^{er} janvier 1949 on comptait un minimum de 16 sondes sèches au large de la Louisiane et de neuf sondes sèches au large du Texas. » (*Ibid.*, p. 23.)

169. Le rappel de ces quelques indications d'ordre géographique et technologique permet de passer désormais utilement aux aspects juridiques du PC.

Section II. — Sources juridiques de la notion du plateau continental

1. — CONSIDÉRATIONS GÉOPHYSIQUES ET DÉTERMINATION DE L'ÉTENDUE DES EAUX JURIDICTIONNELLES

170. Les premiers contacts de la notion du PC avec le droit ont eu lieu à propos des pêcheries. Mais son apparition dans ce domaine particulier des richesses de la mer a été assez discrète pour que la paternité de son introduction ait donné lieu à des incertitudes. C'est dans un autre domaine, celui de l'exploitation des ressources

minérales du sous-sol de la haute mer proche des côtes qu'il était réservé à la notion de PC de frapper l'opinion des juristes et de conquérir auprès d'eux la notoriété. Une date précise peut être assignée à cet événement : le 28 septembre 1945, jour où fut émise la Proclamation du président Truman intitulée officiellement (*White House Press Release*) : *Proclamation of the President with respect to the natural resources of the subsoil and seabed of the continental shelf*. La notion et l'expression de plateau continental sont expressément à la base des mesures d'application ordonnées par l'*Executive Order of the President* "reserving and placing certain resources of the continental shelf under the control and jurisdiction of the Secretary of the Interior".

171. Par contre, on chercherait vainement la notion de PC dans l'autre Proclamation présidentielle du même jour *with respect to coastal fisheries in certain areas of the high seas* non plus que dans l'*Executive Order* rendu par le Président pour son application par l'établissement de *fishery conservation zones*. Ainsi les deux Proclamations du 28 septembre 1945 du Président des Etats-Unis et les *Executive Orders* y relatifs, tout en se référant également à des espaces maritimes appartenant les uns et les autres pour tout ou partie aux *high seas*, apparaissent comme fondés en droit sur des données techniques qui ne concordent pas, bien que les deux proclamations soient dirigées vers des buts de même catégorie juridique.

172. Chose curieuse : la conservation des pêcheries, matière qui avait été l'occasion des premiers contacts entre le PC et le droit, est traitée par le Président des Etats-Unis en 1945 sans aucune référence à la notion de PC, tandis que la question du contrôle et de l'exploitation des ressources du fond et du tréfonds de la mer au voisinage des côtes est construite par le Président sur l'idée de plateau continental dont sa proclamation contient une véritable théorie. Un si notable renversement dans le rôle joué par une même notion en l'espace de quelque trente années appellerait peut-être quelques réflexions sur le rôle des concepts dont il est fait usage en droit international pour appuyer ses règles et former leur modèle changeant.

173. La notion de PC dans son ancienne application à la protection des pêcheries d'espèces maritimes mobiles est remplacée par la notion des lieux de fixation de ces espèces (*homing habits of the fish*). La notion de PC sert désormais à justifier, dans des zones appartenant à la haute mer, l'exploitation par le pays riverain des richesses naturelles du sol et du sous-sol, spécialement en pétrole et autres minéraux.

174. A l'un et à l'autre des deux points de vue — pêcheries et ressources minérales — l'idée grotienne de liberté de la haute mer perd le caractère primordial qui, dans l'ensemble, lui avait été assez bien conservé jusqu'ici : la notion de PC qui lui avait été opposée en matière de protection des espèces a non seulement triomphé, mais a peut-être même été dépassée, puisque l'aire de cette protection, indépendante d'une délimitation territoriale préfixe, et libérée même de la sujétion de la notion de PC, est conditionnée par les seules habitudes de vie de ces espèces. Quant au contrôle et à la protection des ressources naturelles au voisinage des côtes l'idée de PC va servir à justifier des projections de compétence

étatique sur des zones de haute mer auxquelles la configuration géographique de la marge continentale assignera une limite dépassant de fort loin celle de la mer territoriale.

2. — PREMIÈRES APPARITIONS DANS LE DROIT

175. L'histoire juridique de la notion de PC constituerait une introduction appropriée à l'étude de la Proclamation du Président des Etats-Unis sur les richesses naturelles du sous-sol et du lit de la mer du PC. Ce n'est pas le lieu de la faire en détail. Au moins convient-il cependant de lui consacrer un rapide coup d'œil. C'est une idée sur laquelle, depuis fort longtemps, des théoriciens anciens ou modernes (Fra Paolo Sarpi en 1686; le capitaine, depuis amiral, Segundo R. Storni en 1922; M. Florio en 1947) [Cf. Saavedra Lamas, *Crise de la codification et doctrine argentine du droit international*, 1931, t. I, p. 260-264] et les gouvernements de certains pays (Conférence de codification de 1930 : réponse norvégienne à la demande d'informations du Comité préparatoire, Bases, vol. II, p. 30; réponse polonaise, *ibid.*, vol. II, p. 31; mémorandum de la délégation colombienne, 25 mars 1930) se sont rencontrés, que celle d'une fixation variable de la largeur des eaux juridictionnelles d'après les conditions particulières, géographiques et économiques, des pays considérés.

176. On a songé aussi de longue date à prendre directement des données hydrographiques comme expressions de ce que Valin appelait les « bornes naturelles du domaine de la mer ». C'est sur ce même plan de la géophysique que se meut la notion de plateau continental appliquée au traitement de questions juridiques. On la voit apparaître dès 1916, de deux côtés différents, en Espagne et en Russie en vue de l'extension ou des eaux juridictionnelles ou du territoire terrestre. En Espagne, au Congrès national de pêche, un océanographe réputé, Odon de Buen, insiste sur la nécessité d'un élargissement de la zone territoriale, de manière à lui faire englober la totalité du plateau continental; il justifie son opinion en faisant remarquer que le PC est la zone d'élection des principales espèces comestibles. La même année, le Gouvernement impérial russe émet, le 29 septembre, une déclaration par laquelle il revendique un certain nombre d'îles inhabitées au nord de la Sibérie, vu qu'elles forment « la continuation septentrionale du Plateau continental sibérien ». Cette même thèse devait être reprise par le Gouvernement de l'URSS dans un mémorandum du 4 novembre 1924 (textes dans Lakhtine, *Rights over the Arctic*, 1928, p. 43-45).

177. Depuis qu'elle a été lancée en 1916 par Odon de Buen pour la protection des pêcheries, l'idée est reprise constamment par ceux qui ont à traiter cette question : tel le professeur argentin José Leon Suarez, publiant en 1918 une série de conférences sous le titre *El Mar territorial y las industrias marítimas* où il développa le thème que c'est le plateau continental, la *meseta continental*, où se trouvent réunies les conditions de vie favorables aux espèces comestibles, qui doit déterminer la limite naturelle de la mer marginale; tel l'amiral portugais Almeida de Eça, délégué de son pays au septième Congrès international de pêche (Santander, 1921); telle la Commission portugaise permanente de droit international maritime

en 1926; tels les auteurs de propositions de lois au Congrès des Etats-Unis en 1937 et années suivantes et ayant pour objet l'extension par voie de législation, de la juridiction territoriale des Etats-Unis sur les eaux du Pacifique jusqu'à la limite du PC.

3. — LE TRAITE ANGLO-VENEZUELIEN DU 26 FÉVRIER 1942

178. Le 26 février 1942 était signé entre la Grande-Bretagne et le Venezuela le Traité sur les aires sous-marines du golfe de Paria. Ce traité marque le tournant dans les deux utilisations successives de la notion de PC et l'apparition de son adaptation à l'exploitation des richesses minérales, alors qu'auparavant c'est vers la protection de la pêche qu'elle avait été dirigée. Cet instrument diplomatique tient son importance non seulement de la qualité des signataires, mais aussi du fait que les espaces auxquels il se réfère sont présumés riches en hydrocarbures et qu'ils sont tout entiers compris dans les plateaux continentaux des pays intéressés, enfin peut être et surtout de ce que cette notion de PC, tout en dominant cet accord qui n'a été possible que grâce à elle, est rigoureusement passée sous silence aussi bien dans le texte même du traité que dans celui des ordres exécutifs qui en ont procuré l'exécution. Le golfe de Paria est l'espace maritime long d'environ 70 milles et large d'environ 35 milles qui, ayant une ouverture très resserrée à chacune de ses extrémités (environ 6 milles et 10 milles respectivement) sépare le Venezuela de l'île de la Trinité.

179. Si l'on cherche à préciser la nature de l'opération juridique réalisée par le Traité anglo-vénézuélien du 26 février 1942 et les mesures consécutives, il faut voir en elle une annexion opérée par chacun des deux Etats intéressés, réalisée par les actes juridiques internes pertinents et portant sur des aires dont la délimitation avait fait l'objet d'un accord préalable et dont l'acquisition, à l'intérieur des limites et sous les modalités convenues, avait donné lieu à un engagement préalable de reconnaissance. Cette double et parallèle annexion, dont le Traité du 26 février 1942 a établi le programme, repose sur l'idée que le lit de la mer au-delà de la limite des eaux territoriales est une *res nullius* sur laquelle l'occupation permet d'acquérir la souveraineté.

180. Les objections qui pourraient être dirigées sur la base de l'idée de liberté de la haute mer contre une occupation de ce genre au-delà de la limite des eaux territoriales se trouvent prévenues et désarmées, dans toute la mesure où il ne s'agirait pas de considérations de pure théorie, par la configuration géographique des espaces objets du traité et par les précautions que les HPC se sont obligées à prendre dans l'exercice futur de leurs droits sur ces espaces. Cette obligation n'est prise qu'à l'égard du cocontractant (qui se trouve être le plus intéressé à cet égard); mais, en fait, elle bénéficie à tous autres et qui, précisément, auraient mauvaise grâce à se plaindre d'une situation que le pays le plus intéressé dans la question a estimé parfaitement acceptable. Au surplus les eaux dont il s'agit, resserrées entre le continent et une île, présentent des caractères assez spéciaux pour que les Etats riverains puissent revendiquer pour elles un régime dérogoratoire à celui des espaces normaux de haute mer.

181. F. A. Vallat, dans une note parue sur ce traité au *British Year Book of International Law* [vol. XXIII (1946), spécialement p. 334] a bien dégagé la physiologie originale de l'affaire : « Le Traité du 26 février 1942 ne contient aucune revendication d'une partie ou de l'autre à l'égard d'Etats tiers sur les aires sous-marines dont il s'occupe. Chaque partie a simplement convenu de ne pas affirmer de prétention à la souveraineté ou au contrôle sur les parties des espaces sous-marins se trouvant dont il s'occupe. Chaque partie a simplement convenu de reconnaître les droits de souveraineté ou de contrôle qui avaient été légalement ou pourraient être légalement acquis par l'autre. Il est parfaitement clair toutefois qu'il était de l'intention des deux parties que chacune pût jouir des fruits des espaces en question à l'abri d'interférences de la part des autres Etats. En fait, il s'agit d'eaux étroites et il n'est pas vraisemblable que la jouissance d'aucune des deux parties soit jamais contestée, l'occupation du lit de la mer et du sous-sol de ces espaces étant praticable seulement pour le Royaume-Uni et le Venezuela. »

182. Ailleurs (*ibid.*, p. 336), F. A. Vallat, posant la question de la nature du droit de l'Etat riverain sur le lit de la mer et sur le sous-sol au-delà de la limite de ses eaux territoriales, s'exprime ainsi : « La réponse que l'on peut tirer des termes du Traité anglo-vénézuélien sur le golfe de Paria (26 février 1942) est que aucun droit légal à l'encontre des tiers n'est ni revendiqué ni acquis. Le droit de l'Etat revendiquant au-delà de sa mer territoriale comporte seulement un accord de restriction mutuelle avec le cocontractant, accord combiné avec un engagement de reconnaître la souveraineté ou le contrôle régulièrement acquis par l'autre partie. Le Traité est un fait dont les tiers auraient en pratique obligation de prendre acte, mais sans plus. On ne doit pas oublier toutefois que le Venezuela et le Royaume-Uni se sont proposé comme objectif l'annexion de leur part respective des aires sous-marines du golfe de Paria en conformité avec la répartition faite par le Traité. »

183. Tel est cet accord anglo-vénézuélien qui, sans faire aucune mention expresse du PC, présente néanmoins pour cette matière un extrême intérêt. Le précédent créé par cet accord se caractérise en ce qu'un arrangement à effet théoriquement bilatéral se résout dans l'utilisation industrielle privative de surfaces de haute mer, considérées par eux comme n'intéressant pas les tiers, moyennant certaines précautions prises par les contractants pour respecter, au moins en façade, l'utilisation par ces tiers de la surface et du volume des eaux de haute mer dont le sous-sol et le tréfonds se trouvent appropriés par les riverains.

184. Le traité du 26 février 1942 paraît être la vérification par excellence d'une hypothèse que formulait le Secrétaire d'Etat au Foreign Office George Canning dans une note en date du 25 février 1825 que l'on peut lire dans le tome II de l'ouvrage de H. A. Smith, *Great Britain and the Law of Nations*, p. 151, al. 1, 2 et 3 :

"The rule of law is clear and general and its obligation is admitted by all Nations.

"It is hazardous to shake such general prescriptive authority for any partial or temporary advantage.

"The only case in which it would not be utterly unsafe to do so would be one in which two Powers,

having an interest, exclusive of all third parties, in the point to be adjusted, should be able to adjust that point by mutual and equivalent concessions; a case in which the danger of the example of a deviation from established law, would be justified by some immediate advantage, so clearly and so equally affecting the subjects of both countries, that the Legislatures of both might willingly lend their aid to carry the compact into execution."

4. — LA PROCLAMATION TRUMAN ET LES PROCLAMATIONS IBÉRO-AMÉRICAINES

185. L'événement suivant dans l'histoire juridique du PC a lieu en Argentine où le décret n° 1386 du 24 janvier 1944 (*Boletín Oficial*, 17 mars) vient déclarer *zonas transitorias de reservas minerales* le PC argentin et la mer le surplombant. Il ouvre ainsi la voie au décret N. 14708 du 11 octobre 1946 qui, se référant à l'article 2 du décret précité n° 1386, proclamera que le plateau ou « socle continental » argentin et la mer au-dessus de ce PC (*mar epicontinental argentino*) sont soumis à la souveraineté de la République.

186. Mais, environ une année auparavant, le 28 septembre 1945, ont été émises les deux Proclamations Truman de cette date qu'il n'est pas excessif de considérer l'une et l'autre, quelles qu'aient été les antériorités déjà signalées et quels que puissent être dans l'avenir les développements des idées que ces deux Proclamations mettent en œuvre, comme devant faire époque dans le droit international des espaces maritimes.

187. La Proclamation concernant les ressources du sol et du sous-sol repose essentiellement sur la notion de PC. On laissera naturellement de côté d'une façon complète les aspects intérieurs américains, si importants qu'ils puissent être, de la question du PC des Etats-Unis. En se bornant aux aspects extérieurs, on remarquera d'une part qu'aucune protestation officielle n'a été formulée par aucun Etat; d'autre part, qu'une série de mesures ou analogues ou semblables ont été prises non seulement dans l'hémisphère américain, mais encore en divers autres lieux du monde.

188. L'absence de toute protestation officielle contre la Proclamation Truman laisse présumer que l'idée de l'exploitation par l'Etat riverain, même à l'extérieur de ses eaux territoriales, des ressources du sol et du sous-sol des espaces maritimes adjacents n'est pas de nature à heurter la conscience juridique générale. C'est à la même conclusion, plus fortement encore établie, que conduit la constatation des mesures législatives plus ou moins analogues prises dans de nombreux pays de situation géographique différente.

189. Les Proclamations ibéro-américaines présentent un trait commun. Tandis que le Président des Etats-Unis avait émis deux Proclamations, l'une sur les zones de conservation des pêcheries, l'autre sur les ressources naturelles du PC, les gouvernements de l'Amérique latine traitent les deux matières en un seul et même texte.

190. La Proclamation du Président du Mexique Avila Camacho du 20 octobre 1945 (*El Nacional*, Mexico, 30 octobre 1945) complétée par le décret du 25 février 1949 (*Diario Oficial*, 11 mars 1949) sans lier au PC la distance

de protection des pêcheries, englobe dans le territoire national le PC défini par l'isobathe de 200 mètres.

191. Le décret argentin du 11 octobre 1946 [*Boletín Oficial*, 5 décembre 1946; trad. angl. dans *A.J.I.L.*, vol. 41 (1947), supp. p. 11] contient une systématisation intéressante de la matière : il soumet la mer épicontinentale argentine et le PC argentin au pouvoir souverain de la nation, étant cependant précisé que la liberté de la navigation demeurera entière au profit des Etats tiers. On peut, par voie de raisonnement, admettre que, pour l'Argentine, le PC est défini par l'isobathe de 200 mètres.

192. Les Proclamations du Chili (décret du 23 juin 1947, *El Mercurio de Santiago*, 29 juin 1947), du Pérou (*Decreto supremo* du 1^{er} août 1947, n° 781, *El Peruano*, *Diario Oficial*, 11 août 1947) (*El Comercio*, Lima, 11 août 1947) (*Revista Peruana de derecho internacional*, vol. 7, p. 301) et de Costa-Rica (décret du 27 juillet 1948, n° 116, *Gaceta*, Costa-Rica, 29 juillet 1948; décret du 2 novembre 1949; n° 803, *ibid.*, 5 novembre 1949) sont d'un type différent des Proclamations du président Truman et de celles du Mexique et de l'Argentine. Dans les textes antérieurs, il n'était parlé que du PC et ce terme était entendu dans le sens déterminé par une définition bathymétrique. Au contraire, les Proclamations chilienne, péruvienne et costa-ricienne font usage de deux notions distinctes : d'une part celle du PC; d'autre part celle d'une distance de 200 milles marins, projetée sur la surface des eaux à partir de chaque point du rivage national, continental ou insulaire. De plus, la notion de PC que ces Proclamations mettent en œuvre est exclusivement morphologique et ne lie pas la rupture de pente à une profondeur déterminée (celle de 100 fathoms ou celle de 200 mètres, comme le faisaient la Proclamation Truman et les Proclamations mexicaine — explicitement — et argentine — implicitement). La délimitation faite à l'aide de la ligne mathématique des 200 milles marins des côtes continentales ou insulaires est une délimitation susceptible d'être modifiée à tout instant suivant les besoins de la nation, besoins que chaque Etat se réserve d'apprécier. Dans la Proclamation costa-ricienne, il est plus clairement indiqué, que dans les deux autres, que l'institution de cette zone de 200 milles répond à une volonté de protéger les espèces marines, dans toute l'étendue nécessaire, par la réglementation de la pêche et de la chasse.

193. Les droits revendiqués sont désignés comme des droits de « souveraineté », aussi bien en ce qui concerne le PC qu'en ce qui concerne les mers adjacentes aux côtes continentales et insulaires du territoire national. Enfin, les Proclamations se réfèrent dans leurs « attendus » aux mesures prises antérieurement par d'autres Etats pour y trouver la preuve d'une pratique internationale faisant déjà règle en matière de PC et de mer épicontinentale comme en matière d'eaux adjacentes. La Proclamation costa-ricienne déclare que « le consensus international proclame et reconnaît à chaque pays le droit inaliénable de considérer comme partie du territoire national toute l'étendue de la mer épicontinentale et le socle continental adjacents ». La Proclamation chilienne avait usé déjà de cette même expression de *consenso internacional*.

194. La situation de Cuba est assez particulière. Dès novembre 1945, une proposition a été introduite par le sénateur Rogelio Diaz Pardo devant le Congrès, tendant

à l'amendement de l'article 3 de la Constitution par inclusion dans le territoire national des « plateaux insulaires... jusqu'aux points où la profondeur est de 200 brasses », c'est-à-dire la double environ de la profondeur prise pour base de la définition courante du PC. Le droit revendiqué serait un droit de souveraineté portant sur le sol, le sous-sol et les eaux du PC, désormais compris dans les limites du territoire. Mais la proposition n'a pas abouti à l'heure actuelle et il n'est pas sûr qu'elle aboutisse : elle s'est heurtée en effet à certaines résistances dont on trouve l'écho dans un article du Dr Gustavo Gutierrez, vice-président de la Société cubaine de droit international (dans t. LIV, n° 107, septembre 1948, de la *Revista de derecho internacional*, La Havane) reproduisant le rapport présenté par lui à cette société sur l'opportunité de la proposition Rogelio Diaz Pardo. L'opposition qui s'est manifestée à cette proposition tient avant tout, semble-t-il, à la crainte que la mesure cubaine n'empêche les pêcheurs cubains d'accéder aux pêcheries qui se trouvent au large des côtes de la Floride et du Mexique, alors qu'eux-mêmes ne retireraient que peu de bénéfices de l'exclusion des pêcheurs étrangers du PC cubain qui est de dimensions très réduites. C'est essentiellement sous l'angle des industries de la pêche que la question du PC paraît, pour le moment du moins, se présenter à Cuba.

195. Il convient de signaler encore, dans le relevé des faits intéressant le PC dans l'hémisphère américain, deux ordres en conseil britanniques du 26 novembre 1948, n° 2574 et 2575, concernant la Jamaïque et les îles Bahama : ils portent extension du territoire de ces colonies jusqu'aux limites du PC formant le sol de la mer qui leur est adjacente (*Parliamentary Debates, Hansard's*, 17 décembre 1948).

5. — LE MOUVEMENT LÉGISLATIF AU MOYEN-ORIENT

196. Le mouvement a gagné d'autres régions du monde ; il y revêt une importance déjà considérable et par le nombre des pays où des mesures ont été prises par la richesse en gisements pétrolières des espaces dont il s'agit. L'Iran, puis l'Arabie Saoudite ont légiféré sur la matière, 19 mai et 28 mai 1949 (*A.J.I.L.*, vol. 43, 1949, p. 530, Supp., p. 154, 156). Leur exemple a été suivi par d'autres entités politiques du golfe Persique dont les territoires renferment d'importants champs de pétrole déjà en exploitation : sultanat de Bahrein, 5 juin 1949 ; sultanat de Koweït, 12 juin 1949 ; puis les six sultanats de la côte des Pirates : Abu Dhabi, 10 juin ; Dubaï, 14 juin ; Sharjah, 16 juin ; Ajman, 20 juin ; Umm al Qaiwain, 20 juin et Ras al Khaimah, date non précisée (voir R. Young, "Further claims to areas beneath the high seas", *A.J.I.L.*, vol. 43, 1949, p. 790-792).

197. En ce qui concerne l'Iran, un projet de loi approuvé par le Conseil des ministres a été déposé devant le Parlement (*Madjlis*) le 19 mai 1949. Ce texte n'apporte aucun changement à la législation existante relative aux eaux territoriales et résultant de la loi du 24 Tir 1313 (15 juillet 1934) : les eaux territoriales ont une largeur de 6 milles à compter de la laisse de basse-mer et « toutes les parties situées dans cet espace au-dessous et au-dessus du lit de la mer appartiennent à l'Iran » (art. 1^{er}). En outre, au-delà de la zone des eaux territoriales, il existe une seconde zone dite zone de surveillance et d'une largeur

également de 6 milles marins. Cette législation antérieure n'est touchée en rien et est au contraire expressément confirmée par les nouvelles dispositions en vertu desquelles l'Iran proclame et sauvegarde ses droits sur ses richesses souterraines au-delà de la limite de ses eaux territoriales. Le texte soumis au Parlement est étroitement apparenté à la Proclamation du Président des Etats-Unis. Il n'est pas donné de définition expresse du PC ; mais il est vraisemblable, du fait de l'étroite analogie avec la Proclamation Truman, que c'est en Iran également l'isobathe de 100 brasses (182,90 mètres) qui est pris en considération. Le golfe Persique a en tous ces points, jusqu'à la limite approximative du golfe d'Oman et du détroit d'Ormuz, une profondeur inférieure à cent brasses.

198. L'Arabie Saoudite a pris, le 28 mai 1949 (1^{er} chaban de l'an 1368 de l'Hégire), un décret 6/4/5-3711, relatif à la « délimitation des eaux territoriales du Royaume » et une « Proclamation concernant la politique du Royaume d'Arabie Saoudite en ce qui concerne le sous-sol et le lit de la mer des espaces du golfe Persique voisins des côtes du Royaume d'Arabie Saoudite ». (La traduction anglaise figure dans *A.J.I.L.*, vol. 43, 1949, doc., p. 154-157.) La législation sur les eaux « côtières » (*coastal sea*) est très analogue à la législation iranienne sur la même matière. La Proclamation royale sur le lit et le sous-sol de la mer a été visiblement influencée elle aussi par la Proclamation Truman ; elle n'en diffère que sur un point : l'expression de PC ou toute autre équivalente ne figure nulle part dans le texte saoudite. Si ce n'était la limitation nécessaire apportée en fait par la présence de la rive opposée du golfe Persique aux prétentions dont la Proclamation saoudite pourrait être la base, on serait tenté de considérer que cette Proclamation donne naissance à un type de revendications tendant pour ainsi dire vers l'infini. On voit quelle notable transformation ici encore, comme en Amérique latine, a subie la conception originaire rendue célèbre par l'initiative du président Truman du 28 septembre 1945.

6. — LE PLATEAU CONTINENTAL ET LES ASSOCIATIONS JURIDIQUES

199. En présence d'une expansion législative aussi abondante, la doctrine ne pouvait demeurer indifférente à la notion de PC. Dès le mois de juin 1948, un juriste néerlandais, le jonkheer P. R. Feith, rédigeait pour la Conférence de l'International Law Association qui devait se tenir à Bruxelles au début de septembre de la même année, un rapport intitulé *Rights to the sea bed and its subsoil* avec, en sous-titre, *The importance of the continental shelf theory for the exploitation of submarine regions*. La question a été mise à l'ordre du jour de l'ILA pour sa session de Copenhague, à la fin d'août 1950.

200. L'Institut de droit international, dans sa session tenue également à Bruxelles fin juillet 1948, a décidé, sur la proposition de sir Cecil Hurst, à la séance du 2 août, de mettre à l'étude la question du « droit de l'Etat de contrôler le sous-sol de la mer en dehors des eaux territoriales » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1948, p. 131 ; *ibid.*, p. 348).

201. La troisième Conférence internationale des juristes, qui se tiendra à Londres, sous les auspices de l'International Bar Association, du 19 au 26 juillet 1950, a inscrit

à son ordre du jour, en marquant son intention de la discuter du point de vue des Etats de l'hémisphère occidental, la question suivante : « Caractère et étendue des droits prétendus ou exercés par les Etats sur leurs eaux adjacentes et le sous-sol s'y rattachant ».

Section III. — Exposé et justification de la doctrine juridique du plateau continental dans la Proclamation Truman

1. — MOTIFS ÉNONCÉS PAR LA PROCLAMATION TRUMAN

202. Comment donc l'introduction de la notion de PC dans le droit peut-elle être étayée et justifiée pour en déduire un droit de contrôle au profit de l'Etat riverain sur le sol et le sous-sol de la mer faisant partie du plateau continental au-delà de la limite des eaux territoriales ?

203. Les divers documents législatifs intervenus en Amérique et dans le Moyen-Orient après la Proclamation du Président des Etats-Unis, tout en dépassant pour un certain nombre les revendications nord-américaines, n'ajoutent rien à ce document initial comme argumentation et motifs à l'appui. Au fur et à mesure qu'ils sont émis, ils se réfèrent à un consensus, à une coutume qui serait déjà formée (en quoi ces Proclamations s'avancent peut-être un peu trop vite). C'est la mémorable Proclamation du 28 septembre 1945 qui fournit les cadres de la doctrine du PC. Il convient, par suite, d'examiner avec quelque détail son énoncé et ses justifications. On pourra rapprocher avec intérêt de la Proclamation du Président des Etats-Unis la substance d'un article qui avait été publié quelque 15 années auparavant par Miguel Ruelas, dans la *Revista de derecho internacional*, La Havane, 1930, t. XVII, janvier-juin, p. 129-137.

204. Le premier considérant invoqué par le Président des Etats-Unis est tiré des « nécessités en présence desquelles se trouve le monde entier d'obtenir des ressources nouvelles en pétrole et autres substances minérales ». Cet argument trouve aisément l'audience de l'opinion publique universelle.

205. Le deuxième considérant constate deux faits : l'un est que les experts sont d'avis que des ressources en pétrole et autres substances minérales existent en de nombreuses parties du PC au devant des côtes des Etats-Unis; l'autre est que les progrès de la technique moderne permettent d'ores et déjà ou permettront à bref délai l'utilisation pratique de ces ressources. Notons que le PC est mentionné, sans que l'expression soit définie dans la Proclamation elle-même non plus que dans l'ordre exécutif, mais seulement dans le communiqué de presse : la notion adoptée est la notion courante, celle qui est définie à l'aide de l'isobathe de 100 fathoms (182,90 mètres) correspondant à l'isobathe de 200 mètres en usage dans les pays de système métrique.

206. Avec le considérant trois il est proclamé qu'« une juridiction reconnue sur ces ressources s'impose dans l'intérêt de leur conservation et de leur exploitation prudente, au fur et à mesure que l'exploitation en sera entreprise ». Il ne manque pas de bonnes raisons en faveur de cette proposition : la juridiction est, en toutes matières, la condition de l'ordre, ce but essentiel du droit; le gaspil-

lage de ressources précieuses doit être évité; les conflits susceptibles de se produire entre exploitants doivent être ou prévenus ou réglés; les particuliers qui se tournent vers l'exploitation de ces ressources doivent savoir sous quelle juridiction se trouvent les lieux qui sollicitent leur activité.

207. On entre vraiment dans la construction juridique de la notion de PC avec le considérant quatre. Ce considérant formule comme « raisonnable et juste » le point de vue affirmé par les Etats-Unis que l'exercice de la juridiction sur les ressources naturelles du sous-sol et du lit de la mer du PC appartient à la nation à laquelle ce plateau est attaché. Puis il en présente quatre justifications. Examinons d'abord ces quatre motifs invoqués à l'appui du caractère « raisonnable et juste » de la « juridiction » de l'Etat riverain. Nous pourrions mieux pénétrer ensuite la portée des droits revendiqués par les Etats-Unis sur le PC attaché à ses côtes.

208. Le premier motif est que « l'effectivité des mesures tendant à l'utilisation ou à la conservation de ces ressources est liée à la coopération et à la protection susceptibles de s'exercer depuis le rivage ». Il n'y a rien là qui soit spécifiquement propre à l'idée de PC. C'est le vieux thème sur lequel se sont appuyées, dès les temps les plus anciens, toutes les revendications de droit sur les eaux adjacentes, thème comportant à la fois la notion de devoirs à la charge de l'Etat riverain (faire régner l'ordre au profit de tous au voisinage de ses côtes) et la notion de droits particuliers à son profit, ces droits étant envisagés comme la condition et la contrepartie de ces devoirs. La seule adjonction à ce vieux thème est l'idée de coopération se superposant aux aspects plus spécialement régaliens et de commandement que comportait originellement d'une manière exclusive la « puissance exercée sur la mer depuis la terre ».

209. C'est dans le même ordre d'idées traditionnelles liées au rayonnement de la puissance de l'Etat riverain sur la mer adjacente que gravite le quatrième motif invoqué par la Proclamation Truman à l'appui des droits de « juridiction » de l'Etat sur les espaces maritimes au-delà de sa mer territoriale : ce quatrième motif est tiré de la notion de sécurité. Cette sécurité risque d'être compromise par les activités que comporterait nécessairement l'exploitation des ressources sises dans son PC. Le régime de la mer territoriale lui donne normalement cette sécurité. Mais dès l'instant où le PC — dépassant d'une étendue variable, mais souvent très importante, la zone de la mer territoriale — doit, dans l'intérêt du monde entier (considérant un), être le théâtre d'opérations d'exploitation intense, la sécurité de l'Etat riverain n'est plus assurée, à moins qu'on ne lui attribue, dans les limites de ce PC, les compétences nécessaires pour la garantir. Comme le déclare le quatrième motif, le « soin de sa propre protection oblige le pays riverain à pratiquer une étroite surveillance sur les activités exercées devant ses côtes qui sont de la nature impliquée nécessairement pour l'utilisation de ces ressources ».

210. Les motifs deuxième et troisième invoqués par la Proclamation Truman à l'appui du caractère « raisonnable et juste » de la juridiction de l'Etat riverain sur les ressources du sous-sol et du lit de la mer du PC attaché ramènent vers des considérations du domaine de la géographie et de l'océanographie. Dans quelle mesure ces

considérations sont-elles de nature à fournir des justifications à l'idée que la Proclamation prétend en déduire ?

211. Le motif deuxième se lit comme suit : « Le PC peut être regardé comme une extension de la masse terrestre du pays riverain et ainsi comme en faisant partie naturellement ». Quant au motif troisième il est ainsi conçu : « ces ressources constituent fréquemment une extension vers la mer de gisements ou de dépôts se trouvant à l'intérieur du territoire ». Cette constatation d'expérience ne requiert aucun développement spécial. C'est sur le motif deuxième que l'attention doit se concentrer.

2. — RELATION ENTRE LE PLATEAU CONTINENTAL ET LA MASSE TERRESTRE DE L'ETAT RIVERAIN

212. L'origine du plateau continental est une question pleine d'intérêt au point de vue géologique; le juriste a l'obligation de se renseigner sur les discussions que cette question a provoquées et continue à provoquer, dans la mesure où des indications autorisées fournissent des arguments pour ou contre l'appartenance du PC à l'Etat riverain.

213. Le précieux et très récent ouvrage de M. Jacques Bourcart, Professeur à la Sorbonne, sur la *Géographie du fond des mers, Etude du relief des océans* (Paris, Payot, 1949, p. 307), indique que de « grands efforts ont été faits pour interpréter « une forme aussi constante et aussi curieuse que le PC » et il mentionne quatre théories produites à cet effet : 1° l'abrasion marine (p. 133-134); 2° la sédimentation marine (p. 134-139); 3° la théorie de Wegener (p. 139-142); 4° la théorie de la transgression de la mer sur une surface antérieurement continentale (p. 142-146).

214. L'abrasion marine ne suffit pas, dit l'auteur, à expliquer la formation du PC contrairement à l'opinion soutenue par quelques géologues (p. 134). L'inexactitude de cette théorie de l'abrasion marine sur la formation du PC ne dispense pas de rechercher en quelques mots ce que pourrait en tirer l'idée d'appartenance du PC au pays auquel le plateau est attenant. La catégorie juridique qui se présente aussitôt à l'esprit est celle de la *restitutio in integrum*, du rétablissement d'un état de choses altéré. La plate-forme d'abrasion marine que représente le PC reviendrait au continent parce qu'elle lui a jadis appartenu avant l'érosion et le modelé en table que lui a donné l'action continue de la mer. Rétroactivement, on concevrait le territoire du pays riverain tel qu'il a pu être dans un passé plus ou moins reculé et on le reconstituerait au profit de cet Etat : il retrouverait ainsi, mais submergé, le territoire qui jadis était sien et, naturellement, il le retrouverait jusqu'au tréfonds, avec le lit et le sous-sol de la mer. Nous reverrons cette même construction juridique comme liée à une autre théorie sur l'origine géographique du PC, celle des transgressions marines.

215. C'est au contraire vers la catégorie juridique de l'accession, exactement inverse de celle de la *restitutio in integrum* que nous conduit la seconde théorie géographique sur l'origine du PC, celle de la sédimentation. L'une disait : arrachement; l'autre dit : apport. Et non seulement apports de l'extérieur ou de n'importe quelle autre source étrangère, mais apports provenant surtout du pays même auquel le PC est attenant.

216. Le professeur Bourcart ne donne pas son approbation à cette théorie qui fut surtout défendue par Murray et ses continuateurs anglais. Supposons cependant que cette théorie de l'origine du PC par sédimentation soit fondée et plaçons-nous au point de vue juridique correspondant. C'est aux notions en droit international d'*accession* (ou d'*accretion*, mot équivalent préféré par les auteurs de langue anglaise) qu'il faudrait à première vue rattacher cette théorie.

217. On sait en quoi consiste l'accession ou accretion : « L'accession consiste dans l'augmentation apportée à un territoire par un fait physique. Ce fait physique est d'ordinaire l'œuvre de la nature; mais il peut être le produit du travail de l'homme; il existe ainsi une accession naturelle et une accession artificielle. » (Fauchille, t. I, II^e partie, n° 533, p. 670.) *Accretion is the name for the increase of land through new formations (Lauterpacht, Oppenheim's International Law, 7^e éd., vol. I, 229, p. 515). "It is a customary rule of the Law of Nations that enlargement of territory, if any, created through new formations, takes place ipso facto by the accretion without the State concerned taking any special step for the purpose of extending its territory. Accretion must, therefore, be considered as a mode of acquiring territory." (Ibid.)*

218. Si l'on examine la classique accession ou accretion en fonction de la notion de PC et de l'hypothèse où l'accession jouerait un rôle dans la formation du PC, on constate que la matière comporte désormais un élément complètement nouveau. L'accession ou accretion est un phénomène qui se caractérise dans le droit classique par l'émergence de nouvelles terres, par leur apparition au-dessus de la surface des eaux. Jusqu'à cette émergence qui doit être en principe permanente (sous réserve de l'hypothèse de la formation de bancs ou *shoals* à prendre éventuellement en considération pour la délimitation des eaux territoriales), les atterrissements ne réalisent pas un cas d'accession ou d'accrétion et ne bénéficient pas au territoire principal. Le cas du PC pose une hypothèse absolument différente : il s'agit de savoir si et à quelles conditions une aire maritime submergée attenant au territoire de l'Etat peut être considérée comme faisant partie de ce territoire.

219. Ruelas, adoptant la théorie de l'origine du PC par sédimentation, répond affirmativement à la question : il lui semble logique que l'Etat riverain retrouve sous forme d'extension de territoire maritime ce qui aurait été enlevé à son territoire terrestre; c'est par une « loi naturelle » que le PC appartient à cet Etat (art. cit., p. 130).

220. Le jonkheer P. R. Feith a fait appel à l'idée d'accession ou d'accrétion à propos du PC dans des conditions qui ne laissent pas d'encourir certaines objections. Il cite d'abord un passage emprunté au traité classique d'Oppenheim-Lauterpacht (6^e éd., par. 229-231) aux termes duquel tout Etat peut établir des formations artificielles aussi loin qu'il veut dans la mer au-delà de la laisse de basse mer et réaliser par là un gain considérable en terrain et également en territoire, étant donné que la ceinture des eaux territoriales qui a une largeur minimum de 3 milles doit être alors mesurée depuis le rivage qui a subi une extension. Le jonkheer Feith continue ainsi : « Du point de vue du droit international, il n'y a pas d'objection à la création de digues sur le PC par l'Etat

riverain et à la transformation en polders à l'aide de ce procédé de la totalité du PC adjacent. Si, par suite d'un cataclysme affectant le sol maritime ou par suite d'un tremblement de terre (*a seaquake or an earthquake*), le PC venait à émerger, pourrait-il alors appartenir à un pays autre que l'Etat riverain ? La théorie du PC apparaîtrait comme dispensant d'une grande quantité de travaux en matière de construction de digues ou de production de tremblements de terre artificiels, en reconnaissant simplement et une fois pour toutes, que l'Etat riverain peut, sans avoir à faire de démarches spéciales, affirmer ses droits sur le PC attenant à ses côtes. »

221. Mais d'une part l'auteur semble avoir perdu de vue que le passage d'Oppenheim-Lauterpacht cité par lui se réfère uniquement à des travaux d'accrétion artificielle effectués à l'intérieur des limites de la mer territoriale et que, par suite, le texte des savants auteurs n'autoriserait pas un Etat riverain à procéder à ces travaux d'accrétion artificielle sur la partie de son PC qui serait en dehors de la limite des eaux territoriales.

222. D'autre part, en admettant que la production de tremblements de terre artificiels puisse avoir, comme semble le penser le jonkheer P. R. Feith, l'efficacité voulue pour faire émerger durablement au-dessus des eaux le PC, il n'est pas bien certain que le droit international actuel tiendrait pour licite le recours à un tel procédé, fût-ce par l'Etat riverain. Ce ne semble pas être un argument péremptoire en faveur de la théorie du PC que de préconiser son admission parce qu'elle aurait le mérite de dispenser de procéder au modelage du relief de la marge côtière au moyen d'un tremblement de terre artificiel.

223. Laissant de côté ces anticipations, séduisantes mais probablement lointaines, peut-on vraiment faire application au PC de l'idée juridique d'accession ou d'accrétion ? L'accession est un phénomène qui se réalise peu à peu par rapport à un certain état de possession territoriale : un lent accroissement bénéficie au territoire. Or le PC est une formation totalement existante : cette formation *existante* doit-elle être rattachée au territoire en vertu du processus de sa constitution que l'on suppose avoir été celui de la sédimentation (accession), cette constitution remontant au minimum à des dizaines ou à des centaines de siècles ? En invoquant l'idée d'accession à propos du PC, on applique la notion d'un phénomène qui vaut par son actualité et son efficacité progressive à une situation réalisée depuis un temps pour lequel la qualification d'immémorialité serait étrangement faible.

224. Si l'on pouvait rechercher ce caractère fondamental de lent développement qui est le propre de l'idée d'accession par sédimentation, on ne saurait le retrouver que dans la réalisation graduelle et progressive de l'occupation du PC par l'Etat riverain, soit en le transformant en polders par échelons successifs, soit en procédant à son exploitation de plus en plus poussée dans la direction de ses limites vers le large au fur et à mesure que les progrès technologiques rendent l'exploitation du sous-sol possible par des fonds de profondeur croissante.

225. Il semble plus judicieux d'admettre que, même s'il était établi que c'est à des phénomènes de sédimentation qu'est due l'origine du PC, ce mode de formation ne permettrait pas d'invoquer utilement la théorie de l'ac-

cession (accrétion) pour parvenir à la conclusion que le PC doit appartenir au pays aux côtes duquel il est attenant.

226. Une troisième explication de l'origine du PC, celle de Wegener, peut être laissée de côté, car elle ne paraît comporter aucune relation possible avec des notions quelconques de technique juridique générale. Au surplus, cette théorie est-elle presque universellement repoussée par les géographes.

227. Il reste enfin une quatrième théorie sur l'origine du PC ; cette origine serait due à une transgression marine s'exerçant sur une surface antérieurement continentale. Cette théorie recueille l'approbation de l'auteur récent que nous avons cru pouvoir prendre pour guide. Elle apporte un très solide appui scientifique à la considération mise en avant par le Président des Etats-Unis dans sa Proclamation, à savoir que « le PC peut être regardé comme une extension de la masse terrestre du pays riverain. »

228. Pour le professeur Bourcart, il existe trois paliers autour des continents : le premier correspondant au PC classique (0 à 100, 200 ou 300 mètres) ; le second s'étendrait de — 200 à — 400 ou 500 mètres ; le troisième de — 400 ou — 500 mètres à — 1 000 mètres. Il estime que l'on peut voir dans ces trois paliers les restes des trois plaines continentales successives, modelées au cours de trois régressions et dont les pentes originelles étaient d'autant plus fortes qu'elles étaient plus anciennes ou, mieux, qui ont été d'autant plus déformées qu'elles datent d'une époque plus ancienne (*op. cit.*, p. 155). La marge continentale est la zone de l'écorce autour des vieux continents qui est caractérisée par les allées et venues de la mer, « le PC actuel et les plaines littorales adjacentes n'étant que la dernière portion, sans cesse réduite, de la marge soumise à ces incessantes oscillations » (*op. cit.*, p. 160).

3. — CONSÉQUENCES JURIDIQUES TIRÉES DE LA DOCTRINE DU PLATEAU CONTINENTAL PAR LA PROCLAMATION TRUMAN

229. Quelles conséquences juridiques la Proclamation du 28 septembre 1945 tire-t-elle de la qualité qu'elle a attribuée au PC — et l'on vient de voir que c'est avec raison au point de vue de la géographie des océans — d'être une extension de la masse terrestre du pays riverain ? Le dispositif de la Proclamation s'exprime ainsi : « Le Gouvernement des Etats-Unis regarde les ressources naturelles du sous-sol et du lit de la mer au-dessous des eaux de la haute mer, mais contigus aux côtes des Etats-Unis, comme appartenant aux Etats-Unis et comme soumis à leur juridiction et à leur contrôle. »

230. On ne doit pas entendre dans un sens étroit cette expression de « ressources naturelles », et les régions non susceptibles d'exploitation du sous-sol et du lit de la mer qui font partie du PC des Etats-Unis en haute mer doivent être considérées comme faisant l'objet de la part des Etats-Unis des mêmes droits que les « ressources naturelles » au sens strict de l'expression. Le jonkheer P. R. Feith (rapport à l'ILA, p. 17-18) a éclairé ce point par l'exemple suivant : « Si, grâce aux nouveaux progrès de la technique, il devenait possible, dans un très proche avenir, d'utiliser le sol du PC par exemple pour poser des pipe-lines, il ne serait certainement pas possible au Mexique de poser un pipe-line à l'extérieur de la

limite des 3 milles, mais sur le sol du PC des Etats-Unis longeant leur côte ouest et d'établir par ce moyen une relation avec le Canada, sans que le Mexique se soit assuré du consentement des Etats-Unis. Bien qu'on puisse difficilement soutenir qu'un tel pipe-line interfère dans les ressources naturelles du lit de la mer du PC des Etats-Unis, il ne serait pas facile, en invoquant la lettre du texte de la Proclamation Truman, de se dégager de l'argumentation que les Etats-Unis fonderaient sur la théorie du PC. » L'hypothèse de la pose d'un câble télégraphique entre le Mexique et Vancouver et qui emprunterait le sol du PC américain poserait une question plus délicate, la matière étant déjà entrée dans le droit international positif par la Convention unilatérale de Paris du 14 mars 1884.

231. Le dispositif de la Proclamation, après un second paragraphe consacré à l'hypothèse de la répartition des plateaux continentaux éventuellement communs, se termine par une disposition de la plus haute importance juridique : « Le caractère d'eaux de haute mer des eaux surplombant le PC et le droit d'y naviguer librement et sans entraves ne sont en aucune façon affectés par les présentes mesures. »

Section IV. — Essai de construction juridique d'une doctrine du plateau continental

1. — POSSIBILITÉ JURIDIQUE D'OCCUPER LE LIT ET LE SOUS-SOL DE LA HAUTE MER

232. Tout un travail de construction juridique est à effectuer à l'aide des matériaux que constituent la Proclamation du Président des Etats-Unis du 28 septembre 1945 et les autres documents qui ont posé le principe du rattachement à l'Etat riverain de son PC.

233. Une observation préliminaire s'impose : la notion de PC ne présente d'intérêt, en l'état actuel du droit international, qu'en ce qui concerne la projection par l'Etat riverain de compétence au-delà de la limite de ses eaux territoriales. Il est superflu de revenir sur la nature juridique de la mer territoriale, telle qu'elle a été unanimement fixée dans ses principes par la Conférence de codification de La Haye (1930) et qu'elle résulte du texte élaboré alors avec le commentaire autorisé qu'en a donné le rapporteur, le professeur François. En conséquence, si, sur une côte ou portion de côte donnée, il n'existe pas de PC ou si le PC a une largeur inférieure à celle des eaux territoriales de l'Etat riverain, rien n'est changé aux compétences de l'Etat riverain à l'intérieur de ses eaux territoriales. La donnée de fait à supposer pour que la notion de PC soit valable en un lieu donné est non seulement qu'il existe un PC en ce lieu, mais que la limite du PC vers le large dépasse la limite extérieure des eaux territoriales.

234. La doctrine du PC a comme base la possibilité juridique d'occuper le lit et le sous-sol de la haute mer dans les limites du PC. Mais cette occupation est soumise à deux limitations dont l'une concerne les tiers et dont l'autre concerne l'Etat riverain lui-même. La limitation qui s'adresse aux tiers est que l'occupation des parties du PC qui sont recouvertes par des eaux de haute mer ne doit pas être ouverte à tous, ce qui risquerait de compromettre la paix internationale. La limitation qui

s'adresse à l'Etat riverain est que les modalités de son occupation des parties de son PC qui sont recouvertes par les eaux de haute mer ne doivent pas porter atteinte abusivement aux usages de la haute mer.

235. La possibilité d'occuper licitement le sous-sol et le lit de la mer recouverts par des eaux de haute mer ne constitue pas une innovation de principe par rapport à l'état actuel du droit international. L'état du droit international actuel, dès avant la Proclamation du Président des Etats-Unis, peut en ce qui concerne l'occupation du fond de la haute mer se résumer ainsi : 1) un certain nombre d'occupations, remontant à des époques plus ou moins éloignées, bénéficient d'une reconnaissance universelle : c'est le cas des pêcheries sédentaires existant en divers points du monde; 2) des occupations nouvelles ne sont pas interdites; des hypothèses d'occupations de ce genre du lit et du sous-sol sont afférentes au problème (dont l'intérêt paraît avoir maintenant décliné) dit des « îles flottantes »; à l'établissement de phares en haute mer; à la construction de tunnels sous-marins; à l'établissement de câbles électriques ou de pipe-lines. La condition de la reconnaissance du caractère licite de ces occupations est qu'elles n'entravent pas abusivement la navigation dans les parages fréquentés.

236. Cette conception du droit international procède de l'idée que le sol et le sous-sol de la haute mer sont des *res nullius* et, comme telles, susceptibles d'occupation. Toutefois, la régularité de cette occupation peut être combattue par les Etats intéressés qui seraient fondés à y reprendre une atteinte aux droits qu'ils tirent du principe de la liberté de la haute mer. Ce conflit d'intérêts doit se résoudre en faveur de celui des deux intérêts qui, d'après les conceptions en vigueur au moment considéré et eu égard aux circonstances de l'espèce, sera tenu comme préférable.

237. Il n'est pas possible, contrairement à ce qu'a cru pouvoir faire sir Cecil Hurst dans un article célèbre et qui a connu un regain de célébrité depuis le mouvement d'idées qui a récemment entouré le PC, de soutenir que « la reconnaissance des droits spéciaux de propriété — c'est le mot employé par l'illustre auteur — dans des zones particulières du lit de la mer en dehors de la bande des eaux territoriales à l'effet des pêcheries sédentaires n'entre en aucune façon en conflit avec la jouissance commune par toute l'humanité du droit de navigation des eaux surplombant ce lit ou ces bancs » et que « cette reconnaissance ne porte pas atteinte non plus à celle d'aucun droit spécial ou exclusif à la capture des espèces mobiles de poissons au-dessus ou à l'entour de ce lit ou de ces bancs. On ne saurait convenir avec sir Cecil Hurst que « la prétention à la propriété absolue d'une portion du lit de la mer et des richesses qu'il produit, sous forme d'huîtres perlières, de coquillages, de coraux, d'éponges ou autres fruits du sol, n'est pas incompatible avec le droit universel de navigation en haute mer ni avec le droit commun du public de pêcher en haute mer ». "Whose is the bed of the Sea, Sedentary fishery outside the three mile limit." B.Y.I.L. (1923-1924), p. 34-43, spécialement p. 42-43).

238. Lorsque le droit se trouve en présence d'une opposition entre des propositions contradictoires et qui paraissent, après examen, plausibles l'une et l'autre, c'est

précisément sa tâche de déterminer si l'opposition ne peut être levée autrement, laquelle des deux doit avoir le pas sur l'autre. Ici il faut franchement constater que l'occupation privative durable du lit de la haute mer engage, d'une manière plus ou moins accentuée mais de façon nécessaire, l'usage de la haute mer par autrui et que c'est poursuivre la quadrature du cercle que de prétendre concilier la légitimité, par exemple, des pêcheries sédentaires en dehors de la limite des eaux territoriales avec la notion de liberté de la haute mer. Mais le problème n'est pas de marier l'eau et le feu. Il est de savoir dans quels cas il convient que le feu cède devant l'eau et dans quels cas, au contraire, c'est le feu qui doit l'emporter. Rien n'exige que le principe de la liberté de la haute mer demeure absolu s'il est nécessaire que cette liberté fléchisse pour que des intérêts légitimes reçoivent satisfaction. Si la liberté de la haute mer avait dû demeurer intangible, jamais la répression de la piraterie n'eût même été tentée.

239. La solution du problème juridique des occupations du lit de la haute mer, soit pour des pêcheries sédentaires, soit pour d'autres fins, n'est pas dans l'affirmation que de telles occupations laissent intacte la liberté de la haute mer : ce qui est contraire à l'évidence; mais dans la détermination, pour chaque cas considéré, des rapports à établir — exclusion ou combinaison — entre l'idée de la liberté de la mer et l'idée d'occupation privative durable du lit de la haute mer pour l'objet dont il s'agit.

240. En présence de la situation qu'a fait apparaître la Proclamation du Président des Etats-Unis, il faut prendre position sur la valeur relative de la liberté de la mer et des intérêts engagés par l'exploitation du plateau continental. Le droit international que nous demandons, dans un désir de brièveté, la permission d'appeler « pré-Trumanien » admettait, suivant une dissociation depuis longtemps reçue dans le droit des cours d'eau entre le lit du cours d'eau et le volume des eaux, que l'usage du volume des eaux en dehors des limites de la mer territoriale ne peut faire l'objet d'aucun droit privatif d'un Etat déterminé et que, au contraire, le lit pouvait être assujéti à une occupation privative durable. Il subordonnait cette occupation à ce qu'elle ne portât pas d'atteinte d'une manière abusive pour les Etats intéressés à la liberté de la navigation en haute mer. Ainsi on acceptait généralement l'idée que, dans les parages où était envisagée la construction d'ouvrages destinés au franchissement d'un détroit fréquenté, c'est-à-dire en un lieu où les faisceaux de circulation maritime se resserrent, ces ouvrages — préliminaires ou définitifs — ne devaient pas être attaqués depuis la haute mer directement, mais seulement depuis les eaux territoriales, voire même depuis la terre ferme. Le droit international ne faisait pas d'objection à ce que des mines fussent exploitées par galerie sous la haute mer aussi loin que l'on pouvait à condition, bien entendu, de ne pas pénétrer dans le sous-sol des eaux territoriales d'un autre Etat.

2. — INNOVATION APPORTÉE PAR LA PROCLAMATION TRUMAN

241. A ces règles qui dominaient le droit international de la matière jusqu'au 28 septembre 1945, la Proclamation du Président des Etats-Unis a apporté des modifications considérables. Non seulement le sous-sol ou le lit de la mer territoriale d'un Etat continue à être à l'abri

de toute interférence de la part d'un autre Etat; mais encore cette interdiction d'interférence s'étend en outre à toutes les parties du lit ou du sous-sol qui appartiennent au PC de l'Etat riverain, même si elles sont recouvertes par des eaux de haute mer. L'Etat riverain reçoit ainsi en haute mer un droit rigoureusement exclusif sur le lit et le sous-sol de son PC. L'exploitation et même l'utilisation, au sens large déterminé plus haut, de ce PC lui sont strictement réservées. Le facteur naturel « plateau continental » décide de l'étendue dans l'espace de l'exclusivité des droits du riverain.

242. Une autre innovation de la Proclamation du Président des Etats-Unis est que l'occupation du sous-sol de la haute mer, lorsque ce sous-sol fait partie du PC, peut se faire, sans objections possibles de la part des tiers, par voie d'attaque *directe* depuis la haute mer elle-même et sans qu'il faille y procéder à partir de la mer territoriale du PC. La Proclamation n'implique aucun changement dans le droit existant en ce qui concerne l'occupation du lit et du sous-sol de la haute mer lorsqu'il s'agit de parties n'étant pas comprises dans les limites des PC.

243. Enfin, la Proclamation réserve d'une manière aussi catégorique qu'elle le peut le maintien de la liberté de navigation en haute mer au-dessus du PC; mais il va de soi que cette liberté de navigation se trouvera plus ou moins réduite *en fait* par les diverses installations fixes ou mobiles qu'exigera l'exploitation des ressources naturelles du PC. La mer voie de communication et la mer trésor exploitable ne constituent pas des thèmes incompatibles; mais leur conciliation implique qu'aucune des deux notions en présence ne sera poussée à l'extrême.

244. Cette conciliation doit tendre à donner satisfaction aux divers intérêts en présence. Celui qui avait jusqu'ici bénéficié d'une prédominance presque exclusive, la navigation, pourra — au fur et à mesure que l'exploitation industrielle ouvrira des chantiers de plus en plus nombreux — subir des gênes de fait de plus en plus notables, encore que le principe posé doive la protéger contre des réglementations éventuelles abusives ou tendancieuses. C'est à ce point de vue que la liberté d'action de l'Etat riverain subit une limitation. Celle que subissent les tiers sera peut-être plus malaisément supportée par eux. Et cependant, à regarder froidement les choses, cette limitation ne porte guère que sur des possibilités plus ou moins lointaines d'avenir. L'exclusivité attribuée à l'Etat riverain sur son PC en écarte les concurrents.

245. Cette disposition ne procède pas seulement d'une considération juridique, à savoir que le PC, faisant partie de la masse terrestre de l'Etat riverain, doit donner lieu à des compétences à son profit. Une considération d'ordre politique ne lui est pas étrangère. On a beaucoup parlé, à propos des ressources naturelles incluses dans la marge continentale, de la forme aiguë que prendrait la concurrence pour leur exploitation, d'un *rush and grab*, d'une course au trésor, ou vulgairement d'une foire d'empoigne à laquelle il faudrait s'attendre si des droits exclusifs n'étaient pas réservés sur son PC à chaque Etat riverain. L'exclusivité du PC au profit de l'Etat riverain a paru le meilleur moyen de couper court à ces tensions possibles. Chacun demeurera maître chez soi ou n'y admettra que ceux qu'il y voudra admettre.

3. — SENS DES MOTS « JURIDICTION ET CONTRÔLE DE L'ÉTAT RIVERAIN »

246. De ces droits exclusifs de l'Etat riverain sur le PC et ses ressources naturelles quel est au juste le contenu et la portée ? La question paraît pouvoir se résumer ainsi : la « juridiction et le contrôle » affirmés par les Etats-Unis sur leur PC sont-ils l'équivalent de la « souveraineté » c'est-à-dire de l'intégralité des compétences étatiques, sur la base du droit international, dans la zone considérée ?

247. Il est incontestable que la Proclamation du Président des Etats-Unis a accumulé les précautions pour éviter le reproche de revendiquer la « souveraineté » sur le PC. C'est d'abord l'emploi des termes « juridiction et contrôle » qui a permis l'omission, probablement intentionnelle, à coup sûr significative, du mot « souveraineté ». C'est ensuite, la spécification que le sous-sol et le lit de la mer où des droits sont prétendus par l'Etat riverain, se trouvent « au-dessous des eaux de la haute mer ». C'est enfin, le paragraphe final de la Proclamation où il est dit : « Le caractère d'eaux de haute mer et le droit d'y naviguer librement et sans entraves ne sont en aucune façon affectés par les présentes mesures. »

248. Les commentaires américains ne s'y sont pas trompés. Richard Young ("Recent developments...", *A.J.I.L.* vol. 42 (1948), p. 850) écrit : "*President Truman's Proclamation of 1945 made no claim on behalf of the United States to sovereignty, title or ownership of the continental shelf. It only declared it to be the national policy to regard the natural resources of the subsoil and sea bed of the shelf as appertaining to the United States, subject to its jurisdiction and control.*" Et, comme le remarque Young, cette formule rappelle celle de la loi de 1856 sur les îles à Guano (*Guano Islands Act of 1856*, 11 Stat. 119) disposant que, sous certaines conditions spécifiées, les îles dont il s'agit pourront "*at the discretion of the President of the United States be considered as appertaining to the United States*".

249. Les commentaires d'ordre juridique que sir Cecil Hurst a consacrés à la Proclamation du Président des Etats-Unis dans sa communication à la Grotius Society du 1^{er} décembre 1948 laissent sur une impression moins ferme en ce qui concerne la nature des droits dont la Proclamation comporte revendication au profit des Etats-Unis. Sans doute sir Cecil Hurst relève, en toute première ligne, que le « texte de la Proclamation ne tend pas à réaliser une extension de la souveraineté des Etats-Unis ». En fait, dit-il, les termes employés indiquent « l'autre route » et l'éminent juriste invoque en ce sens le double rappel, chez les eaux surplombant le PC, de la qualité d'« eaux de haute mer ». « Les internationalistes hésiteraient à admettre que, si les eaux surplombant le PC sont des eaux de haute mer, elles soient ou puissent être assujetties à la souveraineté de l'Etat ». La conclusion de l'ancien Président de la CPJI demeure cependant empreinte de prudence : « C'est pourquoi, dit-il, il faut lire la Proclamation comme n'effectuant aucune extension immédiate de la souveraineté américaine sur le plateau continental. Toutefois, continue-t-il, on ne saurait lire l'ensemble du document sans avoir le sentiment que la Proclamation procédait du désir d'avoir un effet immédiat, un résultat allant au moins jusqu'à jalonner

la revendication pour l'Etat riverain du droit exclusif d'exploiter les ressources du PC, de la façon et dans le temps où cette exploitation pourrait être attaquée. » ("*... that the Proclamation was intended to have some immediate effect, a consequence at least as extensive as the staking out of a claim by the contiguous State to the exclusive right to develop the resources of the continental shelf, as and when such development could be taken in hand*"). [The Grotius Society, *Transactions for the Year 1948*, vol. 34, p. 159.]

250. C'est sur la base des effets d'exclusion que devrait comporter à l'égard des tiers la « juridiction et le contrôle » que sir Cecil Hurst paraît disposé à admettre l'identité pratique de l'expression « juridiction et contrôle » et de l'expression « souveraineté ». « Mais est-ce que, demande-t-il, est-ce que le droit international, dans son état actuel, admet que l'on jalonne une revendication (*the staking out of a claim*) par action unilatérale — telle la Proclamation de septembre 1945 — du droit exclusif de la part de l'Etat riverain de contrôler l'exploitation future d'une zone sise au-delà des limites de sa souveraineté et au moment où il considère que cette exploitation est devenue possible ? »

251. Sans répondre à la question qu'il venait de jeter dans le débat, sir Cecil Hurst invitait aussitôt ses auditeurs de la Grotius Society à se tourner d'un autre côté : « Et maintenant, leur disait-il, considérez la situation à la lumière de l'heure présente; les besoins en pétrole, les immenses progrès de l'art de l'ingénieur et la puissance du monde du pétrole. Peut-on attendre qu'un Etat puissant tolère la mise en train de grands travaux d'exploitation par quelque organisation étrangère pour extraire des richesses minérales du lit de la mer juste à la limite extérieure de ses eaux territoriales, sans que cet Etat ait son mot à dire dans la question ? Qui soutiendrait qu'il soit juste que, dans les cas où l'Etat devant les côtes duquel de semblables exploitations sont entreprises est un Etat faible, un tribunal international tranchant sur la base du droit international des différends à lui soumis, ou un organisme extérieur auquel l'Etat faible demanderait de l'aide, aient l'obligation de déclarer que les règles du droit international ne donnent à cet Etat aucun droit de faire des objections ? »

252. Sir Cecil Hurst rejette ensuite l'interprétation de la Proclamation qui tendrait à établir une distinction entre la situation de droit *avant* que l'exploitation des ressources du PC ne commence et la situation *après* que cette exploitation aura commencé. « Il faut, dit-il, déduire du texte l'intention de la part du Gouvernement des Etats-Unis de revendiquer dès l'émission de la Proclamation et sans attendre le commencement d'un travail quelconque d'exploitation, le droit exclusif de contrôle sur le PC adjacent aux côtes des Etats-Unis et par là de contrôler toute activité tendant à l'acquisition des ressources de ce plateau, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur de la limite des 3 milles. » (Art. cit., p. 6.)

253. Reprenant encore l'exégèse du texte dans son ensemble sir Cecil déclare n'y trouver « aucune revendication de souveraineté sur la totalité du PC, aucune revendication de souveraineté sur les eaux au-dessus du PC... » mais seulement « une revendication du contrôle de toutes les activités tendant à l'exploitation des ressources du

sous-sol au-dessous du lit de la mer et ... une revendication à l'exclusivité de ce contrôle. Il y est déclaré que ce contrôle doit être exercé par l'Etat riverain et, évidemment, il ne peut y avoir qu'un seul Etat riverain. Voilà tout ce qu'on peut y trouver, car les mots n'expriment aucune revendication de souveraineté.

« Si c'est là une description correcte du sens de la Proclamation, la difficulté est toutefois que la distinction entre la souveraineté d'une part et la juridiction et le contrôle exclusif d'autre part qui sont expressément revendiqués, est réduite au point de n'être à peu près rien de plus qu'une question de nom. La souveraineté n'est pas un terme bien aisé à définir; mais dans un cas de cette sorte, je pense que nous sommes fondés à regarder les faits de la situation plutôt que le langage dont il est fait usage... On ne saurait lire cette Proclamation sans avoir le sentiment que, dans l'aire de leur PC, les Etats-Unis revendiquent des droits qui sont aussi étendus que la souveraineté; il se peut que cette revendication ne soit pas justifiée et qu'elle soit impossible en droit, c'est là une autre question. Ce que je désire faire entendre en ce moment, c'est que, si les droits revendiqués sur le PC et ses ressources étaient qualifiés souveraineté, ils ne seraient pas plus étendus que ceux qui sont revendiqués dans la Proclamation.

« Si les droits revendiqués sont moins étendus que la souveraineté, il est difficile de trouver la justification de la nature exclusive du contrôle revendiqué. Notez que, bien que la Proclamation affirme la bonne volonté des Etats-Unis de discuter avec tout Etat intéressé la détermination de l'emplacement exact de la frontière entre les deux PC respectifs, la Proclamation ne donne aucune indication de bonne volonté quant à la discussion avec un autre Etat de la question de savoir quelle sera l'attitude, positive ou négative, des Etats-Unis relativement aux ressources de ce qu'ils déclarent être leur PC, ou relativement aux mesures qu'ils prennent en vue d'extraire ces ressources du lit de la mer et du sous-sol du PC. Je voudrais mentionner un autre point. Si le droit de juridiction et de contrôle exclusif qui est revendiqué est moins étendu que le droit de souveraineté et si l'aire déterminée en conséquence est sise à l'intérieur de l'aire de souveraineté de l'Etat, il faut que cette aire — à moins qu'elle ne se trouve dans des espaces où un autre Etat est souverain — constitue une *res nullius*. Cela semble difficile à concilier avec la revendication de juridiction et de contrôle exclusif affirmée dans la Proclamation. » (*Ibid.*, p. 161-162.)

254. Ces passages significatifs de la communication faite par sir Cecil Hurst à la Grotius Society le 1^{er} décembre 1948 montrent à quelles opinions sensiblement divergentes peut prêter l'appréciation de la portée exacte des droits dont la Proclamation du Président des Etats-Unis du 28 septembre 1945 comporte la revendication. Pour F. A. Vallat également [B.Y.I.L., vol. 23 (1946), p. 333-338] « juridiction et contrôle équivalent à « souveraineté ». Ainsi nonobstant le langage restrictif de la Proclamation, il apparaît qu'elle revient à une déclaration que le Gouvernement des Etats-Unis regarde la souveraineté sur le PC comme appartenant aux Etats-Unis » (p. 336-337).

255. Cependant, F. A. Vallat, après cette interprétation en quelque sorte psychologique de la Proclamation, paraît

disposé à lui attribuer une moindre portée quant à ses effets juridiques. Des considérations relatives aux effets qu'une déclaration unilatérale est susceptible de comporter, le ramènent à une appréciation plus nuancée de la signification véritable de la Proclamation du président Truman. Si la Proclamation n'a pas dit expressément que le Gouvernement des Etats-Unis regarde la souveraineté sur le PC comme appartenant aux Etats-Unis, c'est, dit Vallat (art. cit., p. 337) « parce qu'on a pensé qu'une simple déclaration unilatérale ne pouvait pas, en droit international, être créative au profit des Etats-Unis d'un droit légal à la souveraineté. La simple déclaration que les Etats-Unis considèrent le PC comme soumis à leur juridiction et à leur contrôle, n'est pas équivalente à l'occupation ou au contrôle effectifs qui sont nécessaires pour fonder un droit légal à la souveraineté conformément aux vues admises en droit international. D'autre part, la Proclamation, tout comme le Traité du golfe de Paria, constitue un fait que les autres Etats ne peuvent pas ignorer entièrement. De plus, le droit international n'est pas si complètement développé et si rigide qu'il soit incapable d'une adaptation permettant la reconnaissance d'une prétention telle que celle qui est mise en avant par les Etats-Unis... »

256. Cette opinion va au-delà de la question du sens même de la Proclamation; elle ouvre la discussion sur le point de savoir à quelles conditions les droits réclamés peuvent être considérés comme ayant valablement pris naissance et, quant à la nature même de ces droits, il semble que F. A. Vallat ne soit pas éloigné de penser que la doctrine du PC, telle qu'elle se dégage de la Proclamation du Président des Etats-Unis, soit en pratique l'équivalent d'une revendication de souveraineté.

4. — LES COMPÉTENCES ATTRIBUÉES SUR LE PLATEAU CONTINENTAL NE COMPORTENT PAS EXTENSION DE LA MER TERRITORIALE

257. L'assimilation à la souveraineté des droits revendiqués sur le plateau continental des Etats-Unis par la Proclamation de leur président ne semble pas exacte. En effet, la Proclamation du Président ne comporte pas sur leur PC de prétentions à la totalité des compétences étatiques s'exerçant dans les conditions reconnues par le droit international; elle se borne à revendiquer sur certains espaces au-delà de la limite extérieure de leur mer territoriale certaines compétences limitées et spécialisées.

258. Sir Cecil Hurst, en étudiant (Grotius Society, *ibid.*) l'Accord du 26 février 1942 sur le golfe de Paria, entre le Royaume-Uni et le Venezuela, a fait ressortir judicieusement certains points de cet accord. Il a fait observer que les dispositions de ce traité, si on les prend à la lettre, aboutissent à suggérer une sorte de tracé des limites des Etats en « gigantesque zigzag ». La notion de PC donne à la ligne formant délimitation des espaces de souveraineté, la physionomie ci-après : « A la limite extérieure des eaux territoriales et en chaque point de cette limite sur le lit de la mer, une ligne s'élèverait verticalement vers la surface de l'eau et continuerait *ad infinitum* à travers l'espace aérien. Mais, dans la direction opposée, c'est-à-dire vers le sous-sol, la ligne ne se dirigerait pas *ad infinitum* vers le centre de la terre. Elle suivrait une direction plus ou moins horizontale et généralement paral-

lèle au lit de la mer jusqu'au moment où elle arriverait à la limite du plateau continental. A ce moment là, faisant un angle, elle s'enfoncerait vers le bas *ad infinitum*. Le résultat serait que la masse des terres du PC, bien que soumise elle-même au contrôle et à la juridiction de l'Etat d'une manière assez complète pour équivaloir à la souveraineté, serait recouverte par une masse d'eau dont le statut juridique serait celui de la haute mer, et par suite, techniquement, une *res nullius*; l'espace aérien au-dessus de la mer serait, de la même façon, en dehors des limites du contrôle exclusif et de la souveraineté de l'Etat. » L'éminent auteur conclut : « Si je suis fondé à dire que telle doit être obligatoirement la situation qui a existé dans le golfe de Paria depuis 1942, on ne saurait dire qu'en théorie le même système puisse ne pas prévaloir dans tous les cas où le système du PC a été proclamé et admis. »

259. Il est clair en effet que le Traité du golfe de Paria et la Proclamation du Président des Etats-Unis ont institué des régimes présentant des traits communs notables; l'un et l'autre laissent intact le statut des eaux territoriales; l'un et l'autre se limitent à agir sur le statut du lit de la mer et du sous-sol à l'extérieur des eaux territoriales; l'un et l'autre réservent expressément la condition des eaux de haute mer et ne prennent aucune mesure en vue de leur appropriation, maintenant au contraire leur liberté et interdisant toute interférence dans la navigation dans ces eaux.

260. Dans l'un et l'autre cas, les compétences étatiques du riverain ne sont pas traitées comme un faisceau indivisible, mais au contraire soigneusement distinguées les unes des autres suivant les différents milieux physiques où les activités humaines peuvent s'exercer à partir de la limite extérieure de la mer territoriale et en direction du large.

261. En effet au-delà de la limite extérieure des eaux territoriales, on peut distinguer : l'air surplombant l'espace maritime; les eaux épicontinentales (c'est-à-dire situées au-dessus du PC) en les considérant au point de vue des diverses utilités dont elles sont susceptibles; le lit du PC; le sous-sol du PC. L'air servant à la navigation aérienne et surplombant la masse des eaux à partir de la limite extérieure de la mer territoriale, demeure in affecté par les compétences de l'Etat riverain. Les eaux que cet air domine ne font pas partie du territoire de l'Etat riverain; par suite, cet air demeure libre à la circulation aérienne. Son volume utilisable pour la navigation aérienne pourra cependant se trouver réduit en fait par les installations émergeant des eaux, à hauteur plus ou moins grande, que l'Etat riverain aura établies ou laissé établir dans son PC et la mer épicontinentale pour l'exploitation des ressources du PC. En droit, l'air atmosphérique au-dessus du PC débordant la mer territoriale (et, en conséquence, au-dessus de la mer épicontinentale) demeure librement accessible, même en l'absence de conventions.

262. Les eaux de la mer épicontinentale sont à considérer dans leur surface et dans leur volume. Cette distinction de la surface et du volume, pratiquement satisfaisante, n'est d'ailleurs pas rigoureusement exacte cependant, puisque toute utilisation de la surface affecte aussi, dans une mesure plus ou moins grande, le volume des

eaux, de même qu'elle affecte également l'air surplombant la mer épicontinentale.

263. L'utilisation de la surface se réfère : à la navigation, à des installations, mobiles ou fixes. En ce qui concerne la navigation, elle demeure libre en principe, puisque les surfaces dont il s'agit appartiennent à la haute mer et que les textes sur le PC affirment vigoureusement et cette appartenance à la haute mer et la liberté de la navigation. Il est évident toutefois que l'exploitation du lit de la mer et du sous-sol de la mer ne pourront faire autrement que de réagir sur cette navigation, demeurant théoriquement aussi libre que par le passé. L'affirmation à cet égard, répétée à l'envi dans toutes les proclamations de droits sur le PC et la mer épicontinentale, ne saurait, on l'a dit déjà, être prise à la lettre. Cette affirmation signifie seulement que la navigation demeurera libre dans toute la mesure où l'exploitation du PC et sa protection n'obligeront pas l'Etat riverain à y apporter des restrictions et que l'Etat riverain s'engage à limiter ces restrictions dans toute la mesure possible.

264. Ces restrictions auront pour origine d'abord les installations matérielles dépassant le lit de la mer et constituant pour la navigation des obstacles, immergés ou émergeant : plate-formes, derricks, puits, allèges, chalands, etc. Naturellement, toutes les mesures techniques désirables devront être prises pour réduire au minimum les dangers que leur présence comporte pour la navigation (éclairage, balisage, signaux phoniques ou autres, etc.). Ces restrictions pourront avoir pour origine également les réglementations que l'Etat riverain viendrait à établir non seulement dans l'intérêt de la navigation, mais aussi dans l'intérêt de l'exploitation de son PC et de sa mer épicontinentale. Et c'est ici que des difficultés pourront vraisemblablement surgir.

265. Dès son premier rapport introductif à l'International Law Association, le jonkheer Feith s'exprimait ainsi : « Les défenseurs de stricte obédience (*die hard defenders*) de la liberté de la mer ne trouveront qu'un réconfort assez frais dans les mots qui terminent la Proclamation Truman. Il n'est pas besoin d'être un cynique né pour concevoir des doutes sur le point de savoir si cette conclusion rassurante aura dans la pratique une grande signification. Lorsque les intérêts de la navigation internationale seront mis en balance avec l'exploitation nationale américaine des gisements pétrolifères sous-marins, est-ce la navigation qui sera sur le tableau gagnant ? N'est-il pas absurde de supposer que, si des gisements pétrolifères importants sont découverts sous la haute mer, les droits des Etats-Unis s'étendront sur ces gisements, mais ne s'étendront pas sur la surface maritime au-dessus de ces gisements ? Est-ce que les Etats-Unis trouveront qu'ils peuvent permettre à des croiseurs russes ou à des bateaux de pêche japonais d'aller faire des ronds dans l'eau parmi les installations de forage établies en haute mer au-dessus des champs pétrolifères américains ?... »

266. Passons au volume des eaux, distingué de la surface. Le volume des eaux a pour utilisation essentielle la pêche. Si la mer épicontinentale était considérée comme faisant partie de la mer territoriale, la pêche pourrait être réservée aux seuls nationaux du pays auquel le PC est attaché. Cette assimilation de la mer épicontinentale à la mer territoriale étant expressément repoussée, il en

résulte que la pêche ne pourra pas être réservée aux seuls nationaux. Mais une telle solution n'est-elle pas en contradiction avec l'idée même qui est à la base de la doctrine du PC, savoir : réserver les richesses de ce plateau à l'Etat avec qui il fait corps, les considérer comme « lui appartenant » et comme soumises « à sa juridiction et à son contrôle » ? La protection des pêcheries, mais sans exclusivité du droit de pêche au profit des nationaux de l'Etat riverain, semble une solution intermédiaire convenable.

267. Le sol du PC, autrement dit le lit de la mer sur ce plateau, comporte plusieurs utilisations : la pêche par engins traînant sur le fond, la pêche par pêcheries sédentaires, la pose de câbles sous-marins, la pose de pipelines. La protection des fonds de pêche doit, aux termes des considérations précédentes être réservée sur le PC à l'Etat riverain. L'établissement de pêcheries sédentaires qui, dès maintenant, sous certaines conditions au moins, peut être fait valablement au-delà de la limite extérieure des eaux territoriales, serait difficilement refusé à l'Etat riverain, à moins qu'il ne s'agisse de parages particulièrement indispensables à la navigation.

268. L'immersion de câbles sous-marins est un mode d'utilisation du lit de la mer qui n'apporte qu'une faible gêne à l'exercice des droits que l'Etat riverain revendique sur le PC : la pose de ces câbles devrait donc demeurer libre, en principe, pour les Etats y ayant un intérêt raisonnable. Pour reprendre un exemple imaginé par le jonkheer P. R. Feith, on ne comprendrait pas que les Etats-Unis fissent obstacle sur leur PC du Pacifique à l'établissement d'un câble par lequel le Mexique et le Canada désireraient établir des télécommunications sous-marines entre eux. S'il n'est pas exact d'affirmer [comme le font G. G. Wilson, et sir John Fischer Williams, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 39, vol. 1 (1936), session de Bruxelles, p. 364, d'ailleurs à la suite de sir Cecil Hurst, art. cité du *B.Y.I.L.*, t. IV, p. 34 sqq.] que l'immersion d'un câble sous-marin n'implique nullement l'occupation exclusive d'une partie quelconque du fond de la haute mer, on doit cependant accorder qu'« on peut toujours mettre un second câble à travers la ligne du premier ». Sir Cecil Hurst, dans sa communication à la Grotius Society du 1^{er} décembre 1948, a imaginé des hypothèses du même genre que celles du jonkheer P. R. Feith; rappelant que la plus grande partie de la mer du Nord et la totalité de la Manche sont comprises dans les limites du PC, il écrit : « Serait-il satisfaisant que les Pays-Bas et les Etats-Unis ne puissent s'entendre pour poser un câble sous-marin entre Rotterdam et New-York sans avoir à commettre une violation de la souveraineté du Royaume-Uni ? Ou que la Belgique, de la même manière, fût obligée de violer les droits souverains d'un autre Etat en posant un câble reliant Anvers au territoire du Congo ? » Pour la pose de pipe-lines sur le sol du PC il semble qu'on puisse raisonner de la même façon que pour la pose des câbles de télécommunications.

269. Nous arrivons enfin à la dernière variété de milieux à distinguer dans le PC : le sous-sol. L'objet même de la théorie du PC est de réserver à l'Etat riverain l'exploitation de ce sous-sol. Normalement le sous-sol de la haute mer (et, précisément, le PC au-delà de la limite des eaux territoriales vers le large fait partie de la haute

mer) est une *res nullius* susceptible d'occupation, sinon d'une manière générale et absolue, tout au moins, à notre avis, dans les cas où cette occupation ne porte pas une atteinte considérée comme abusive aux applications normales du principe de la liberté de la haute mer. Le sous-sol du PC pourrait donc faire l'objet d'occupation de la part de tous, riverains ou non, au moins dans les conditions susindiquées. Mais, pour empêcher les richesses du PC de faire l'objet d'une compétition effrénée, dommageable éventuellement à la paix internationale et dommageable à coup sûr aux ressources contenues dans le sous-sol qu'une exploitation sans vue d'ensemble exposerait au gaspillage (particulièrement en matière de gisements pétroliers où l'expérience des exploitations terrestres a donné des leçons qu'on ne saurait négliger), la théorie du PC en écarte les Etats autres que celui au territoire duquel le plateau est géographiquement incorporé. Admettre la libre compétition des autres Etats serait détruire dans sa base même la doctrine du PC par une contradiction fondamentale.

270. La seule qualification que puisse comporter l'exercice des droits particuliers de l'Etat riverain du PC a trait aux conditions de cet exercice par rapport aux droits des autres Etats à la liberté de la haute mer. C'est précisément à raison de cette position de la question que toutes les proclamations sans exception, émises jusqu'ici par l'Etat riverain, portant revendication de droits spéciaux sur son PC, renfermant l'affirmation que la liberté de la navigation sur la haute mer est intégralement reconnue et maintenue. On sait d'ailleurs qu'une telle affirmation ne saurait être prise rigoureusement à la lettre. Sans faire preuve de pessimisme excessif on peut craindre que les atteintes à la liberté d'usage de la haute mer, insignifiantes au début, voire nulles en certains parages, ne s'aggravent et ne se multiplient dans la mesure où l'exploitation industrielle du PC s'étendra et s'intensifiera.

271. De même que l'on ne saurait prétendre dissocier en fait l'usage du *lit* de la mer d'avec l'usage des eaux qui le recouvrent, de même on ne saurait éviter les réactions pratiques de l'usage du sous-sol du PC en haute mer sur la condition du lit de la mer et du volume des eaux au même endroit. Les objections qu'appelaient l'essai, infructueux à notre avis, de la démonstration de la légitimité des pêcheries sédentaires en haute mer à l'aide de l'idée de légitimité de l'occupation du fond de la mer, démonstration tentée par sir Cecil Hurst sur la base de la distinction juridique entre les eaux de haute mer — demeurant libres — et le *lit* de la mer — susceptible d'appropriation par le moyen de l'occupation — ces mêmes objections se dressent à nouveau contre une construction juridique rigide de la doctrine du PC sur la base d'une indépendance, théoriquement défendable, mais impossible à réaliser pratiquement, entre le volume des eaux, d'une part (la mer épicontinentale), et le PC lui-même.

272. Il faut, ici aussi, se mettre en présence de la réalité, ne pas chercher à marier l'eau et le feu, et convenir franchement que le principe de la liberté de la haute mer est nécessairement entamé par la doctrine du PC. Mais il n'y a pas là une raison décisive pour rejeter cette doctrine, pas plus que l'admission de la doctrine du PC ne doit

avoir pour résultat de faire reléguer aux vieilles lunes le principe de la liberté de la haute mer.

273. Le principe de la liberté de la mer doit être assoupli pour s'accommoder à la théorie du PC, de même qu'il a été assoupli de manière à le concilier avec les pêcheries sédentaires en haute mer dont l'existence s'est trouvée justifiée par des considérations tirées d'intérêts particuliers respectables, voire même de l'intérêt général (Gidel, vol. I, p. 501). L'admission de la compétence de l'Etat étatique riverain sur le PC lui-même, c'est-à-dire sur le lit et le sous-sol de la haute mer dans les limites de ce plateau, réalise l'effet d'exclusion des tiers en ce qui concerne l'exploitation du PC. Par ailleurs, le maintien de la qualité d'eaux de haute mer à la mer épicontinentale concilie la liberté de principe de son usage par les tiers avec l'exploitation du PC par le riverain. En même temps l'air demeurant libre au-dessus du PC au-delà de la limite vers le large de la mer territoriale, les communications aériennes internationales ne souffrent pas de restrictions nouvelles du fait de la doctrine du PC.

5. — CRAINTE QUE LES SOLUTIONS NE SUBISSENT DES ALTÉRATIONS DANS LA PRATIQUE

274. Ces solutions sont harmonieusement balancées sur le papier. C'est une autre question de savoir si elles pourront demeurer sans altération grave à l'épreuve de la pratique. Le jonkheer P. R. Feith qu'on ne saurait suspecter d'hostilité ni même de tiédeur à l'égard de la notion de PC, a exprimé son appréhension que « en regard des avantages très importants de la théorie du PC il existe l'inconvénient que les Etats riverains puissent peut-être chercher à étendre les droits qu'ils seraient autorisés à exercer en vertu de la théorie du PC ». Il a rappelé que les professeurs Clark et Renner, dans un article retentissant, ont déjà exprimé l'opinion que les Etats-Unis ont été beaucoup trop modérés dans leurs prétentions et que, sur les 140 millions de milles carrés des régions océaniques, il y en a 50 qui devraient être annexés par eux : « Au lieu de nous arrêter au bord du PC nous devrions étendre nos prétentions vers le dehors jusqu'au centre des océans. » Le juriste néerlandais a conclu avec enjouement : « Fort heureusement il n'est pas nécessaire que nous nous livrions à la recherche des bases juridiques qu'il faudrait trouver à une telle prétention pour la soutenir, car l'exploitation des régions océaniques profondes n'est pas encore possible techniquement » (Rapport à l'ILA, p. 23).

275. Sans parler de revendications de si grande envergure et de si lointaine échéance, il est cependant remarquable que le mouvement législatif qui a eu pour origine la Proclamation du Président des Etats-Unis du 28 septembre 1945 a dès maintenant dépassé notablement le prototype. Richard Young [art. cit., *A.J.I.L.*, vol. 42 (1948), p. 849-857] en fait, pour divers Etats de l'Amérique latine, l'observation à deux points de vue : "1) *They undertake to effect a categorical extension of sovereignty over the continental shelf and sea bed; and 2) they propound a further claim to the waters themselves of the epicontinental sea.*" Un peu plus loin, il note encore que "*this affirmation of sovereignty presumably implies, for example, sovereignty in the airspace over the claimed areas — a question of the first importance, for, in the*

absence of conventions and international agreements, there is no right of innocent passage by air."

276. La gravité de ces extensions de droits s'accroît encore de ce que les zones sur lesquelles elles sont prétendues, ne procèdent plus de la notion de PC, mais de concepts différents. Il est certain à cet égard que la limite mathématique de 200 milles à partir des côtes qui figure dans plusieurs législations est étrangère à la notion de PC que caractérisent des considérations tirées de la profondeur des fonds et de leur configuration. Ces déterminations de longueur portant sur la surface des eaux peuvent se prévaloir de précédents; mais, en se détachant des réalités géographiques qui servent de base à la théorie du PC, elles ouvrent la voie à l'arbitraire.

277. On ne saurait donc être surpris de la sévérité avec laquelle Richard Young s'exprime dans l'article précité : "*Recognition of the need for reasonable measures of control within the limits of the geographical continental shelf should not be permitted to beget a distorted application of the continental shelf theory to areas beyond these limits. Claims which expressly disregard depth as a criterion, and which set an arbitrary limit 200 miles at sea, may justly be suspected of employing the continental shelf as protective cover for assertions of a wholly different character. Whether or not a 200 mile-limit is desirable, it should not be received under the guise of an application of the continental shelf doctrine unless the geographical facts justify. Where measures of control beyond the shelf are needed, they should be rested on other and more appropriate grounds.*"

278. Le développement dans les faits de la doctrine du PC prouve qu'elle constitue un organisme délicat exposé à des déformations. Mais dans quelle mesure peut-on dire que cette doctrine fait dès maintenant partie du droit international ?

Section V. — La doctrine du plateau continental et le droit international actuel

279. La question s'est présentée à l'attention de la Commission constituée par l'International Law Association pour l'étude de la matière des droits sur le lit de la mer et sur son sous-sol. Elle a constaté d'abord que « le droit international reconnaît, en temps que règle coutumière, que l'Etat riverain possède *ipso jure* (c'est-à-dire sans avoir à faire de déclaration ni à procéder à une occupation effective) le contrôle et la juridiction sur le lit de la mer et le sous-sol du PC à l'intérieur de la limite de ses eaux territoriales ». Elle a ajouté : « Toutefois, elle a hésité longtemps à déclarer que la même règle s'appliquerait déjà au lit de la mer et à son sous-sol (ou à l'un ou l'autre d'entre eux) à l'extérieur de la limite des eaux territoriales de l'Etat. La Commission estime pourtant que la théorie aux termes de laquelle le contrôle et la juridiction du lit de la mer et du sous-sol du plateau continental au-delà des eaux territoriales résident *ipso jure* dans l'Etat riverain constitue un développement nécessaire et acceptable du droit international en cette matière. A la différence de la formation du droit international sur le statut de la haute mer, la formation du droit international en cette matière, à savoir celle du statut du lit de la mer et du sous-sol du plateau conti-

nental au-delà des eaux territoriales était incomplète. Dans les dix dernières années cette théorie du PC a rencontré une faveur générale, spécialement dans l'hémisphère occidental et dans le Moyen-Orient et il est évident qu'elle comble la lacune du droit international sur cette matière. »

280. Il semble que cette appréciation nous place plutôt sur le terrain du développement du droit international que sur celui de son état actuel. C'est en effet un problème délicat que celui qui se trouve posé par les divers faits juridiques que nous avons relatés concernant le PC. Il s'agit d'une série d'actes unilatéraux (à la seule exception du Traité bilatéral du golfe de Paria) et au surplus d'actes unilatéraux passablement divergents. Or, la valeur des actes unilatéraux est une des questions les moins explorées de la technique du droit international. En face de la littérature extraordinairement riche consacrée aux actes juridiques bilatéraux ou multilatéraux, on est frappé de l'exiguité, en nombre comme en dimensions, des développements sur les actes juridiques unilatéraux. Un article de J. W. Garner dans *A.J.I.L.*, vol. 24, 1933, p. 493 *sqq.*, sur "The international binding force of unilateral oral declarations", en Allemagne le *Wörterbuch de Strupp* au mot, rédigé par Rödiger, *Volkerrechtliche Notifikation* (vol. III, p. 195), en Suisse l'ouvrage de Pflüger *Die einseitigen Rechtsgeschäfte im Völkerrecht*, Zurich, 1936, enfin en Italie deux études, de 1943 toutes deux, celle de Biscottini, *Le Manifestazioni unilaterali di volontà nell'ordinamento internazionale* et celle de Cansacchi, *La notificazione internazionale* (bibliographie, p. 7 et 8) sont, à notre connaissance, les seules sources existantes. Les ouvrages généraux, même les traités les plus copieux, ne consacrent à la question, quand ils la signalent, que de brèves indications dont la distinction entre la notification facultative et la notification obligatoire en vertu d'un texte (par exemple article 34 de l'Acte africain de Berlin, article 2 de la Convention III de La Haye sur l'ouverture des hostilités) ou d'une coutume (telle que celle rappelée en matière de blocus maritime par l'article 11 de la Déclaration de Londres du 26 février 1909) paraît former régulièrement l'ossature. Pourtant le rôle de l'Acte unilatéral ne se limite pas à cela dans le droit international. Il est notamment un des modes de formation de la coutume internationale. La Cour suprême des Etats-Unis, en 1871, dans la célèbre affaire de l'abordage entre le *Scotia* (britannique) et le *Berkshire* (américain) [14 Wall. 170, 20 L. Ed. 822] (Hudson, *Cases*, 2^e éd., p. 667-672, spécialement 672) déclare : "Many of the usages which prevail, and which have the force of law, doubtless originated in the positive prescriptions of some single state, which were at first of limited effect, but which when generally accepted became of universal obligation."

281. En l'espèce les déclarations du genre de celles du Président des Etats-Unis ou des déclarations ultérieures sont de celles qui peuvent produire un effet de droit dans l'ordre international comme n'appartenant pas à la catégorie des déclarations qui sont destinées purement à l'usage interne, suivant la juste remarque de Lazare Kopelmanac ["Customs as a means of the creation of international law", *B.V.I.L.* (1937), p. 127 *sqq.*, spécialement p. 134-135]. Encore faut-il que, par leur contenu, des déclarations de ce genre aient une valeur qui permette à la volonté dont elles sont l'expression de prendre

place parmi les règles du droit international, au prix d'un inflexissement ou d'une modification de ces règles. C'est là un point de vue différent de la valeur politique de ces déclarations qui, elle, dépend avant tout de la place occupée dans la vie internationale par l'Etat dont elles émanent.

282. On doit donc rechercher s'il existe dans le droit international actuel des règles à l'aide desquelles, moyennant les adaptations convenables, les déclarations unilatérales sur le PC soient susceptibles de produire des effets juridiques *erga omnes* et dans quelle mesure.

1. — RELATIONS AVEC LES ANCIENNES JUSTIFICATIONS DES DROITS SUR LES EAUX ADJACENTES

283. Juridiquement les prétentions de l'Etat riverain sur son PC s'apparentent à toutes les prétentions sur les eaux adjacentes. Mais peut-on les fonder sur les critères qui ont dominé jusqu'ici la formation du droit des eaux adjacentes ? La réponse est certainement négative. Il est clair que le vieux critère de délimitation emprunté à la balistique a perdu toute valeur créatrice en cette matière. Le *Quousque mari a terra imperari potest* a été à l'origine des déterminations de distance pratiquées encore à l'heure actuelle en droit positif pour l'étendue de la mer territoriale ou pour celle de la zone contiguë. Mais il a perdu toute pertinence même à leur égard ; la construction subsiste : l'échafaudage qui a servi à l'édifier est détruit. Les distances en usage pour la détermination de la mer territoriale sont très largement inférieures aux portées utiles des projectiles côtiers actuels. D'autre part, les distances servant de détermination aux zones de haute mer sur lesquelles certains Etats revendiquent des droits de surveillance, soit de sécurité en temps de guerre (zone de Panama), soit de lutte contre la contrebande en temps de paix (loi américaine du 5 août 1935), sont très largement supérieures aux portées utiles actuelles de ces mêmes projectiles côtiers.

284. Enfin les portées absolues de certains engins nouveaux, peut-être demain d'un emploi courant, transforment en vieilleries périmées toutes les anciennes notions tirées de l'antique règle de la portée du canon. Ces notions ont joué leur rôle jadis. Devenues aujourd'hui incommensurables à la réalité elles sont privées d'usage. Au surplus la variabilité extrême des dimensions du PC déconcerte toute référence aux critères balistiques.

285. De l'ancienne règle inspirée de la limite d'action de la terre sur la mer on ne peut retenir qu'une idée en notre matière : l'Etat riverain est le mieux placé par les conditions naturelles pour exploiter les ressources du PC. C'est donc dans une autre direction que celle des anciennes justifications des droits sur la mer adjacente qu'il faut chercher des matériaux pour appuyer les prétentions de l'Etat riverain sur son PC.

2. — RELATIONS AVEC LES IDÉES ADMISES AU SUJET DES BANCs

286. Il ne semble pas raisonnable à première vue d'essayer de justifier les droits de l'Etat riverain sur le plateau continental à l'aide d'arguments du genre de ceux que l'on avance parfois à l'appui des droits de l'Etat riverain sur les bancs se trouvant devant ses côtes. Que

peut donner une pareille tentative ? On entend par bancs des formations géographiques situées par une faible profondeur d'eau et à une distance modérée d'une côte (continentale ou insulaire). Parmi les bancs certains ne découvrent pas, d'autres émergent plus ou moins à basse mer, suivant l'importance de la marée. En 1804 (*Soult v. l'Africaine*, 22 Fed. Cas. 13.179) la capture d'une corvette française par un corsaire britannique était arguée d'irrégularité comme faite dans les eaux neutres des Etats-Unis dont l'étendue avait été définie par le Congrès en 1794 comme étant d'une lieue marine de la côte; or la capture avait été faite à 6 milles (2 lieues) du rivage. Il fut plaidé que les « côtes » comprenaient tous les *shoals* ou bancs qui, en Floride, s'étendaient à une distance de 20 milles de la côte et étaient, disait-on, dans la juridiction territoriale. Le juge américain ne retint pas cette argumentation parce que cette interprétation du mot « côte », bien qu'elle pût être exacte au point de vue maritime, était trop vague pour des fins juridiques, étant donné les déplacements dont les bancs sont susceptibles.

287. Mais divers Etats paraissent avoir, à une époque récente, tenu compte dans leur réglementation de l'existence de bancs non découvrants. Ainsi le décret français du 18 octobre 1912 (*Journal Officiel*, 20 et 21 octobre 1912) rendu pour l'application de la Convention XIII (neutralité maritime) de La Haye du 18 octobre 1907, fixe comme ligne de base « la laisse de basse mer, le long de toute l'étendue des côtes et des bancs découvrants qui en dépendent, ainsi qu'autour du balisage fixe qui détermine la limite des *bancs non découvrants* ». Toute réserve faite sur la rédaction vicieuse de cette disposition (parlant de la « laisse de basse mer » autour du « balisage fixe de bancs non découvrants » !), le texte reconnaît une valeur juridique aux bancs même non découvrants pour le tracé de la mer territoriale. En règle, les bancs non découvrants ne sont pas admis en considération pour le tracé de la mer territoriale; ils ne peuvent l'être que par le jeu d'une exception rigoureusement stricte résultant de la théorie dite des « eaux historiques ». Au contraire les bancs découvrants peuvent être pris en considération pour le tracé de la mer territoriale. La Convention de La Haye du 6 mai 1882 sur la pêche dans la mer du Nord (art. 2) fait place, pour la détermination de l'espace où la Convention est applicable, aux « bancs qui dépendent de la côte ».

288. Tout récemment la réglementation par l'Arabie Saoudite de ses eaux adjacentes semble avoir comporté un effort de systématisation de ces tendances auxquelles le mouvement d'idées relatif au PC a donné un regain d'actualité et de faveur, mais qui étaient bien antérieures à ce mouvement. L'article 1 du décret saoudien n° 6/4/5/3711 du 28 mai 1949 définit ainsi les bancs ou *shoals*. « *The term shoal denotes an area covered by shallow water, a part of which is not submerged at lowest low tide* » (art. 1, litt. d). L'article 4 (*ibid.*) considère comme faisant partie des « eaux intérieures » (*inland waters*) du Royaume : « *the waters above and landward from any shoal not more than twelve nautical miles from the mainland or from a Saudi Arabian island* » (litt. b). La « ligne de base » des eaux qualifiées dans ce décret de « *coastal sea* » (s'étendant au-delà des eaux intérieures et correspondant à ce que la terminologie française habituelle appelle eaux territoriales) est définie ainsi par le décret saoudien pour l'hypothèse de bancs ou *shoals* au large de la côte :

« *The following are established as the base-lines from which the coastal sea of Saudi Arabia is measured : ... (c) where a shoal is situated not more than twelve nautical miles from the mainland or from a Saudi Arabian island, lines drawn from the mainland or the island and along the outer edge of the shoal.* » (Art. 6.)

289. Ainsi le droit le plus récent relatif aux bancs ne prend en considération que les bancs découvrants et il résulte de là qu'on ne saurait en aucune façon chercher de ce côté des règles applicables au PC puisqu'il s'agit d'une formation géographique ne découvrant pas. L'inutilité des recherches faites dans le droit de la mer pour y trouver des moyens de justification des droits de l'Etat riverain sur son PC amène à se tourner vers les règles relatives à l'acquisition des droits sur les espaces terrestres.

3. — RELATIONS AVEC LES RÈGLES CONCERNANT L'ACQUISITION DES DROITS SUR LES ESPACES TERRESTRES

290. Aujourd'hui, c'est l'occupation effective, caractérisée par les deux traits essentiels de la possession et de l'administration qui est considérée comme la condition nécessaire pour l'acquisition « en souveraineté » d'un territoire qui n'était pas auparavant sous la souveraineté d'un autre Etat. Mais il est légitimement concevable que la possession et l'administration ne se réalisent pas immédiatement et que, par suite, jusqu'au moment où ces deux conditions de l'effectivité de l'occupation se trouveront satisfaites, l'occupant — dont l'occupation ne sera pas encore effective — ait cependant une position protégée par le droit à l'égard des autres Etats.

291. C'est ainsi par exemple qu'on admet encore aujourd'hui, malgré le renforcement des exigences en matière d'effectivité, que la découverte donne à l'Etat pour le compte duquel elle a été faite, un début de titre, ce que le langage juridique anglais appelle un *inchoate title*. Cet *inchoate title*, ce titre naissant, d'après la traduction de Fauchille, ce titre incomplet mais susceptible de développement, ce titre en voie de formation « agit comme une barrière empêchant temporairement l'occupation par un autre Etat » (*acts as a temporary bar to occupation by another State*, Hall, par. 32, p. 127, cité et approuvé par Oppenheim-Lauterpacht, 7^e éd., p. 510, par. 223), et cela pour une période raisonnablement suffisante pour réaliser l'occupation effective du territoire découvert. Si la période s'écoule sans qu'une tentative soit faite par l'Etat de la découverte pour transformer son début de titre (*inchoate title*) en un titre d'occupation réel (*real title of occupation*), le titre embryonnaire meurt et un autre Etat peut alors acquérir le territoire par le moyen d'une occupation effective.

292. Ces idées sont à la base des sentences arbitrales où l'on trouve l'expression des conceptions actuelles en matière d'acquisition de territoires : sentence Max Huber du 4 avril 1928 entre les Pays-Bas et les Etats-Unis à propos de l'île Palmas (Mianguas), p. 27 et 28 du texte publié par la Cour permanente d'arbitrage de La Haye; sentence du roi d'Italie du 31 janvier 1931 entre la France et le Mexique à propos de l'île Clipperton, *A.J.I.L.*, vol. 26 (1932), p. 390; Cf. sentence arbitrale sur la frontière entre le Guatemala et le Honduras, *Annual Digest*, 1933-1934, p. 118-221.

293. Cette notion de droit embryonnaire est également à la base des tentatives faites si fréquemment en matière d'acquisition de territoire par occupation originaire, afin de se dispenser de réaliser l'occupation effective sur la *totalité* du territoire prétendu. Un Etat qui occupe effectivement certaines parties d'un territoire allègue la continuité dans laquelle seraient ces parties avec le reste pour être réputé avoir acquis de plein droit les autres portions des terres *nullius* qui touchent les parties réellement possédées, soit à l'arrière de celles-ci, soit latéralement à elles. On justifie cette théorie par diverses considérations : tantôt (comme Bluntschli, (*Droit international codifié*, art. 282, rem. 1) on fait valoir qu'il est, en fait, matériellement impossible aux représentants d'un Etat de s'emparer effectivement, dès le moment de leur débarquement sur le rivage, de toute l'étendue du territoire qu'ils veulent soumettre à leur autorité, une occupation réelle ne pouvant être forcément que progressive et successive; tantôt (comme Travers Twiss, t. I; n° 124) on admet que, lorsqu'une nation s'établit en certains endroits d'un pays, il est naturel de présumer qu'elle a l'intention de prendre possession de toutes les parties du pays qui sont essentielles à l'indépendance et à la sûreté de son établissement et qui en constituent plus ou moins des dépendances.

294. Cette thèse dite de la zone des limites naturelles de l'occupation s'est particulièrement affirmée à propos des prises de possession d'une certaine étendue de littoral maritime : l'Etat qui occupe les rivages de la mer prend par cela même possession de toute la portion des terres qui forme avec le littoral un ensemble naturel. L'importante sentence du roi d'Italie du 6 juin 1904 entre le Brésil et la Grande-Bretagne énonce les limites dans lesquelles elle considère comme valable la notion de continuité; elle s'exprime ainsi : « La prise de possession effective d'une partie d'une région, bien que pouvant être estimée comme efficace pour acquérir la souveraineté de la région tout entière lorsque celle-ci constitue un organisme unique, ne peut pas être estimée efficace pour l'acquisition de la souveraineté sur toute une région lorsque, à cause de son extension ou de sa configuration physique, elle ne peut pas être considérée comme une unité organique *de facto*. »

295. La doctrine de la continuité ne peut-elle trouver place dans la théorie du plateau continental ? Constatons tout d'abord que la doctrine de la continuité, dans son application aux îles situées au-delà de la limite des eaux territoriales du territoire occupé au large duquel elles se trouvent, a été expressément rejetée par le Président Max Huber dans sa sentence de l'île Palmas (Miangas) entre les Pays-Bas et les Etats-Unis. Une autre remarque s'impose. Cette doctrine de la continuité ne pourrait aboutir, en tout cas, qu'à l'attribution à l'Etat riverain d'un *inchoate title*, d'un droit embryonnaire, d'un simple droit de préférence que l'Etat riverain devrait transformer par le moyen de l'occupation en un droit complet qui ne prendra naissance que par l'exploitation progressive du PC.

296. Or précisément les conséquences logiquement déductibles de l'application de l'idée de continuité au plateau continental en vertu du droit international actuel sur l'acquisition des territoires vont beaucoup moins loin

que celles que la doctrine du plateau continental tire au profit de l'Etat riverain des relations entre sa masse terrestre et son PC : en effet les divers documents législatifs déjà émis établissent au profit de l'Etat riverain sur son PC non pas un *inchoate title*, mais un droit d'exclusivité écartant de l'exploitation du sol et du sous-sol du plateau continental tous les Etats autres que l'Etat riverain. Ce droit d'exclusivité est au surplus un droit permanent, non susceptible de périr par le non-usage : car cette caducité serait en contradiction avec une des idées inspiratrices de la doctrine qui entend prévenir le *rush and grab*.

297. Ainsi le droit international en matière d'acquisition de territoires terrestres est largement dépassé par les textes existants sur le PC et la doctrine du PC, telle qu'elle se dégage de ces textes, ne reçoit aucun appui des règles du droit international général. C'est donc une règle véritablement nouvelle en matière de droit international que celle ressortant des proclamations émises, qui attribue à l'Etat riverain sur son PC des droits exclusifs, lui appartenant d'office, sans qu'il soit besoin, ou pour les faire naître ou pour les compléter, d'une occupation effective dont l'exigence irait à l'encontre des données mêmes de la doctrine du PC.

298. On peut se demander si, à défaut de l'exigence de l'occupation effective — antinomique à la doctrine du PC — il n'y aurait pas lieu d'exiger de l'Etat riverain une déclaration, en l'absence de laquelle les parties du PC situées au-delà de la limite vers le large des eaux territoriales, demeureraient soumises au droit commun de la haute mer, tel qu'il est actuellement, c'est-à-dire ne feraient pas l'objet d'un droit exclusif au profit de l'Etat riverain, mais demeureraient susceptibles d'occupation effective par n'importe quel autre Etat. Il semble, en tout cas, qu'on doive considérer une telle déclaration comme implicitement contenue dans les proclamations, décrets ou autres documents législatifs émis ou qui viendraient à l'être afin de faire connaître, pour reprendre l'expression de la Proclamation du Président des Etats-Unis, la « politique » de l'Etat riverain à l'égard de son PC.

299. On peut, à la rigueur, considérer des manifestations de volonté de cette sorte comme constituant, de la part de l'Etat riverain, ce que le vocabulaire juridique appelle parfois une « occupation notionnelle ». Ce qui est certain, c'est qu'une « occupation notionnelle » de ce genre effectuée par voie de déclaration quelle que soit sa forme, par des Etats autres que l'Etat riverain, serait — à l'inverse — totalement inopérante, pour attribuer un droit quelconque à ces autres Etats à l'encontre de l'Etat riverain.

4. — RELATIONS AVEC LA THÉORIE DES SECTEURS

300. Il est un autre groupe de considérations avec lequel il n'est peut-être pas inutile de confronter la doctrine du PC, c'est ce que l'on appelle la « théorie des secteurs ». Si, toutefois, la « théorie des secteurs » ne peut pas être regardée comme faisant partie du droit international, même en limitant son application à certaines régions, il serait imprudent d'attendre qu'elle fournisse un appui positif à la doctrine du PC.

301. On sait, en particulier, que l'attitude du Département d'Etat des Etats-Unis n'a pas varié en ce qui concerne les régions polaires où cette théorie des secteurs a rencontré faveur. Le Département d'Etat n'a jamais reconnu officiellement le système des secteurs, pas plus que le système de la découverte non suivie d'établissement; il s'en est toujours tenu aux exigences traditionnelles de l'établissement actuel et permanent comme seul mode régulier d'acquisition de la souveraineté territoriale sur les espaces sans maître. Il serait donc bien difficile de tirer de la théorie des secteurs des arguments, susceptibles de quelque valeur positive, pour préciser et éclairer concernant le PC une doctrine qui est d'origine américaine.

302. Cependant, les points de contact ne manquent pas entre les deux théories. Le système des secteurs est un procédé de répartition des terres polaires entre les Etats qui se trouvent placés au voisinage de ces terres, dans des conditions géographiques déterminées. A cet égard on aperçoit une analogie avec la doctrine du PC qui se propose d'éliminer les compétitions et les concurrences pour l'exploitation des ressources naturelles des plateaux en attribuant des droits spéciaux aux Etats dont ils prolongent les masses terrestres. C'est une pensée politique qui inspire l'un et l'autre systèmes en restreignant les possibilités de participation des Etats au bénéfice d'une situation donnée.

303. Dans chacun des deux cas la solution paraît dominer les ambitions rivales; elle « repose seulement sur une distribution géographique ». Le sénateur canadien Poirier, « père » du système des secteurs, disait devant le Sénat d'Ottawa le 20 janvier 1907 : « Nous n'avons qu'à ouvrir notre géographie pour voir que la « chose est toute simple... Cette méthode écarterait les difficultés et elle supprimerait les causes de différends ou de conflits entre les Etats intéressés. Tout Etat limitrophe des régions polaires étendra simplement ses possessions jusqu'au pôle nord. »

304. On pourrait, sans invraisemblance ni impertinence, prêter au Président des Etats-Unis, d'après les termes de sa Proclamation, un langage analogue, le doigt tendu vers une carte marine des côtes de l'hémisphère occidental. Dans le système des secteurs comme dans la doctrine du PC c'est la configuration des lieux qui détermine le « pays d'attraction ».

305. Une autre analogie se marque dans les effets radicaux que les partisans du secteur et ceux du PC font engendrer à leur système au profit de l'Etat d'attraction : dans le système des secteurs, l'Etat d'attraction jouit non seulement d'une priorité pour procéder à l'occupation effective, mais encore il se trouve dispensé d'avoir à se conformer dans le secteur aux exigences requises en matière d'effectivité par le droit international traditionnel.

306. De la même façon, sans aller jusqu'à dire qu'une règle soit déjà formée en droit international, attribuant d'office à l'Etat riverain des droits sur le lit de la mer et le sous-sol du PC au-delà de la limite des eaux territoriales, un certain nombre de juristes autorisés (Commission de l'ILA) sont d'avis que les sources existantes en la matière entre 1942 et 1949 inclus viennent à l'appui de l'idée que le contrôle et la juridiction sur le lit de

la mer et sur le sous-sol du PC appartiennent *ipso jure* à l'Etat riverain sans qu'il soit besoin ou de déclaration ou d'occupation effective à l'Etat riverain : ils admettent " *that the theory according to which control and jurisdiction of the sea-bed and the subsoil of the continental shelf outside territorial waters vest ipso jure in the coastal State is a necessary and acceptable development of international law on this matter*".

307. Des controverses délicates qui sont nées en matière de secteurs ne se présentent pas pour le PC. Du fait que le PC au-delà des eaux territoriales constitue un espace pratiquement vierge ou tout au moins que les entreprises qui y ont été commencées ressortissent au pays d'attraction (par exemple celles autorisées par les Etats particuliers des Etats-Unis de Louisiane, Mississippi, Texas, etc.), il n'y a pas à prendre parti sur le point de savoir si le pays d'attraction doit respecter les occupations déjà réalisées dans la zone en contournant ces occupations sans les englober ou si, au contraire, il possède des droits d'élimination. Respect des droits acquis ou au contraire expropriation sont, pour le PC, une alternative délicate sur laquelle la situation de fait dispense heureusement de se prononcer.

308. Un autre point de contact paraît exister entre la théorie du secteur et celle du PC. Quels sont les objets des droits de l'Etat d'attraction : s'appliquent-ils non seulement aux terres et aux glaces fixes, mais aussi à la mer ? On voit l'analogie de la situation à ce point de vue avec celle du PC. La pure doctrine du PC ne comporte pas de revendication de « souveraineté » sur le plateau, c'est-à-dire qu'elle ne réclame pas d'office et d'emblée au profit de l'Etat d'attraction la totalité des diverses compétences étatiques dont la nature des espaces considérés permet d'envisager l'exercice : air atmosphérique ou stratosphérique, surface des eaux, volume des eaux, lit de la mer, sous-sol de la mer. La théorie du PC ne dit pas « souveraineté »; elle dit « juridiction et contrôle ». Elle affirme que la liberté de la mer demeure entière sur les eaux situées au-delà de la limite vers le large de la mer territoriale et qui continuent à être des eaux de haute mer. Ce n'est pas d'ailleurs que cette théorie originelle n'ait déjà — nous l'avons vu — comporté des modifications et ne soit susceptible de variantes; on a relaté plus haut les affirmations de souveraineté émises par divers Etats de l'Amérique latine et notamment leurs prétentions sur la mer « épicontinentale ».

309. Dans la théorie des secteurs nous trouvons de pareilles divergences. La doctrine exposée par l'écrivain russe Lakhtine à propos de la navigation aérienne dans les régions polaires [*Revue de droit aérien*, Paris, vol. XIII (1929), p. 532-556] est une véritable doctrine de souveraineté portant sur l'air et sur le volume des eaux aussi bien que sur les terres et les glaces fixes. Lorsque la Norvège, longtemps hostile à la théorie des secteurs (par exemple Déclaration aux Etats-Unis du 1^{er} mars 1930, Hackworth, vol. I, p. 463) l'admet, puis enfin l'adopte elle-même (décret du 14 janvier 1939), elle évite toute affirmation de prétentions sur les espaces maritimes autres que la mer adjacente aux côtes. De même, les textes britanniques instituant des secteurs (dépendances des Falkland, 28 mars 1917; dépendance de Ross, 7 février 1933, etc.), le décret français du 1^{er} avril 1938

(*Journal Officiel*, 6 avril) sur la terre Adélie s'abstiennent de toute revendication sur les surfaces maritimes autres que celles qui dépendent des terres du secteur. En dépit de ces divergences de conception, on peut admettre que la théorie du secteur répond à une pensée maîtresse et que cette pensée maîtresse est précisément celle qui domine aussi la doctrine du PC.

310. Pour Lakhtine « la doctrine de l'occupation des terres polaires doit être remplacée par la doctrine de la région d'attraction ». Il en paraît bien être de même pour la doctrine du PC. Elle aussi tend à dispenser l'Etat riverain de procéder à l'occupation de certains espaces maritimes — le sol et le sous-sol de son PC — happés par une manière de gravitation dans le système de la masse continentale et sur lesquels cette doctrine reconnaît d'office des droits exclusifs à l'Etat d'attraction.

311. Dans l'un et l'autre cas, ces doctrines se proposent de répondre à la fonction essentielle du droit qui est de prévoir ou d'apaiser les conflits; la qualité de *res nullius* chez des espaces attirant l'attention d'un nombre plus ou moins grand d'Etats est de nature à engendrer des difficultés internationales qu'il faut pouvoir résoudre s'il n'a pas été possible — ce qui vaut mieux encore — de les empêcher de naître.

5. — LA DOCTRINE DU PLATEAU CONTINENTAL NE CONSTITUE PAS UNE APPLICATION A DES MATIÈRES NOUVELLES DE RÈGLES EXISTANTES

312. Ces coups d'œil jetés sur le droit international actuel en matière d'acquisition des compétences étatiques par rapport à l'espace — ou, plus précisément, sur l'extension spatiale de l'ordre juridique qu'est l'Etat — obligent à conclure qu'on n'y aperçoit pas de règles auxquelles on puisse considérer comme conformes celles qui sont contenues, explicitement ou implicitement, dans les proclamations unilatérales de droits sur le PC. Ces proclamations valent comme faits de coutume. Elles peuvent être à l'origine d'un droit nouveau; elles ne constituent pas des applications à des matières nouvelles de règles existantes de droit international.

Section VI. — La doctrine du plateau continental et la pratique

313. Il reste à se demander si la doctrine du PC est à même d'atteindre l'objet qu'elle se propose, c'est-à-dire de prévenir les différends susceptibles de surgir et, en même temps, d'assurer, dans l'intérêt général, une fructueuse exploitation de ressources indispensables au bien-être de l'humanité.

1. — OBJECTIONS DÉJÀ ADRESSÉES A LA DOCTRINE DU PLATEAU CONTINENTAL

314. Des objections d'ordre pratique ont été adressées par sir Cecil Hurst dans sa communication à la Grotius Society du 1^{er} décembre 1948 à l'application de la théorie du PC. Tout en maintenant le point de vue exposé par lui dans son célèbre article de 1923 que les bancs servant en haute mer à des pêcheries sédentaires peuvent être l'objet d'une occupation valable du lit de la mer sans que cela entraîne la moindre interférence dans la pêche des

espèces mobiles ou dans les droits généraux de la navigation, sir Cecil déclare que « à son avis, il est difficile de faire application de ce principe au PC. Et cela pour plusieurs raisons. La première est la grandeur des étendues du PC comparées à la faible superficie des bancs ou des fonds où existent ces pêcheries sédentaires. La deuxième raison est la variété des ressources que l'on peut tirer de ces aires sous-marines. Enfin la troisième est l'impossibilité d'exploiter certaines d'entre elles sans l'établissement d'installations qui constitueraient une gêne sérieuse pour la navigation ».

315. La première considération ne requiert pas de commentaires. La seconde, au contraire, demande quelques éclaircissements. Voici ceux qui sont donnés par l'auteur lui-même :

« Bien que ce soit l'existence connue de gisements pétrolifères qui a conduit à invoquer cette nouvelle politique en matière de ressources du PC, il n'y a rien dans la Proclamation même du Président des Etats-Unis qui limite ses applications à la branche du pétrole. La première phrase du Préambule dit : « pétrole et autres substances minérales ». Le dispositif couvre toutes les ressources du PC. Qui sait si les découvertes scientifiques de demain ne nous feront pas trouver quelque usage, de grande importance pour le monde, du calcaire (*chalk*, craie) qui forme, je crois, le sous-sol du lit de la Manche ? Je voudrais insister là-dessus pour mettre en garde contre l'impression des juristes de droit international de l'Europe occidentale que nous n'avons pas à nous préoccuper des problèmes se rattachant au PC, parce qu'il n'y a pas de raison de penser qu'il y ait des gisements pétrolifères dans cette partie du monde. Il faut examiner le problème qui se présente sur la base de cette idée que la nouvelle politique s'applique à toutes les ressources susceptibles d'être obtenues du lit de la mer et de son sous-sol. Les arguments qui peuvent justifier la reconnaissance de la souveraineté sur les bancs de faible étendue où l'on peut recueillir à la surface du lit de la mer des éponges ou des huîtres, sont difficilement applicables aux ouvrages et installations nécessaires pour l'extraction de grande envergure de minéraux dans de vastes étendues de haute mer. » (The Grotius Society, Transactions for the year 1948, vol. 34, p. 166-167).

316. Sir Cecil Hurst formule ainsi sa troisième objection à l'application de la doctrine du PC :

« La troisième difficulté quant à la manière d'appliquer au PC le principe qui est valable pour les pêcheries, est que, si le PC doit s'étendre jusqu'à l'isobathe de 100 brasses, il devra s'appliquer à des lieux tels que la Manche qui sont de grandes voies de trafic maritime et où l'établissement des plate-formes ou des derricks nécessaires pour l'extraction du sous-sol d'une substance ou d'une autre, doit, inévitablement, constituer des obstacles sérieux à la navigation.

« Il est plus que vraisemblable que, si la politique en matière de ressources du PC devait se limiter à l'exploitation du pétrole, il n'en résulterait pas de bien grands inconvénients pour la navigation. Ni le golfe de Paria, ni le golfe du Mexique, ni les côtes de la Californie ne seront, vraisemblablement, dans un proche avenir, si encombrés de navires que les travaux érigés pour obte-

nir le pétrole gênent la circulation maritime. Mais il est difficile de voir comment en droit il pourrait être légitime pour un Etat d'insister sur des droits spéciaux de juridiction et de contrôle devant ses côtes pour des exploitations pétrolières et de soutenir que ces droits ne pourraient pas être revendiqués avec une égale insistance pour l'exploitation de bauxite ou d'uranium.

« Il est également difficile de voir comment, en droit, les droits spéciaux de contrôle sur les ressources du PC dépendraient du volume de la navigation qui passe sur ce plateau.

« La difficulté semble bien difficile à résoudre par une clause de sauvegarde dans l'instrument incorporant les prétentions, clause aux termes de laquelle la navigation libre et sans entraves en haute mer au-dessus du PC ne sera pas affectée. En pratique, le système de maintenir les limites existantes de la souveraineté de l'Etat vers la surface de la mer de manière à conserver à ces eaux la condition juridique de haute mer, lorsqu'il s'agit d'espaces en dehors de la limite des eaux territoriales, tout en reconnaissant une prétention à des droits spéciaux de juridiction et de contrôle exclusif sur une vaste étendue du lit de la mer et du sous-sol, se révélerait, j'en ai peur, trop compliqué pour donner satisfaction. » (*Ibid.*, p. 167).

317. Les objections générales ci-dessus reproduites formulées par l'éminent juriste britannique peuvent servir d'introduction utile à l'étude des diverses questions d'ordre pratique qui devra être faite en vue de parvenir à une réglementation d'ensemble satisfaisante de la matière du PC.

2. — AUTRES QUESTIONS A EXAMINER POUR UNE RÉGLEMENTATION DE LA MATIÈRE

a) Définition du plateau continental

318. Une première question se réfère à la définition à adopter du PC. On a vu que les réglementations adoptées par les textes nationaux en vigueur diffèrent très largement et au point de menacer la notion même de PC pour tant présentée comme la base de la réglementation établie par ces textes. On a signalé d'autre part la manière générale dont se présente le problème. Le critère valable au point de vue de la géographie ou de l'océanographie est celui de la première rupture de pente, succédant à la lente et graduelle descente à partir du rivage, de la surface de ce socle immergé sur lequel les continents semblent être posés. Mais, si le phénomène de la rupture de pente se produit en général aux environs de 200 mètres, il est loin qu'il en soit ainsi partout : la « pluralité des plateaux continentaux » semble être un point acquis. Dans ces conditions, admettra-t-on comme constituant un « plateau continental » avec les conséquences juridiques que cette dénomination comporte, la plate-forme sur laquelle la rupture de pente se produit aux environs de 500 mètres ou aux environs de 1 000 mètres de profondeur ? Il se peut, à l'inverse, que la région considérée, tout en ne comportant pas de fonds supérieurs à l'isobathe de 100 brasses ou à l'isobathe de 200 mètres, soit regardée par les géographes comme dépourvue de PC : c'est le cas, d'importance pratique fondamentale pour le golfe Persique.

319. Il semble qu'on puisse trouver une solution satisfaisante aux difficultés provoquées par ces diversités dans les idées suivantes. En règle il y a lieu d'adopter pour la réglementation juridique du PC la notion courante, bien que géographiquement critiquable, de plateau continental caractérisé par la rupture de pente aux environs de 200 mètres. En conséquence, le lit de la mer et son sous-sol devront être considérés comme appartenant au PC lorsque la profondeur du lit de la mer dans le lieu considéré n'excède pas 200 mètres ou 100 fathoms, l'une ou l'autre mesure étant prise comme règle pour le pays suivant l'unité de mesure adoptée par les cartes hydrographiques officiellement en usage dans ce pays. La différence de 18 mètres environ existant entre l'échelle de 200 mètres et l'échelle de 100 brasses (182,90 mètres), en général négligeable pratiquement, pourra cependant revêtir une importance appréciable lorsque la pente du PC sera extrêmement faible.

320. Malgré l'adoption comme règle de la notion « vulgaire » de PC défini à l'aide de la rupture de pente se produisant aux environs de 200 mètres, il appartiendra aux intéressés de faire la preuve que des parties du lit de la mer et de son sous-sol se trouvant au-delà de la limite vers le large de leurs eaux territoriales à une profondeur d'eau supérieure à 200 mètres (ou s'il y a lieu, 100 fathoms) doivent être considérées comme appartenant au PC en conformité de la notion géologique de cette expression.

321. Quelle sera d'autre part la solution à adopter pour les lieux qui, d'après les géographes, « ne peuvent être considérés comme de vrais plateaux continentaux » (tels le golfe Persique, le plateau sicilo-tunisien, l'Adriatique nord ou l'Egée, J. Bourcart, *op. cit.*, p. 254) ? Parmi ces fonds de faible profondeur certains sont d'une richesse indubitable en substances pétrolifères; certains autres contiennent vraisemblablement, sinon du pétrole, du moins d'autres substances exploitables par sondages, suivant des techniques déjà mises au point pour le soufre, le sel, et peut être demain, la potasse.

322. Les juristes ne sauraient faire état de la conception géologique *stricte* du PC toutes les fois que la profondeur à laquelle se trouve le lit de la mer est inférieure à 200 mètres (ou, suivant le cas, 100 fathoms), si la règle vient à faire partie du droit positif commun que le phénomène géographique du Plateau continental soit de nature à influencer sur les droits des Etats riverains. La notion de profondeur inférieure à 200 mètres (ou 100 brasses) doit assurer aux Etats le bénéfice de ces droits, même si les formations marginales dont il s'agit ne sont pas considérées du point de vue géographique ou géologique comme appartenant au PC.

323. Prétendre que les Etats riverains d'espaces maritimes dont la profondeur est plus ou moins inférieure à 100 brasses, mais ne sont pas considérés comme répondant à la notion géographique de PC, ne pourraient pas invoquer sur ces espaces les droits que l'on reconnaîtrait aux Etats riverains d'espaces considérés comme compris dans un PC, serait établir entre ces Etats une inégalité injustifiable. Ce qui détermine l'attribution de droits particuliers aux Etats sur le PC au voisinage de leurs côtes, même quand ce PC s'étend au-delà de la limite vers le large des eaux territoriales, c'est la possibilité technique

d'exploiter facilement les ressources naturelles qui se trouvent dans le sous-sol de ce PC et qu'il est de l'intérêt général de l'humanité de voir rendre disponibles. Concevrait-on qu'on refuse ces mêmes droits aux Etats qui sont dans les mêmes conditions d'exploitation facile des ressources naturelles se trouvant devant leurs côtes par une faible profondeur d'eau ? C'est essentiellement ce facteur de la faible profondeur qui a été pris en considération par la Grande-Bretagne et le Venezuela pour se partager, en vertu du traité du 26 février 1942, les aires sous-marines du golfe de Paria riches en substances pétrolières.

b) *Détermination des limites exactes du plateau*

324. Même en étant d'accord sur un critère donné de définition du PC, il ne sera pas toujours facile de déterminer les limites exactes de ce PC. Si, en effet, le mot de « plateau » implique l'idée d'une surface plate et unie, ce caractère ne s'applique pas d'une manière invariable au PC (J. Bourcart, *op. cit.*, p. 132). Cette notion de surface plate et unie est vraie, dans une certaine mesure, dit cet auteur, des plateaux continentaux de la France, des îles Britanniques, de la Norvège et, de même, du plateau arctique russo-sibérien. Mais, dans la zone entre le Maine, la Nouvelle-Ecosse et Terre-Neuve, où la structure sous-marine est considérée comme l'extension submergée du système des Appalaches, des vallées sous-marines tombent au-dessous des fonds de 100 brasses et des crêtes s'élèvent au-dessus de l'isobathe de 100 brasses [R. Young, *art. cit.*, *A.J.I.L.*, vol. 42 (1948), p. 857]. Beaucoup de hauts fonds accidentent le plateau quand vient prendre fin à son niveau une chaîne de montagnes du type Atlantique (c'est-à-dire le cas du littoral où les chaînes plissées viennent se terminer à peu près perpendiculairement ou, au moins, obliquement, au rivage). D'autre part, de nombreux sillons sous-marins entailleront le PC aussi bien dans le cas des littoraux atlantiques que de ceux dit pacifiques (où les chaînes plissées ont une direction sensiblement parallèle au rivage). Il pourra surgir pour la délimitation des PC de nombreux problèmes rappelant les questions techniques que soulève le tracé de la limite de la mer territoriale.

c) *Extrême diversité des plateaux continentaux et corrections éventuelles*

325. Une autre question qui devra retenir l'attention lors de la mise en forme juridique de la notion de PC naît de l'extrême inégalité des étendues, notamment en largeur, des divers plateaux continentaux. Parfois extraordinairement resserrés le long de côtes où le rivage s'enfonce très rapidement vers les profondeurs océaniques, les plateaux continentaux sont ailleurs doucement inclinés et la rupture de pente ne se produit qu'à une distance très éloignée du rivage.

326. L'inégalité atteint son maximum dans le cas où le plateau continental est considéré comme n'existant pas. Sur certaines côtes, notamment le long des côtes volcaniques, il n'y a pas de PC. Le professeur J. Bourcart (*op. cit.*, p. 244) voit une des caractéristiques du continent austral dans le fait qu'il ne possède pas de PC, au moins si l'on accepte la définition bathymétrique de celui-ci : pour trouver dit-il, une marge, un socle défini par une

rupture de pente, il faut choisir, à peu près, l'isobathe de 1 000 mètres; et encore ce socle n'a-t-il quelque importance qu'au voisinage de la mer de Ross.

327. L'attention se portera probablement sur le point de savoir s'il ne conviendrait pas de corriger ces inégalités en attribuant aux Etats dépourvus de PC des zones contiguës particulières. Peut-être, inversement, songera-t-on à ne pas attribuer de droits particuliers à l'Etat riverain sur son PC au-delà d'une certaine distance de ses côtes, lorsque le PC aura une étendue très considérable : cette réduction de la partie du PC à prendre en considération pourra se faire soit par une courbe bathymétrique à choisir, soit par la détermination d'une distance horizontale à partir du rivage.

328. Dans cet ordre d'idées M. José Luis de Azcarraga (« *Los derechos sobre la Plataforma submarina* », *Revista Espanola de Derecho internacional*, vol. II, 1949, p. 47-99) a estimé que, pour prendre place utilement dans le droit, la notion de PC devrait être mise en harmonie avec un ajustement général de la doctrine des eaux adjacentes. D'après lui, l'étendue des eaux territoriales doit être fixée à 20 milles marins (37 040 mètres) à compter de la laisse de basse mer le long de la côte, cette étendue demeurant la même pour le temps de paix et pour le temps de guerre, l'Etat étant belligérant ou étant neutre. L'Etat riverain a droit à l'exploitation et à l'usage de la totalité de son plateau continental, même au-delà de la distance déterminée par la projection verticale sur ce plateau de la limite de la surface maritime large de 20 milles; mais le PC ne peut être considéré comme s'étendant au-delà de l'isobathe de 200 mètres.

329. Si cette suggestion était considérée comme plaçant sous la juridiction de l'Etat riverain des espaces excessifs, Azcarraga proposerait que les limites du PC au-delà des 20 milles d'eaux territoriales fussent déterminées par l'isobathe de cent (100) mètres. Dans cette zone l'Etat aurait le bénéfice des ressources naturelles de son PC (lit et sous-sol); il pourrait les exploiter à l'aide d'installations faites ou bien directement depuis l'eau ou bien depuis ses eaux territoriales ou la terre ferme.

330. Azcarraga désigne le droit de l'Etat riverain à l'exploitation exclusive des ressources naturelles de tout ou partie du PC sous l'expression « *control y soberania* ». A la page 97 de son article et dans la note n° 53 Azcarraga, « désireux de contribuer personnellement à l'obtention d'une « thèse satisfaisante pour tous les Etats maritimes », suggère une solution d'ordre général susceptible d'être réduite en formule; elle est indépendante de la notion de plateau continental, ses termes étant la densité de population au kilomètre carré, la longueur du littoral en kilomètres de l'Etat considéré, la superficie du territoire national en kilomètres carrés. Le résultat exprime l'étendue des eaux « juridictionnelles » (en y comprenant aussi la zone contiguë, précise l'auteur) à attribuer à chaque Etat.

« Considérant que l'étendue des eaux « juridictionnelles » (en y comprenant aussi la zone contiguë) doit être en relation avec la densité de la population de chaque Etat, avec l'étendue de son territoire national et avec celle de ses côtes, on pourra déterminer la limite maximum des

surfaces de ces eaux au moyen de la formule suivante :

$$(H \times \text{km}^2) \times \frac{C}{S} \times 100.$$

« Dans cette formule le facteur $(H \times \text{km}^2)$ représente le nombre d'habitants au kilomètre carré de territoire;

« Le numéro C représente la longueur du littoral en kilomètres;

« S représente le nombre de kilomètres carrés exprimant la superficie du territoire national.

« Le résultat est multiplié par 100 pour réduire à l'entier la décimale et le total final donnera le nombre de milles applicable aux eaux juridictionnelles.

« Cette formule chiffrée pour l'Espagne, la France, l'Angleterre et les Etats-Unis (pour se borner à ces quelques exemples pratiques) donne les résultats ci-après :

« Espagne (sans les Baléares ni les Canaries) :

$$48 \times \frac{4\,814}{492\,921} \times 100 = 46,8 \text{ milles.}$$

« France :

$$82 \times \frac{3\,120}{565\,507} \times 100 = 45 \text{ milles.}$$

« Angleterre :

$$20 \times \frac{3\,060}{243\,023} \times 100 = 25 \text{ milles.}$$

« Etats-Unis :

$$148 \times \frac{18\,000}{9\,420\,670} \times 100 = 28,2 \text{ milles. »}$$

d) *Délimitation des plateaux continentaux intéressant plusieurs Etats*

331. Un certain nombre de questions qui, doctrinalement, ne sont pas graves, mais qui possèdent un grand intérêt pratique peuvent être — et ont été déjà effectivement soulevées — à propos de la délimitation des plateaux continentaux intéressant simultanément plusieurs Etats. La Proclamation du Président des Etats-Unis s'est exprimée ainsi au sujet du problème général : « Dans les cas où le PC s'étend jusqu'aux rivages d'un autre Etat ou bien se trouve en partage avec un Etat adjacent, la frontière sera déterminée par les Etats-Unis et l'Etat intéressé, conformément à des principes équitables. » Cette même formule générale se trouve reproduite notamment dans la législation de l'Iran comme dans celle de l'Arabie Saoudite sur le PC. Certains interprètes [F. A. Vallat, art. cit., B.Y.I.L. (1946), p. 335, 336; J. M. Py, *Etude sur le plateau continental*] ont cherché à la serrer de plus près en déterminant quels pourraient être ces principes équitables. »

332. Pour l'hypothèse de mers étroites (et d'une profondeur partout inférieure à 200 mètres) bordées par deux Etats occupant chacun un des rivages opposés (par

exemple la Manche), on peut admettre, au point de vue du droit, qu'on se trouve en présence d'un plateau continental commun. Comment le répartir ? Deux systèmes viennent immédiatement à l'esprit : celui du thalweg (ou ligne continue des plus grandes sondes); celui de la ligne médiane. Les raisons qui ont fait adopter le thalweg dans le cas du lit des fleuves (fixité de la ligne qui est ainsi indépendante des crues, attribution égale à chaque riverain de la partie du lit où le courant est le plus rapide) n'existent pas dans l'espèce. C'est donc d'après une ligne que l'on peut définir grossièrement comme une « ligne tracée à égale distance des côtes des riverains se faisant face » que les aires sous-marines seront le plus équitablement réparties entre ceux-ci.

333. Le cas d'un golfe dont plusieurs Etats sont riverains, par exemple le golfe Persique, présente un problème plus délicat. La simple extension vers la mer des frontières terrestres ne donnerait certainement pas la solution, dit F. A. Vallat. Il suggère que la solution la plus équitable consisterait à diviser l'aire sous-marine en dehors des eaux territoriales entre les Etats contigus proportionnellement à la longueur de leurs côtes respectives. Pour réaliser ce tracé la meilleure méthode serait de prendre un point ou une ligne dont la position serait calculée pour donner la répartition désirée et de tracer les limites des aires sous-marines depuis ce point ou cette ligne jusqu'aux frontières terrestres des Etats riverains. F. A. Vallat ajoute sagement que le cas du golfe de Paria montre combien il est difficile d'adopter une règle simple (art. cit., p. 336).

334. J. M. Py critique la base de répartition faite proportionnellement à la longueur respective des côtes des Etats intéressés. Il reproche à ce critère : a) de favoriser à l'excès les puissances pourvues d'une longue étendue de côtes; b) de dissocier en un certain nombre de points le continent et le PC qui, pourtant, dépendent l'un de l'autre et forment une unité; c) de ne pas donner le tracé des frontières suivant lesquelles la répartition sera faite.

335. M. Py suggère, pour sa part, le « système des points équidistants » : le partage du lit de la mer doit être fait en recherchant pour chaque point la côte la plus proche ce qui, dans le cas de deux Etats, aboutit à trouver la ligne médiane et, dans le cas de plusieurs Etats, à déterminer les points équidistants. Il reconnaît d'ailleurs que ce système a l'inconvénient de donner une énorme importance aux frontières sous-marines des îles. Si nous l'avons bien compris, M. Py admet que la solution pratique est celle de la délimitation par négociation préconisée par la Proclamation du Président des Etats-Unis et mise en œuvre par l'accord anglo-vénézuélien sur le golfe de Paria. On se rappelle que, dans ce cas, les HPC ont choisi quatre points et ont convenu que, sous réserve de la reconnaissance des limites existantes des eaux territoriales, la frontière serait formée par des lignes droites réunissant ces quatre points. Les parties ont décidé de nommer une commission mixte (art. 4) pour procéder au tracé de la ligne frontière.

336. Un groupe de cas où les problèmes de délimitation se posent de la manière la plus simple est celui de pays adjacents. La solution consiste à adopter soit une ligne prolongeant vers la mer la frontière terrestre soit, ce qui semble préférable, une perpendiculaire élevée, au point où la frontière terrestre atteint la mer, sur une ligne tracée

suivant la direction générale du rivage aux environs de ce point.

e) *Cas d'absence de concordance entre les limites déterminées théoriquement des parts de plateau continental*

337. D'une façon générale, ces solutions concernant les limites respectives des Etats sur un même PC ne sont que des solutions superficielles, qui ne vont pas au cœur de la question : elles doivent être complétées par des ententes particulières, d'un caractère à la fois plus délicat et plus pressant, et qui ne peuvent être élaborées que sur la base d'une connaissance extrêmement poussée de la configuration du plateau continental dont il s'agit et des richesses naturelles qu'il renferme. Les limites des gisements des substances précieuses ne concorderont pas, suivant les plus grandes probabilités, avec les lignes séparatives qu'une méthode générale aura permis de déterminer. Le même gisement se continuera donc très fréquemment de part et d'autre de la ligne envisagée. Or, l'exploitation d'un gisement en un lieu donné réagira d'une manière certaine, au moins en matière de substances pétrolières, sur les autres parties du gisement. Le principe qu'il ne faut pas perdre de vue et dont la pratique obligera à tenir compte est celui de l'unité du gisement. Le droit international consacre déjà cette idée en matière de droit fluvial; elle s'impose d'autant plus ici que le gisement, loin de se renouveler comme le fleuve, se détruit par l'usage.

338. Toute limite admise en matière de conservation et d'exploitation des ressources naturelles du PC devra donc être une limite souple. Il n'est pas plus possible d'arrêter net les limites en deçà desquelles les forages sous-marins seront permis et celles à partir desquelles ils ne le seront plus, qu'il n'est possible de fixer une limite rigide pour la protection des bancs de pêche. On ne peut songer à autoriser les forages juste en dehors de la limite, si ces forages doivent réagir sur l'exploitation des substances se trouvant à l'intérieur de cette limite.

339. Le périmètre de protection est une notion complémentaire indispensable de la notion de limite du PC ou des limites des aires des divers Etats participant à un même plateau. L'argument donné par le Président des Etats-Unis en faveur du PC, à savoir que les ressources du sous-sol marin sont fréquemment une partie d'un gisement inclus dans le territoire terrestre, trouve aussi son application *mutatis mutandis* aux gisements inclus dans le plateau, mais risquant de se voir démembrés entre sections différentes du plateau. C'est donc en définitive à des ententes entre Etats intéressés ou à des solutions obtenues par les modes amiables du droit qu'il faut laisser le soin d'opérer les répartitions et non pas à des règles rigides qu'il serait prématuré de vouloir poser dès maintenant.

f) *Les ouvrages et installations, fixes ou flottants, ne comportent pas de zone territoriale*

340. Il doit être précisé que les ouvrages et installations, fixes ou flottants, établis pour l'exploitation des ressources naturelles du PC ne comportent pas de zone territoriale les entourant. L'attribution de droits à l'Etat riverain sur le sol et le sous-sol au-delà de la limite de ses eaux territoriales laisse au volume des eaux recouvrant le PC au-delà de cette même limite le caractère d'eaux de

haute mer. Aucune partie de ces eaux ne peut être soustraite à la catégorie juridique « haute mer ». Comme l'écrit F. A. Vallat (art. cit., p. 338) : "*Claims may be made to new belts of territorial waters surrounding works established in the open sea. It is thought however that, as in the case of the lighthouses, there would be no foundation for such claims.*"

341. Ce qui peut être admis, c'est l'établissement, à titre de mesure de police de la navigation, d'une zone de sécurité (par exemple, d'un rayon de 500 mètres) autour des installations émergentes et cela non moins dans l'intérêt de la sécurité de la navigation elle-même que dans l'intérêt de la sécurité des exploitations.

g) *Le danger de pollution des eaux marines sur le plateau continental*

342. Un point de très grande importance pratique se réfère aux dangers de pollution des eaux marines par les exploitations des ressources naturelles du PC. Ce point a reçu une attention spéciale dans les accords intervenus entre le Royaume-Uni et le Venezuela au sujet du golfe de Paria. Il faut garder constamment présent à l'esprit le fait que le PC constitue la zone d'élection des espèces marines servant à l'alimentation humaine.

Section VII. — Conclusion concernant le plateau continental

343. Le monde paraît se trouver aujourd'hui, en ce qui concerne la notion de PC, dans la phase de l'enthousiasme. Cet enthousiasme a pris parfois des formes débordantes : le professeur Harold F. Clark et le professeur George T. Renner, dans un article du *Saturday Evening Post* du 4 avril 1946, ont exprimé leur conviction que la Proclamation du Président des Etats-Unis du 28 septembre 1945 serait reconnue quelque jour "*as one of the decisive acts in history, ranking with the discoveries of Columbus as a turning point in human destiny*" (cité par le jonkheer P. R. Feith, Rapport introductif à l'ILA, juin 1948, p. 13). Un juriste à qui les questions du droit des eaux adjacentes sont familières, le professeur J. W. Bingham [*A.J.I.L.*, vol. 40 (1946), p. 178] a célébré les deux Proclamations du 28 septembre 1945 comme un épisode de la marche vers un droit international nouveau : "*These proclamations are a promising contribution to a better statesmanship which will serve the interests of a world order designed for peace and the mutual cooperation of peoples. They thus will contribute also to the development of a democratic international law supporting the just claims of small States as well as large and increasing the chances of peace. This democratic law will develop through like frank appraisals of the competitive forces and varying conditions in our world today, instead of through mechanistic adherence to traditional ill-digested generalities and slogans devised by theoreticians of an unscientific age of subsidized piracy, matchlocks, wood fires and candle-lights, wide-open spaces and glorification of cruel aggressive force for selfish profit — theoreticians who could have foreseen little of the technology, industries, social pressures and dominant impulses of our crowded, complex, modern civilisation.*"

344. Parfois aussi la sensation a été d'autant plus vive que la notion de plateau continental était moins connue

du monde juridique et que la Proclamation du Président des Etats-Unis découvrait à certains l'existence d'une *mare ignotum*. L'opinion s'est échauffée en faveur de ces immenses espaces qui recéleraient tant de trésors dont manque cruellement encore un monde appauvri par les destructions de la guerre, qui a pris conscience non seulement que la civilisation pouvait périr, mais que l'humanité n'est pas à l'abri de la famine et que les réalisations les plus prestigieuses de la science — du moins celles qui ne tendent pas à l'anéantissement de l'espèce humaine — risquent du jour au lendemain d'être paralysées par l'absence de matières premières et la pénurie de combustible. On a donc accueilli avec satisfaction l'annonce que le PC couvrirait une surface d'environ 10 millions de milles carrés et serait pourvu de richesses fabuleuses.

345. Cet enthousiasme est salutaire. Il oriente les juristes vers l'étude de grandes questions; il les incite à l'entreprendre dans un esprit élevé et pratique. Comme l'a dit sir Cecil Hurst, après avoir signalé les nombreuses et délicates questions dont la Proclamation du Président des Etats-Unis exige l'examen, « nous devons attaquer le sujet non pas avec l'idée de grossir les objections, mais avec l'intention de trouver le moyen de venir à bout des difficultés dont il est entouré ».

346. La sorte de bouillonnement qui se manifeste rend nécessaire un travail de décantation. Ce travail est d'autant plus indispensable que les notions même les plus primordiales — telle celle même de plateau continental — ne sont pas entendues de manière identique; qu'un certain nombre demeurent obscures et incertaines — telle la nature des droits prétendus par l'Etat riverain sur son PC; et que, déjà, à côté de la notion de PC et à la faveur de cette notion se glissent des revendications très différentes de celles qui étaient formulées dans le texte prototype et que ces inflexions peuvent n'être pas sans risques au point de vue du développement du droit international de la mer.

347. L'étude approfondie de la doctrine du PC doit donc être entreprise et elle peut l'être dans des conditions

de nature à en permettre une fructueuse mise au point. L'idée de liberté de la haute mer a en effet perdu dès maintenant le caractère absolu et tyrannique que lui imprimaient ses origines de mouvement de réaction contre les prétentions à la souveraineté territoriale de la haute mer. D'autre part, les projections de plus en plus nombreuses de compétences étatiques sur la haute mer ont eu raison des résistances, politiques ou doctrinales, qui s'opposaient à leur admission.

348. On a compris quelle erreur il y aurait à considérer la puissance d'Etat dans ses rapports avec les espaces maritimes comme un concept indivisible allant jusqu'à la limite vers le large des eaux territoriales et comme expirant à ce moment d'une manière absolue. R. Young (art. cit., p. 857) a écrit des lignes judicieuses sur le travail de rénovation en matière de juridiction maritime auquel peut donner lieu la doctrine du plateau continental; il les a conclues par ces mots : "*Many obstacles would vanish if the general principles applicable to the continental shelf were to be authoritatively laid down and it is suggested that here may be a challenging subject for international legislation.*"

349. Il y aurait intérêt à ce que cet essai de réglementation internationale intervînt aussi rapidement que possible. La diversité de points de vue des différents textes d'ordre interne intervenus en cette matière montre que l'avenir immédiat ne permet pas d'espérer une unification de doctrine et de pratique, mais donne plutôt à redouter l'anarchie des solutions. L'expérience établit qu'une matière entièrement nouvelle est beaucoup plus facile à réglementer par voie d'entente internationale qu'une matière ayant déjà fait l'objet d'une longue pratique : l'Union télégraphique, qui portait sur un service neuf, a été réalisée avant l'Union postale qui s'appliquait pourtant à un service plusieurs fois séculaire.

350. La doctrine du plateau continental qui tend à combler une lacune du droit international peut y être incorporée dans des conditions qui, sans heurter les règles existantes, soient de nature à servir à la fois les intérêts de la paix et de l'économie mondiales.

ARBITRAL PROCEDURE

DOCUMENT A/CN.4/18

Rapport par Georges Scelle, rapporteur spécial

[Texte original en français]
[21 mars 1950]

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES	116
Définition de l'arbitrage. Jugement en équité et amiable composition	116
Différence avec la juridiction permanente	116
Définition de la procédure arbitrale	116
MÉTHODE DE TRAVAIL (par. 1 à 8)	117
Les précédents. La Convention de 1907 (par. 2)	117
Domaine restreint de la coutume (par. 3)	117
Rôle de la Commission et caractères de la codification (par. 4-8)	118
I. — PROCÉDURE ANTÉRIEURE AU COMPROMIS (par. 9 à 18)	118
L'obligation arbitrale (par. 10)	119
Renouveau d'actualité de l'arbitrage (par. 11)	119
L'Acte général d'arbitrage (par. 12)	119
Les difficultés de réalisation de l'engagement compromissoire (par. 13)	119
Qualification de l'objet du litige (par. 14)	120
L'arbitrabilité des différends (par. 15 à 17)	120
Texte proposé (par. 18)	120
II. — LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL (par. 19 à 45)	121
Choix des juges (par. 21 à 24)	121
Du refus d'exécuter l'obligation arbitrale (par. 25)	123
Le litige des Traités de paix de Paris (par. 26 à 32)	123
Solution proposée (par. 33)	125
Texte proposé (par. 34)	125
De la stabilité du tribunal arbitral (par. 35 à 37)	125
Vacance de sièges (par. 38 à 40)	126
La récusation (par. 41)	127
Le « déport » (par. 42 à 43)	127
L'affaire des « optants hongrois » (par. 44)	127
Texte proposé (par. 45)	128
III. — LE COMPROMIS (par. 46 à 61)	128
Texte proposé (par. 46)	128
Le compromis obligatoire ou automatique (par. 47 à 52)	128
Texte proposé (par. 52)	129
Le dessaisissement du tribunal (par. 53)	130
Le jugement d'expédient (par. 54)	130
Le dessaisissement par le demandeur (par. 55)	130
Texte proposé (par. 56)	130

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	Pages
Détermination de l'objet du litige (par. 57-58)	130
Le problème du <i>non liquet</i> (par. 59-60)	131
Texte proposé (par. 61)	132
IV. — LES PROCÉDURES FORMELLES (par. 62 à 72)	132
Sanction des règles (par. 63)	132
Principe de l'égalité des parties (par. 64)	133
Les preuves (par. 65-66)	133
Preuves du droit (par. 67 à 69)	133
Les présomptions (par. 70)	134
Collaboration des parties et du juge (par. 71)	134
Texte proposé (par. 72)	135
V. — LES INCIDENTS DE PROCÉDURE (par. 73 à 84)	135
La recevabilité (par. 73)	135
Litiges politiques et juridiques (par. 74)	135
La prescription (par. 75)	135
L'exception de chose jugée (par. 76)	136
La litispendance (par. 77)	136
Le tribunal prononce sur sa compétence (par. 77)	136
Demandes additionnelles et reconventionnelles (par. 78)	136
Les mesures conservatoires (par. 79)	137
Texte proposé (par. 79)	138
De l'intervention (par. 80)	138
Remarques (par. 81)	138
Texte proposé (par. 82)	138
Procédure par défaut (par. 83)	138
Texte proposé (par. 83)	139
Clôture des débats (par. 84)	139
Texte proposé (par. 84)	139
VI. — LA SENTENCE (par. 85 à 91)	139
Les dommages et intérêts (par. 86)	140
Les opinions dissidentes ou individuelles (par. 87)	140
Le délai (par. 88)	141
Les mesures d'exécution (caractère obligatoire et caractère exécutoire de la sentence) [par. 89]	141
Les pouvoirs réglementaires (par. 90)	142
Texte proposé (par. 91)	142
VII. — LES RECOURS (par. 92 à 104)	142
L'autorité de chose jugée (par. 92)	142
Le recours en interprétation (par. 93)	143
Texte proposé (par. 93)	143
Les deux thèses pour et contre l'immutabilité de la sentence (par. 94)	143
Le problème de la revision (par. 95)	144
Procédure (par. 96 à 98)	144
Texte proposé (par. 99)	145
L'instance d'appel ou de cassation (par. 100-101)	145
Les causes d'invalidité de la sentence (par. 102)	146
Inapplicabilité des recours de droit interne (par. 103)	146
Texte proposé (par. 104)	147
CONCLUSIONS	147
Technique scientifique et nature propre de l'arbitrage	147
AVANT-PROJET DE TEXTE PROPOSÉ	148

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

DÉFINITION DE L'ARBITRAGE

JUGEMENT EN ÉQUITÉ ET AMIABLE COMPOSITION

Il importe d'abord à la Commission de délimiter sa tâche et de se prononcer sur le sens qu'elle attribue aux mots « arbitrage » et « procédure arbitrale », les deux termes, en effet, peuvent être pris dans des acceptions plus ou moins larges.

La définition la plus stricte de l'arbitrage est celle de l'article 37 de la Convention de La Haye de 1907 sur les moyens pacifiques de résoudre les conflits internationaux. Aux termes de cet article : « L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les Etats, par des juges de leur choix, et sur la base du respect du droit. » Cette définition exclut de l'arbitrage la solution des litiges entre les gouvernements et les personnes ou groupes privés lorsque ceux-ci interviennent directement comme plaideurs, et à fortiori les litiges entre particuliers. Elle exclut également, si on prend à la lettre le dernier membre de phrase (« sur la base du respect du droit ») l'amicable composition, sinon le jugement d'équité, *ex aequo et bono*. Toutefois, nous pensons qu'il y a une différence entre le jugement *ex aequo et bono*, ou jugement d'équité, et l'amicable composition.

Il y a jugement d'équité lorsque le juge se trouve en présence d'un litige qu'il lui est difficile ou impossible de résoudre, sur la base d'une norme juridique explicitement et préalablement établie; en ce cas, certains ordres juridiques internes lui prescrivent de juger cependant, et lui interdisent de prononcer le *non liquet* qu'ils considèrent comme un déni de justice. Ainsi le Code civil français, dans son article 4 déclare : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » En ce cas, le juge est donc tenu de juger par analogie en édictant lui-même, implicitement, pour résoudre les litiges, une norme suppléant à la norme positive (coutumière, conventionnelle ou jurisprudentielle) qui fait défaut. Nous croyons qu'en ce cas on doit admettre cependant que le jugement est rendu sur la base du respect du droit puisque le juge est autorisé, soit par la loi, soit par les parties (Art. 38, par. 2 du Statut de la Cour internationale de Justice) à faire le droit.

Au contraire, lorsque le juge ou l'arbitre ont été autorisés à agir en amiables compositeurs, ce qui implique pour eux le pouvoir de juger non seulement par analogie ou *praeter legem*, mais encore de décider *contra legem*, c'est-à-dire en écartant ou en négligeant délibérément une règle de droit positif en vigueur, il est impossible de soutenir qu'en ce cas l'arrêt soit rendu « sur la base du respect du droit ». Il ne s'agit plus alors d'arbitrage aux termes de l'article 37 de la Convention de La Haye; il ne s'agit même plus d'arbitrage, au sens juridique du mot, car l'arbitre est un juge et le juge est tenu au respect du droit. On serait donc autorisé à ne pas faire entrer dans l'étude de la procédure arbitrale le cas de l'amicable composition. Comme néanmoins la coutume est en sens inverse, nous ferons simplement, le cas échéant, les réserves nécessaires.

L'amicable composition rentre, en effet, dans l'espèce « médiation » et non pas dans la catégorie « arbitrage ».

DIFFÉRENCE AVEC LA JURIDICTION PERMANENTE

Nous n'ignorons pas que la médiation, selon la doctrine classique, telle que l'enregistre la Convention de La Haye, dans son titre II est jumelée avec les bons offices ou la conciliation et, en vertu de l'article 6, a « exclusivement le caractère de conseil ». Mais nous savons aussi que cette disposition n'a été introduite en 1899 et 1907 dans la Convention sur le règlement pacifique que pour apaiser les craintes des petites et moyennes puissances. On pourrait fort bien concevoir, si les parties sont d'accord pour l'admettre, qu'elles s'engagent en recourant à un ou des médiateurs à considérer la sentence médiatrice comme obligatoire. Et de fait, il est arrivé souvent qu'elle le fût. Nous considérons donc que le second paragraphe de l'article 37 de la même convention, ainsi conçu : « Le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence », caractérise en effet l'arbitrage, quoi qu'il ne lui soit pas exclusif.

Ce qui, du point de vue de la technique juridique caractérise essentiellement l'arbitrage, c'est que la sentence arbitrale est rendue « en droit » et à notre avis son caractère obligatoire lui vient d'abord de ce qu'elle est l'expression de la règle de droit et ensuite seulement de l'engagement pris de s'y conformer. Cet engagement est secondaire et pourrait être implicite, car il découle nécessairement du fait que l'arbitre statue en droit; il est en effet inconcevable qu'un sujet de droit, lorsqu'il est en présence de l'expression concrète de la règle de droit, dans un cas déterminé, puisse songer à se dérober à son application. La sentence arbitrale est obligatoire par elle-même automatiquement.

Nous excluons donc de la procédure arbitrale tout ce qui a trait à l'organisation de la conciliation, des bons offices, de la médiation, mais nous y tolérons l'amicable composition.

Nous en excluons, en sens inverse, toute disposition tendant à l'institution d'une véritable juridiction, c'est-à-dire d'une organisation judiciaire institutionnelle, permanente et obligatoire de la société œcuménique ou d'une société internationale particulière. La seconde caractéristique générique de l'arbitrage c'est, comme le dit encore l'article 37 de la Convention de La Haye, le choix des juges par les gouvernements étatiques. C'est un point sur lequel nous aurons à revenir plus longuement.

DÉFINITION DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Reste à préciser ce qu'il faut entendre par procédure arbitrale.

La procédure, au sens précis que nous lui donnerons, ne comprend pas toutes les règles qui gouvernent l'activité du ou des arbitres. Lui échappent les normes de compétence qui président à l'élaboration de la sentence arbitrale en tant que telle, c'est-à-dire qui conduisent le juge à la détermination du droit applicable en l'espèce. Nous n'aurons donc pas à étudier, comme telles, les sources de droit dans lesquelles l'arbitre est autorisé à puiser (Art. 38 du Statut de la Cour internationale de Justice), si ce n'est dans l'énumération des dispositions du compromis. De même, si nous admettons les recours contre l'excès de pouvoir de l'arbitre, ou le principe de la revision, nous n'aurons pas à rechercher en quoi consiste l'excès de pouvoir, ou dans quel cas la revision devra

être prononcée. Notre tâche se limite à définir les pratiques judiciaires arbitrales ou le mécanisme qui permettra à l'instance de naître et de se développer et au juge de se prononcer. Il s'agit uniquement du « cadre technique » ou de l'appareil externe de l'institution arbitrale. L'acte juridictionnel, son analyse, ses conditions de validité, sont gouvernés par des règles de fond que nous n'aurons pas à envisager.

Cela ne signifie pas que nous considérons le travail confié à la Commission comme n'ayant qu'un intérêt secondaire. Nous verrons, au contraire, que les règles de procédure, bien qu'elles soient de nature constructive plutôt que normative à proprement parler, conditionnent de très près la portée et l'avenir de l'institution et par conséquent sont organiquement et même politiquement chargées de potentiel organique.

MÉTHODE DE TRAVAIL

1. L'auteur du présent rapport doit avouer, tout d'abord, que lorsque ce sujet fut examiné par la Commission, au cours des 10^e et 7^e séances de sa première session, et en relation avec les suggestions contenues dans le mémoire du Secrétariat *Examen d'ensemble du droit international*¹, il avait d'abord pensé que la codification de la procédure arbitrale n'était peut-être pas de première urgence. A la réflexion, il s'est convaincu que cette urgence était à peu près aussi réelle que celle d'autres topiques retenus et qu'en tout cas depuis l'époque où le Comité d'experts de la Société des Nations n'avait pas cru devoir y consacrer ses efforts, certains incidents avaient montré que la procédure arbitrale traditionnelle s'était parfois révélée insuffisante à assurer la bonne marche des instances ou même à leur permettre d'aboutir. De récents débats lors de la quatrième session de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies et qui ont motivé une demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sont de nature à confirmer l'impression que les travaux de la Commission du droit international dans ce domaine pourraient engendrer un avant-projet de convention d'une réelle utilité pratique, à la condition d'être progressive et de s'inspirer de l'expérience. Pour traditionnelle qu'elle soit la matière a besoin d'être rajeunie.

LES PRÉCÉDENTS. LA CONVENTION DE 1907

2. Dans ce domaine, la Commission n'est certes pas devant une table rase. Il existe déjà non seulement de très nombreux projets officiels ou officieux de codification, mais des codifications proprement dites.

L'Institut de droit international, dès son origine, en 1874 et 1875, étudia et adopta un règlement qui, dans beaucoup de ses parties a reçu, depuis lors, la consécration de la pratique. L'Institut a cru cependant devoir reprendre cette étude en 1927. La Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux (1899-1907) constitue non seulement pour l'arbitrage, mais pour plusieurs autres modes de solution des litiges interétatiques, *une véritable codification officielle* et il nous semblera normal de la prendre pour point de départ en suivant, dans les limites du possible, son économie et

en tenant compte des grandes conventions qui, ultérieurement, sont venues la compléter ou la modifier, tels les Accords de Locarno, l'Acte général d'arbitrage de 1928, remis au point par l'Assemblée, dont le chapitre III traite des tribunaux arbitraux et renvoie pour la procédure à la Convention de La Haye (chap. III : Règles applicables à la procédure arbitrale).

En Amérique, nous nous trouvons devant une accumulation de textes conventionnels dont il serait difficile de savoir lesquels sont encore en vigueur et dont le nombre dépasse ou atteint une quinzaine et qui débutent par le fameux Traité Gondra de 1923 (cinquième Conférence panaméricaine) pour se poursuivre aux Conférences de La Havane, en 1928, Washington, 1929, Montevideo, en 1933 (ce dernier texte est important), Buenos-Aires, 1936, etc. Un essai de codification est constitué par le Pacte de Bogota du 30 avril 1948 dont le chapitre V (art. 38 à 49) est consacré à la procédure d'arbitrage.

La tâche de la Commission peut donc être considérée comme un travail préparatoire à une révision de la codification de 1907 et destinée comme elle, à faire l'objet d'une convention multilatérale, en principe universelle.

DOMAINE RESTREINT DE LA COUTUME

3. On notera que la procédure d'arbitrage qui fait l'objet du chapitre III de la Convention de 1907 porte dans son article 51 :

« En vue de favoriser le développement de l'arbitrage, les puissances contractantes ont arrêté les règles suivantes qui sont applicables à la procédure arbitrale. *en tant que les parties ne sont pas convenues d'autres règles.* »

Il y a lieu de constater, par conséquent, que la Convention de 1907 revêt un caractère purement facultatif. Nous ne pensons pas que cette conception doive rester la nôtre et que le rôle de la Commission, et après elle celui de l'Assemblée, soit de présenter un tableau purement descriptif de la pratique procédurale, d'ailleurs fluctuante, en matière d'arbitrage.

D'une part, en effet, il nous paraît bien difficile de dire qu'il existe une coutume arbitrale : en réalité, on rencontre le plus souvent de multiples pratiques changeantes et évolutives, comme l'implique indirectement l'article 52 de la Convention de La Haye de 1907 qui donne pour origine à toute la procédure le compromis d'arbitrage, c'est-à-dire une base conventionnelle dont le contenu, l'orientation et l'esprit dépendent uniquement de la volonté des parties. On peut donc se demander si la procédure arbitrale peut être considérée comme ayant une valeur coutumière.

Certes, la norme coutumière peut sortir de la « répétition » d'actes conventionnels analogues, aussi bien que d'actes unilatéraux : c'est la *consuetudo*. Mais, à notre avis, ce premier élément est insuffisant à fonder la règle de droit coutumière. Sans *opinio juris necessitatis* c'est-à-dire sans conviction que la pratique suivie correspond à une nécessité juridique et s'impose comme telle, il n'y a pas de norme positive. Or, si l'on conçoit que les dispositions procédurales dépendent entièrement de la volonté des parties, et si les principes que nous sommes chargés d'élaborer sont simplement proposés à l'acceptation béné-

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1948.V.1(1).

vole des gouvernements, comment peut-on soutenir que nous enregistrons des règles de droit positif? Nous devons donc proposer des procédures qui, du moins en règle générale, seront considérées comme obligatoires pour les gouvernements qui seront signataires de la future convention de codification, lorsque, dans l'avenir, ils participeront à des instances arbitrales.

RÔLE DE LA COMMISSION ET CARACTÈRES DE LA CODIFICATION

4. Ainsi la Commission aura-t-elle tout au moins dressé un cadre solide dans lequel pourront, à la vérité, venir s'insérer des dispositions moins rigides. Si la Commission estime devoir adopter plusieurs solutions, elle le spécifiera avec soin et limitera de ce chef la fantaisie éventuelle et redoutable des rédacteurs de compromis. On sait que c'est là le système de la Conférence internationale du Travail dont les projets de convention peuvent contenir des modalités différentes, mais sont votés définitivement et ne comportent non plus aucune réserve².

5. L'avant-projet de convention sur lequel nous serons appelés à délibérer présentera également un caractère définitif en ce sens qu'il n'admettra de réserves ni à la signature ni encore moins à la ratification. La pratique des réserves est, on le sait, destructrice de toute obligation réelle et incompatible, en particulier, avec toute procédure de codification dont l'essence est de fixer l'état du droit³.

On nous permettra peut-être à ce sujet quelques brèves remarques d'ordre général sur la nature de la codification.

6. C'est une œuvre de législation internationale dont l'effet est *novatoire*. Toute codification, qu'elle soit d'ordre interne ou d'ordre international, a essentiellement pour objet de substituer de nouvelles normes juridiques à des normes préexistantes qu'elle abroge *ipso facto*, même lorsqu'elle les incorpore de manière formelle : ce n'est plus la règle coutumière, ou la règle conventionnelle ancienne qui sont en vigueur entre les signataires de l'instrument codificateur. C'est la règle exprimée par l'instrument conventionnel de codification. C'est en cela que la codification se distingue du *restatement* ou de ce qu'on appelait en France, sous la monarchie, la « Rédaction des coutumes », ou en Espagne les *Recopilaciones*. Le code Napoléon a maintenu, dans plusieurs de ses articles des normes identiques au fond à certaines normes coutumières ou à certaines prescriptions du droit romain antérieurement en vigueur dans les provinces; mais ces normes une fois codifiées étaient *ipso facto* abrogées et seuls les articles du code étaient en vigueur.

7. Bien entendu, nous ne prétendons pas que la Commission ait compétence pour faire de la codification ou de la législation internationale, malgré le titre majestueux qui lui a été octroyé. Mais son rôle n'est pas non

plus de faire simplement du *restatement*. Il consiste à préparer des avant-projets ou des projets de codification que s'approprieront, ou ne s'approprieront pas, les gouvernements, une conférence de codification ou l'Assemblée générale. Ce sont des organes *officiels* « *intergouvernementaux* » qui feront de la codification, sous forme conventionnelle, et non pas la Commission, de même que le Conseil d'Etat français peut préparer des projets de loi, mais non légiférer.

Cependant le rôle de la Commission ne consiste pas à accumuler des matériaux et à les mettre systématiquement en ordre de présentation comme pourrait le faire croire une interprétation stricte et timide de l'article 15 de son statut. Notre tâche est d'opérer une discrimination et de dire quels sont dans l'accumulation des éléments qui nous sont apportés ceux qui nous paraissent utilisables et ceux, au contraire, qu'il y a lieu de modifier ou de rejeter. Les coutumes et plus encore les pratiques ou les usages qui sont sans portée juridique devront être passés au crible des critères de valeur sociale que nous leur attribuerons. C'est notre droit de porter ces jugements de valeur, c'est même notre devoir, car c'est en cela que consiste notre responsabilité *scientifique*, la seule que nous ayons. La responsabilité politique incombe aux représentants gouvernementaux qui seront saisis de nos propositions et juges de leur opportunité.

8. Ajoutons que notre liberté est grande puisque, d'une part, nous n'avons pas d'instructions et que, d'autre part, l'article premier de notre statut nous incite à promouvoir le progrès du droit, ce qui implique éventuellement sa revision. Toute revision comporte par définition un effort de *lege ferenda*. En l'espèce, c'est au progrès et à l'efficacité de l'institution arbitrale qu'on nous invite à travailler. En ce faisant, nous ne portons aucune atteinte au principe dit de la souveraineté des Etats puisqu'il s'agit, en dernière analyse, d'une œuvre purement consultative en vue d'un résultat purement conventionnel.

I. — PROCÉDURE ANTÉRIEURE AU COMPROMIS

9. L'on donne souvent comme début, au premier échelon, de la procédure arbitrale, l'élaboration du compromis, de cet acte conventionnel décrit à l'article 52 de la Convention de 1907 dans les termes suivants :

« Les puissances qui recourent à l'arbitrage signent un compromis dans lequel sont déterminés l'objet du litige, le délai de nomination des arbitres, la forme, l'ordre et les délais dans lesquels la communication visée par l'article 63 devra être faite (voir procédure écrite) et le montant de la somme que chaque partie aura à déposer à titre d'avance pour les frais.

« Le compromis détermine également, s'il y a lieu, le mode de nomination des arbitres, tous pouvoirs spéciaux éventuels du Tribunal, son siège, la langue dont il fera usage, et celles dont l'emploi sera autorisé devant lui, et généralement toutes les conditions dont les parties sont convenues. »

En lisant ce texte, on constate à première vue son déséquilibre : certaines stipulations sont d'une généralité dépourvue de toute portée obligatoire, d'autres entrent

² Voir G. Scelle, *L'Organisation internationale du Travail et le BIT*, Paris, Rivière, 1930.

³ Voir G. Scelle, *Droit international public*, Paris, 1944, II^e partie, chap. III, par. 3, n° 18. Politis, *Nouvelles tendances*, chap. V, et H. Rolin, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1930, n° 3. D^r Yuen-Li Liang, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1948, vol. 72.

dans des précisions d'intérêt secondaire. Il ne précise aucune obligation réelle.

L'OBLIGATION ARBITRALE

10. Ce point de départ est insuffisant parce qu'il omet de faire les dispositions nécessaires entre les sources originaires, d'où peut découler l'obligation arbitrale, ou « obligation de compromettre ». La conclusion du compromis sera toujours nécessaire; mais il arrive souvent que l'obligation de compromettre, ou de constituer arbitre, soit antérieure au compromis. Elle naît souvent originellement d'un engagement pris *in abstracto* pour des litiges d'une catégorie déterminée ou susceptibles de naître de rapports interétatiques énumérés, mais non individualisés *in concreto*. Il s'agira par exemple d'un traité d'arbitrage obligatoire ou d'une clause compromissoire d'un traité quelconque, ou de la clause facultative de l'article 36, paragraphe 2 du Statut de la Cour, etc., sans qu'aucune stipulation précise garantisse, le moment venu, l'exécution de l'obligation originaires. Beaucoup de difficultés peuvent retarder, ou même empêcher, le jeu de la procédure subséquente.

Le danger est beaucoup moins grand dans le cas de l'arbitrage dit occasionnel où c'est précisément le compromis qui engendre la norme obligatoire à l'occasion d'un litige déjà né et individualisé. La souveraineté, c'est-à-dire en ce cas le droit de recourir ou non à des juges, est beaucoup moins affectée que dans le premier cas, puisqu'elle ne l'est que pour une affaire déterminée et non en principe et *in globo*, pour des séries indéterminées de litiges.

C'est pourquoi les législations internes voient d'un assez mauvais œil les engagements abstraits d'arbitrage ou clauses compromissoires générales, ou même les prohibent, tel le Code de procédure français, dans son article 1006. Le droit français n'admet la validité de la clause compromissoire qu'en matière commerciale et depuis la loi du 31 décembre 1925. C'est qu'en droit interne, le recours à l'arbitrage est à la fois un refus d'accepter la juridiction des tribunaux institués et, pour le plaideur, un engagement qui peut être inconsidéré et périlleux.

RENOUVEAU D'ACTUALITÉ DE L'ARBITRAGE

11. En droit international, au contraire, l'arbitrage dit obligatoire, c'est-à-dire l'engagement compromissoire préalable et abstrait, a toujours été considéré comme infiniment précieux pour le maintien des relations pacifiques et ne risque pas d'être contracté à la légère. Les efforts faits pour l'instituer ont même fréquemment tendu à éviter l'intervention, soit des grandes puissances, soit même des organes politiques dirigeants de la société internationale. C'est ainsi que dans les dernières années de la Société des Nations le renouveau de traités d'arbitrage obligatoire et les efforts faits au sein même de la Société des Nations pour développer les procédures de conciliation et d'arbitrage⁴, dissimulaient une arrière-pensée de se dérober à la compétence du Conseil en matière de solution des litiges et aussi de remédier à

l'insuffisance du Pacte qui, contrairement à la Charte de San-Francisco (Art. 2, par. 3) ne faisait pas à ses membres une obligation ferme de régler pacifiquement tous leurs litiges. Le Chapitre VI de la Charte de San-Francisco confie au Conseil un droit continu d'intervention à cette fin, mais nullement un monopole de règlement puisque l'Article 33 de la Charte laisse au contraire aux parties un choix absolu entre les moyens d'y parvenir. En présence de la paralysie à laquelle aboutit souvent l'action du Conseil, il était naturel qu'un mouvement analogue à celui qui s'était produit à Genève se dessinât aussi à Lake Success.

L'ACTE GÉNÉRAL D'ARBITRAGE

12. Sur rapport de la Commission intérimaire, dès le mois d'août 1948, la Commission politique spéciale, en décembre 1948 et avril 1949, et après elle l'Assemblée générale, le 28 avril 1949, adoptèrent trois résolutions tendant d'abord à rénover l'Acte général d'arbitrage de 1928 arrivé à sa troisième période de reconduction, en offrant à ses 22 signataires, ainsi qu'aux Etats non signataires un texte nouveau correspondant aux changements survenus dans l'organisation institutionnelle de la société internationale; ensuite, à introduire dans la procédure du Conseil de sécurité un système de conciliation, non sans analogie avec celui des Articles 11 et 15 du Pacte de Genève; enfin à établir une liste de personnalités, sur proposition des Etats, en vue de constituer un corps d'experts, de conciliateurs, et même d'arbitres, dans lequel les gouvernements pourraient puiser éventuellement pour l'éclaircissement ou la solution amiable de leurs litiges. Ces trois résolutions sont liées entre elles.

Il en résulte d'abord que l'arbitrage et sa procédure connaissent un nouveau regain d'actualité et ensuite qu'il devient d'un intérêt pratique aussi bien que doctrinal de donner comme base à toute procédure arbitrale les actes conventionnels qui aboutissent à un engagement juridique de compromettre, en affirmant que cet engagement obligatoire et définitif doit se réaliser dans les faits.

LES DIFFICULTÉS DE RÉALISATION DE L'ENGAGEMENT COMPROMISSOIRE

13. L'engagement arbitral peut résulter, avant tout compromis, des instruments les plus divers, ainsi que l'ont noté Ralston, A. M. Stuyt et Feller et, comme le rappelle le memorandum du Secrétariat sur la procédure arbitrale (A/CN.4/35, par. 15). Ces instruments formels peuvent aller du traité d'arbitrage rédigé avec le soin le plus scrupuleux, du protocole qui met fin à une conférence, d'un traité de paix, d'un échange de lettres entre autorités compétentes ou, comme on dit, de tout accord ou agrément en forme simplifiée, jusqu'au simple accord verbal. Ce dernier n'est évidemment pas recommandable, car il n'offre qu'une sécurité précaire. On peut même admettre que l'obligation de compromettre peut résulter implicitement de dispositions législatives ou administratives parallèles prises par les organes compétents des Etats intéressés, à la condition que l'expression implicite de cette volonté ne soit pas douteuse. Quoi qu'il en soit, c'est de la rencontre des volontés concordantes que naît l'obligation arbitrale où Triepel aurait vu une *Vereinbarung-type*. Les procédures ultérieures auront à en dégager d'abord une situation litigieuse

⁴ Voir notre manuel ci-dessus cité, II^e partie, chap. IV, sect. IV, le néo-arbitrage (Protocole de Genève-Locarno, Acte général).

concrète et ensuite un système adéquat de liquidation juridictionnelle.

On le voit, deux obstacles principaux peuvent se dresser dès le début devant la réalisation de l'engagement compromissaire : a) la détermination de l'objet du litige, c'est-à-dire l'individualisation de la situation juridique litigieuse; b) l'institution de l'arbitre (ou des arbitres), c'est-à-dire de l'organe judiciaire international chargé d'apurer cette situation litigieuse.

Chacune de ces deux difficultés est beaucoup plus redoutable, dans le cas d'obligation arbitrale abstraite, que dans le cas d'obligation arbitrale concrète, mais elle peut exister dans les deux conjonctures.

QUALIFICATION DE L'OBJET DU LITIGE

14. Il se peut donc qu'avant même qu'il soit question de dresser un compromis, lorsqu'un différend vient à surgir entre deux gouvernements, et que l'un d'eux excipe d'une obligation compromissaire commune, l'autre gouvernement soutienne, par une sorte de question préjudicielle, que la question litigieuse ne rentre pas dans les termes de l'obligation. Cette question préjudicielle doit être tranchée aussi rapidement que possible.

L'ARBITRABILITÉ DES DIFFÉRENDS

15. On se souviendra, sur ce point, d'une pratique ingénieuse inaugurée, en 1911, par les traités généraux d'arbitrage entre les Etats-Unis, la France et l'Angleterre. Ces traités utilisaient, en matière d'arbitrage, l'institution des commissions d'enquête des Conventions de La Haye de 1899 et 1907. Après avoir stipulé le recours à l'arbitrage pour tous les différends susceptibles d'être tranchés sur la base du droit et de l'équité, avec certaines réserves de style qui affectaient assez dangereusement l'obligation, ces traités convenaient d'instituer, à la demande d'une des parties contractantes, des commissions mixtes chargées d'élucider les faits, de préciser les aspects de la controverse, etc. En particulier, ces commissions mixtes composées, en principe, de trois représentants de chaque gouvernement, mais qui n'avaient généralement qu'une compétence consultative, étaient habilitées à se prononcer — et cette fois de façon obligatoire — sur le point de savoir si un différend rentrait ou non dans l'obligation arbitrale. Si les conclusions de la Commission étaient prises à une majorité de 5 voix contre une, c'est-à-dire l'unanimité moins une voix, les parties étaient tenues de recourir à l'arbitrage. Puisqu'il s'agissait de commissions paritaires, on voit que l'engagement était encore bien fragile et ne pouvait guère aboutir à une solution qu'en face d'une quasi-évidence. On sait aussi que l'opposition du Sénat américain, qui y voyait là une atteinte à sa compétence absolue de consentir à la conclusion des traités et considérait comme tels les compromis d'arbitrage, empêcha la ratification de ces dispositions. Néanmoins, le précédent valait d'être rappelé, car il montre bien la nécessité en pareil cas d'une instance compétente pour trancher la question préjudicielle et, par une sorte d'arbitrage préliminaire, sur la portée juridique de l'obligation compromissaire, de faire sortir celle-ci

d'une impasse où elle risque trop souvent de s'engager *ab ovo*⁵.

Les désaccords sur le caractère d'« arbitrabilité » du différend peuvent provenir d'innombrables causes qu'il est impossible de prévoir ou d'énumérer : caractère juridique et politique de l'affaire; consistance des faits; termes de l'engagement; jeu de la clause *rebus sic stantibus*, etc. Il n'en est que plus important de disposer d'une procédure rapide pour assainir la situation.

16. Cette liquidation préjudicielle du différend est elle-même un arbitrage puisqu'il s'agit uniquement de l'interprétation d'une obligation conventionnelle. Nous pensons donc que le différend devrait être soumis, non pas à une commission de conciliation, encore bien moins à un organe ou à une personnalité politiques, mais à une instance juridictionnelle susceptible d'agir rapidement. Sans doute est-il difficile d'exclure ici l'intervention des gouvernements intéressés pour le choix de l'organe chargé de résoudre cette difficulté liminaire. Nous préférons personnellement, de beaucoup, que l'instrument de codification ne comportât sur ce point aucune alternative, mais dans l'état actuel de la psychologie internationale, peut-être peut-on admettre une clause conçue en ces termes : « Au cas où les parties en litige n'auraient pas expressément convenu de la procédure propre à trancher cette question préjudicielle... ». Comme ce sera le cas le plus fréquent, sans doute, il reste que la disposition prévue revêtait un caractère obligatoire, bien que subsidiaire.

17. On peut songer ici à l'intervention obligatoire, soit de la Cour permanente d'arbitrage, soit de la Cour internationale de Justice agissant par voie de procédure sommaire. C'est cette dernière solution qui nous paraît s'imposer, car en ce qui concerne la première, l'obligation de composer le tribunal, entraînerait éventuellement de trop longs délais. Nous pensons donc qu'un projet de codification de la procédure arbitrale devrait contenir une disposition par laquelle les signataires s'engageraient, en principe, en cas de contestation sur le point de savoir si l'obligation arbitrale existe ou n'existe pas dans un cas déterminé, à faire jouer le recours par voie de requête directe de la partie la plus diligente, à la Cour de La Haye, sur la base de l'Article 29 du Statut de la Cour, en précisant en outre que le Président aurait le droit de rendre les ordonnances prévues par l'article 41, en ce qui concerne les « mesures conservatoires du droit de chacun ».

TEXTE PROPOSÉ

18. On concevrait donc que le projet de codification de la procédure arbitrale débutât par un article incorporant les idées précédemment développées, réserve faite de sa rédaction :

⁵ Voir *Revue générale de droit international public*, t. XVIII, p. 654; t. XIX, p. 350; t. XXII, p. 446.

Le texte était le suivant : « Article 3... Il est en outre entendu que lorsque les parties sont en désaccord sur la question de savoir si un différend est ou non susceptible d'arbitrage, aux termes de l'article premier du présent traité, cette question sera soumise à la Commission d'enquête. Si tous les membres de la Commission, ou tous moins un, sont d'accord pour déclarer que le différend rentre dans la catégorie de ceux que vise l'article premier, il sera soumis à l'arbitrage, selon la procédure prévue par le présent traité. »

« La clause compromissoire, ou engagement de recourir à l'arbitrage, peut viser des contestations éventuelles ou des contestations déjà nées (comp. art. 39 de la Convention de 1907). Quel que soit l'instrument ou l'accord de volontés dont elle résulte, elle est strictement obligatoire et doit être exécutée de bonne foi.

« En cas de contestation sur l'existence de cette obligation, la Cour internationale de Justice sera saisie, par voie de requête directe, par les soins de la partie la plus diligente, et rendra un jugement définitif et sans appel sur le caractère d'arbitrabilité du différend en chambre de procédure sommaire et par application notamment des Articles 29 et 41 de son Statut, sauf le cas où les parties en litige auraient expressément convenu d'une autre procédure pour trancher cette question préjudicielle. »

II. — LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL

19. Le second obstacle susceptible d'entraver ou même d'empêcher définitivement l'exécution de l'obligation arbitrale, c'est le choix des arbitres ou la constitution du tribunal. En l'absence de juge, pas d'arrêt. La question de la constitution du tribunal ou de l'arbitre est donc d'une importance primordiale. Ce n'est vraiment qu'une fois le tribunal constitué que la *probabilité* d'un règlement du litige prend définitivement corps et que l'on peut escompter l'élimination du trouble social que cause dans l'ordonnement juridique la persistance d'une situation litigieuse.

Or, la difficulté peut, cette fois encore, se présenter soit à l'époque des négociations pour l'élaboration du compromis, soit avant même que les parties soient d'accord pour en conclure un. Elle peut persister, même après que la Cour internationale de Justice ou une autre instance, ci-dessus prévue, se seraient prononcées sur la question de l'arbitrabilité. On peut en effet supposer — malheureusement ce n'est pas une hypothèse gratuite — que l'une des parties, désireuse d'échapper à l'obligation arbitrale, adopte une attitude de résistance passive, de dérobade ou même de refus péremptoire, et empêche la constitution du tribunal.

20. La difficulté a été prévue, sans distinction entre les deux hypothèses ci-dessus, par la Convention de La Haye de 1907, dans le cas où les parties auraient recours à la Cour permanente d'arbitrage. Il s'agit de l'article 45 qui aboutit finalement à faire désigner le surarbitre par la voie du sort⁶.

⁶ « Article 45 : Lorsque les puissances contractantes veulent s'adresser à la Cour permanente pour le règlement d'un différend survenu entre elles, le choix des arbitres appelés à former le tribunal compétent pour statuer sur ce différend, doit être fait dans la liste générale des membres de la Cour.

« A défaut de constitution du tribunal arbitral par l'accord des parties, il est procédé de la manière suivante :

« Chaque partie nomme deux arbitres dont un seulement peut être son national ou choisi parmi ceux qui ont été désignés par elle comme membres de la Cour permanente. Ces arbitres choisissent ensemble un surarbitre.

« En cas de partage des voix, le choix du surarbitre est confié à une puissance tierce désignée de commun accord par les parties.

« Si l'accord ne s'établit pas à ce sujet, chaque partie désigne une puissance différente et le choix du surarbitre est fait de concert par les puissances ainsi désignées.

La place de cet article dans le chapitre II qui précède celui consacré à la procédure arbitrale proprement dite (chap. III) montre bien que l'on eut à La Haye, tout au moins l'intuition que la nécessité de constituer arbitre, avant même qu'un compromis fût dressé pour l'ensemble de la procédure, était une éventualité vraisemblable. La préoccupation était d'autant plus naturelle et logique que le chapitre III (art. 53) prévoyait l'établissement du compromis par la Cour elle-même ou par une commission prévue à l'article 54. Nous verrons qu'il faut, en effet, songer à un établissement automatique du compromis si les parties n'y peuvent parvenir d'un commun accord, et qu'en ce cas le meilleur système paraît être de confier cette tâche au tribunal lui-même. L'article 46 de la Convention de 1907 porte d'ailleurs : « Dès que le tribunal est composé, les parties notifient au Bureau leur décision de s'adresser à la Cour, le *texte de leur compromis*, et les noms des arbitres. » Nous sommes donc fondés à envisager l'institution du tribunal ou de l'arbitre comme une nécessité indépendante de la confection du compromis et de préférence préalable à sa rédaction.

CHOIX DES JUGES

21. Le point est d'autant plus délicat que le choix des juges constitue un critère essentiel de distinction entre l'arbitrage et la juridiction. La juridiction est par nature institutionnelle, c'est-à-dire que le tribunal préexiste à l'instance et que les juges sont organiquement institués. L'arbitre, ou les arbitres, au contraire, sont institués par les parties. Par la suite leur autorité sociale deviendra la même que celle des magistrats de l'ordre judiciaire, notamment en ce qui concerne l'effet de la sentence qui a la même autorité juridique et de chose jugée que l'arrêt judiciaire. Il en est ainsi, même si l'arbitre est autorisé à juger *ex aequo et bono* ou à agir en amiable compositeur.

22. On s'explique, dès lors, les difficultés du choix des juges. Les parties ont à se préoccuper d'abord des qualités personnelles de l'arbitre et de ses aptitudes professionnelles. De ce chef, il suffira de rappeler l'importance qu'attache à ces qualifications l'Article 2 du Statut de la CIJ. Mais en outre, les gouvernements parties à l'arbitrage peuvent très légitimement se préoccuper de considérations qui sont hors de place lorsqu'il s'agit de juridiction : la personnalité politique de l'arbitre qui peut influencer sur l'autorité de la sentence, ses tendances ou opinions juridiques connues, son influence doctrinale, etc. Ce n'est donc pas seulement le choix des arbitres qui est de la nature de l'arbitrage, mais la totale liberté du choix, et il ne saurait être question dans un projet de codification de limiter cette liberté quelle que puisse être l'opinion de la Commission sur les conditions qui qualifient les arbitres. Le projet ne saurait, au maximum, qu'indiquer des préférences pratiques, de même qu'en ce qui concerne la composition du tribunal.

« Si, dans un délai de deux mois, ces deux puissances n'ont pu tomber d'accord, chacune d'elles présente deux candidats pris sur la liste des membres de la Cour permanente, en dehors des membres désignés par les parties et n'étant pas nationaux d'aucune d'elles. Le sort détermine lequel des candidats, ainsi présentés, sera le surarbitre. »

Sans doute l'évolution moderne de la pratique arbitrale tend de plus en plus à substituer l'arbitrage juridictionnel à l'arbitrage diplomatique et à faire appel, comme arbitres, à des personnalités connues pour leur compétence en matière de droit international telles que celles qui figurent sur la liste du greffe de la Cour permanente d'arbitrage. Il n'est pas davantage possible de se prononcer sur le nombre des juges ou de préconiser des règles fixes pour le choix du surarbitre bien que l'expérience soit en faveur d'un tribunal de cinq membres, plutôt que de trois, comportant une majorité de ressortissants de pays tiers fournissant toute garantie d'objectivité.

L'Acte général d'arbitrage comporte ici un article 22, ainsi conçu :

« Le tribunal comprendra cinq membres. Les parties en nommeront chacune un qui pourra être choisi parmi leur nationaux respectifs. Les deux autres arbitres et le surarbitre seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants de tierces Puissances. Ces derniers devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des parties intéressées, ni se trouver à leur service. »

Ces dispositions sont judicieuses et l'on pourrait en recommander l'acceptation éventuelle. Nous ne pensons pas qu'on puisse chercher à l'imposer, en raison de la diversité des circonstances susceptibles de se présenter. Il est mieux de constater que le Pacte de Bogota, dans son article 41, prévoit encore le recours possible à un chef d'Etat arbitre unique :

« Les parties pourront, d'un commun accord, constituer le tribunal de la manière jugée par elles la plus appropriée. Elles pourront même choisir un seul arbitre, désignant en pareil cas un chef d'Etat, un juriste éminent ou n'importe quel tribunal de justice dans lequel elles ont la même confiance. »

Le problème ne consiste donc pas à influencer sur l'accord éventuel des parties, il consiste à obvier aux difficultés de cet accord et surtout à empêcher l'un des plaideurs de s'y dérober.

23. Sur le premier point, les systèmes proposés ou expérimentés ont été nombreux et l'on n'a guère que l'embarras du choix. Nous avons déjà cité l'article 45 de la Convention de 1907 (ci-dessus par. 20). Il nous paraît compliqué et exagérément dilatoire. La procédure imaginée par l'article 40 du Pacte de Bogota l'est beaucoup plus encore et suppose elle aussi l'utilisation des listes de la Cour permanente d'arbitrage. En outre elle fait intervenir le Conseil de l'Organisation panaméricaine, c'est-à-dire un organe politique qui est chargé, après l'écoulement de délais se montant à trois mois au minimum, de procéder à la formation du tribunal d'arbitrage⁷. Ce procédé n'est pas en harmonie avec la ten-

dance actuelle à la dépolitisation de l'arbitrage, ni peut-être même de nature à garantir de façon absolue la liberté des parties.

24. Si l'on voulait absolument recourir à la Cour permanente d'arbitrage, c'est plutôt à l'article 87 de la Convention de 1907 et non à l'article 45 qu'il y aura lieu de songer; mais ce recours à la procédure sommaire de la Cour n'aboutirait qu'à un tribunal de trois juges alors qu'il est préférable d'en avoir cinq⁸. Le meilleur système serait, cette fois encore, de donner la décision définitive à la Cour internationale de Justice selon le système des articles 22 et 23 de l'Acte général d'arbitrage du 26 septembre 1928 tel qu'il a été repris et révisé à la date du 28 avril 1949 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies⁹.

« a) Les personnes dont les noms sont reproduits trois fois sur les listes présentées par les parties composeront, avec les deux membres désignés directement par les parties, le tribunal d'arbitrage;

« b) Au cas où plus de trois personnes se trouveraient dans la situation visée au paragraphe précédent, les trois arbitres qui doivent compléter le tribunal seront choisis par tirage au sort;

« c) Dans les cas prévus aux deux paragraphes précédents, les cinq arbitres désignés choisiront entre eux leur président;

« d) Si deux noms seulement se trouvaient dans le cas envisagé par le paragraphe a du présent article, les candidats auxquels ils s'appliquent et les deux arbitres choisis directement par les parties éliront d'un commun accord le cinquième arbitre qui présidera le tribunal. Le choix devra se faire parmi les juristes de la même liste générale de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et porter sur un arbitre qui n'était pas désigné dans les listes préparées par les parties;

« e) Si les listes ne présentent qu'un seul nom commun, cette personne fera partie du tribunal et un autre arbitre sera choisi au moyen d'un tirage au sort parmi les 18 juristes restants des listes mentionnées. Le président sera élu conformément à la procédure établie au paragraphe précédent;

« f) Au cas où aucune concordance n'existerait entre les listes, deux arbitres seront tirés de chacune d'elles au moyen d'un tirage au sort; le cinquième arbitre sera élu de la manière indiquée précédemment, et il exercera les fonctions de président;

« g) Si les quatre arbitres ne peuvent se mettre d'accord sur le choix d'un cinquième arbitre dans un délai d'un mois à partir de la date à laquelle le Conseil de l'Organisation leur a fait part de leur nomination, chacun d'eux établira séparément et en disposant les noms par ordre de préférence, la liste des juristes et, après comparaison des listes ainsi formées, sera déclaré élu celui qui réunit le plus grand nombre de votes. »

⁸ « Article 87 : Chacune des parties en litige nomme un arbitre. Les deux arbitres ainsi désignés choisissent un surarbitre. S'ils ne tombent pas d'accord à ce sujet, chacun présente deux candidats pris sur la liste générale des membres de la Cour permanente, en dehors des membres indiqués par chacune des parties elles-mêmes et n'étant pas les nationaux d'aucune d'elles; le sort détermine lequel des candidats ainsi présentés sera le surarbitre.

« Le surarbitre préside le tribunal qui rend ses décisions à la majorité des voix. »

⁹ « Article 22 : Le tribunal arbitral comprendra cinq membres. Les parties en nommeront chacune un qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les deux autres arbitres et le surarbitre seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants de tierces puissances. Ces derniers devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des parties intéressées, ni se trouver à leur service. »

« Article 23 : 1) Si la nomination des membres du tribunal arbitral n'intervient pas dans un délai de trois mois, à compter de la demande adressée par l'une des parties à l'autre de constituer un tribunal arbitral, le soin de procéder aux nominations nécessaires sera confié à une tierce puissance choisie d'un commun accord par les parties.

« 2) Si l'accord ne s'établit pas à ce sujet, chaque partie désignera une puissance différente et les nominations seront faites de concert par les puissances ainsi choisies.

⁷ « Article 40 : 1) Dans un délai de deux mois... chacune des parties désignera un arbitre d'une compétence reconnue en matière de droit international et jouissant d'une haute réputation morale et elle fera part de son choix au Conseil de l'Organisation. En temps voulu, elle présentera à ce même Conseil une liste de 10 juristes choisis parmi ceux qui composent la liste générale des membres de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, n'appartenant pas à son groupe national et disposés à accepter cette fonction.

« 2) Dans le mois suivant la présentation des listes, le Conseil de l'Organisation procédera à la formation du tribunal d'arbitrage de la façon suivante :

DU REFUS D'EXÉCUTER L'OBLIGATION ARBITRALE

25. Dans les éventualités précédemment envisagées, nous avons supposé que les parties se prêtaient, avec plus ou moins de succès, à la constitution du tribunal, sans chercher, au moins délibérément, à éluder l'obligation compromissaire. Nous sommes maintenant en présence de la difficulté majeure, celle où il faut vaincre, pour constituer le tribunal, la passivité persistante ou le refus péremptoire d'une des parties de se prêter à cette opération.

L'hypothèse s'est présentée récemment devant la quatrième session de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies et se trouve actuellement pendante devant la Cour internationale de Justice, à la suite de la résolution 294 (IV) de ladite assemblée.

Il importe de tirer de ces incidents les leçons qu'ils comportent en matière de procédure arbitrale. Cette expérience montre, à tout le moins, ce qu'elle ne doit pas être sur les points qui nous occupent.

LE LITIGE DES TRAITÉS DE PAIX DE PARIS

26. Les Traités de paix avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie du 10 février 1947 comportent tous les trois un article identique relatif à la solution des litiges éventuels entre les trois gouvernements et les grandes puissances signataires. Cet article est ainsi conçu :

« 1) Exception faite des cas pour lesquels une autre procédure est expressément prévue par un article du présent traité, tout différend relatif à l'interprétation ou à l'exécution de ce traité qui n'a pas été réglé par voie de négociations diplomatiques directes, sera soumis aux trois chefs de mission [des trois grandes puissances cosignataires]... Tout différend de cette nature qu'ils n'auraient pas encore réglé dans un délai de deux mois sera, sauf si les parties au différend conviennent l'une et l'autre d'un autre mode de règlement, soumis, à la requête de l'une ou l'autre des parties, à une commission composée d'un représentant de chaque partie et d'un tiers membre choisi d'un commun accord entre les deux parties parmi les ressortissants d'un pays tiers. A défaut d'accord dans le délai d'un mois, entre les deux parties, au sujet de la désignation de ce tiers membre, l'une ou l'autre partie pourra demander au Secrétaire général des Nations Unies de procéder à cette désignation.

« 2) La décision prise par la majorité des membres de la Commission sera considérée comme décision de la Commission et acceptée par les parties comme définitive et obligatoire. »

Cet article prévoit donc le règlement de différends d'ordre juridique (différends sur l'exécution ou l'interprétation d'un traité) par une procédure à deux degrés. D'abord une décision d'un organe politique : celle des

trois chefs de mission accrédités dans les capitales respectives, ce qui constitue un règlement par voie pseudo-gouvernementale, une médiation obligatoire et autoritaire, ostensible — quoique assez aléatoire ainsi que les faits l'ont prouvé. Ensuite, par l'intervention d'une procédure d'arbitrage mais dénuée de toute sécurité. D'une part, en effet, cette procédure est facultative en ce sens que les parties peuvent choisir un autre mode de règlement, sans que le texte dise dans quel délai. D'autre part, les membres de la Commission prévue ne sont tenus de présenter aucune qualification spéciale : ce peuvent être des agents politiques. Enfin, si le tiers arbitre doit être choisi parmi les membres d'un pays tiers, ce « tiers membre », pour employer l'expression inhabituelle du Traité, devra être désigné par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, s'il ne l'est pas d'un commun accord, et cela dans le délai d'un mois après l'échec de cet accord. Etant donné le rôle extrêmement difficile de la personnalité politique qu'est le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dans une société internationale profondément divisée, ce renvoi au Secrétaire général de la tâche ardue et peu enviable de choisir un *umpire* (qui selon le paragraphe 2 de l'article déterminera en fait l'issue du litige), était aussi contre-indiqué que possible. Il eût été miraculeux que le tiers arbitre désigné, quel qu'il fût, pût n'être point quelque peu suspect aux yeux de l'un ou l'autre groupe d'Etats intéressés de vouloir se conduire en médiateur du second degré plutôt qu'en arbitre véritable.

27. On connaît les faits. Des différends se sont élevés entre les trois pays d'une part, l'Angleterre et les Etats-Unis d'autre part, au sujet de l'exécution et de l'interprétation de ce qu'on a appelé les « articles des droits de l'homme » des traités (art. 2 des Traités bulgare et hongrois, art. 3 du Traité roumain) dont la violation avait été alléguée devant l'Assemblée de l'Organisation des Nations Unies par différentes délégations. Les gouvernements de Washington et de Londres tentèrent, à deux reprises au moins, de mettre en mouvement la procédure du premier degré, mais le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques ne s'y prêta pas, estimant qu'il n'y avait pas de différend et que les dispositions des traités étaient inapplicables. De leur côté, les délais une fois écoulés, les gouvernements des trois Etats se refusèrent à participer à l'institution de la Commission prévue et à passer à la procédure du second degré, c'est-à-dire à l'instance arbitrale. Seuls les gouvernements de Londres et de Washington désignèrent respectivement leurs représentants. A la suite de quoi l'Assemblée, après avoir constaté l'écoulement des délais prévus décida par sa résolution sus-citée du 22 octobre 1949, de demander à la CIJ son avis consultatif.

28. La demande d'avis prie la Cour de se prononcer sur quatre points qu'on peut ainsi résumer : 1) s'il existe réellement un différend aux termes du Traité; 2) au cas de réponse affirmative, si l'instance du second degré, la procédure arbitrale, doit être déclenchée et si elle exige : a) la désignation par les gouvernements intéressés de leurs représentants dans la Commission et b) l'intervention du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies pour désigner le tiers membre; enfin, 3) au cas où l'une des parties ne désignerait pas de représentant à la Commission, si le Secrétaire général doit cependant

« 3) Si, dans un délai de trois mois, les puissances ainsi désignées n'ont pu tomber d'accord, les nominations nécessaires seront faites par le Président de la Cour internationale de Justice. Si celui-ci est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des parties, les nominations seront faites par le Vice-Président. Si celui-ci est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des parties, les nominations seront faites par le membre le plus âgé de la Cour, qui n'est ressortissant d'aucune des parties. »

désigner le tiers membre de telle sorte que la Commission fonctionnant avec deux membres seulement puisse prendre des décisions définitives et obligatoires pour le règlement du différend.

On le voit, dans ce cas d'espèce particulièrement caractérisé, c'est bien le problème de l'obligation par les parties de collaborer à l'institution du tribunal qui se pose et, en cas de refus de l'une d'elles, de la possibilité pour l'autre ou les autres parties, de constituer le tribunal selon la norme conventionnelle originaire et, pour ce tribunal, de fonctionner comme tel, même incomplet, et de juger.

29. On peut évidemment hésiter, non pas sur le principe de la solution à donner en bonne technique juridique, mais sur son opportunité du point de vue du droit constructif.

Sous l'angle de la pure logique juridique, il n'est pas douteux que la partie qui a consenti l'obligation arbitrale et surtout les stipulations propres à l'amener à effet par la constitution du tribunal manque à une obligation de droit positif en se refusant à accomplir les « prestations » procédurales auxquelles elle s'est engagée. Il en résulte que la partie qui a exécuté ses obligations ne saurait être frustrée des garanties juridiques auxquelles elle a droit et de la solution du litige. Cette solution est celle généralement adoptée par le droit interne, en particulier par le droit français. Du point de vue de l'ordre public international, la solution devrait logiquement être la même. Il y a phénomène d'anarchie toutes les fois qu'une norme juridique conventionnelle et constructive reste sans exécution, et que le « délit international » n'a pas de sanction.

Mais du point de vue de l'opportunité politique et de *lege ferenda*, on peut être porté à raisonner autrement et à se demander: est-il utile de préconiser l'institution d'un organe judiciaire condamné à être tronqué et dont les décisions seront vraisemblablement rejetées par le gouvernement qui n'a pas consenti à participer à sa formation, qui ne manquera pas de prétextes pour protester de sa bonne foi et invoquer de prétendues impossibilités juridiques ou politiques internes ou externes et qui par surcroît sera sans doute, au cours des débats, en état de paralyser par son abstention la procédure judiciaire, notamment en matière de documentation et de preuves et de mettre le tribunal dans l'impossibilité de juger ?

C'est pourquoi certains esprits qui seraient cependant portés à admettre la continuation du procès et son déroulement normal, en cas de retrait du juge national, ou de défaut lorsque le tribunal a été d'abord normalement constitué, ne pensent pas pouvoir aller jusqu'à ce qu'on pourrait être tenté d'appeler, en forçant d'ailleurs un peu les termes, la constitution coercitive originaire du tribunal. Ils estimeront que dans l'état actuel encore inorganique de la société internationale, il n'y a rien autre à faire que d'enregistrer, parmi tant d'autres, une violation manifeste de la règle de droit et de s'y résigner.

30. Ces dernières considérations ne sont pas absolument convaincantes. On peut arguer que, sauf le cas où le refus de coopération empêche matériellement le déroulement de la procédure, le tribunal peut continuer à fonctionner et que la situation est la même que lorsqu'il s'agit du retrait d'un juge dans un tribunal constitué.

Nous verrons en effet que, dans ce dernier cas, la solution selon nous ne peut pas faire de doute. Si donc le tribunal, peut, en fait, se constituer, et fonctionner sans la participation du représentant de l'Etat récalcitrant, ses décisions seraient valables et opposables au gouvernement abstentionniste qui ne pourrait invoquer l'exception de nullité parce que *neminem auditur propriam turpitudinem allegans*. Cette argumentation est celle du mémoire du *Foreign Office* déposé devant la Cour¹⁰ (p. 20). Il cite deux arrêts de la CPJI et invoque également la loi britannique sur l'arbitrage de 1889 dont l'article 6 dispose expressément qu'en cas de compromis d'arbitrage si l'une des parties omet de désigner son propre arbitre, l'autre peut, après les injonctions légales, désigner le sien *qui agira seul* et rendra sa sentence. En droit français, il n'y a pas de texte précis, mais une solution déjà ancienne de la jurisprudence (Cass., 27 novembre 1869. Dalloz, 61.1.194) décide que la partie qui a à se plaindre de l'inexécution de la clause compromissoire peut s'adresser au tribunal civil et lui demander de désigner l'arbitre aux lieu et place de la partie défaillante¹¹.

Dans quelles limites est-il possible de transporter ces solutions en droit international ?

31. On peut être tenté d'invoquer ici l'avis consultatif du 23 juillet 1923 dans l'affaire de la Carélie orientale (publications de la Cour, série B, n° 5) et de poser en principe qu'un tribunal international ne peut jamais statuer sur un litige que du consentement des parties. Mais ce principe est bien loin de se présenter de façon aussi absolue et en tout cas, dans les éventualités sur lesquelles nous raisonnons, il n'a rien à voir. Le consentement existe. L'engagement arbitral a été pris; il est définitif. Il se trouve seulement que l'une des parties s'efforce de revenir sur son consentement, de rompre les liens de droit préétablis et d'échapper à la norme positive en vigueur. Admettre une telle prétention serait nier le caractère obligatoire des engagements conventionnels.

Dans l'affaire de la Carélie orientale, le Conseil de la Société des Nations avait demandé à la CPJI un avis consultatif relatif à un différend entre la Russie et la Finlande. La question posée tendait à interpréter une déclaration annexée au Traité de Dorpat de 1920 entre les deux Etats et de savoir quelle répercussion elle pouvait avoir sur le régime d'autonomie stipulé pour la Carélie orientale. La Cour refusa de donner l'avis demandé par le Conseil, d'abord parce qu'en présence du refus de plaider devant elle opposé par la Russie, il lui eut été difficile de réunir les documents et d'ordonner les enquêtes nécessaires à éclairer sa conviction, mais surtout parce que son avis eût équivalu « en substance à trancher le différend entre les parties », à connaître du fond de l'affaire et qu'il n'y avait entre la Russie et la Finlande aucun « contrat judiciaire » lui conférant compétence juridictionnelle.

¹⁰ CIJ, *Interprétation des Traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, n° de vente : 47, p. 187.

¹¹ Certains auteurs ont défendu une autre solution parce qu'ils voient dans l'arbitrage un contrat et même un contrat de mandat. Cette opinion très controversée est, à notre avis, inacceptable particulièrement en droit international. Il s'agit, en réalité, de l'institution d'un organe juridictionnel interétatique, c'est-à-dire d'une norme organique et non d'un contrat. Voir ci-dessous par. 35.

L'attitude de la Cour a été discutée sur un autre terrain : celui de savoir si elle était en droit de refuser de répondre à une demande d'avis du Conseil (voir Hudson, *La Cour permanente de Justice internationale*, éd. française, p. 525, 537), mais généralement approuvée en ce qui concerne son scrupule de compétence. Mais dans le cas présentement porté devant la Cour par la résolution de l'Assemblée générale du 22 octobre 1949, la situation est essentiellement différente : il s'agit de l'exécution d'un engagement compromissaire formel et l'ordre public international exige que tout soit mis en œuvre pour son exécution, du moins tout ce qui est pratiquement possible.

32. Le problème consiste donc à rechercher un mécanisme procédural de nature à surmonter la résistance d'un gouvernement qui s'efforce d'empêcher la constitution du tribunal. La voie nous est indiquée par la résolution de l'Assemblée. Elle consiste à porter la question préjudicielle que constitue le refus d'accomplir les prestations procédurales convenues, quels que soient les motifs de ce refus, et même s'il est pur et simple, devant une autorité juridictionnelle ainsi qu'il se pratique en droit interne. Mais, selon nous, ce n'est pas seulement un avis qu'on lui demandait, mais un arrêt en vertu duquel le gouvernement récalcitrant serait tenu de se prêter aux procédures prévues au moment de l'engagement compromissaire. A défaut de quoi le tribunal serait constitué selon la procédure prévue à l'article 23 de l'Acte général d'arbitrage révisé par l'Assemblée en 1949.

Il se peut, répétons-le, que matériellement le tribunal ainsi constitué se trouve en présence d'une obstruction qui l'empêche de rendre sa sentence et l'oblige à prononcer un *non liquet*. En ce cas, on se trouve évidemment en présence d'une impossibilité insurmontable si ce n'est, éventuellement, par la procédure prévue au Chapitre VI de la Charte.

SOLUTION PROPOSÉE

33. Nous pensons avoir été jusqu'à l'extrême des difficultés possibles et exploré les différentes situations qui peuvent se présenter :

a) Au cas où il existe une obligation arbitrale *nue* (*nudum pactum*) pourrait-on dire, purement abstraite et ne prévoyant aucune procédure pour son exécution et notamment pour la constitution du tribunal;

b) Au cas où la procédure visant au choix de l'arbitre ou à la constitution du tribunal a été prévue, mais où les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord;

c) Au cas où l'une des parties se dérobe systématiquement à son obligation.

Il s'agit d'extirper dans sa racine un vice originaire fréquent et de nature à réduire à néant la norme compromissaire conventionnelle. A cette fin, il est nécessaire, pensons-nous, de sérier les difficultés sans attendre la conclusion problématique d'un compromis général énumérant les innombrables règles de procédure et même de compétence qui s'imposeront au tribunal arbitral. Il importe de constituer d'abord ce tribunal par un acte de procédure institutionnelle spécial, et préalable. C'est seulement lorsque les plaideurs seront en présence de cet organe juridictionnel que les destinées de l'arbitrage seront assurées dans toute la mesure matériellement possible et que l'on pourra, par la suite, confier au

tribunal un certain nombre de tâches nécessaires à l'accomplissement de sa mission et que nous aurons, ultérieurement, à définir.

TEXTE PROPOSÉ

34. Nous proposerions donc d'insérer dans le projet d'instrument de codification les dispositions suivantes faisant suite à celles qui figurent au paragraphe 18 :

« En présence d'un différend prévu par l'engagement arbitral et qui n'aurait pu être résolu dans un délai raisonnable par des négociations diplomatiques, ou par tout autre moyen amiable, les parties devront constituer arbitre ou constituer le tribunal arbitral d'un commun accord par un instrument conventionnel spécial. La partie la plus diligente prendra l'initiative de cette constitution.

« Cette constitution sera faite selon la procédure convenue à cet effet dans l'Acte contenant l'engagement arbitral. Au cas où rien n'aurait été stipulé à cet égard, dans ledit Acte, et où un accord ne pourrait intervenir entre les parties, la plus diligente aura le droit de recourir à la procédure prévue aux articles 22 et 23 de l'Acte général d'arbitrage, selon le texte révisé par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies en 1949.

« Au cas où l'une des parties, par son abstention systématique, empêcherait la procédure prévue auxdits articles de fonctionner, les nominations des arbitres manquants seraient faites par le Président de la Cour internationale de Justice, conformément au paragraphe 3 de l'article 23 dudit Acte général. Le tribunal ainsi constitué connaîtra de l'affaire et son arrêt sera obligatoire.

« Lorsque la désignation de l'arbitre, ou des membres du tribunal arbitral, est faite d'un commun accord, les parties pourront agir de la façon jugée par elles la plus appropriée et s'adresser soit à un arbitre unique, soit à un corps judiciaire préexistant, soit à un tribunal composé selon leur gré ¹².

« Toutefois, d'une façon générale, et réserve faite des circonstances de l'affaire, il est recommandé par l'expérience : a) de choisir comme arbitres des personnalités répondant aux qualifications énumérées dans l'Article 2 du Statut de la CIJ; b) de choisir l'arbitre unique ou les arbitres en majorité dans les ressortissants d'Etats n'ayant aucun intérêt direct ou indirect dans le litige et de composer le tribunal d'un nombre impair de juges, cinq de préférence, et d'en confier la présidence à l'un des juges neutres. »

DE LA STABILITÉ DU TRIBUNAL ARBITRAL

35. Si le tribunal n'a d'existence que par la volonté des parties, une fois constitué cet organe judiciaire a une existence juridique autonome absolument indépendante d'elles. Les arbitres ne sont pas leurs représentants, encore moins leurs mandataires, ce sont les membres d'un organe judiciaire indépendant, des magistrats internationaux, de la société internationale particulière formée par les Etats

¹² Disposition inspirée de l'article 41 du Pacte de Bogota, réserve faite de la mention discutable du Chef d'Etat.

en litige, de la même façon que la Cour internationale de Justice est un organe de la Société des Nations Unies. La seule différence entre une juridiction arbitrale et les juridictions pré-instituées de façon permanente réside dans la modalité même de leur institution, faite par les plaideurs dans un cas, par des pouvoirs publics constitués, dans l'autre.

L'évolution est exactement la même en droit interne et en droit international. L'arbitrage est la forme originelle de la juridiction dans les sociétés encore peu intégrées, mais elle s'est toujours maintenue, même dans les sociétés étatiques, en raison des sécurités que les plaideurs pensent y trouver. La technique juridique a donc toujours admis, avec plus ou moins de restriction, que les plaideurs, même simples particuliers, puissent investir des juges de leur choix, mais ces juges, une fois investis, ont, en tant que tels, le même standing juridique que des magistrats officiels ou de carrière. Leurs arrêts, en particulier, ont exactement la même valeur sociale et le même caractère obligatoire. En droit interne, il existe cette différence que les sentences arbitrales, si elles sont obligatoires ne sont pas exécutoires, parce que des juges non officiels, des tribunaux non institutionnels ne disposent pas de l'autorité publique. Mais cette différence, en droit international classique, tout au moins jusqu'à l'apparition de la Charte de San-Francisco (Art. 94) n'avait aucune pertinence puisque les arrêts des tribunaux internationaux permanents ou institutionnels n'ont pas eux-mêmes force exécutoire, mais seulement force obligatoire.

36. Cette similitude entre le standing juridique des tribunaux arbitraux et des tribunaux constitués n'est en rien affaiblie par le fait que les tribunaux arbitraux peuvent contenir et contiennent d'ordinaire des juges nationaux. La présence de ces derniers n'altère pas plus leur caractère d'organe international que la présence du juge *ad hoc* n'altère celui de la Cour de La Haye. Le juge Loder, premier des présidents de la CPJI, en inaugurant la première session de cette haute juridiction, pouvait déplorer ouvertement et courageusement cette concession faite à la faiblesse humaine, mais il ne contestait pas, pour autant, le caractère fondamental d'organe international constitué de la Cour.

37. Plusieurs conséquences peuvent être tirées de ce caractère organique du tribunal arbitral en ce qui concerne sa procédure. La plus importante, en relation directe avec les précédents développements, est le principe de la stabilité du tribunal arbitral qui fournit sa solution au problème du « déport » de l'arbitre ou de son retrait.

Il est impossible d'admettre que le tribunal une fois institué puisse être paralysé par des plaideurs enclins à échapper à l'obligation juridictionnelle. L'organe vit de sa vie propre et tous ses actes seront désormais des actes collectifs qu'aucune volonté étrangère ne doit entraver.

VACANCE DE SIÈGES

38. On n'en conclura pas, pour autant, que la composition du tribunal doive rester absolument immuable. Ce serait contraire aux nécessités matérielles. La composition du tribunal peut être affectée par la mort ou la maladie d'un de ses membres, par une démission motivée, par un

incident imprévu privant un des arbitres des qualifications qui l'avaient fait désigner ou susceptible de légitimer sa récusation.

On doit toutefois faire ici la distinction : d'une part, les événements affectant la composition du tribunal indépendamment de toute intervention de la volonté des parties ; d'autre part, les incidents susceptibles d'être soulevés par les plaideurs.

39. En ce qui concerne le premier cas, l'article 59 de la Convention de 1907 déclare :

« En cas de décès, de démission ou d'empêchement, pour quelque cause que ce soit, d'un des arbitres, il est pourvu à son remplacement selon le mode fixé pour sa désignation. »

Des dispositions analogues se rencontrent dans le projet de Cour internationale des prises (art. 11), dans le statut du Tribunal international du Centre-Amérique (art. 2 et 15), à l'Article 14 du Statut de la CIJ, etc.

C'est ce qu'on pourrait appeler le cas de force majeure ou de vacance du siège. Il ne soulève pas de difficultés particulières (si l'une des parties ne se prêtait pas aux procédures de remplacement nécessaires, on trouverait une solution en appliquant ici les mesures que nous préconisons ci-dessous au cas de déport ou de retrait de l'arbitre).

40. Viennent ensuite les incidents qui, sans entraîner de vacance du siège, peuvent empêcher un juge d'occuper dans l'affaire en cours. Il s'agit de toute circonstance susceptible de jeter le doute sur son impartialité. Le Statut de la CPJI le prévoyait dans ses Articles 17, paragraphes 2, et 24, et dans ces différents cas la solution à adopter est laissée à la décision du tribunal : « La Cour décide »¹³.

Il arrive que les compromis prévoient ces cas, mais de toute façon, il semble que la seule solution acceptable soit celle de la décision par le tribunal lui-même et que le texte du projet de codification ne doive pas, en ce cas, comporter d'alternative. S'il s'agissait d'un arbitre unique, Witenberg¹⁴ propose de confier la solution de la difficulté, soit à un nouvel arbitre, soit à la puissance tierce qui aurait nommé le premier. En cette dernière occurrence le procédé est acceptable, mais dans la première elle nous paraît susceptible de tout remettre en question et d'entraîner de longs délais de telle sorte qu'il serait préférable de confier la nomination au Président de la Cour internationale de Justice.

¹³ « Article 17 : 1) Les membres de la Cour ne peuvent exercer les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans aucune affaire.

« 2) Ils ne peuvent participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus comme agents, conseils ou avocats de l'une des parties, membres d'un tribunal national ou international, d'une commission d'enquête ou à tout autre titre.

« 3) En cas de doute, la Cour décide. »

« Article 24 : 1) Si pour une raison spéciale l'un des membres de la Cour estime devoir ne pas participer au jugement d'une affaire déterminée, il en fait part au Président.

« 2) Si le Président estime qu'un des membres de la Cour ne doit pas, pour une raison spéciale, siéger dans une affaire déterminée, il en avertit celui-ci.

« 3) Si, en pareils cas, le membre de la Cour et le Président sont en désaccord, la Cour décide. »

¹⁴ *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*. Paris, 1937, p. 47.

LA RÉCUSATION

41. Viennent maintenant les hypothèses où ce sont les parties qui interviennent pour empêcher un juge d'occuper. C'est d'abord la récusation.

La *récusation* peut sembler discutable puisque les arbitres ont été choisis, acceptés et investis conjointement par les parties. Il n'y a pas d'arbitre, nous l'avons vu, qu'institué par les deux plaideurs. Pourtant, tout juge doit pouvoir être récusé. Nous pensons donc qu'il convient d'accepter ici la solution donnée par le droit interne et notamment par l'article 1014 du Code de procédure français :

« Les arbitres ... ne pourront être récusés, si ce n'est pour cause survenue depuis le compromis. »

Nous croyons cependant qu'il faut compléter cette disposition en disant : « à moins que cette cause n'ait été ignorée d'une des parties au moment de la constitution du tribunal ». Les gouvernements plaideurs, en effet, auront agi à bon escient au moment de l'investiture des juges et ne sauraient plus invoquer, comme en matière de revision, qu'un dol ou l'impossibilité de se renseigner. Ici encore, le tribunal arbitral doit être juge de l'incident et, en cas d'arbitre unique, ce pourrait être la Cour internationale de Justice par voie de procédure sommaire.

LE DÉPORT

42. Nous sommes maintenant en présence du cas le plus grave, celui du *déport*, soit spontané ou apparemment spontané de la part de l'arbitre, soit ordonné par le gouvernement qui a nommé l'arbitre national : c'est le retrait.

Le *déport* spontané est inadmissible. L'arbitre n'était pas tenu d'accepter la mission qui lui est confiée; mais il ne peut pas plus renoncer à ses fonctions, une fois qu'elles lui ont été conférées, qu'un magistrat officiellement institué ne peut imposer sa démission. Le droit interne est sur ce point catégorique. L'article 1014 du Code de procédure français déclare : « Les arbitres ne pourront se déporter si leurs opérations sont commencées », et la jurisprudence autorise les parties, en ce cas, à lui réclamer des dommages et intérêts (Cass. Req., 4 novembre 1903. Dalloz 1904.1.185).

43. Le retrait par un gouvernement de l'arbitre dit « national » est encore moins admissible, car l'investiture de l'arbitre n'est pas le fait de son gouvernement, mais des gouvernements plaideurs. C'est un principe bien établi en droit public qu'un acte juridique ne peut être révoqué, ou modifié, que par les sujets de droit ayant eu compétence pour le faire et selon les formes dans lesquelles il a été réalisé originairement. C'est ce qu'on appelle la technique de l'« acte contraire ». La constitution du tribunal ne peut donc être modifiée que de la façon où elle s'est opérée, c'est-à-dire bilatéralement et non unilatéralement. Nous admettons donc, comme règle obligatoire, d'un code procédural que le retrait d'un arbitre n'empêche pas le tribunal de fonctionner, ni de rendre une sentence obligatoire toutes les fois qu'il peut matériellement le faire.

Ces incidents malheureusement fréquents se produisent, en effet, le plus souvent, lorsque les débats prennent un tour défavorable à l'un des plaideurs, ou lorsque des

questions d'amour-propre ou de susceptibilité morale surgissent entre les arbitres. Witenberg cite un certain nombre d'exemples (p. 48 et 49) et conclut : « En tout cas, le retrait du juge national est une intrusion illégitime de l'Etat dans la marche de l'arbitrage. Celui-ci une fois décidé, le tribunal constitué doit échapper à la volonté unilatérale de l'un ou de l'autre des Etats en présence. Retirer le juge national est un manquement à l'obligation implicitement, mais nécessairement assumée aux termes du compromis de faire trancher judiciairement le litige »¹⁵. C'est pourquoi l'on doit pleinement approuver les décisions prises par les présidents des tribunaux arbitraux ou de commissions mixtes de ne pas interrompre en pareil cas la procédure devant le tribunal amputé : ainsi en 1927 la Commission franco-mexicaine, présidée par le professeur Verzijl rendit 23 arrêts en l'absence du Commissaire mexicain (voir Feller, *The Mexican Claims Commissions*, p. 70 et suiv.). Cependant, il faut prévoir le cas où le tribunal arbitral ne pourrait juger, par exemple parce que le surarbitre et l'autre juge national seraient en désaccord. Cette fois encore, la solution pourrait consister dans le remplacement du juge défaillant sur demande du tribunal arbitral amputé, soit par le procédé convenu pour sa nomination ou si ce procédé s'avère inopérant ou trop dilatoire, par une autorité judiciaire, le Président de la Cour internationale de Justice. De toute façon, il y a lieu de déconseiller formellement en pareil cas l'intervention d'une personnalité ou d'un organe politique.

L'AFFAIRE DES « OPTANTS HONGROIS »

44. Cette façon de voir se trouve corroborée par les incidents quelque peu scandaleux de l'affaire des optants hongrois dont nous ne rappellerons que l'essentiel.

On se souvient des difficultés soulevées en 1923 devant le Conseil de la Société des Nations par l'interprétation de l'article 239 du Traité de Trianon et de la prétention de la Roumanie à retirer son juge du tribunal arbitral mixte constitué, afin d'éviter un arrêt qu'elle prévoyait contraire à ses intérêts. Cette attitude était d'autant plus inacceptable qu'il s'agissait d'un tribunal dont la constitution dépendait non seulement de l'accord des parties, mais d'un traité constitutif dont les dispositions émanaient de la Conférence de la Paix, c'est-à-dire de la communauté internationale elle-même. Mais l'affaire montre également, qu'il n'est pas indiqué, pour trancher le litige, et compléter le tribunal, de faire appel à un organe politique, en l'espèce le Conseil de la Société des Nations. Le Comité du Conseil chargé d'étudier l'affaire essaya d'abord d'amener une transaction entre les parties *sur le fond du litige*, ce qui aboutissait, indirectement, à dessaisir le tribunal. Il conseilla même de porter le litige devant la Cour de la Haye. Puis il consulta un comité de juristes et invita les parties à limiter les pouvoirs du TAM d'un commun accord, ce qui constituait une violation du principe qu'un tribunal est maître de sa compétence, et ne peut être dessaisi. Enfin, le rapport de sir Austin Chamberlain alla plus loin encore dans l'illégalité en proposant une sanction pour le cas où les parties n'accepteraient pas les conclusions de la Com-

¹⁵ Certains cas sont restés célèbres sous le nom de « sabotages arbitraux. »

mission du Conseil, sanction qui eût consisté à ne pas nommer les arbitres neutres prévus pour compléter le tribunal, nominations dont le Traité de Trianon faisant pourtant une obligation stricte du Conseil. Cet abus de pouvoir visait à interrompre le cours de la justice. Les opinions du rapporteur furent heureusement combattues par les représentants de l'Italie (le juriste Scialoja), de la Hollande (le ministre Loudon), de la Colombie (le juriste Urrutia), de l'Allemagne (le ministre Stresemann) qui fit remarquer « le mélange dangereux des questions politiques et des questions juridiques ».

TEXTE PROPOSÉ

45. Pour résumer l'ensemble des considérations précédentes, nous proposerions un avant-projet de texte conçu approximativement de la façon suivante :

« Le tribunal arbitral une fois institué par l'accord des parties, ou par les procédures subsidiaires ci-dessus indiquées, il n'appartient plus à aucun des gouvernements litigants d'en modifier la composition.

« En cas de vacance d'un siège, il est procédé au remplacement de l'arbitre selon le mode prévu pour sa nomination.

« Au cas où il s'agirait du remplacement d'un arbitre unique, la désignation du nouvel arbitre, en l'absence d'accord des parties, sera confiée soit à la puissance tierce qui aurait eu compétence pour nommer le premier, soit au Président de la Cour internationale de Justice.

« Un arbitre ne peut participer au jugement d'une affaire dont il aurait connu antérieurement à un titre quelconque. Si un doute s'élève à ce sujet, le tribunal décide.

« Une partie ne peut proposer la récusation d'un des arbitres que pour une cause survenue depuis la constitution du tribunal, à moins qu'elle n'ait pu légitimement l'ignorer ou ait été victime d'un dol. Sur ce point la Cour décide. S'il s'agit d'un arbitre unique, la décision appartient à la Cour internationale de Justice, en chambre de procédure sommaire.

« Un arbitre dit national ne peut se déporter ou être retiré par le gouvernement qui l'a désigné. Au cas où le fait se présenterait le tribunal est autorisé à poursuivre la procédure et à rendre une sentence qui sera obligatoire. Au cas où le déport, ou le retrait, rendraient la poursuite de la procédure inopérante, le tribunal pourrait demander le remplacement de l'arbitre défaillant et, si le procédé utilisé pour sa nomination échouait, demander son remplacement au Président de la Cour internationale de Justice. »

Le déroulement normal de l'instance judiciaire se trouvant ainsi assuré, dans la mesure où il est humainement possible, par la constitution et la stabilité du tribunal arbitral, nous arrivons maintenant à l'étude de ce que l'on appelle communément la « procédure proprement dite » ou procédure au sens strict qui traditionnellement débute par le compromis.

III. — LE COMPROMIS

46. Nous avons déjà noté (par. 9-10) l'inconsistance de l'article 52 de la Convention de La Haye de 1907 et

l'impossibilité où l'on se trouve d'y voir l'expression d'une coutume acceptée comme étant de droit puisqu'il se borne finalement à laisser sur son contenu une liberté entière aux parties pour y insérer ce qu'elles veulent. Cependant il existe certainement des stipulations dont il faut considérer l'insertion dans le compromis comme obligatoire lorsque la pratique s'en est bien affirmée et parce que sans elles le compromis n'aurait pas de sens et pourrait même être considéré comme nul.

TEXTE PROPOSÉ

Pour les motifs précédemment exposés, la constitution du tribunal devant avoir lieu avant la mise en marche de la procédure, il y aurait lieu de proposer un texte se rapprochant du suivant et dont nous reprendrons l'exégèse :

« Les puissances qui recourent à l'arbitrage signent un compromis dans lequel elles doivent spécifier : l'objet du litige; les règles de procédure sur lesquelles elles jugeraient bon de se mettre d'accord; les pouvoirs éventuellement conférés au tribunal en ce qui concerne les règles de droit applicables ou le pouvoir de juger *ex aequo et bono* et le cas échéant, le pouvoir d'agir en qualité d'amiable compositeur. En l'absence de stipulations expresses sur ces divers points, le tribunal arbitral pourra juger *ex aequo et bono* en cas de silence ou d'obscurité du droit positif, mais jamais en tant qu'amiable compositeur, sauf assentiment des parties.

« Le compromis fixera également le siège du tribunal et les langues employées.

« Le compromis pourra contenir toutes autres dispositions conventionnelles que les parties estimeraient devoir y introduire, notamment l'ordre et les délais des communications de pièces et actes de procédure; le délai dans lequel la sentence devra être rendue, l'administration des preuves, la répartition des frais et consignations, la désignation des agents, avocats et conseils, etc. L'arbitre ou le tribunal ne seront liés par les dispositions de procédure que dans la mesure où elles se révéleront compatibles avec les nécessités de leur fonction.

« Les dispositions du présent article peuvent être insérées, si les parties sont d'accord entre elles pour le faire, dans l'acte de constitution du tribunal. »

LE COMPROMIS OBLIGATOIRE OU AUTOMATIQUE

47. Il résulte du texte ci-dessus proposé, en premier lieu l'obligation pour les parties de dresser un compromis, même dans le cas où le tribunal aurait déjà été institué comme il est prévu à l'article II (voir par. 34). Bien entendu, les parties pourraient convenir de saisir le tribunal par voie de requête ou de citation directe puisque ce tribunal doit, en principe, avoir été préconstitué. On peut même admettre que si les parties étaient liées par une disposition analogue à celle de l'Article 36, paragraphe 2 du Statut de la Cour internationale de Justice chacune d'elles pourrait saisir directement le tribunal. Nous ne considérons pas cependant cette pratique comme indiquée, car à la différence de la Cour permanente d'arbitrage ou de la Cour internationale de Justice un tribunal épisodique n'a ni siège déterminé, ni procédure

établie et pourrait se trouver dans un certain embarras même au sujet des règles de droit à appliquer. Il est donc nécessaire qu'un minimum de collaboration s'établisse entre lui et les gouvernements intéressés au litige, et que ce soient ces derniers qui, d'un commun accord le guident dans l'accomplissement de sa tâche puisque ce sont eux qui l'ont institué.

48. Nous nous trouvons ici en face d'une situation délicate à régler. D'une part, et nous y avons insisté, on ne saurait permettre aux parties de se dérober à la norme conventionnelle d'arbitrage sous prétexte que l'élaboration du compromis peut présenter des difficultés insurmontables; et d'autre part, il est impossible de faire bon marché de l'initiative des parties et d'oublier qu'elles sont plus encore peut-être qu'en matière de procédure civile interne, les *domini litis*.

Evitons toutefois une équivoque.

La doctrine avait, jadis, coutume de dire et de répéter que les Etats étant souverains et par conséquent maîtres de recourir ou non à une juridiction, ils étaient maîtres aussi de n'y recourir que dans la limite où ils y consentent et par conséquent de restreindre à leur convenance les pouvoirs de l'arbitre, soit en ce qui concerne la consistance du litige, soit en ce qui concerne les procédures à suivre. Ceci n'est vrai qu'à la condition qu'on y apporte des précisions et des limites.

A partir du moment où les parties sont liées par une norme compromissoire ou arbitrale, soit isolée et originelle, soit insérée dans un compromis, elles ne sont plus souveraines dans la matière sur laquelle porte cette norme; elles n'ont plus le droit de se dérober à son exécution en enlevant au juge tout ou partie de la consistance du litige prédéterminé ou en lui imposant des procédures d'action qui rendraient l'accomplissement de sa tâche impossible. Ce principe est déterminant dans le problème du *non liquet* que nous retrouverons.

49. Mais nous remarquerons déjà que le problème n'est pas nouveau puisque dès 1899 et 1907 la Conférence de La Haye s'était préoccupée de trouver un procédé pour assurer la conclusion du compromis au cas où les parties n'y réussiraient pas. L'Acte de Bogota se préoccupe, lui aussi, de cette question, dans son article 43 où il est dit :

« Les parties établiront, dans chaque cas, le compromis qui devra définir clairement le point spécifique qui fait l'objet du différend, désigner le siège du tribunal et fixer les règles à observer au cours de la procédure, déterminer le délai dans lequel le jugement doit être prononcé et les autres conditions dont elles conviennent entre elles.

« Au cas où un accord ne serait pas obtenu, relativement au compromis, dans un délai de trois mois à compter de la date de l'installation du tribunal, la Cour internationale de Justice formulera un compromis obligatoire pour les parties, au moyen de la procédure sommaire. »

La solution ainsi préconisée est expéditive. Peut-être l'est-elle un peu trop et l'on doit redouter de surcharger éventuellement la Cour internationale de Justice d'une fonction réglementaire qui n'est guère la sienne et dont elle redoute, en général, de se charger.

50. Par contre, il faut reconnaître que les procédés envisagés à La Haye en 1899 et en 1907, pour ce qu'on

a appelé la conclusion obligatoire ou automatique du compromis, sont compliqués, dilatoires et trop spécialement reliés à l'existence de la Cour permanente d'arbitrage comme tribunal de jugement. Rappelons brièvement que la Convention de 1907 donne (art. 53) compétence directe à la Cour permanente d'arbitrage en cas de traité préalable d'arbitrage obligatoire ou d'un différend provenant de dettes contractuelles — le tout d'ailleurs avec certaines réserves — ou (art. 54) prescrit pour l'établissement du compromis une commission de cinq membres désignés selon les formalités complexes de l'article 45 relatif au choix des juges (voir ci-dessus, par. 20) et finalement porte dans son article 58 :

« En cas d'établissement du compromis par une commission telle qu'elle est visée à l'article 54 et sauf stipulation contraire, la commission elle-même formera le tribunal d'arbitrage. »

Cette dernière stipulation qui, en dernière analyse, donne compétence au tribunal de jugement pour élaborer le compromis est à retenir; mais tout le reste correspond à une situation définitivement périmée.

Nous penserions donc à des dispositions plus simples et plus rapides laissant seulement en dernier lieu compétence au tribunal d'arbitrage lui-même si les parties sont réellement arrivées à une sorte de *dead-lock*.

51. C'est de considérations analogues que s'est inspiré, semble-t-il, l'Acte général d'arbitrage dans son article 27 qui d'ailleurs est plus catégorique. Il porte :

« Faute de conclusion d'un compromis, dans un délai de trois mois, à partir de la constitution du tribunal, celui-ci sera saisi par requête de l'une ou l'autre des parties. »

Cela aussi est expéditif, mais aboutit indirectement à laisser au tribunal l'organisation de la procédure et même éventuellement la détermination de l'objet du litige, c'est-à-dire lui confie l'élaboration du compromis. C'est peut-être, répétons-le, faire un peu trop bon marché de l'initiative et de la liberté des gouvernements en assimilant le tribunal arbitral à une cour de justice proprement dite. Cela nous semble excessif, même en présence d'un tribunal arbitral préconstitué, solution à laquelle se rallie au moins implicitement l'Acte général.

TEXTE PROPOSÉ

52. Nous proposerions donc une solution intermédiaire, plus conforme au rôle traditionnel de l'institution arbitrale :

« Si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur le contenu du compromis, ou sur l'une de ses stipulations, elles pourront solliciter les bons offices d'une puissance tierce qui désignera pour dresser le compromis une personnalité, une commission composée de personnalités idoines, ou l'une de ses cours de justice. En cas de désaccord entre les parties sur le choix de cette puissance tierce, ou de l'organe désigné par elle, le tribunal arbitral rédigera lui-même, le compromis, d'accord, si possible, avec les agents des parties, mais en tout cas dans un délai raisonnable et qu'il fixera lui-même. A l'expiration de ce délai chaque partie pourra saisir le tribunal par voie de requête. »

LE DESSAISISSEMENT DU TRIBUNAL

53. Il est une autre question qui peut se présenter dès le début de la procédure, aussitôt le tribunal arbitral investi et que l'on traite souvent par préterition malgré son importance. C'est celle de savoir, si, d'un commun accord, les parties peuvent à tout moment renoncer à l'arbitrage et dès le début, dessaisir le tribunal, choisir un autre mode de règlement, ou même s'abstenir de tout règlement.

Cela dira-t-on est hors de doute : ce que le consentement a fait, le consentement peut le défaire et la norme conventionnelle qui liait les deux parties peut disparaître par révocation. L'engagement compromissaire et le compromis sont tous deux de nature conventionnelle et le traité, comme la loi, peut être abrogé.

Tout cela va de soi, mais peut-être cependant pas autant qu'il le paraît. Tout d'abord, cela ne paraît pas en accord avec la Charte de San-Francisco, notamment avec ses Articles 2 et 33.

Nous supposons que les deux gouvernements litigants sont d'accord pour enterrer l'affaire ou dessaisir le tribunal. Ils le peuvent certainement, mais l'on ne saurait se dissimuler que, du point de vue social, et de l'ordre public international, cette décision peut être regrettable surtout si la solution litigieuse le demeure, qu'il n'y ait pas accord sur un autre mode de règlement et que par conséquent l'ordonnancement juridique ne soit pas apuré. La situation est même beaucoup plus grave que lorsqu'elle se produit en droit interne entre deux particuliers, à la suite d'un désistement, parce que l'enjeu du procès est d'une tout autre importance.

LE JUGEMENT D'EXPÉDIENT

54. A ce propos, il convient d'examiner brièvement ce que doit faire le tribunal s'il est appelé à rendre ce que l'on désigne généralement sous le nom de « jugement d'expédient ».

L'accord d'expédient est une transaction qui intervient entre les agents des Etats, dès le début ou au cours de la procédure, et qui est basée soit sur le désistement du demandeur, soit sur l'acquiescement du défendeur. Bien entendu, il appartient au tribunal de contrôler la réalité de l'accord intervenu et même sa validité.

Le principe est expressément visé par l'article 68 du règlement de la Cour internationale de Justice et a été appliqué par la CPIJ en certaines circonstances¹⁶ et également en matière d'arbitrage¹⁷. Nous nous rallions à l'opinion générale selon laquelle le tribunal n'est pas obligé d'entériner la transaction d'expédient au cas où celle-ci pourrait paraître contraire à l'ordre public international et notamment au cas où les parties se refuseraient à la faire enregistrer selon la règle générale qui s'impose à tout engagement international¹⁸. En ce cas, le tribunal pourrait, au minimum, exprimer les réserves qui lui paraîtraient congruentes. C'est aussi l'un des cas

où le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies pourrait se trouver appelé à intervenir en application du Chapitre VI de la Charte et notamment de l'Article 36.

LE DESSAISISSEMENT PAR LE DEMANDEUR

55. En ce qui concerne le désistement du seul demandeur, c'est-à-dire de son renoncement à l'instance¹⁹ il est bien évident que le tribunal arbitral doit appliquer ici la règle générale admise en droit interne et en vertu de laquelle ce désistement doit être accepté par le défendeur (voir par exemple l'article 402 du Code de procédure français). Le désistement du défendeur, en effet, ne serait pas de nature à empêcher ultérieurement l'ouverture d'une nouvelle instance (sauf accord contraire entre les parties, ce qui revient au cas précédent) il serait par conséquent entièrement contraire au principe de l'égalité des plaideurs, le défendeur pouvant avoir un intérêt certain à ce que le débat soit tranché sans délai. Il peut d'ailleurs avoir formé une demande reconventionnelle.

Ainsi toutes les fois que la procédure est liée le désistement du demandeur ne saurait empêcher l'apurement du litige.

TEXTE PROPOSÉ

56. Nous proposerions un texte en ce sens :

« Le tribunal une fois saisi par les conclusions des parties doit mener la procédure jusqu'au prononcé de l'arrêt.

« Le désistement du demandeur ne peut être accepté par le tribunal que si le défendeur y acquiesce.

« Au cas de dessaisissement du tribunal par accord des deux parties, le tribunal en prend acte. Ce dessaisissement ne porte aucune atteinte aux dispositions du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies et notamment à celles de l'Article 36.

« Le tribunal prend acte le cas échéant, de la transaction d'expédient intervenue entre les parties, après en avoir vérifié le caractère certain et la validité. »

DÉTERMINATION DE L'OBJET DU LITIGE

57. Le point essentiel à définir dans le compromis, c'est la matérialité du litige, c'est-à-dire le ou les points de droit que le tribunal devra trancher. Cette détermination de l'objet du litige dépend des parties, c'est leur accord qui l'a circonscrit, soit dans la clause compromissaire, soit dans le compromis secondaire qui lui fait suite.

S'il existe une norme compromissaire préalable au compromis secondaire, c'est elle, remarquons-le bien, et non le compromis qui en principe cerne les contours de la situation litigieuse. Nous ne voulons pas dire par là ce qui serait évidemment insoutenable, que les parties ne sont pas maîtresses, au moment de la saisine de restreindre la compétence du juge en modifiant l'engagement antérieur, comme elles pourraient d'ailleurs l'étendre

¹⁶ Notamment dans l'Affaire des zones franches.

¹⁷ Arbitrage de Castellorizo entre l'Italie et la Turquie, 1933 ; affaires du prince de Pless, 1933.

¹⁸ Voir Witenberg, *op. cit.*, p. 344 et les auteurs qu'il cite, notamment les professeurs Brierly, Verdross et Guggenheim.

¹⁹ Ne pas confondre le désistement d'action et le désistement d'instance. Dans le désistement d'action, le demandeur reconnaît le bon droit du défendeur et par conséquent le litige s'éteint par accord simultané des parties.

(voir ci-dessus, par. 53-56, ce que nous disons du désistement). Mais chacune des parties a le droit incontestable d'exiger, en cas de stipulation préalable d'arbitrage, que l'affaire soit intégralement portée devant le juge telle que ladite stipulation le comporte. Il y a là un principe qui devra notamment inspirer les personnalités chargées de dresser, le cas échéant, un compromis obligatoire et en particulier le tribunal lui-même si c'est à lui qu'échoit cette charge (voir ci-dessus par. 52). Rappelons le texte capital de l'article 13 du Pacte de la Société des Nations :

« Les Membres de la Société conviennent que s'il s'élève entre eux un différend susceptible à leur avis d'une solution arbitrale ou judiciaire, ... la question sera soumise *intégralement* à un règlement arbitral ou judiciaire. »

58. Or le compromis peut avoir contrairement à ce principe, délimité très strictement l'étendue du litige, si strictement même qu'il ne correspond plus qu'en partie à la situation litigieuse de fait et même, à l'extrême, qu'il soit impossible au tribunal de juger, c'est-à-dire d'apurer cette situation. Le tribunal est-il toujours dans l'obligation de s'incliner devant cet accord des parties qui équivaut, en fait, à un désistement déguisé ? C'est ici qu'apparaît, au moins, sous son aspect principal, le problème du *non liquet*.

Il se peut que l'une des parties conteste dès le début la portée formelle du compromis. Le cas peut se présenter surtout en présence d'un engagement compromissaire originaire avec lequel le compromis se trouve en désaccord. Le tribunal, en ce cas, devra interpréter le compromis et statuer selon la règle générale sur sa propre compétence. Il pourra notamment juger qu'ayant été constitué pour trancher le différend, il lui appartient de déterminer l'étendue réelle du différend, à la lumière des engagements pris par les parties, et de préférence l'engagement originaire s'il estime qu'il est toujours en vigueur. L'intérêt de l'ordre public international exige, en effet, que le litige soit intégralement vidé dans le cas, en particulier, où l'accord des parties reste problématique. Le juge pourra apprécier, en équité, toutes les circonstances capables d'éclairer sa religion sur ce point. Le compromis secondaire, en effet, peut être considéré comme une mise en application d'un engagement arbitral préalable et non pas nécessairement comme un nouvel accord. De même en droit interne, le règlement est toujours subordonné à la loi et en droit international l'adage *lex posterior derogat priori* ne s'applique nécessairement que si la volonté dérogoire est certaine.

Si les deux parties ne contestent pas leur accord sur la délimitation de l'objet du litige, telle qu'elle se comporte dans le compromis, et que le juge se trouve ainsi dans l'impossibilité de l'apurer dans son intégralité, ou même dans l'impossibilité de juger, nous pensons qu'avant de déclarer le *non liquet*, il doit dégager sa responsabilité vis-à-vis de l'ordre public international et de l'opinion. Il le fera en sommant les parties de conclure un accord formel de désistement partiel ou total, après avoir constaté officiellement, dans les attendus de son arrêt, qu'il a fait en vain les efforts nécessaires pour obtenir des parties le rétablissement de l'intégralité du litige à lui soumis.

L'impossibilité pour le juge de juger peut provenir également du règlement de procédure que les parties lui

auraient imposé dans le compromis. Bien que cette circonstance génératrice du *non liquet* puisse n'apparaître qu'au cours des débats, et n'arrête pas nécessairement dès le début le déroulement de la procédure, nous nous permettrons d'anticiper sur l'ordre logique strict de nos développements et d'en finir ici avec la question du *non liquet*.

LE PROBLÈME DU « NON LIQUET »

59. *Est-il possible d'exclure le non liquet de la procédure arbitrale ?*

C'est là une question, on le sait, très discutée. Le *non liquet* consiste, de la part du juge, à se refuser à juger sur l'ensemble du litige ou sur l'un des aspects du litige, en affirmant qu'il est insuffisamment informé des faits de la cause ou que le droit positif en vigueur ou les normes reconnues comme obligatoires par les parties dans le compromis sont inapplicables.

Les internationalistes qui professent la doctrine de l'arbitrage-contrat et prennent en principale considération le dogme de la souveraineté des parties, sont naturellement en faveur du *non liquet*. L'on peut même admettre qu'il existe une pratique en ce sens. Il est aussi des auteurs du camp opposé qui aboutissent aux mêmes conclusions²⁰.

Cette façon péremptoire de trancher la question est peu convaincante.

En sens inverse, l'Institut de droit international, dans les articles 19 et 22 de son règlement de 1875, condamnait déjà le *non liquet* et Mérygnac qui écrivait à peu près à la même époque était encore plus ferme.

Le règlement de l'Institut s'exprime ainsi :

« Article 19 : Le tribunal arbitral ne peut refuser de se prononcer sous prétexte qu'il n'est pas suffisamment éclairé, soit sur les faits, soit sur les principes juridiques qu'il doit appliquer. »

« Article 22 : Si le tribunal ne trouve fondées les prétentions d'aucune des deux parties, il doit le déclarer, et, s'il n'est pas limité sous ce rapport par le compromis, établir l'état réel de droit relatif aux parties en litige. »

Et Mérygnac (p. 283) :

« En refusant de juger, il [l'arbitre] deviendrait responsable de la rupture du compromis et de toutes ses conséquences. »

Se prononcent également dans le même sens deux auteurs récents et fort considérés : sir John Fisher Williams et Lauterpacht que cite Witenberg, *op. cit.*, p. 312.

Ces deux auteurs s'appuient sur la croyance qui est aussi la nôtre, qu'en droit international il n'existe pas de lacune du droit, surtout, dit Lauterpacht, depuis que l'Article 38 du Statut de la Cour de La Haye (et aussi l'article 28 de l'Acte général d'arbitrage) a consacré l'existence des principes généraux de droit comme source de droit positif. Witenberg penche dans le même sens, mais avec quelques hésitations et réserves.

60. Cette tendance est bien évidemment la tendance progressive. Pour nous non plus il n'y a pas de *gaps* en

²⁰ Voir Recueil de Lapradelle et Politis, vol. 1, p. 308 (note Asser), et vol. II, p. 913 ; Politis, *Justice internationale*, p. 84.

droit international, pas plus d'ailleurs que dans n'importe quel autre ordre juridique. Nous pensons que, de même qu'en droit interne, le juge international ne doit pas s'abstenir de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » (article 4 du Code civil français). Nous avons même dit, ci-dessus, qu'on peut parfaitement soutenir que le juge qui statue en équité juge encore en droit, mais cela n'épuise pas le problème. Ce n'est que dans le cas où l'arbitre est habilité à trancher le litige en droit, sans plus — ce qui est de la nature de l'arbitrage, mais ne se réalise pas communément en fait — qu'il ne doit pas y avoir de *non liquet*. Si l'arbitre ne rencontre pas de norme positive expressément applicable, il lui reste toujours la possibilité de recourir à la norme technique générale et implicite que tout ce qui n'est pas réglementé fait partie de la compétence discrétionnaire de l'agent juridique et consacre l'autonomie de sa volonté. Cela peut fournir une base suffisante, notamment à un jugement qui déboute le demandeur. Au fond, c'est l'application du soi-disant principe de domaine réservé dont l'Article 2, paragraphe 7, de la Charte de San-Francisco, et l'Article 15, paragraphe 8, du Pacte de la Société des Nations ont été les deux expressions successives, l'une bonne et l'autre mauvaise.

Mais le problème pratique est de savoir ce que fera le tribunal arbitral au cas où les deux parties, dans le compromis qu'elles lui ont imposé, le mettent dans l'impossibilité matérielle de juger. En pareil cas, le juge de droit interne est armé pour exiger la « mise en état ». Le juge arbitral l'est beaucoup moins, car il n'est pas sûr que les gouvernements en litige obtempèrent à ses ordonnances et modifient leur compromis. Nous avons indiqué ci-dessus notre solution lorsqu'il s'agit de la délimitation de l'objet du litige. Nous avons également admis qu'en présence d'une procédure inopérante il fallait reconnaître au juge, en principe du moins, le droit de passer outre et de prendre les ordonnances nécessaires à rendre le compromis opérant. Mais encore faut-il que les parties s'y prêtent et n'exigent pas le maintien du compromis. Le tribunal pourra donc finalement être acculé au *non liquet*. Toutefois, nous adopterons la même solution que précédemment, en accordant au tribunal le droit de sommer les parties de procéder au réajustement nécessaire, ou à défaut de se désister du litige, afin de laisser les choses en l'état. Ainsi, à nouveau, le tribunal aura dégagé sa responsabilité en tant qu'organe judiciaire de la communauté internationale particulière dans laquelle il agit.

TEXTE PROPOSÉ

61. Nous inspirant de l'Acte général d'arbitrage, et en particulier de son article 28, nous pensons donc qu'un projet de codification pourrait contenir des dispositions qui seraient approximativement les suivantes :

« Le tribunal arbitral, maître de sa compétence, dispose des pouvoirs les plus larges pour interpréter le compromis. Dans le silence du compromis, ou à défaut de compromis, il appliquera les règles de fond énumérées dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il ne pourra prononcer le *non liquet* sous prétexte de silence ou d'obscurité du droit international ou du compromis. Il est toujours fondé à juger en équité.

« Au cas où il se trouverait lié par des dispositions expresses et non équivoques du compromis qui seraient de nature à l'entraver dans sa mission, soit en ce qui concerne la délimitation du litige, soit en ce qui concerne le déroulement de la procédure, il pourra cependant passer outre, au cas notamment où un engagement antérieur au compromis et plus compréhensif serait invoqué par l'une des parties et où celle-ci apporterait la preuve qu'elle a entendu s'y référer.

« Au cas où le compromis ne pourrait être interprété en ce sens ou bien si la non exécution des ordonnances de procédure empêchaient le tribunal d'accomplir ses fonctions, il devrait, avant de prononcer le *non liquet*, mettre les parties en demeure de modifier le compromis, d'obtempérer à ses ordonnances ou de se désister explicitement. »

IV. — LES PROCÉDURES FORMELLES

62. Il paraît inutile, dans ce rapport général — et il serait au surplus impossible, sans entrer dans de copieux détails — d'insister sur les différentes phases de la « procédure formelle » : formalités de la saisine, production écrite et débats oraux, mémoires et contre-mémoires, répliques et dupliques, communication des pièces, etc. Sur tous ces points, la pratique est loin d'être toujours uniforme, bien qu'elle suive certaines lignes générales qui souvent ne font pas difficulté. L'autorité de l'arbitre et l'initiative du tribunal sont d'ailleurs, et doivent être, selon nous, prépondérantes (voir ci-dessus, par. 35). Il arrive d'ailleurs que le compromis s'en remette au tribunal qui fixera les règles nécessaires²¹, parfois en forme d'arrêt ou de jugement, bien qu'il ne s'agisse évidemment à aucun titre d'un acte juridictionnel proprement dit, mais d'une activité judiciaire à caractère souvent administratif²². Toutefois, les parties restent maîtresses de réglementer cette procédure en s'inspirant de l'article 51 de la Convention de 1907 (« ... en tant que les Parties ne sont pas convenues d'autres règles »), sous bénéfice des observations ci-dessus présentées à propos du *non liquet*²³.

SANCTION DES RÈGLES

63. La sanction des règles de procédure, quelle que soit leur origine, est très stricte en droit interne : elle entraîne l'irrecevabilité de l'acte de procédure irrégulier et même parfois la forclusion de l'action. La même rigueur ne saurait convenir à la procédure arbitrale et

²¹ Il en est ainsi forcément quand l'arbitrage est confié à un corps judiciaire constitué, national ou international. Voir l'affaire du Phare (28 avril 1879) soumise à la Cour de cassation française, et, pour la Cour permanente d'arbitrage, la Convention de 1907.

²² Il faut distinguer avec soin la fonction juridictionnelle qui consiste uniquement à dire le droit dans un cas d'espèce et les activités judiciaires, notamment les ordonnances qui sont destinées à permettre l'application du droit. Bien qu'on les qualifie parfois de jugements (jugements de fait, interlocutoires, préparatoires, etc.), ce sont en réalité des actes administratifs, même lorsqu'ils doivent tenir compte de principes juridiques. Voir notre *Manuel de droit international public*, 1944, p. 409, 523 et suiv.

²³ Sur tous ces points, voir Witenberg, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (1933, t. III), vol. 41 et (1936, t. II), vol. 56. Également K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*.

il faut admettre la faculté pour le juge de relever le plaideur en faute de la déchéance encourue, dans l'intérêt de l'ordre public international et de l'apurement du litige. Le juge devra rester libre de se montrer libéral surtout lorsqu'il s'agit d'imperfections de pure forme (voir article 37 du règlement de la CIJ).

PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DES PARTIES

64. Mais il est un principe général qu'il faut poser en exergue parce qu'il commande l'action de tout tribunal et spécialement d'un tribunal arbitral : c'est le *principe de l'égalité des parties devant la procédure*. Il est impossible de prévoir toutes les modalités d'application de cette norme essentielle. A titre exemplatif, citons seulement l'obligation pour l'arbitre de ne tenir compte d'aucune pièce qui n'ait été *signifiée* à l'adversaire et l'obligation de lui laisser les délais raisonnables pour y répondre.

Cette règle de l'égalité des parties est stricte et serait éventuellement sanctionnée par l'annulation de la sentence (voir ci-dessous, par. 100-104). Mais elle ne saurait empêcher le tribunal, dans la mesure où cela lui paraît nécessaire pour rendre son jugement, de modifier au besoin les délais fixés par le compromis si cela s'avérait indispensable. L'article 63 de la Convention de 1907 dit expressément :

« Les délais fixés par le compromis pourront être prolongés d'un commun accord par les parties, ou par le tribunal quand il le juge nécessaire pour arriver à une décision juste. »

Le Statut de la CIJ, dans son article 48, dit également :

« La Cour rend des ordonnances pour la direction du procès, la détermination des formes et délais dans lesquels chaque partie doit finalement conclure; elle prend toutes les mesures que comporte l'administration des preuves. »

Bien qu'il s'agisse d'une organisation judiciaire pré-constituée, ces textes et le chapitre III, dans son ensemble, du Statut de la CIJ indiquent non seulement une tendance, mais une nécessité de la procédure internationale et doivent s'appliquer à un tribunal *ad hoc* pour une affaire déterminée. Ils corroborent, pensons-nous, les solutions que nous avons ci-dessus préconisées, en étudiant le caractère obligatoire du compromis.

LES PREUVES

65. En raison de leur importance, et des règles de droit matériel qu'elles mettent en jeu, nous ne croyons pas possible de passer sous silence les normes générales en matière de production des preuves.

Le principe de l'égalité des parties devant la procédure est ici directement en jeu. Il exige que tout fait allégué par l'une d'elles soit prouvé. Cela constitue à la fois la *charge* de la preuve et le *droit* à la preuve.

Cependant, le droit à la preuve cesse si le fait allégué n'a aucune pertinence pour la décision à intervenir : ainsi au cas où il y aurait chose jugée, transaction, etc. Il en est de même, bien entendu, s'il y a accord entre les parties, notamment dans une clause du compromis sur la matérialité du fait.

Le droit anglo-saxon comporte dans ce domaine une institution originale, celle de l'*estoppel* qui est, en matière d'arbitrage, communément admise depuis longtemps et y a sa place bien marquée, en raison de son caractère de bonne foi et d'équité. L'*estoppel* s'oppose à ce qu'une partie qui, volontairement et à dessein, a déterminé chez son adversaire une certaine conception des faits, puisse administrer ensuite la preuve que ces faits ont une matérialité différente. Elle sera irrecevable à les rétablir. On a parlé sur ce point d'une sorte de convention implicite et fait des analogies avec la présomption. Mais l'institution est beaucoup plus souple et constitue une sorte de test de l'honnêteté des procédures. Elle confère au tribunal un rôle élevé en le chargeant de garantir la sécurité des rapports entre plaideurs et contraste avec le formalisme de certaines législations internes.

66. Tout fait allégué doit donc être prouvé, même s'il est notoire, sauf le cas où cette notoriété est telle que toute espèce de preuve soit évidemment superfétatoire : ainsi en serait-il, par exemple, de l'existence d'un traité dûment enregistré. Ce que la règle veut dire, c'est que la preuve de l'existence d'un fait doit être objective et ne saurait dépendre de l'opinion plus ou moins fondée des juges. L'égalité des parties prohibe toute subjectivité.

Quant à l'aveu il est lui aussi admis traditionnellement, tout au moins lorsqu'il est implicite et ressort des pièces produites; il le sera beaucoup plus rarement, sous sa forme explicite, en raison de la qualité des parties, et parce qu'il n'apparaît pas alors comme étant de nature conventionnelle.

PREUVES DU DROIT

67. Si les éléments de fait doivent être prouvés, il en est tout autrement des éléments de droit qui commandent la solution du procès. C'est la règle toujours admise, aussi bien en droit interne qu'en droit international, où elle est même plus vraisemblable étant donné le choix particulier des juges et le caractère fréquemment conventionnel de la règle de droit. La CPJI en a rappelé le principe dans l'affaire du *Lotus*, en 1928, et dans celle des emprunts brésiliens, en 1929.

Lorsqu'il s'agit de droit coutumier, bien que cela ait été contesté, nous pensons que le principe est le même, car il appartient au juge devant lequel on invoque une norme coutumière, de faire ou d'ordonner les recherches nécessaires pour savoir si cette norme existe et est toujours en vigueur. Il est vrai qu'il pourra se produire, en ce cas, entre les parties, des contestations sur l'existence ou la portée de la norme coutumière, et que ces contestations contribueront à éclairer le tribunal. Cependant celui-ci statuera, sans qu'il y ait lieu, de sa part, à mettre en jeu la procédure de preuve proprement dite et à en laisser la charge aux parties. Il aura en particulier à décider s'il s'agit d'une coutume générale ou d'une coutume spéciale ou simplement d'une pratique qui ne ferait pas nécessairement droit.

68. En revanche, on admet généralement que si le tribunal doit utiliser une règle de droit interne alléguée par l'une des parties, c'est à celle-ci qu'incombe la charge de la preuve. On cite communément à ce propos les termes de l'arrêt n° 7 de la CPJI (affaire de Chorzow) selon lesquels « au regard du droit international et de la

Cour qui en est l'organe, la loi interne n'est qu'un simple fait », et l'on en déduit qu'il doit être prouvé.

Il nous est impossible de nous rallier à cette façon de voir. Elle est en corrélation directe avec la doctrine du dualisme et de la séparation absolue entre le droit interne et le droit international, selon la thèse du professeur Anzilotti. Nous pensons, au contraire, que les ordres juridiques internes et internationaux sont dans un rapport de superposition et de hiérarchie; qu'une norme juridique de catégorie déterminée, la loi, reste ce qu'elle est, à quelque ordre juridique qu'elle appartienne et ne saurait subir une sorte de dénaturation lorsqu'on l'envisage dans la perspective d'un autre ordre juridique.

Il nous paraît également que la CPJI, loin de confirmer sa conception originaire, comme on le dit parfois, dans son arrêt n° 15 relatif aux emprunts brésiliens, s'est plutôt contredite en statuant :

« La Cour n'est pas obligée de connaître également les lois nationales des différents pays. Tout ce qu'on peut admettre à cet égard, c'est qu'elle pourrait être éventuellement obligée de se procurer la connaissance du droit interne qu'il y a lieu d'appliquer, et cela soit à l'aide des preuves que lui fournissent les parties, soit à l'aide de toutes recherches auxquelles la Cour jugerait convenable de procéder, ou de faire procéder. »

Nous ne voyons pas de différence essentielle entre l'action de la Cour ou d'un tribunal arbitral, dans cette hypothèse, et dans l'hypothèse de la coutume. Dans les pays de droit coutumier et notamment dans l'ancienne France, on a connu, par exemple, les « enquêtes par turbe » pour prouver la coutume, enquêtes dans lesquelles collaboraient le juge et les plaideurs, sans que le premier se déchargeât sur les seconds de la totalité du fardeau de la preuve.

La situation serait la même en ce qui concerne les « principes généraux du droit » qui, pour nous, équivalent à des coutumes générales.

69. La preuve, disions-nous, constitue une charge dont le non accomplissement peut se trouver automatiquement sanctionné par la perte du procès. L'adage *actori incumbit probatio* veut dire que la preuve incombe non pas au seul demandeur, mais à celui des plaideurs qui allègue un fait quelconque. La charge est répartie entre les deux plaideurs.

On a contesté ce principe de la répartition en alléguant tantôt la simultanéité des productions qui serait de règle en matière d'instance sur compromis (CPJI, affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission de l'Oder, ordonnance du 15 août 1929, série A., n° 23, p. 45), tantôt la difficulté de distinguer le défendeur et le demandeur, en raison de l'imbrication des instances et des reconventions, tantôt le silence des textes et notamment des règlements des juridictions permanentes. Aucun de ces motifs ne nous paraît péremptoire. De plus en plus, les productions écrites sont successives; la distinction entre demandeur et défendeur n'a qu'un intérêt très relatif puisque la charge de la preuve incombe à « l'alléguant » quel qu'il soit; enfin, le silence des textes ne prouve rien et les règlements des tribunaux préconstitués ne s'appliquent pas nécessairement aux instances arbitrales. Nous maintenons que celui qui allègue doit prouver.

LES PRÉSUMPTIONS

70. Nous pensons également qu'en matière arbitrale il est difficile d'imaginer des présomptions légales aboutissant, le cas échéant au renversement de la preuve. Ces prescriptions sont à base réglementaire et législative et en fonction de l'ordre public des différents pays. On voit difficilement comment un arbitre ou un tribunal *ad hoc* utiliseraient un système de présomptions rigides incompatible avec la souplesse de l'arbitrage épistémique. Dans ce domaine, il importe de laisser aux juges une entière liberté d'appréciation, selon l'excellente formule de l'article 1353 du Code civil français²⁴.

COLLABORATION DES PARTIES ET DU JUGE

71. Mais il est en revanche un principe certain, c'est que les Etats en litige ont l'obligation de collaborer de bonne foi à l'administration de la preuve. La partie qui allègue est tenue d'apporter, tout au moins un commencement de preuve. C'est un engagement implicite que prévoyait déjà l'article 23 de la Convention de La Haye de 1907 en matière de commission d'enquête et qu'a répété l'article 75 d'une façon abstraite :

« Les parties s'engagent à fournir au tribunal, dans la plus large mesure qu'elles jugeront possible, tous les moyens nécessaires pour la décision du litige. »

Cette formule est beaucoup trop potestative. Il est vrai que le compromis se montre généralement explicite²⁵, mais il arrive qu'il le soit trop et que les énumérations qu'il comporte prêtent à contestations. Il nous paraît beaucoup plus pratique de laisser sur ce point la décision au tribunal, en ce qui concerne les enquêtes, les expertises, les témoignages, etc. La partie qui ne se prêterait pas à cette collaboration encourrait de ce chef un préjugé défavorable et donnerait lieu à l'intervention d'une de ces présomptions extra-légales dont nous avons parlé ci-dessus.

Cette collaboration doit donc exister non seulement entre les parties, mais entre les parties et le juge qui observera, en l'espèce, la plus entière neutralité. Qu'il suffise de rappeler sur ce point l'article 74 de la Convention de La Haye de 1907 et l'article 54 du règlement de la Cour internationale de Justice. Tous les textes concordent en faveur de cette liberté du juge quelles que puissent être sur ce point les dispositions des compromis. Cette liberté permet au tribunal de retarder la clôture des débats jusqu'à ce qu'il soit pleinement informé (voir l'affaire Mavrommatis) et d'ordonner au besoin des transports sur les lieux (affaire Ben Tillet entre la Grande-Bretagne et la Belgique et sentence de l'arbitre Desiardins du 26 décembre 1898). Contre les résistances de l'Etat récalcitrant, le juge dispose de la *sanction péremptoire* qui consiste à le condamner. L'article 69 de la Convention de 1907 parlant de la production des actes et du droit du tribunal de requérir des agents des parties la production de tous actes et explications nécessaires,

²⁴ « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes... »

²⁵ Witenberg, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (1936, t. II), vol. 56, p. 49.

déclare : « en cas de refus, le tribunal en prend acte. » Le Statut de la CIJ, Article 49, répète la même formule :

« La Cour peut, même avant tout débat, demander aux agents de produire tout document et de fournir toutes explications. En cas de refus, elle en prend acte. »

Ces textes nous semblent lénitifs et insuffisants. C'est pourquoi nous avons proposé, afin d'éviter le *non liquet*, de donner à l'arbitre le pouvoir de mettre les parties, en cas de collusion entre elles, en face de leurs responsabilités (voir ci-dessus, par. 59-61).

TEXTE PROPOSÉ

72. Tels sont les principes généraux qu'il nous paraîtrait utile de spécifier dans cette importante matière des preuves et qui pourraient revêtir approximativement la forme suivante :

« Le principe de l'égalité des parties devant les règles de procédure est à la base de toute juridiction arbitrale; son inobservation pourrait être une cause de nullité de la sentence. Le tribunal reste libre cependant d'apprécier l'importance des irrégularités purement formelles et n'est pas dans l'obligation de prononcer, dans tous les cas, la forclusion ou l'irrecevabilité des productions.

« Toute partie qui allègue un fait susceptible d'avoir une pertinence sur la solution du litige doit en apporter tout au moins un commencement de preuve. Le tribunal est maître de l'admissibilité des preuves et juge de leur valeur probative quelles que soient les dispositions du compromis, et qu'il s'agisse de pièces ou documents écrits, témoignages, affidavits, enquêtes, expertises ou transports.

« Les parties doivent collaborer entre elles et avec le tribunal à l'administration des preuves et obtempérer aux mesures ordonnées à cette fin. Le refus de collaboration constituera une présomption défavorable à l'encontre de la partie qui l'oppose. La preuve des règles de droit applicables, même lorsqu'il s'agit de règles de droit interne, n'est pas exclusivement à la charge des parties; elle peut résulter de leur collaboration avec le tribunal.

« D'une façon générale, les présomptions sont abandonnées aux lumières et à la prudence du tribunal. »

V. — LES INCIDENTS DE PROCÉDURE

LA RECEVABILITÉ

73. Le tribunal une fois saisi, les parties et notamment le défendeur, peuvent soulever devant lui un certain nombre d'incidents, en particulier des exceptions. Ces dernières porteront notamment sur la recevabilité de la demande.

Tout d'abord, il est de tradition de déclarer qu'un tribunal arbitral ne peut être saisi qu'après l'échec des négociations diplomatiques. Ce serait là la première condition de recevabilité. En réalité, l'affirmation n'a guère de portée, en ce sens que la constitution du tribunal et l'élaboration du compromis, démontrent à elles seules que la phase des négociations est terminée. On sait, en outre, qu'il est de jurisprudence constante,

notamment devant la CPJI, que l'une des parties affirme l'échec des négociations, c'est-à-dire se refuse à les poursuivre pour que la question soit réglée²⁶.

Si l'existence du compromis suffit généralement à fixer sur ce point la position des parties, il se peut aussi qu'il n'y ait pas de compromis et qu'une simple requête opère saisine du tribunal. Nous en avons un exemple récent dans le litige actuel entre la Colombie et le Pérou, dans l'affaire de l'asile interne, accordé à Lima par l'Ambassadeur colombien au sieur Haya de la Torre, poursuivi devant la justice péruvienne. Par accord du 31 août 1949, les deux gouvernements n'ayant pu s'entendre sur les termes d'un compromis, ont laissé à la partie la plus diligente, en l'espèce la Colombie, le soin de saisir la Cour par requête. Il est vrai qu'il s'agit là d'une instance devant la CIJ, mais le même procédé pourrait aussi bien jouer devant un tribunal *ad hoc* préconstitué. C'est même une des raisons pour lesquelles nous avons préconisé l'institution d'un tel tribunal avant la rédaction de tout compromis.

LITIGES POLITIQUES ET JURIDIQUES

74. Nous ne mentionnerons ici que pour mémoire la discussion qui, jadis, s'éleva traditionnellement à propos de la distinction entre litiges politiques et litiges juridiques, ces derniers seuls prétendait-on pouvant être soumis à des arbitres chargés de juger en droit.

Cette discussion apparaît aujourd'hui comme parfaitement oiseuse et Lauterpacht, notamment, en a fait totalement justice²⁷.

On rappellera d'abord que l'arbitre peut être amiable compositeur. En second lieu que tout litige, aussi bien en droit interne qu'en droit international, est à la fois politique, au sens le plus large du mot, et juridique en ce sens que tout plaideur réclame ou défend un intérêt matériel. « Pas d'intérêt, pas d'action ». Seulement, un intérêt matériel ne sera socialement reconnu que s'il repose sur une base juridique et c'est l'examen de celle-ci qui dans tous les cas est confié à l'arbitre. Les gouvernements ne plaident pas, comme un représentant du ministère public dans l'intérêt de la loi. Enfin, nous rappelons que l'exception tirée de l'existence du soi-disant domaine réservé ou de la compétence nationale exclusive est elle-même une question de droit et peut être résolue par l'arbitre, en ce sens que si l'exception soulevée de ce chef par le demandeur est acceptée — c'est-à-dire si l'arbitre reconnaît sa compétence discrétionnaire — le demandeur sera débouté.

LA PRESCRIPTION

75. On énumère généralement comme faisant obstacle à la recevabilité de la demande : la prescription; la transaction; les exceptions de chose jugée, de litispendance et de connexité.

En ce qui concerne la *prescription* (extinctive) de l'action, il semble qu'il n'y ait d'accord ni en doctrine, ni en pratique.

²⁶ Voir arrêt n° 2. affaire Mavrommatis.

²⁷ Voir Lauterpacht, « La théorie des différends non justiciables en droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1930.

Théoriquement, il n'y a aucune raison de n'en pas admettre le principe, en droit international aussi bien qu'en droit interne, car il est des situations originaires litigieuses qu'un souci bien compris de l'ordre public conseille de ne point réveiller de leur assoupissement : *Quieta non movere*. N'oublions pas que Cicéron faisait de la prescription l'une des déesses du genre humain. Mais en fait, il est assez difficile d'imaginer, tout au moins en ce qui concerne l'objet principal du litige, que l'on puisse faire jouer la prescription extinctive devant un tribunal arbitral que les parties viennent de constituer, précisément à l'effet d'apurer la situation juridique. La question ne peut guère se poser qu'à l'égard de prétentions incidentes et il faut laisser au juge la plus grande latitude pour en disposer en équité. En fait, le problème n'apparaît guère que lorsqu'il s'agit de litiges intéressant des particuliers et mettant en jeu des dispositions de droit interne.

Dans un litige intergouvernemental, on pourra au contraire plus vraisemblablement invoquer une transaction contenue dans un traité ou acte conventionnel antérieur que l'on demandera à l'arbitre d'interpréter. Certains traités, par exemple, liquident des catégories d'affaires, mais là encore l'exception pourra le plus souvent se présenter en matière d'intérêts particuliers. Rappelons toutefois que le cas est très voisin de celui du jugement d'expédient dont nous avons parlé ci-dessus (par. 54).

L'EXCEPTION DE CHOSE JUGÉE

76. Quant à l'exception de chose jugée, la question est plus délicate. Il est difficile d'imaginer un arbitrage remettant en question, à titre principal, un litige déjà jugé en droit et, en principe, définitivement apuré. Mais on peut supposer un arbitrage d'interprétation d'une sentence antérieure (affaire Cerruti; Fauchille, R.G.D.I.P. 1920, Lapradelle et Politis, *Cod. Loc.* 1921), ou une instance en nullité et dans ce cas, bien entendu, l'exception ne joue pas.

On est généralement d'accord pour admettre que l'exception de chose jugée ne saurait être invoquée lorsqu'il s'agit d'arrêts ou de jugements rendus par les juridictions internes²⁸. Ces décisions n'ont jamais autorité de chose jugée internationalement. Ce n'est pas, comme on dit parfois, parce que les deux ordres juridiques sont étrangers l'un à l'autre, mais parce que toutes les fois qu'un gouvernement étatique consent à soumettre à un tribunal arbitral une affaire déjà jugée en dernier ressort par ses tribunaux, c'est qu'il institue implicitement au-dessus d'eux, d'accord avec son adversaire, un nouveau degré de juridiction dans la société internationale particulière dont ils font partie.

On peut également songer au cas possible, mais peu vraisemblable, qui pourrait se présenter si un Etat ou un chef d'Etat avait consenti à accepter la juridiction de leur adversaire et où les tribunaux de celui-ci auraient rendu un jugement en dernier ressort. En pareil cas, il y aurait application de la loi du dédoublement fonctionnel en ce sens que le tribunal interne aurait fonctionné comme tribunal international et l'exception

de chose jugée pourrait être envisagée. Cette fois encore le problème ne se poserait vraisemblablement qu'à propos d'une demande incidente ou reconventionnelle.

LA LITISPENDANCE

77. La *litispendance* et la *connexité* sont également peu vraisemblables dans un litige arbitral purement intergouvernemental.

En ce qui concerne la litispendance, deux juridictions internationales ne peuvent évidemment être saisies d'un même litige entre mêmes parties, ce qui risquerait d'amener une contradiction des choses jugées. Mais ici encore, la difficulté devient théorique lorsqu'il s'agit d'arbitrage sur compromis devant un tribunal *ad hoc*. Cependant, elle peut se présenter lorsque des intérêts particuliers déjà débattus devant d'autres tribunaux se trouvent en jeu. (Voir arrêt n° 7 de la CPJI sur les intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise et le conflit de juridiction avec les tribunaux arbitraux mixtes.)

Quant à la connexité, c'est-à-dire la possibilité, au cours d'une action arbitrale, de voir soulever des questions de fait ou de droit, pendantes devant un autre juge, le problème se présente de façon analogue et motive les mêmes réserves.

LE TRIBUNAL PRONONCE SUR SA COMPÉTENCE

77 a. De toute façon, il appartient au tribunal de prononcer sur sa propre compétence. Les exceptions préjudicielles sur la recevabilité doivent être présentées *in limine litis* et n'ont pas d'incidence sur le fond. Le respect de la souveraineté des Etats n'en est pas affecté, car on ne saurait jamais oublier que le juge arbitral n'est pas un mandataire des parties et doit pouvoir liquider le litige. Il peut en résulter un certain danger d'excès de pouvoir, mais ce risque est moindre que celui de voir avorter la juridiction. Le paragraphe 6 de l'Article 36 du Statut de la CIJ : « En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide » est un principe général qu'on ne saurait plus remettre en discussion.

C'est pourquoi nous trancherons par l'affirmative la question de savoir si le juge peut lui-même soulever les questions de recevabilité et les trancher au cas où la partie intéressée s'abstiendrait de les soulever. Nous pensons même que cette opinion inspirée par la nature du rôle du juge implique que le compromis ne pourrait pas le lier sur ce point.

DEMANDES ADDITIONNELLES ET RECONVENTIONNELLES

78. Les demandes additionnelles, non prévues par le compromis, peuvent-elles être acceptées par le juge ? Nous pensons qu'il faut répondre par l'affirmative, sous bénéfice de certaines réserves. Il n'y a pas contradiction entre la recevabilité de la demande additionnelle et le principe de la détermination de la matérialité du litige par le compromis, à la condition qu'il existe une connexité absolue d'origine entre la demande principale et la demande additionnelle : cette dernière ne constitue en réalité que le développement de la demande principale. Il en est de même de ce que l'on qualifie parfois de demandes subsidiaires, parce qu'elles sont implicitement comprises dans la demande principale. Si le tribunal ne

²⁸ A l'exception des tribunaux de prises, considérés comme juridictions internationales.

pouvait en disposer, il lui deviendrait impossible de juger le litige *intégralement*. Sa décision, au surplus, sera surtout une question de bonne foi et d'équité, en même temps que d'interprétation large du compromis.

Il en serait de même d'une demande additionnelle à une demande reconventionnelle.

Quant à la demande *reconventionnelle* (*counter-claim*), elle émane de la partie contre laquelle est dirigée la demande principale et tend à obtenir quelque chose de plus que le simple rejet des conclusions du demandeur. Là aussi, le principe de la recevabilité ne fait pas doute, mais, il convient encore d'exiger un lien de connexité entre la demande reconventionnelle et le fond du litige.

L'Institut de droit international, dans son règlement du 28 août 1875, (art. 17) repoussait le principe de l'admission toutes les fois que la reconvention n'avait pas été prévue par le compromis ou acceptée par les parties. Mérygnac l'admet au contraire et il a raison (p. 265 et suiv.). L'application du principe a été faite dans l'affaire des pêcheries de Béring, en 1892, entre les États-Unis et l'Angleterre. L'article 40 de l'ancien règlement de la CPJI paraît avoir été le seul texte qui en prévoit à l'époque la recevabilité dans les instances sur compromis et les conclusions des contre-mémoires. Cependant, l'article 63 du nouveau règlement semble ne les prévoir que dans les seules instances introduites par requête. Pourtant si la demande reconventionnelle présente évidemment le caractère de connexité, ce dont le juge décidera, il ne paraît ni opportun ni conforme à l'égalité des parties, de statuer sur la demande principale et non sur la demande reconventionnelle et le devoir du tribunal est de liquider le litige.

La demande reconventionnelle ne constitue en rien un nouveau procès et ne nécessite par conséquent aucune démarche diplomatique antérieure, ni bien entendu aucune modification dans la composition du tribunal. (Cette dernière question ne pourrait être soulevée, d'ailleurs, qu'à propos de la présence d'un juge *ad hoc* dans la CIJ²⁹.)

LES MESURES CONSERVATOIRES

79. On peut être légitimement tenté de rapprocher des demandes reconventionnelles celles qui visent les mesures provisoires ou conservatoires : elles sont en effet, le plus souvent, réclamées par l'une des parties.

Cet incident de procédure est prévu à l'Article 41 du Statut de la CIJ, à l'article 61 de son règlement, à l'article 19 des accords de Locarno, à l'article 33 de l'Acte général d'arbitrage.

L'Article 41 du Statut est ainsi conçu :

« La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire.

« En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité. »

Il résulte de l'article 61 du règlement que les mesures conservatoires peuvent être ordonnées par la Cour *proprio*

motu, aussi bien que sur requête des parties et éventuellement par le Président; que les décisions ainsi prises étant de nature contentieuse doivent, en principe être tranchées, comme les autres demandes incidentes, les parties entendues; qu'elles n'ont pas plus que les autres décisions d'avant dire, droit — dont elles constituent un type caractérisé — autorité de chose jugée³⁰.

On a pu se demander si des dispositions de ce genre pouvaient être transportées de la procédure des juridictions permanentes à la procédure d'un tribunal arbitral épisodique. Nous n'avons sur ce point aucun doute. L'article 33 de l'Acte général tranche la question :

« Dans tous les cas où le différend fait l'objet d'une *procédure arbitrale* ou judiciaire, notamment si la question au sujet de laquelle les parties sont divisées résulte d'actes déjà effectués, ou sur le point de l'être, la CIJ statuant conformément à l'Article 41 de son Statut, ou le *tribunal arbitral*, indiquera, dans le plus bref délai possible, quelles mesures provisoires doivent être prises. *Les parties en litige seront tenues de s'y conformer...* »

Cette solution est commandée par le rôle social du tribunal arbitral dans la sphère particulière de son activité.

Le professeur P. Guggenheim a fort bien mis en relief sur ce point, l'analogie avec le droit interne³¹; la filiation entre les mesures conservatoires et les traités Bryan de 1913 inspirés des débats de la Conférence de l'Union interparlementaire et de la pratique des commissions d'enquête³²; leur applicabilité à l'arbitrage; enfin, et surtout, leur influence possible sur le maintien de la paix publique internationale. Sous le régime de la SDN, la liaison avec l'activité du Conseil était déjà intéressante : elle l'est devenue beaucoup plus avec les dispositions de la Charte de San-Francisco, notamment les Articles 36, paragraphes 1 et 2, 37, 38, et particulièrement l'Article 40³³. L'action d'arbitres choisis par les parties pour

²⁹ Une demande en indication de mesures conservatoires peut être présentée à tout moment de la procédure. Elle doit spécifier les droits et situations de fait à préserver. La demande a priorité sur toutes autres et il est statué d'urgence à son sujet. Si la Cour ne siège pas, le Président la convoque et prend les mesures provisoires qui lui semblent urgentes. La Cour peut indiquer d'autres mesures que celles qui sont proposées. Le rejet d'une demande de ce genre n'empêche pas qu'il en soit présenté une nouvelle fondée sur des faits nouveaux. La Cour peut décider d'office les mesures conservatoires à prendre et être convoquée spécialement à ce sujet. La Cour peut, en tout temps, si les circonstances se modifient, rapporter ou reviser la décision intervenue. La Cour n'indique que les mesures conservatoires ou leurs modifications qu'après avoir entendu les parties.

³¹ Voir P. Guggenheim, *Les mesures provisoires de procédure internationales et leur influence sur le développement du droit des gens* (Sirey, 1931) et, en outre, le *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1932, II), vol. 40, p. 649.

³² Voir Fauchille, *Manuel*, t. I, n° 970.15. Myers, *The Wilson-Bryan Peace Plan*, 1913.

³³ « Afin d'empêcher la situation de s'aggraver, le Conseil de sécurité, avant de faire les recommandations ou de décider des mesures à prendre, conformément à l'article 39, peut inviter les parties intéressées à se conformer aux mesures provisoires qu'il juge nécessaires ou souhaitables. Ces mesures provisoires ne préjugent rien des droits, les prétentions ou la position des parties intéressées. En cas de non exécution de ces mesures provisoires, le Conseil de sécurité tient dûment compte de cette défaillance. »

²⁹ Voir Anzilotti, *La demande reconventionnelle en procédure internationale*, Clunet, 1930, p. 857.

rait ici servir de succédané à l'intervention du Conseil, en évitant de faire appel à un appareil trop lourd. Les prévisions du professeur Guggenheim se trouvent aujourd'hui encore pleines d'actualité.

TEXTE PROPOSÉ

On concevrait donc un texte ainsi conçu :

« L'arbitre ou le tribunal arbitral, et en cas d'urgence, son président, peuvent indiquer, lorsque les circonstances l'exigent, et au besoin *ex officio*, quelles mesures conservatoires des droits de chacun doivent être prises à titre provisoire. L'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties qui sont dans l'obligation de s'y conformer. »

DE L'INTERVENTION³⁴

80. En ce qui concerne l'intervention et la mise en cause, que l'on appelle quelquefois dans la procédure interne intervention forcée — ce qui ne peut avoir en droit international aucune signification — il convient de faire une distinction capitale entre la procédure devant les juridictions institutionnelles préconstituées d'une part, et les tribunaux d'arbitrage, d'autre part.

On est généralement d'accord pour admettre l'intervention devant les juridictions proprement dites, Cour permanente d'arbitrage ou CIJ, mais non la mise en cause qui soulève l'objection dirimante de souveraineté en matière de juridiction (réserve faite, bien entendu de la clause d'option de l'Article 36, paragraphe 2, du Statut de la CIJ). Encore n'admet-on l'intervention comme étant de droit que pour les signataires d'un même traité³⁵.

En revanche, la doctrine est d'accord pour n'admettre devant les tribunaux arbitraux ni la mise en cause, ni l'intervention. La raison généralement alléguée est toujours tirée de l'absence d'obligation des Etats en matière juridictionnelle et du droit de quasi propriété qu'auraient sur le litige les gouvernements plaideurs. Cette conception individualiste et même patrimoniale du recours juridictionnel, doit une fois de plus être rejetée. La véritable raison organique qui, en matière d'arbitrage, s'oppose à la mise en cause et à l'intervention (sauf accord bien entendu entre les parties et les gouvernements tiers) est d'une nature différente. Elle tient à l'étendue et au particularisme de la Société internationale dans laquelle le tribunal est institué. Ce tribunal, en effet, n'a de juridiction que dans les limites de la société internationale particulière formée par les deux Etats (ou les deux groupes d'Etats) en litige. Au-delà de ces limites, il n'existe plus d'autorité judiciaire compétente. Si un accord survenait entre les parties et des Etats tiers permettant à ces derniers de se porter parties jointes et de requérir une décision commune, il faudrait simplement en conclure que les pouvoirs du tribunal arbitral institué se sont élargis dans la mesure où la société internationale particulière constituée à cet effet s'est elle-même élargie.

Nous touchons ici une des lacunes irrémédiables de l'inorganicisme de la société internationale. Cette lacune ne peut être comblée que par l'institution de juridictions

proprement dites, c'est-à-dire institutionnelles et à tendances obligatoires, qui, elles, sont conçues implicitement comme des organes de la société internationale globale. C'est pourquoi l'intervention tend à s'affirmer devant elles et même, si les gouvernements montraient un peu plus de hardiesse, la mise en cause. Depuis son intégration dans la Charte de San-Francisco, la CIJ fournit le type de ces juridictions à vocation œcuménique. L'arbitrage, au contraire, demeure encore ce qu'il était dans la procédure romaine primitive : un succédané de la lutte de forces entre les plaideurs.

REMARQUES

81. A la différence des exceptions relatives à la recevabilité de l'instance qui doivent être présentées *in limine litis*, les demandes reconventionnelles ou additionnelles peuvent, semble-t-il, être admises à n'importe quel moment de la procédure écrite, y compris la duplique du défendeur. On peut même se demander si des conclusions ne peuvent pas être présentées au cours de la procédure orale et jusqu'à la fin des débats. L'affaire de Chorzow (arrêt n° 13 de la CPJI, série A, n° 17, p. 7) fournit un précédent en ce sens. Pareille latitude n'est cependant pas généralement acceptée par tous les auteurs et l'on admet en particulier que le tribunal puisse en cette matière prescrire des délais ultimes. Nous pensons, personnellement, que toute liberté doit lui être laissée de ce chef, même en présence de stipulations du compromis qui peuvent être suspectes d'avoir été introduites à dessein. Il importe à la liquidation du litige *dans son intégralité* que le tribunal reste entièrement maître sur ce point et qu'il accueille libéralement les demandes des parties.

TEXTE PROPOSÉ

82. Dans la plupart des contingences ci-dessus examinées, ce seront les circonstances de l'affaire qui commanderont l'attitude du tribunal. Il paraîtrait donc difficile de formuler à son égard des prescriptions obligatoires et inutile d'entreprendre une énumération forcément incomplète. On se contentera d'affirmer son indépendance nécessaire dans la direction des débats :

« Le tribunal arbitral, dans l'exercice de sa compétence et en vue de procurer la solution intégrale du litige, se prononce sur les exceptions relatives à la recevabilité des demandes principales ou incidentes et, notamment, des demandes additionnelles et reconventionnelles. Il peut, s'il l'estime nécessaire, prescrire des délais de présentation. »

PROCÉDURE PAR DÉFAUT

83. Bien que l'on considère souvent comme paradoxal qu'un gouvernement qui a consenti à recourir à l'arbitrage, constitué arbitre, collaboré à la constitution d'un tribunal, élaboré un compromis, puisse se soustraire aux débats ou faire défaut; le fait peut se présenter sous une forme plus ou moins directe puisque l'on a été obligé de songer à l'élaboration obligatoire du compromis, à la constitution automatique du tribunal et d'obvier au départ ou au retrait des arbitres. Il faut donc prendre parti sur la procédure par défaut lorsque l'abstention du gouvernement plaideur se produit après la constitution du tribunal.

³⁴ Voir P. Bastid, *Revue politique et parlementaire*, 1929, p. 100.

³⁵ Voir Convention de 1907, art. 84; Statut de la CIJ, Art. 62 à 63, et Règlement, art. 64 à 66.

Si on laisse de côté un certain nombre de textes anciens, prévoyant ces éventualités (Witenberg, *op. cit.*, p. 382 et suiv.) ainsi que les dispositions des traités de paix qui les mentionnent expressément pour la procédure des tribunaux arbitraux mixtes, le jugement par défaut est envisagé par l'article 40 du projet de Cour internationale des prises de 1907 et par l'Article 53 du Statut de la CIJ. Certaines affaires retentissantes, tel le litige entre le Costa-Rica et le Nicaragua relatif au Traité Bryan-Chamorro dans lequel la Cour après s'être déclarée compétente statua, par défaut, le 30 septembre 1913, montrent qu'il ne s'agit point ici d'une hypothèse. Nous avons fait allusion à d'autres défaillances voisines : l'affaire des optants hongrois, celle des Traités de Paris de 1947.

La seule question qui se pose est de savoir si la compétence ainsi reconnue à des juridictions permanentes doit être étendue à des tribunaux d'arbitrage épisodiques. Nous pensons que cela ne saurait faire doute.

On objectera peut-être que la persistance du gouvernement défaillant à s'abstenir de comparaître peut rendre, en fait, impossible le déroulement de la procédure. C'est l'éternelle objection que nous avons déjà rencontrée; mais la violation du droit ne saurait empêcher la proclamation du droit, toutes les fois qu'elle est possible et, dans le cas qui nous occupe, le tribunal dispose d'une sanction efficace lorsqu'elle peut être employée : permettre à l'adversaire de demander l'adjudication de ses conclusions, les lui adjuger, et même, en l'absence de conclusions en ce sens de l'intéressé, condamner par défaut le plaideur obstiné, toutes les fois que la religion du juge sera suffisamment éclairée.

TEXTE PROPOSÉ

Nous proposons donc, sans plus, de nous en tenir à une formule inspirée de l'Article 53 du Statut de la CIJ, en négligeant le paragraphe 2 qui peut être considéré comme superfétatoire :

« Lorsqu'une des parties ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens, l'autre partie peut demander à l'arbitre ou au tribunal de lui adjuger ses conclusions. L'arbitre ou le tribunal peuvent statuer eux-mêmes par défaut, *ex officio*. »

CLÔTURE DES DÉBATS

84. Aux termes de l'article 77 de la Convention de 1907 : « Les agents et conseils des parties ayant présenté tous éclaircissements et preuves à l'appui de leur cause, le Président ordonne la clôture des débats. »

Le délibéré vient ensuite (article 78 de la même convention).

La pratique de la CPJI, depuis l'affaire Mavrommatis, est de se réserver la possibilité de demander de nouvelles explications jusqu'à la fin du délibéré et de ne procéder qu'ensuite à la clôture des débats. C'est aussi la tendance de beaucoup de compromis et de règlements de commissions arbitrales, certains de ces textes prolongeant la faculté de demander des explications, même après la clôture des débats. Cette pratique nous paraît irrégulière. Celle de la Cour de La Haye, bien que débordant peut-

être l'Article 54 de son Statut, nous semble meilleure³⁶. L'arbitre ou le tribunal arbitral ne sont pas obligés de prononcer la clôture aussitôt après les plaidoiries. Ils s'assureront en délibéré qu'ils sont totalement éclairés, mais aussitôt cette certitude acquise, il sera plus régulier de prononcer officiellement la clôture et de mettre fin aux procédures qui exigent la collaboration des plaideurs.

Tous les juges ont le droit et le devoir de participer au délibéré. C'est une des phases du procès dans laquelle le départ ou le retrait d'un juge ne sauraient être tolérés. Le remplacement d'un juge à ce moment, même en cas de force majeure, paraît assez difficile. On voit mal comment un nouveau membre du tribunal pourrait être mis rapidement au courant des débats et des preuves, sans avoir collaboré au déroulement de la procédure. Nous préconisons donc qu'après la clôture des débats, aucun arbitre ne soit remplacé, en aucun cas. La voix prépondérante du surarbitre assurera, le cas échéant, la possibilité de rendre le jugement. En cas d'arbitre unique, la procédure est à reprendre.

Le délibéré doit avoir lieu à huis clos et être secret (art. 78 de la Convention de 1907; Article 54, par. 3, du Statut de la CPJI).

TEXTE PROPOSÉ

« Lorsque l'arbitre ou le tribunal se considèrent comme totalement éclairés, les agents, conseils et avocats ayant fait valoir tous les moyens qu'ils jugent utiles, la clôture des débats est officiellement prononcée. L'arbitre, ni aucun des membres du tribunal, ne peuvent être remplacés après la clôture des débats.

« Le délibéré auquel tous les membres du tribunal sont tenus d'assister reste secret. Il peut intervenir, en tout ou partie, avant la clôture des débats. »

Vient ensuite le prononcé de la sentence.

VI. — LA SENTENCE

85. Que la sentence juridictionnelle, disposant du fond du litige (*on its merits*), doive être écrite, soigneusement rédigée, lue en séance publique, et *motivée*, ce sont là choses acquises et passées en « force de droit », depuis un temps indéfini. Il paraît sans intérêt d'insister sur des points hors de contestation et suffisant de souligner la clause de la motivation. Une sentence non motivée n'est pas une sentence, mais une simple opinion.

Que des chefs d'Etat (le Roi de Prusse dans l'affaire de Portendick, ou le président Cleveland dans l'affaire Cerruti, en 1842 et 1897) aient rompu avec cette tradition, c'est une raison de plus pour déconseiller de les choisir comme arbitres. La sentence doit dire le droit, soit en se rapportant à la règle de droit international, telle qu'elle existe, soit dans les limites spécifiées par le compromis. Nous ne rechercherons pas ici quelles sources de droit l'arbitre doit appliquer, puisqu'il ne s'agit que

³⁶ « Article 54 : 1) Quand les agents, conseils et avocats ont fait valoir sous le contrôle de la Cour, tous les moyens qu'ils jugent utiles, le Président prononce la clôture des débats.

« 2) La Cour se retire en Chambre du conseil pour délibérer.

« 3) Les délibérations de la Cour sont et restent secrètes. »

de procédure, mais nous maintiendrons, avec force, que la sentence doit mentionner les règles auxquelles elle se réfère, sous peine de perdre toute autorité et de rendre difficile l'utilisation des voies de recours éventuelles³⁷.

Nous rappellerons que le juge international doit toujours pouvoir motiver sa sentence en équité, au sens étroit que nous avons ci-dessus donné à ce terme, car juger en équité, c'est encore juger en droit, surtout si l'on fait rentrer sous ce vocable l'application des principes généraux du droit, et « du droit commun international ». Mais ce sont là des considérations qui débordent la matière de ce rapport³⁸.

Le dispositif de la sentence doit retracer, au moins implicitement, la marche des débats et mentionner toutes les décisions prises par l'arbitre sur les points de fait ou de droit soulevés par les incidents, afin de fournir la justification des décisions juridictionnelles proprement dites.

LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

86. On rangera parmi les dispositifs de droit, l'allocation éventuelle des dommages et intérêts. La règle de droit ne saurait, bien entendu établir de barèmes; c'est le juge qui, dans chaque cas particulier, appréciera la nature et l'importance des réparations. En cela, il applique les principes généraux de droit (énumérés par exemple aux articles 1382 et suivants du Code civil français) qui, dans l'ordre juridique international, couvrent aussi bien la faute des agents ou organes de l'Etat que la responsabilité de ces derniers. Ces principes généraux exigent la *restitutio in integrum*, toutes les fois qu'elle est possible et à défaut la réparation par équivalence. Mais c'est un des points sur lesquels le compromis d'arbitrage ou les conclusions des parties peuvent avoir restreint la compétence normale du juge pour des motifs d'ordre politique, dans des limites que l'arbitre ou le tribunal seraient tenus de respecter.

Il en est de même en matière de répartition des frais et dépenses.

Il est toujours malsain, dans ce domaine, de froisser la susceptibilité des gouvernements en litige. Cependant, nous ne sommes pas partisan de la théorie qui distingue, en droit international, l'acte illicite et la faute. L'acte illicite est un agissement contraire au droit. Mais tout acte contraire au droit est une faute. Il nous paraît que sur ce point il y a lieu de laisser le droit jurisprudentiel arbitral évoluer d'une façon autonome, comme l'ont fait les différents systèmes de responsabilité en droit interne. Le droit international suit, croyons-nous, une évolution

parallèle à celle du droit interne qui comporte une distinction entre la responsabilité subjective pour faute et la responsabilité objective pour risque, en raison de la pratique du dédoublement fonctionnel qui fait de l'Etat et de ses organes les agents constants de la réalisation de l'ordre juridique international³⁹. Aujourd'hui, on ne peut plus soutenir, surtout depuis Nuremberg, que l'acte étatique couvre les responsabilités individuelles, mais seulement que la responsabilité de l'Etat double, à titre subsidiaire, celle de ses agents⁴⁰. Toutefois, dans ce domaine, les tentatives de codification peuvent être dangereuses et risquer d'arrêter l'évolution de la responsabilité internationale, comme on s'en est aperçu en 1930, lors de la tentative de codification de La Haye où ce problème a dû être abandonné. Nous pensons donc que c'est un des points sur lesquels l'avant-projet de la Commission doit rester muet d'autant qu'il ne s'agit pas d'une question de procédure.

LES OPINIONS DISSIDENTES OU INDIVIDUELLES

87. En revanche, il faut prendre position sur le problème de doctrine classique des *opinions dissidentes ou individuelles*. Ici, une fois de plus, s'accuse l'opposition des deux doctrines : celle de Lammasch qui tenait pour la liquidation définitive du litige et la nécessité d'éviter le doute sur la valeur de la sentence; celle de l'école des juristes apolitiques reprise par Blühdorn, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye⁴¹ et qui, selon la pratique anglo-saxonne, veut qu'une sentence arbitrale soit éclairée de façon à ne rien laisser dans l'ombre des « mérites » de la cause. Le problème se pose de la même façon devant un tribunal arbitral *ad hoc* et devant une juridiction préconstituée. Il ne paraît pas que la pratique soit douteuse, car elle date de l'arbitrage de l'Alabama et malgré la réaction tentée en 1907 par les partisans de l'arbitrage diplomatique (art. 79 de la Convention de La Haye) en faveur de « l'impersonnalité de la sentence », elle s'est perpétuée. Nous pensons qu'il y a là une coutume que l'on peut considérer comme acquise et qu'il faut définitivement consacrer le principe entériné dans l'Article 57 du Statut de la Cour internationale de Justice et l'article 74 de son règlement de procédure. Dans beaucoup de cas, les gouvernements verront même là une garantie susceptible de les engager à recourir à l'arbitrage puisqu'ils pourront prendre à témoin l'opinion, au moins celle des juristes, de la valeur de la sentence. Néanmoins, l'opinion est discutée, et c'est encore un des points sur lesquels le tribunal devrait s'incliner devant une disposition expresse du compromis. Mais nous pensons qu'un avant-projet de codification, sous bénéfice de cette dernière réserve, doit enregistrer le principe du droit pour les arbitres nationaux de motiver leur dissentiment et pour tous les juges d'exprimer leur opinion individuelle.

Il est également de règle que la sentence soit prise à la majorité des voix et que celle du Président ou du

³⁷ Nous dirons simplement que, selon nous, l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice considère, à tort, la jurisprudence internationale comme une source de droit simplement auxiliaire. La jurisprudence est créatrice de droit et l'Article 38 ne s'impose nullement à des arbitres. En revanche, les écrits de jurisconsultes ne constituent pas une source formelle de droit; pas plus que les consultations qui peuvent être produites devant le juge. Elles ont le poids des plaidoiries ou des mémoires, mais pas plus.

³⁸ Voir Habicht, « Le pouvoir du juge international de statuer en équité », Institut de droit international, session de Paris, 1934; Castberg, « La méthodologie du droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 43, (1933), t. I, p. 313. Voir aussi Eagleton, *The responsibility of States in International Law*.

³⁹ Voir Basdevant, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (1936, t. IV), p. 656 et suiv.

⁴⁰ Voir déjà le dégagement des responsabilités individuelles dans l'arbitrage de Casablanca : G. Gidel, R.G.D.I.P., 1910, p. 326, ainsi que le rapport de la Commission d'enquête, dans l'affaire du Dogger Bank, R.G.D.I.P., 1905, document, p. 4.

⁴¹ 1932, t. III, p. 141 et suiv.

surarbitre soit prépondérante (principe du *casting vote*⁴²). Il faut repousser formellement l'idée accueillie en 1899 par la première Convention de La Haye (art. 51) qui tenait compte pour le partage des voix des juges qui refusaient de voter. C'était leur restituer le droit de déport au moment le plus critique et la Convention de 1907 est revenue sur cette erreur.

LE DÉLAI

88. Bien que ce ne soit pas l'opinion commune (voir Witenberg, *op. cit.*, p. 287), nous avons dit déjà qu'il nous paraissait impossible d'admettre que le compromis impose au tribunal un délai de rigueur pour rendre sa sentence, car on ne peut abandonner la solution du litige à un accord des parties sur la prorogation des délais, ce qui aboutirait à laisser l'issue du procès au gré de la bonne volonté de celui des plaideurs qui, *in extremis*, jugerait sa cause compromise. La plupart des auteurs sont en sens inverse, même Mérignhac, que beaucoup persistent à considérer l'arbitrage comme un « contrat judiciaire » à la mode romaine entre parties souveraines. Selon nous, tout est commandé ici encore par l'obligation arbitrale et le tribunal n'est lié par des dispositions éventuelles du compromis que dans la mesure où il ne les juge pas inapplicables. C'est à lui seul qu'il appartient de savoir à quel moment il est définitivement en état de prononcer la sentence.

LES MESURES D'EXÉCUTION (CARACTÈRE OBLIGATOIRE ET CARACTÈRE EXÉCUTOIRE DE LA SENTENCE)

89. Le tribunal arbitral ou l'arbitre peuvent-ils indiquer dans la sentence les mesures d'exécution, de même qu'ils peuvent au cours de l'instance ordonner des mesures conservatoires? On est tenté sur ce point de raisonner par une sorte d'à-fortiori. Ce serait cependant dangereux.

Le rôle du juge est, en bonne technique juridique, distinct du rôle de l'agent exécutif et doit le demeurer. Les Etats qui ont souscrit une clause compromissoire ont renoncé à l'usage de leur compétence exclusive en matière juridictionnelle, pour tout ce qui concerne l'apurement du litige et c'est pourquoi nous avons pensé qu'ils devaient être considérés comme ayant conféré implicitement à l'arbitre une compétence administrative ou une « magistrature », pour prendre toutes les décisions indispensables à la découverte et à l'application du droit. Mais les limites de cette « abdication de souveraineté » est atteinte lorsque la sentence est rendue et ne saurait être franchie, sauf bien entendu en cas de stipulations conventionnelles plus larges dans le compromis ou dans des accords spéciaux qui, cette fois, devraient être explicites.

En technique juridique, l'acte juridictionnel est parfait, achevé, lorsque la conformité ou la non-conformité des prétentions des plaideurs avec la règle de droit a été vérifiée par le juge et proclamée avec autorité de chose

jugée⁴³. La « formule exécutoire » que l'on rencontre souvent dans le dispositif des jugements en droit interne, et qui *ordonne* aux agents de la force publique de mettre le pouvoir dont ils disposent au service du plaideur bénéficiaire de la sentence, a pu être considérée comme étant sans application, et même sans signification, dans l'ordre juridique international par suite de l'absence dans ce domaine d'un pouvoir exécutif institué. La doctrine quasi unanime pouvait se concrétiser dans cette formule classique : « la sentence internationale est juridiquement *obligatoire*; elle n'est jamais *exécutoire* ».

On ne saurait dire que ce soit encore aujourd'hui l'expression du droit positif. Déjà l'Article 13 du Pacte de la Société des Nations déclarait :

« ... 4) Les Membres de la Société s'engagent à exécuter de bonne foi les sentences rendues et à ne pas recourir à la guerre contre tout Membre de la Société qui s'y conformera. Faute d'exécution de la sentence, le Conseil propose les mesures qui doivent en assurer l'effet. »

L'Article 94 de la Charte de San-Francisco, beaucoup plus catégorique porte :

« 1) Chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice, dans tout litige auquel il est partie.

« 2) Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent, en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt. »

Le Pacte de la Société des Nations ne faisait guère que confirmer le droit de la partie gagnante d'exécuter elle-même la sentence (ce qui constitue une application du dédoublement fonctionnel), et de conférer au Conseil un embryon de pouvoir exécutif subordonné d'ailleurs à toutes les considérations politiques susceptibles de lui inspirer prudence. L'Article 94 de la Charte n'enlève pas au Conseil de sécurité cette compétence discrétionnaire en matière d'opportunité, mais les termes du texte sont autrement fermes et les possibilités d'action autrement larges, si l'on fait abstraction, bien entendu, des aléas du veto. Toutefois, on remarquera, d'une part, que ce texte ne vise que les arrêts de la Cour de La Haye, organe de l'Organisation des Nations Unies, et que contrairement à l'expression compréhensive de l'Article 13 du Pacte de la Société des Nations (« solution arbitrale ou judiciaire ») il ne vise pas l'arbitrage; que, d'autre part, son interprétation est très discutée, beaucoup d'auteurs soutenant qu'il ne s'applique que dans le cadre des dispositions du Chapitre VII, c'est-à-dire dans l'occurrence où la paix pourrait être menacée⁴⁴. Nous pensons qu'en pareil cas l'intervention du Conseil de

⁴² « Article 55 : 1) Les décisions de la Cour sont prises à la majorité des juges présents.

« 2) En cas de partage des voix, la voix du Président ou de celui qui le remplace est prépondérante. »

⁴³ Georges Scelle, *Droit international public*, éd. 1944, 2^e partie, chap. IV, p. 524 et suiv. La nature de l'acte juridictionnel pur apparaît nettement en matière d'arbitrage interne qui ne comporte pas par lui-même de formule exécutoire, non plus, d'ailleurs, que les jugements étrangers.

⁴⁴ Goodrich et Hambro, *Charter of the United Nations*, 1946, p. 263; éd. Hambro, *L'exécution des sentences internationales*, Liège, 1936; UNCIO, Comité IV/1, 20^e séance, Doc. 864, IV/1/71, UNCIO, vol. 13, p. 302.

sécurité en vue de la mise en force d'une sentence arbitrale correspond à l'esprit de la Charte, malgré le silence du texte, mais qu'on n'en peut pas déduire que l'Etat bénéficiaire de la sentence ait toujours le droit de réclamer l'intervention exécutive du Conseil dans tous les cas de défaut d'exécution ou de retard d'exécution de la sentence.

On sait qu'en droit interne il en est autrement et que toute sentence arbitrale qui, en soi, est simplement *obligatoire*, peut devenir automatiquement *exécutoire* par l'intermédiaire d'un juge ou d'un tribunal constitué qui lui donne l'*exequatur* (art. 1020 du Code de procédure français). Peut-on préconiser l'introduction d'une semblable règle dans un avant-projet de codification de la procédure arbitrale internationale ? On peut en douter. D'abord, il y a lieu de remarquer que c'est souvent une autorité judiciaire qui, en droit interne, appose l'*exequatur*. Non pas que cette autorité, en l'espèce, agisse comme juge et fasse un acte juridictionnel, elle n'a pas à contrôler le bien-jugé de l'arbitre : la sentence arbitrale a, par elle-même, autorité de chose jugée. Mais le magistrat chargé d'apposer l'*exequatur* doit tout au moins s'assurer que, du point de vue de la procédure, la sentence a été correctement rendue et possède une existence juridique. Si donc il était question d'incorporer à l'avant-projet de codification internationale une procédure d'*exequatur*, ce n'est pas devant le Conseil de sécurité, organe politique, qu'il faudrait songer à l'instituer, mais devant un organe judiciaire, et par exemple devant la CIJ. On devra alors se demander si cet *enforcement* de la sentence est réellement de la nature de l'arbitrage international et ne serait pas de nature à lui enlever beaucoup de sa souplesse et son caractère traditionnel d'institution de « bonne volonté ». On remarquera que c'est à peine si l'on peut citer un ou deux cas exceptionnels et peu graves de refus d'accomplissement de la sentence et qu'il peut paraître inutile de prévoir une disposition apparemment draconienne pour une éventualité rarissime. Enfin, l'organisation des recours dont il va être maintenant question peut être de nature à combler, en grande partie, la lacune de l'exécution forcée.

Sur ce point encore, il semble donc inutile de surcharger l'avant-projet de dispositions propres à engendrer des controverses.

LES POUVOIRS RÉGLEMENTAIRES

90. Pour des raisons analogues, nous n'insisterons pas sur l'éventualité de confier à l'arbitre des pouvoirs réglementaires, eux aussi de nature extra-juridictionnelle et même extra-judiciaire.

Depuis l'arbitrage fameux des phoques à fourrure de la mer de Béring, il paraît démontré qu'il convient de laisser aux juges leur rôle de juges sans les surcharger de tâches techniques qui ne sont pas de leur compétence. La CPJI a fait des expériences identiques — ou plutôt a marqué une répugnance à les faire — dans le litige franco-suisse des zones franches. Il se peut que les gouvernements en litige obéissant à la loi du moindre effort persistent dans un compromis à confondre les limites des fonctions de juge et de celles d'administrateur. On ne peut évidemment pas les en empêcher. Tout au moins ne convient-il pas de les y encourager. C'est par voie d'accord entre eux et sur les bases de la

sentence une fois rendue, qu'ils devraient constituer les commissions techniques *ad hoc* pour réglementer leurs rapports ultérieurs dans le domaine dont il s'agit. *Tentatively*, nous serions seulement partisan d'une disposition indicative en ce sens.

TEXTE PROPOSÉ

91. Sous le bénéfice des observations qui précèdent, nous serions disposé à proposer des textes analogues aux suivants :

« La sentence arbitrale doit être prononcée dans les délais fixés par le compromis ou le tribunal arbitral, celui-ci gardant le droit de proroger ces délais dans une limite raisonnable, s'il l'estime indispensable à éclairer son jugement.

« La sentence arbitrale doit être rédigée par écrit, lue en séance publique, et soigneusement motivée. Elle doit retracer dans son dispositif les phases successives de l'instance, mentionner les règles juridiques ou les principes d'équité sur lesquels elle est basée, ainsi que toutes les décisions qui ont été prises sur les points de fait ou de droit sous forme d'ordonnances de procédure, jugements sur incidents et mesures conservatoires.

« Les mesures de réparation éventuelles ou allocations de dommages et intérêts seront spécifiées avec soin, de même que la répartition des frais et dépens et conformément aux dispositions du compromis s'il en contient.

« Les arbitres sont autorisés à joindre leurs opinions individuelles ou dissidentes, à moins que le compromis le leur interdise explicitement.

« La sentence est strictement obligatoire et doit être exécutée de bonne foi. A moins d'en être expressément investis par accord des parties, l'arbitre ou le tribunal ne disposent pas d'une compétence réglementaire, soit en ce qui concerne l'exécution de la sentence, soit en ce qui concerne l'aménagement des rapports ultérieurs des parties, dans la matière qui a fait l'objet du litige. »

VII. — LES RECOURS

L'AUTORITÉ DE CHOSE JUGÉE

92. La sentence arbitrale possède l'*autorité de la chose jugée*.

« La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. » (Art. 59, Statut de la CIJ.)

Cette autorité est donc *relative* et, selon la doctrine traditionnelle, la question ne se pose même pas, en droit international, de savoir qu'il est des circonstances où cette autorité peut être absolue. Ce problème ne pourrait se poser que dans un milieu social fortement intégré où la juridiction des tribunaux institués est obligatoire et où les situations juridiques entachées de nullité ou d'inexistence peuvent être détruites *erga omnes* par décision judiciaire. Ainsi en droit français pour les questions d'état ou de capacité, et en droit administratif à la suite du recours pour excès de pouvoir.

En droit international, l'arbitrage étant rendu par une juridiction instituée dans une société particulière, l'autorité absolue de la chose jugée existe cependant dans un certain sens. Elle existe à l'égard des agents et personnes juridiques qui se trouvent englobés dans cette société particulière : gouvernants, agents, organes étatiques, personnes morales et physiques, ressortissant aux Etats entre lesquels l'arbitrage a été institué. Mais l'on parle d'autorité *relative*, parce que les Etats sont considérés comme des personnes du droit international et qu'en ce qui concerne les Etats tiers, il ne peut y avoir d'extension des effets de la sentence que dans la mesure où il y a eu intervention ou mise en cause, ce qui en matière d'arbitrage ne saurait être que très exceptionnel (voir ci-dessus, par. 80). Mais il importe cependant de souligner que la sentence arbitrale *domine* le droit interne des parties en litige, dans toute la mesure où elle s'impose aux parties et doit être assimilée sur ce point à un traité. C'est sous le bénéfice de cette observation que l'on peut admettre l'effet relatif de la chose jugée.

Pour les mêmes raisons, certains recours du droit interne sont ici inimaginables. Il en est ainsi notamment de la « tierce opposition », procédure destinée à permettre à un tiers qui n'a pas pu faire valoir ses droits devant le juge de s'opposer à l'exécution du jugement en ce qui le concerne, et de faire rouvrir le litige. Sans doute un jugement arbitral peut créer un préjugé défavorable aux droits d'un Etat tiers; mais la sentence rendue est toujours pour lui *nulle et non avenue*. Tout fondement fait donc défaut à la tierce opposition.

Les seuls recours que l'on puisse envisager, seront : le recours en interprétation; le recours en appel ou cassation; le recours en revision.

LE RECOURS EN INTERPRÉTATION

93. Le recours en interprétation n'est pas, à proprement parler, un recours contre la sentence : c'est plutôt une procédure de confirmation. Elle se heurte cependant à une objection d'ordre général visant tous les recours quels qu'ils soient, lorsqu'il s'agit d'auteurs professant la croyance à l'arbitrage contractuel. L'arbitre serait institué par les parties en vue du jugement d'une affaire déterminée et lorsqu'il a rendu sa sentence ses pouvoirs expirent, sa compétence est épuisée. L'arbitre n'est nommé que pour le temps fixé par les parties, surtout si un délai a été prévu pour rendre la sentence.

Certains systèmes internes, et notamment le Code de procédure français, ont la même conception. L'article 1021 du Code de procédure déclare que la solution des difficultés relatives à l'exécution du jugement arbitral appartiennent non pas à l'arbitre, mais au tribunal qui a donné l'*exequatur*, ce qui implique qu'il en est de même de l'interprétation.

Cette thèse formaliste est techniquement vicieuse. Le tribunal arbitral ne saurait être institué à temps, mais en vue d'une tâche à remplir qui est de résoudre un litige, et la solution du litige inclut l'interprétation éventuelle de la sentence. Si la difficulté d'interprétation se présente aussitôt après le prononcé du jugement, il semble naturel que les parties demandent immédiatement sa clarification. Pourquoi en serait-il autrement après un laps de temps écoulé et si la difficulté apparaît en cours d'exécution ? Comment un autre tribunal qui n'a pas

connu de l'affaire serait-il qualifié pour interpréter la sentence arbitrale ? Le droit international admet ici une solution logique et applique la maxime : *ejus est interpretari cujus est condere*. C'est la bonne solution et nous la reproduisons telle qu'elle se trouve dans l'article 82 de la Convention de 1907, en supprimant simplement l'incidente facultative qu'elle contient :

« Tout différend qui pourrait surgir entre les parties concernant l'interprétation et l'exécution de la sentence sera [sauf stipulation contraire] soumis au jugement du tribunal qui l'a rendue. »

Il se peut seulement qu'il soit impossible matériellement de recourir au même arbitre ou de reconstituer le tribunal originaire. En ce cas, il ne reste d'autre solution que de recourir à un tribunal international préconstitué, Cour internationale de Justice, ou Cour permanente d'arbitrage. L'institution d'un nouveau tribunal arbitral entraînerait de trop longs délais et, répétons-le, paraît contre-indiquée.

L'Acte général d'arbitrage porte, article 41 : « Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent acte, y compris ceux relatifs à la qualification des litiges et à la portée des réserves éventuelles, seront soumis à la Cour internationale de Justice. »

Ce n'est qu'une application du principe.

TEXTE PROPOSÉ

« La sentence arbitrale est immédiatement obligatoire pour les Etats parties au litige et pour tous ressortissants et organes de ces Etats.

« La sentence arbitrale n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.

« Tout différend qui pourrait surgir entre les parties concernant l'interprétation et l'exécution de la sentence, sera soumis au jugement du tribunal qui l'a rendue. Au cas où il s'avérerait matériellement impossible de le constituer à nouveau, le litige serait porté, au choix des parties, soit devant la CIJ, soit devant la CPA. En cas de non accord, la CIJ sera compétente. »

Nous allons maintenant retrouver des analogies avec le droit interne, en ce qui concerne les recours proprement dits dont il nous reste à nous préoccuper.

LES DEUX THÈSES POUR ET CONTRE L'IMMUTABILITÉ DE LA SENTENCE

94. Une fois de plus, s'affrontent ici les deux thèses de l'arbitrage diplomatique et de l'arbitrage juridictionnel. « *Nothing is settled until it is settled right* » dit la première, et la seconde disait encore, en 1907 : « La sentence dûment prononcée et notifiée aux agents des parties *décide définitivement et sans appel* de la contestation. » C'est contre cette seconde doctrine que nous nous élevons. Déjà, même en 1907, elle ne l'emporta pas sans lutte, et ne l'emporta pas totalement, car il avait bien fallu prévoir l'éventualité des différends au sujet de l'interprétation et de l'exécution de la sentence (voir ci-dessus, par. 93) et surtout celle de la surveillance d'un fait nouveau exigeant une instance en revision (art. 83 de la Convention de La Haye). Dans les deux cas le recours était porté devant le tribunal qui avait

rendu la sentence⁴⁵. L'Article 60 du Statut de la CIJ s'exprime de même⁴⁶ et la procédure d'arbitrage du Pacte de Bogota adopte un point de vue très voisin, en dépit de sa contemporanéité⁴⁷.

Sur les deux chefs, l'appel et la revision, il importe de prendre position dans un sens conforme au progrès du droit et de la technique juridique.

LE PROBLÈME DE LA REVISION

95. Le problème de la revision est le plus mûr. C'est un des cas où selon « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », il est impossible de ne pas faire céder le principe de l'autorité de la chose jugée. La raison d'être de ce principe, c'est qu'il est nécessaire socialement que les litiges aient un terme et qu'il importe à l'ordre public que l'ordonnement juridique soit stabilisé sur les points où il est devenu douteux, c'est-à-dire *litigieux*. L'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que le procès soit repris, tout au moins entre les mêmes parties et sur la même base. Mais il faut bien constater que ce principe constitue une présomption ou une hypothèse : l'hypothèse du bien-jugé⁴⁸. Cette présomption, en principe irréfragable, cesse de l'être lorsque la preuve est matériellement faite et de notoriété publique que le juge ou l'arbitre *n'ont pas pu* juger en connaissance de cause parce qu'ils n'étaient pas en possession de tous les éléments nécessaires à fonder leur conviction et qu'il s'est produit, notamment, un fait nouveau « de nature à exercer une influence décisive sur la sentence et qui lors de la clôture des débats était inconnu du tribunal lui-même » (art. 83 de la Convention de 1907). En ce cas, le trouble est si grave dans l'opinion publique que l'hypothèse du bien-jugé devient inacceptable et qu'il faut, de toute nécessité, sacrifier la stabilité sociale à la justice.

PROCÉDURE

96. La technique procédurale de la revision varie avec les pays, mais le principe en est universel, partout du moins où l'idée de justice l'emporte sur celle d'arbitraire. En droit interétatique, la notion s'impose d'autant plus que le procès entre gouvernements met en jeu des intérêts collectifs puissants et ne se perd pas dans la foule innombrable d'instances judiciaires, comme il en est des procès entre particuliers. Le litige est connu; le fait nouveau patent; le maintien de la sentence serait scandaleux : la nécessité de la revision s'est imposée, même aux tenants de l'arbitrage diplomatique.

Seulement, ses adeptes ont tenu à l'encadrer de restrictions précautionneuses dont certaines se justifient et d'autres pas.

⁴⁵ Voir ci-dessous, dans le texte.

⁴⁶ « Article 60 : L'arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter à la demande de toute partie.

« Article 61 : La revision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait..., etc.

⁴⁷ « Article 46 : ... La décision dûment prononcée et notifiée aux parties réglera définitivement le différend, sera sans appel, et devra recevoir exécution immédiate. »

⁴⁸ La même présomption existe en matière législative, c'est l'hypothèse du bien légiféré. La véritable base du caractère obligatoire de la loi, c'est qu'elle est hypothétiquement conforme à la nécessité sociale.

Selon l'article 83 de la Convention de La Haye de 1907, la revision n'était possible que si le compromis avait réservé aux parties le droit de la demander. Cela est inacceptable, d'abord parce que contraire à la raison d'être de la revision, ensuite parce qu'illogique; le propre du fait nouveau étant d'être imprévisible, à moins qu'on ne veuille donner une prime au dol de l'une des parties ou à une comédie judiciaire de la part des deux.

En revanche, on considérera comme parfaitement logique, surtout en matière arbitrale et internationale, que la revision soit exclue lorsqu'elle est demandée de mauvaise foi par une partie qui connaissait un fait ou le document ignoré de son adversaire. L'irrecevabilité est la sanction de la mauvaise foi, surtout dans une procédure qui est, avant tout, une procédure de bonne foi. Le Statut de la Cour internationale de Justice (Art. 61)⁴⁹ laisse tomber à juste titre la faculté pour les parties de prévoir la revision : celle-ci doit être considérée comme étant *de droit*. L'Article 61 maintient, au contraire, et précise que la sanction de l'irrecevabilité s'étend non seulement au dol, mais à la faute. En ce qui concerne la faute, cette solution est excessive, car elle peut être de nature à empêcher la revision dans des cas assez nombreux. Or, la revision n'est pas seulement d'intérêt particulier, et destinée à protéger le plaideur débouté; elle est aussi, et surtout, d'intérêt public international. Il faut s'élever contre cette conception exagérément individualiste du procès considéré comme le patrimoine des parties : l'apurement du droit a un but social avant d'avoir un but individuel. Nous admettons l'irrecevabilité à titre de sanction quand il y a dol, mais non quand il y a simple faute, à moins qu'il ne s'agisse de la faute lourde qui confine au dol, ce dont le tribunal sera juge. En ce qui concerne la faute ordinaire ou légère, il faut sortir du formalisme et revenir à l'équité.

97. *L'instance en revision* doit être portée devant le tribunal ou l'arbitre qui ont occupé dans l'affaire. Cette règle aussi est normale. Aucun obstacle à saisir le tribunal originaire puisqu'il ne s'agit pas d'un mal jugé qui lui incombe. Ici encore cependant peut surgir l'impossibilité de saisir l'arbitre originaire ou de reconstituer le tribunal. Cette difficulté ne peut se présenter devant une juridiction permanente préconstituée et c'est pourquoi le Statut de la CIJ n'en parle pas. S'il s'agit d'un tribunal *ad hoc* ou d'un arbitre, et qu'il soit matériellement impossible d'y recourir, nous pensons que, comme en matière d'interprétation, il faut faire appel à une juridiction préconstituée.

⁴⁹ « Article 61 : 1) La revision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la revision sans qu'il y ait de sa part faute à l'ignorer.

« 2) La procédure de revision s'ouvre par un arrêt de la Cour constatant expressément l'existence du fait nouveau, lui reconnaissant les caractères qui donnent ouverture à la revision et déclarant de ce chef la demande recevable.

« 3) La Cour peut subordonner l'ouverture de la procédure en revision à l'exécution préalable de l'arrêt.

« 4) La demande en revision devra être formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau.

« 5) Aucune demande de revision ne pourra être formée après l'expiration d'un délai de 10 ans à dater de l'arrêt. »

L'institution d'un nouvel arbitre ou d'un nouveau tribunal d'arbitrage, outre les lenteurs qu'elle comporte, paraît contre-indiquée.

On sait, en effet, que la procédure de revision se décompose en deux phases : celle de la recevabilité ; celle du jugement. Ces deux phases sont nécessaires, la première étant destinée à la constatation du fait nouveau et de sa portée barre la route aux instances en revision injustifiées ou hasardeuses. Si le tribunal originaire ne peut être reconstitué, la demande en revision peut servir de prétexte à la réouverture d'une instance contrairement au principe de la chose jugée et devant un tribunal qui n'ayant rien connu de l'affaire précédente n'est pas qualifié pour apprécier la portée du fait nouveau. Mieux vaut, en ce cas, s'adresser à des institutions ayant fait leurs preuves de stabilité et d'impartialité. Là encore on pense à la CIJ ou à la CPA et bien entendu, si elles sont saisies de la demande en recevabilité, elles doivent l'être aussi du fond du litige, c'est-à-dire de la revision.

98. Il est un dernier point sur lequel nous pensons impossible de nous rallier aux solutions traditionnellement acceptées : c'est celui de la *prescription* de l'instance en revision. Que l'on exige que la demande soit formulée dans un court délai, à partir de la découverte du fait nouveau, cela est légitime : par exemple, le délai de six mois prévu à l'Article 61 du Statut de la CIJ. Mais que l'on prévoie une prescription de l'instance, soit dans le compromis, soit en vertu d'une stipulation de forclusion dans l'acte de codification, cela est, selon nous, inacceptable. La seule éventualité susceptible de prescrire la revision, c'est la disparition de sa raison d'être, c'est-à-dire l'absence de réaction de l'opinion publique, soit parce qu'il n'y a pas eu scandale, soit parce que l'équité n'est pas en cause, soit parce que l'intérêt du litige s'est évanoui dans le temps. Ces circonstances sont abstraitement imprévisibles et tout dosage de la prescription est en droit international impossible à faire (voir ce que nous avons dit ci-dessus, par. 75). Nous proposons donc de faire de la prescription extinctive en matière de revision une question de recevabilité et d'en laisser l'appréciation au tribunal chargé de se prononcer sur elle.

TEXTE PROPOSÉ

99. Nous proposons le texte suivant :

« La revision de la sentence peut toujours être demandée nonobstant toute clause contraire du compromis, à raison de la découverte d'un fait nouveau de nature à exercer une influence décisive sur la solution du litige et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu de l'arbitre ou du tribunal, ainsi que de la partie qui demande la revision.

« La procédure de revision s'ouvre par un arrêt du tribunal saisi constatant l'existence du fait nouveau et statuant sur la recevabilité. Le tribunal statue ensuite sur le fond. L'arrêt sur la recevabilité statuera également sur la prescription éventuelle de l'instance.

« La demande en revision devra être portée devant l'arbitre ou le tribunal qui auront rendu le jugement originaire. Dans le cas où il serait impossible de reconstituer ce tribunal, l'instance en revision sera portée devant la CIJ ou la CPA, comme il est dit à l'article XIV en matière d'interprétation.

« La demande en revision doit être formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau. »

L'INSTANCE D'APPEL OU DE CASSATION

100. Le professeur J. W. Garner, dans un remarquable article déjà vieux de près de 20 ans⁵⁰ a montré comment la pratique de l'arbitrage abandonnée aux fantaisies politiques des parties était un fait anarchique, de nature à compromettre l'autorité de la jurisprudence internationale, et aussi dangereuse pour la paix que l'arbitraire. Il n'y a de pacification que par la justice. Nous touchons ici le point culminant de cette tendance vers la « juridictionnalisation » de l'arbitrage à laquelle obéissait jusqu'à ces derniers temps l'évolution du droit international et qui inspire ce rapport. On n'élimine pas un différend par un arrêt quelconque : il y faut une sentence entourée de toutes les garanties juridiques et sociales. Etant donnée la fréquente insuffisance des tribunaux arbitraux dont la composition risque d'être souvent le résultat d'un compromis, la *nécessité* d'une seconde instance doit être substituée à l'ancienne conception selon laquelle la sentence arbitrale est définitive et sans appel.

Ce principe a été admis par l'Institut de droit international européen⁵¹, par l'Institut de droit international américain, par la quasi unanimité des auteurs qui ont étudié le problème à fond, bien qu'ils restent divisés, soit sur l'étendue des recours, soit sur la procédure de son organisation⁵².

On sait aussi que le problème a été discuté dans toute son ampleur à la SDN, en 1928 et 1931, devant la Première Commission de l'Assemblée, après étude par un Comité où siégeaient des juristes de l'envergure de MM. Basdevant, Gaus, Pilotti, Rundstein, Erich, Raestad. Ces discussions et ces études aboutirent cependant à un échec, car il s'agit là d'une des questions les plus compliquées et les plus délicates. Nous ne prendrons parti ici que sur le principe et non sur la nature des différents vices qui peuvent affecter une sentence arbi-

⁵⁰ Voir "Appeal in cases of alleged invalid awards", *American Journal of International Law*, 1932, p. 126.

⁵¹ Voir *Annuaire de l'Institut de droit international* (1927. II. P), p. 590 et suiv., 768 et suiv., session de Lausanne et session de New-York (1929, I), p. 489, rapport E. Borel.

⁵² Voir Erich, « Le projet de conférer à la Cour permanente de Justice internationale les fonctions d'une instance de recours », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1931, vol. XII, p. 268; E. Borel, « Les voies de recours contre les sentences arbitrales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1935), vol. 52, p. 5-104, S. Rundstein, « La Cour permanente de Justice internationale comme instance de recours », *ibid.* (1933), vol. 43, p. 5-113; Verzijl, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Revue de droit international* (1935), p. 284; R. V. Caballero de Bedoya, « La question de la Cour permanente de Justice internationale comme instance de recours », *ibid.*, 1932, p. 142; A. de Lapradelle, « L'excès de pouvoir de l'arbitre », *ibid.*, 1928, p. 5 et suiv.; Briery, « The Hague Convention and the nullity of arbitral awards », *British Year Book of International Law*, 1928, p. 116; Raestad, « Les recours à la Cour permanente de Justice internationale contre les sentences des tribunaux arbitraux mixtes pour cause d'incompétence ou d'excès de pouvoir », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1932, vol. XIII, p. 302-325; Lauterpacht, « The legal remedy in case of excess of jurisdiction », *British Year Book of International Law*, 1928, p. 120; D. Schindler, « Les progrès de l'arbitrage international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1928), vol. 25, p. 237-359.

trale, ce qui nous entraînerait bien au-delà des limites possibles de ce rapport. Nous préconiserons également, cela va sans dire, une procédure à suivre pour intenter le recours. Ajoutons seulement que dans plusieurs traités, la pratique a déjà enregistré des recours de ce genre, sans se préoccuper bien entendu d'en approfondir la nature juridique⁵³.

101. Les arguments que l'on met encore quelquefois en avant pour combattre le principe d'une instance nouvelle en matière d'arbitrage sont les suivants :

En l'absence de stipulation formelle des parties, on doit admettre que celles-ci se sont mises d'accord pour soumettre le litige à une instance arbitrale, mais non pas à deux, et que le principe de souveraineté est ici en jeu;

Qu'instituer une seconde instance, surtout s'il s'agit de la porter devant un tribunal permanent préexistant, telle la CIJ, c'est faire perdre à l'arbitrage son sens originaire, le ramener à la juridiction obligatoire, et en même temps placer l'arbitre dans une posture humiliée en l'enfermant dans une hiérarchie judiciaire;

Qu'enfin, l'actuelle société internationale n'est pas dans un état d'intégration politique ou de préparation psychologique propre à enregistrer une semblable évolution.

Ce dernier argument est le plus puissant et sans doute convient-il de n'être pas trop systématique si l'on veut faire œuvre utile.

Quant aux autres objections, on répondra une fois de plus qu'il n'est pas vrai que les parties se soient mises d'accord pour un unique procès, à moins qu'elles ne l'aient expressément prévu : elles se sont mises d'accord pour *vider le litige*. Or, il est des cas où manifestement la sentence rendue est inacceptable et par conséquent où sa critique est légitime. En telle occurrence, même si elle est exécutée, le litige ne sera pas réellement vidé et laissera subsister un malaise international; ou bien il y aura une telle résistance dans l'opinion, non seulement du pays défavorisé par la sentence, mais dans l'opinion publique internationale, que l'exécution pourra être indéfiniment différée ou même refusée. Or, cela non plus n'est pas acceptable. Mais il reste que si l'on se borne à instituer un tribunal permanent et préexistant pour juger au fond en appel ou en cassation, on altère certainement la nature coutumière de l'arbitrage. Nous proposerons donc une solution nuancée.

LES CAUSES D'INVALIDITÉ DE LA SENTENCE

102. Nous ne pensons pas qu'il faille pour cela distinguer entre les différentes causes d'invalidité de la sentence. Tous les vices dont elle est susceptible doivent pouvoir motiver la réouverture de l'instance, contrairement à ce que l'on semble avoir cru à Genève où les débats ont oscillé entre certaines audaces et certaines discussions scolastiques. On ne gagne rien à vouloir réserver l'arbitraire par exemple en ce qui concerne l'application du droit, tout en l'éliminant en ce qui concerne l'excès de pouvoir ou la décision *ultra petita*. Qu'il s'agisse de la corruption de l'arbitre ou de son parti pris, de l'incompétence du tribunal, qui peut être totale, ou ne consister qu'en un dépassement partiel de compétence, sur un point particulier, d'un vice de forme qui lui aussi

peut être mineur ou majeur, enfin, d'une mauvaise application du droit, soit des normes générales du droit international, soit des règles qui avaient été assignées à l'arbitre, par exemple dans le compromis, ou dans des stipulations d'équité ou d'amiable composition — tous ces vices doivent pouvoir être dénoncés et examinés en seconde instance. Incompétence, vice de forme, fausse application du droit, telles sont les causes de réforme ou de nullité que le droit administratif français synthétise dans la même notion générale d'*excès de pouvoir*.

Le point important est celui-ci : on ne saurait admettre qu'une sentence rendue demeure contestée et à fortiori inexécute. La partie défavorisée par le jugement originaire, quelque conscience qu'elle puisse avoir de son bon droit, *ne peut être juge de ses juges*. Le gouvernement qui conteste la validité d'une sentence n'a pas d'autre droit que celui de demander l'ouverture d'une nouvelle instance. S'il ne le fait pas, cela seul suffit à faire douter de sa bonne foi, et en tout cas il doit exécuter. A Genève, on avait été tenté, pour rendre la partie plus égale, d'accorder à l'adversaire du plaideur débouté qui se refuserait à proposer une nouvelle instance le droit de la demander lui-même afin de renforcer sa situation. Nous pensons qu'il y a là une complication inutile et que de même qu'en droit interne c'est à la partie perdante d'intenter en tant que demandeur la seconde instance, ou sinon, de se conformer à la sentence. Bien entendu, si les deux parties sont également mécontentes de la sentence originaire, rien ne les empêche de s'entendre pour instituer un nouvel arbitrage.

INAPPLICABILITÉ DES RECOURS DE DROIT INTERNE

103. En droit interne, notamment en droit français, le plaideur débouté par la sentence arbitrale originaire dispose de deux moyens d'action. Il peut, en premier lieu, faire opposition à l'*exequatur* devant le juge qui est chargé de l'octroyer; il peut en second lieu intenter les recours de droit commun devant les tribunaux institutionnels de la hiérarchie judiciaire (art. 1028 du Code de procédure). L'adaptation à ce système nous paraît peu recommandable. En ce qui concerne l'action en nullité devant le juge chargé de donner l'*exequatur*, elle soulève la question du caractère exécutoire des jugements internationaux dont nous savons déjà qu'il n'y a pas lieu pour la Commission de se préoccuper (voir ci-dessus, par. 89). En ce qui concerne les recours de droit commun, le système interne fait rentrer l'arbitre dans la hiérarchie judiciaire, ce qui, répétons-le, paraît peu en harmonie avec la nature intrinsèque de l'arbitrage international. Il faut laisser une plus grande latitude aux parties et plus de souplesse aux recours.

Il semble également que, dans beaucoup d'études entreprises sur ce problème, et notamment à Genève, il y ait eu une certaine indécision d'idées due à la confusion des différents recours entre eux. On a parfois confondu la voie d'appel et la voie de cassation. Il est même arrivé parfois que l'on confonde l'appel et la revision, même dans les termes. Il y a appel lorsque le tribunal constitué en nouveau degré de juridiction a compétence pour substituer sa sentence sur les faits et sur le fond à celle qui lui est déférée, ou la réformer. Il y a cassation, au contraire, lorsque le nouveau tribunal se borne à examiner si le jugement a été correctement rendu en droit et s'il n'y a pas eu vice de procédure ou de forme, et

⁵³ Voir K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, chap. VII, et Witenberg, *op. cit.*, III^e partie, chap. VI.

déclare le jugement nul, mais sans lui substituer le sien. En ce cas, mais en ce cas seulement, les parties sont rétablies dans le *statu quo ante*, c'est-à-dire dans l'état litigieux où elles se trouvaient avant la sentence originale, et il faut nécessairement recommencer le procès. En ce cas, il n'est pas logiquement nécessaire que le tribunal qui a prononcé la nullité soit aussi celui qui réforme la sentence.

On inclinerait donc à proposer, comme en matière de revision, bien que la situation soit juridiquement différente, que le tribunal appelé à statuer en seconde instance sur l'invalidité totale ou partielle d'une sentence arbitrale peut le faire en deux temps : en se prononçant d'abord sur la *recevabilité* du recours, et sur la nature du vice dont il estime la sentence originale entachée, puis en second lieu, au cas où compétence lui aura été conférée à cet effet, sur le fond du litige dont il se trouvera saisi en seconde instance.

Afin de respecter la nature traditionnelle de l'arbitrage, on ne ferait intervenir obligatoirement un tribunal permanent et préconstitué (CIJ ou CPA) que dans le cas où les parties ne seraient pas parvenues à un accord pour constituer librement le tribunal de seconde instance. Et en outre, lorsque la Cour internationale de Justice se serait prononcée sur la nullité, c'est-à-dire sur le renvoi des parties au *statu quo ante*, on admettrait encore que le renvoi de l'affaire puisse avoir lieu devant un arbitre ou un tribunal institué par les parties, au cas où elles le préféreraient.

De toute façon, le tribunal chargé de se prononcer sur la recevabilité du recours aurait seul le droit de suspendre l'exécution de la sentence arbitrale originale ou de prendre les mesures conservatoires nécessaires, afin que le recours ne devienne pas un moyen détourné de se refuser à l'exécution.

TEXTE PROPOSÉ

104. C'est sous le bénéfice de ces observations que nous proposerions un texte analogue au suivant :

« Toute contestation sur la validité de la sentence, quels que soient les vices allégués, doit être soumise à une nouvelle instance juridictionnelle par la partie qui allègue cette invalidité. Ce recours doit être intenté dans un délai très bref, après le prononcé de la sentence (six semaines ?) et n'est pas suspensif de l'exécution, à moins que le nouvel arbitre ou la juridiction saisie n'en décident autrement en ordonnant les mesures provisoires ou exécutoires nécessaires.

« Toute partie qui conteste la validité d'une sentence arbitrale doit proposer à cette fin à son adversaire la constitution d'un nouvel arbitre ou d'un nouveau tribunal qui sera faite dans les conditions prévues à l'article II du présent règlement, à moins que les parties ne préfèrent s'adresser à la CIJ ou à la CPA. En cas de désaccord entre elles, la CIJ pourra être saisie par voie de requête directe par le demandeur au recours.

« Le tribunal saisi du recours se prononcera d'abord sur le point de savoir s'il y a lieu à un nouvel examen de l'affaire et, en ce cas, décidera soit de procéder à une réforme du jugement (appel), soit de prononcer la nullité (cassation). En cette seconde occurrence, les parties seront remises dans le *statu quo ante*. Dans les deux cas, elles devront se mettre d'accord soit

pour constituer un nouveau tribunal arbitral, soit pour donner compétence à la cour saisie de la question de recevabilité aux fins de reprendre au fond l'examen du litige. En cas de non accord dans le délai qui leur aura été imparti à cette fin par la décision sur la recevabilité, la CIJ sera obligatoirement compétente pour statuer en dernière instance sur le fond du litige. »

CONCLUSIONS

TECHNIQUE SCIENTIFIQUE ET NATURE PROPRE DE L'ARBITRAGE

Nous ne dissimulerons pas que nous ayons cherché dans l'avant-projet soumis à l'étude de la Commission du droit international à rapprocher l'autorité et l'efficacité de la juridiction arbitrale de celles d'une juridiction institutionnelle.

Les convictions qui nous ont guidé sont de deux ordres. De l'ordre pratique, en ce sens que plusieurs incidents récents ont montré que les stipulations d'arbitrage, surtout lorsqu'il s'agit de clauses compromissaires abstraites, risquent de demeurer lettre morte, ce qui accentue encore l'impression de régression du droit international qui tend à se répandre dans l'opinion. D'ordre scientifique, parce que nous pensons que, du point de vue sociologique, les obligations internationales d'un couple ou d'un groupe d'Etats forment le substratum d'une société internationale particulière dans laquelle l'institution d'un tribunal, même épisodique, voire d'un arbitre unique, équivaut à l'érection d'une autorité juridictionnelle commune.

C'est pourquoi nous avons considéré que l'institution de ce tribunal devait précéder toute autre procédure, même la rédaction du compromis, et être considérée en soi comme obligatoire. Rien n'empêche, bien entendu, les parties intéressées d'entourer cette institution liminaire des dispositions complémentaires propres à lui permettre d'agir. Mais ce serait déjà un immense bénéfice que de disposer d'un organe ayant un standing organique permettant de lui confier des compétences plus étendues et plus discrétionnaires.

D'une façon générale, l'arbitre doit disposer de tous les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa fonction juridictionnelle qui est la liquidation du litige dans son intégralité. Sa tâche est d'ordre public international et dépasse de beaucoup la conception périmée qui faisait du compromis d'arbitrage un contrat judiciaire et des arbitres les mandataires des parties. Cette conception traditionnelle nous reporte à un état social contemporain ou voisin de la loi des douze Tables et à une conception juridique d'un individualisme systématique, qui confine à la négation même de la solidarité internationale. La justice est affaire sociale avant que d'être satisfaction des intérêts litigieux des plaideurs. Ceux-ci n'ont le droit d'insérer dans leur compromis que des dispositions utiles à l'apurement de la situation contestée. C'est dans ces seules limites qu'ils peuvent choisir les voies de procédure et les règles de droit applicables. Les gouvernements plaideurs ne sauraient imposer au juge des dispositions de nature à entraver sa tâche ou à la faire échouer : en pareil cas, le juge doit avoir compétence pour passer outre.

En revanche, on doit laisser aux gouvernements plaignants toutes les garanties nécessaires pour que la justice rendue soit conforme au droit et à l'équité, et développer les procédures de révision ainsi que celles de recours.

L'évolution ainsi préconisée nous paraît conforme à celle des rapports interétatiques. Elle ne réduit pas, pour autant, l'institution arbitrale à peu d'utilité en face des juridictions permanentes et œcuméniques. Pas plus que l'arbitrage n'a disparu des relations interindividuelles en droit interne, pas plus ne doit-il disparaître des relations intergouvernementales. Il constitue la juridiction volontaire, amiable, de bonne foi, des « rapports de bon voisinage ». Sa valeur éthique, sinon pratique, est en un certain sens supérieure à celle des tribunaux permanents, hiérarchisés et à compétence « *coercitive* » — pour employer l'expression anglaise dont le sens est plus accentué que le mot français « obligatoire ». Mais il faut précisément pour conserver sa nature à l'arbitrage, permettre à la « bonne foi » de dominer les préoccupations politiques et se méfier des implications que peut développer une institution où c'est le plaideur qui distribue les compétences, et parfois même détermine le droit applicable. Cette technique pour être séculaire n'en est pas moins anormale. Un gouvernement peut être de bonne foi lorsqu'il s'engage par stipulation compromissoire et trouver ensuite beaucoup de difficultés à le demeurer lorsqu'il est aux prises avec les éléments de sa politique intérieure et de son opinion publique. C'est contre ces « déviations » de la ligne juridique que la procédure arbitrale doit le garantir.

La codification de la procédure arbitrale se révèle au fur et à mesure qu'on s'efforce de la coordonner une tâche plus difficile et plus longue. Nous l'avons réduite à la procédure proprement dite et dans les seuls litiges intergouvernementaux. Mais un projet plus complet devrait prolonger cette étude en ce qui concerne les commissions mixtes, les TAM et les autres instruments de liquidation des litiges englobant des groupes d'intérêts privés. La tâche n'est donc qu'ébauchée. Mais nous avons vu qu'à Genève, à l'époque de la SDN et sur la seule question des recours, d'éminents juristes ont discuté pendant de longues semaines, sans aboutir. Il est donc vraisemblable que notre Commission ne viendra pas rapidement à bout de la tâche restreinte que nous lui proposons. Il est même à craindre qu'avant qu'elle ait pu mettre sur pied un projet de texte amendé pour l'abandonner ensuite aux aléas de l'examen et des critiques que ne manqueront pas de lui faire et l'Assemblée et les chancelleries, les conditions sociales et psychologiques de la société internationale aient pu singulièrement se modifier. Le synchronisme de nos projets et de l'évolution internationale est rien moins qu'assuré. Mais ce sera le sort de tous les travaux de la Commission, de telle sorte qu'il lui convient de méditer, avec philosophie, sur le mythe de Pénélope et de sa tapisserie fatidique.

AVANT-PROJET DE TEXTE PROPOSÉ

I

La clause compromissoire, ou engagement de recourir à l'arbitrage, peut viser des contestations éventuelles ou des contestations déjà nées. Quel que soit l'instrument ou l'accord de volontés dont elle résulte, elle est strictement obligatoire et doit être exécutée de bonne foi.

En cas de contestation sur l'existence de cette obligation, la Cour internationale de Justice sera saisie, par voie de requête directe, par les soins de la partie la plus diligente, et rendra un jugement définitif et sans appel sur le caractère d'arbitrabilité du différend en Chambre de procédure sommaire et par application notamment des Articles 29 et 41 de son Statut [sauf le cas où les parties en litige auraient expressément convenu d'une autre procédure pour trancher cette question préjudicielle].

II

En présence d'un différend prévu par l'engagement arbitral et qui n'aurait pu être résolu dans un délai raisonnable, par des négociations diplomatiques, ou par tout autre moyen amiable, les parties devront instituer arbitre ou constituer le tribunal arbitral d'un commun accord par un instrument conventionnel spécial. La partie la plus diligente prendra l'initiative de cette constitution.

Cette constitution sera faite selon la procédure convenue à cet effet dans l'Acte contenant l'engagement arbitral. Au cas où rien n'aurait été stipulé à cet égard, dans ledit Acte, et où un accord ne pourrait intervenir entre les parties, la plus diligente aura le droit de recourir à la procédure prévue aux articles 22 et 23 de l'Acte général d'arbitrage, selon le texte révisé par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

Au cas où l'une des parties, par son abstention systématique, empêcherait la procédure prévue auxdits articles de fonctionner, les nominations des arbitres manquants seraient faites par le Président de la Cour internationale de Justice, conformément au paragraphe 3 de l'article 23 dudit Acte général. Le tribunal ainsi constitué connaîtra de l'affaire et son arrêt sera obligatoire.

Lorsque la désignation de l'arbitre, ou des membres du tribunal arbitral, est faite d'un commun accord, les parties pourront agir de la façon jugée par elles la plus appropriée et s'adresser soit à un arbitre unique, soit à un corps judiciaire préexistant, soit à un tribunal composé selon leur gré.

Toutefois, d'une façon générale, et réserve faite des circonstances de l'affaire, il est recommandé par l'expérience : a) de choisir comme arbitres des personnalités répondant aux qualifications énumérées dans l'Article 2 du Statut de la CIJ; b) de choisir l'arbitre unique ou les arbitres en majorité dans les ressortissants d'Etats n'ayant aucun intérêt direct dans le litige et de composer le tribunal d'un nombre impair de juges, cinq de préférence, et d'en confier la présidence à l'un des juges neutres.

III

Le tribunal arbitral une fois institué par l'accord des parties, ou par les procédures subsidiaires ci-dessus indiquées, il n'appartient plus à aucun des gouvernements litigants d'en modifier la composition.

En cas de vacance d'un siège, il est procédé au remplacement de l'arbitre selon le mode prévu pour sa nomination.

Au cas où il s'agirait du remplacement d'un arbitre unique, la désignation du nouvel arbitre, en l'absence

d'accord des parties, sera confiée soit à la puissance tierce qui aurait eu compétence pour nommer le premier, soit au Président de la Cour internationale de Justice.

Un arbitre ne peut participer au jugement d'une affaire dont il aurait connu antérieurement à un titre quelconque. Si un doute s'élève à ce sujet, le tribunal décide.

Une partie ne peut proposer la récusation d'un des arbitres que pour une cause survenue depuis la constitution du tribunal, à moins qu'elle n'ait pu légitimement l'ignorer ou ait été victime d'un dol. Sur ce point la Cour décide. S'il s'agit d'un arbitre unique, la décision appartient à la Cour internationale de Justice en Chambre de procédure sommaire.

Un arbitre dit national ne peut se déporter ou être retiré par le gouvernement qui l'a désigné. Au cas où le fait se présenterait, le tribunal est autorisé à poursuivre la procédure et à rendre une sentence qui sera obligatoire. Au cas où le déport ou le retrait rendraient la poursuite de la procédure inopérante, le tribunal pourrait demander le remplacement de l'arbitre défaillant et, si le procédé utilisé pour sa nomination échouait, demander son remplacement au Président de la Cour internationale de Justice.

IV

Les puissances qui recourent à l'arbitrage signent un compromis dans lequel elles doivent spécifier : l'objet du litige; les règles de procédure sur lesquelles elles jugeraient bon de se mettre d'accord; les pouvoirs éventuellement conférés au tribunal en ce qui concerne les règles de droit applicables ou le pouvoir de juger *ex aequo et bono* et le cas échéant, le pouvoir d'agir en qualité d'amiable compositeur. En l'absence de stipulations expresses sur ces divers points, le tribunal arbitral pourra juger *ex aequo et bono* en cas de silence ou d'obscurité du droit positif, mais jamais en tant qu'amiable compositeur, sauf assentiment des parties.

Le compromis fixera également le siège du tribunal et les langues employées.

Le compromis pourra contenir toutes autres dispositions conventionnelles que les parties estimerait devoir introduire, notamment l'ordre et les délais des communications de pièces et actes de procédure, le délai dans lequel la sentence devra être rendue, l'administration des preuves, la répartition des frais et consignations, la désignation des agents, avocats et conseils, etc. L'arbitre ou le tribunal ne seront liés par des dispositions de procédure que dans la mesure où elles se révéleront compatibles avec les nécessités de leur fonction.

Les dispositions du présent article peuvent être insérées, si les parties sont d'accord entre elles pour le faire, dans l'acte de constitution du tribunal.

V

Si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur le contenu du compromis ou sur l'une de ses stipulations, elles pourront solliciter les bons offices d'une puissance tierce qui désignera, pour dresser le compromis, une personnalité, une commission composée de personnalités idoine, ou l'une de ses cours de justice. En cas de désaccord entre les parties sur le choix de cette puissance

tierce ou de l'organe désigné par elle, le tribunal arbitral rédigera lui-même le compromis, d'accord si possible, avec les agents des parties, mais en tout cas dans un délai raisonnable et qu'il fixera lui-même. A l'expiration de ce délai, chaque partie pourra saisir le tribunal par voie de requête.

VI

Le tribunal une fois saisi par les conclusions des parties doit mener la procédure jusqu'au prononcé de l'arrêt.

Le désistement du demandeur ne peut être accepté par le tribunal que si le défendeur y acquiesce.

Au cas de dessaisissement du tribunal par accord des deux parties, le tribunal en prend acte. Ce dessaisissement ne porte aucune atteinte aux dispositions du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies et notamment à celles de l'Article 36.

Le tribunal prend acte, le cas échéant, de la transaction d'expédient intervenue entre les parties, après en avoir vérifié le caractère certain et la validité.

VII

Le tribunal arbitral, maître de sa compétence, dispose des pouvoirs les plus larges pour interpréter le compromis. Dans le silence du compromis, ou à défaut de compromis, il appliquera les règles de fond énumérées dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il ne pourra prononcer le *non liquet* sous prétexte de silence ou d'obscurité du droit international ou du compromis. Il est toujours fondé à juger en équité.

Au cas où il se trouverait lié par des dispositions expresses et non équivoques du compromis qui seraient de nature à l'entraver dans sa mission, soit en ce qui concerne la délimitation du litige, soit en ce qui concerne le déroulement de la procédure, il pourra cependant passer outre, au cas notamment où un engagement antérieur au compromis et plus compréhensif serait invoqué par l'une des parties et où celle-ci apporterait la preuve qu'elle a entendu s'y référer.

Au cas où le compromis ne pourrait être interprété en ce sens, ou bien si la non exécution des ordonnances de procédure empêchait le tribunal d'accomplir ses fonctions, il devrait, avant de prononcer le *non liquet*, mettre les parties en demeure de modifier le compromis, d'obtempérer à ses ordonnances ou de se désister explicitement.

VIII

Le principe de l'égalité des parties devant les règles de procédure est à la base de toute juridiction arbitrale; son inobservation pourrait être une cause de nullité de la sentence. Le tribunal reste libre cependant d'apprécier l'importance des irrégularités purement formelles et n'est pas dans l'obligation de prononcer, dans tous les cas, la forclusion ou l'irrecevabilité des productions.

Toute partie qui allègue un fait susceptible d'avoir une pertinence sur la solution du litige doit en apporter tout au moins un commencement de preuve. Le tribunal est maître de l'admissibilité des preuves et juge de leur valeur probative quelles que soient les dispositions du

compromis, et qu'il s'agisse de pièces ou documents écrits, témoignages, affidavits, enquêtes, expertises ou transports.

Les parties doivent collaborer entre elles et avec le tribunal à l'administration des preuves et obtempérer aux mesures ordonnées à cette fin. Le refus de collaboration constituera une présomption défavorable à l'encontre de la partie qui l'oppose. La preuve des règles de droit applicables, même lorsqu'il s'agit de règles de droit interne, n'est pas exclusivement à la charge des parties; elle peut résulter de leur collaboration avec le tribunal.

D'une façon générale, les présomptions sont abandonnées aux lumières et à la prudence du tribunal.

IX

L'arbitre ou le tribunal arbitral, et en cas d'urgence son président, peuvent indiquer, lorsque les circonstances l'exigent, et au besoin *ex officio*, quelles mesures conservatoires des droits de chacun doivent être prises à titre provisoire. L'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties qui sont dans l'obligation de s'y conformer.

X

Le tribunal arbitral, dans l'exercice de sa compétence et en vue de procurer la solution intégrale du litige, se prononce sur les exceptions relatives à la recevabilité des demandes principales ou incidentes et, notamment, des demandes additionnelles ou reconventionnelles. Il peut, s'il l'estime nécessaire, prescrire des délais de présentation.

XI

Lorsqu'une des parties ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens, l'autre partie peut demander à l'arbitre ou au tribunal de lui adjuger ses conclusions. L'arbitre ou le tribunal peuvent statuer eux-mêmes par défaut, *ex officio*.

XII

Lorsque l'arbitre ou le tribunal se considèrent comme totalement éclairés, les agents, conseils et avocats ayant fait valoir tous les moyens qu'ils jugent utiles, la clôture des débats est officiellement prononcée. L'arbitre, ni aucun des membres du tribunal, ne peuvent être rem-placés après la clôture des débats.

Le délibéré auquel tous les membres du tribunal sont tenus d'assister reste secret. Il peut intervenir, en tout ou partie, avant la clôture des débats.

XIII

La sentence arbitrale doit être prononcée dans les délais fixés par le compromis ou le tribunal arbitral, celui-ci gardant le droit de proroger ces délais dans une limite raisonnable, s'il l'estime indispensable à éclairer son jugement.

La sentence arbitrale doit être rédigée par écrit, lue en séance publique, et soigneusement motivée. Elle doit retracer dans son dispositif les phases successives de l'instance, mentionner les règles juridiques ou les prin-

cipes d'équité sur lesquels elle est basée, ainsi que toutes les décisions qui ont été prises sur les points de fait ou de droit sous forme d'ordonnances de procédure, jugements sur incidents et mesures conservatoires.

Les mesures de réparation éventuelles ou allocations de dommages et intérêts seront spécifiées avec soin, de même que la répartition des frais et dépenses, et conformément aux dispositions du compromis, s'il en contient.

Les arbitres sont autorisés à joindre leurs opinions individuelles ou dissidentes, à moins que le compromis le leur interdise explicitement.

La sentence est strictement obligatoire et doit être exécutée de bonne foi. A moins d'en être expressément investis par accord des parties, l'arbitre ou le tribunal ne disposent pas d'une compétence réglementaire, soit en ce qui concerne l'exécution de la sentence, soit en ce qui concerne l'aménagement des rapports ultérieurs des parties, dans la matière qui a fait l'objet du litige.

XIV

La sentence arbitrale est immédiatement obligatoire pour les Etats parties au litige et pour tous ressortissants et organes de ces Etats.

La sentence arbitrale n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.

Tout différend qui pourrait surgir entre les parties concernant l'interprétation et l'exécution de la sentence, sera soumis au jugement du tribunal qui l'a rendue. Au cas où il s'avérerait matériellement impossible de le constituer à nouveau, le litige serait porté, au choix des parties, soit devant la CIJ, soit devant la CBA. En cas de non accord, la CIJ sera compétente.

XV

La revision de la sentence peut toujours être demandée nonobstant toute clause contraire du compromis, à raison de la découverte d'un fait nouveau de nature à exercer une influence décisive sur la solution du litige et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu de l'arbitre ou du tribunal ainsi que de la partie qui demande la revision.

La procédure de revision s'ouvre par un arrêt du tribunal saisi constatant l'existence du fait nouveau et statuant sur la recevabilité. Le tribunal statue ensuite sur le fond. L'arrêt sur la recevabilité statuera également sur la prescription éventuelle de l'instance.

La demande en revision devra être portée devant l'arbitre ou le tribunal qui auront rendu le jugement originaire. Dans le cas où il serait impossible de reconstituer ce tribunal, l'instance en revision sera portée devant la CIJ ou la CPA, comme il est dit à l'article XIV en matière d'interprétation.

La demande en revision doit être formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau.

XVI

Toute contestation sur la validité de la sentence, quels que soient les vices allégués, doit être soumise à une nouvelle instance juridictionnelle par la partie qui allègue

cette invalidité. Ce recours doit être intenté dans un délai très bref, après le prononcé de la sentence (six semaines ?) et n'est pas suspensif de l'exécution, à moins que le nouvel arbitre ou la juridiction saisie n'en décident autrement en ordonnant les mesures provisoires ou exécutoires nécessaires.

Toute partie qui conteste la validité d'une sentence arbitrale doit proposer à cette fin à son adversaire la constitution d'un nouvel arbitre ou d'un nouveau tribunal qui sera faite dans les conditions prévues à l'article II du présent règlement, à moins que les parties ne préfèrent s'adresser à la CIJ ou à la CPA. En cas de désaccord entre elles, la CIJ pourra être saisie par voie de requête directe par le demandeur au recours.

Le tribunal saisi du recours se prononcera d'abord sur le point de savoir s'il y a lieu à un nouvel examen de l'affaire et, en ce cas, décidera soit de procéder à une réforme du jugement (appel), soit de prononcer la nullité (cassation). En cette seconde occurrence, les parties seront remises dans le *statu quo ante*. Dans les deux cas, elles devront se mettre d'accord soit pour constituer un nouveau tribunal arbitral, soit pour donner compétence à la Cour saisie de la question de recevabilité aux fins de reprendre au fond l'examen du litige. En cas de non-accord dans le délai qui leur aura été imparti à cette fin par la décision sur la recevabilité, la CIJ sera obligatoirement compétente pour statuer en dernière instance sur le fond du litige.

DOCUMENT A/CN.4/19

Replies from Governments to Questionnaires of the International Law Commission

[Original text : English-French-Spanish]
[23 March 1950]

CONTENTS *

	Page
NOTE BY THE SECRETARY-GENERAL	151
PART I. REPLIES FROM GOVERNMENTS CONCERNING TOPICS FOR CODIFICATION	
SECTION B. ARBITRAL PROCEDURE	
1. Canada	152
2. Costa Rica	152
3. Denmark	152
4. France	152
5. Israel	152
6. Netherlands	152
7. Philippines	155
8. Poland	155
9. Union of South Africa	156
10. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	156
11. United States of America	156

Note by the Secretary-General

1. In accordance with Article 18 of its Statute (annexed to General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947), the International Law Commission decided at its first session to undertake the codification of three topics of international law, namely, (i) the Law of Treaties, (ii) Arbitral Procedure, and (iii) the Regime of the High Seas. In implementation of this decision and in conformity with Article 19, paragraph 2 of its Statute, the Commission further decided to request all Governments of Members of the United Nations to furnish it with texts of laws, decrees, judicial decisions, treaties, diplomatic correspondence and other documents relevant to each of these topics.

2. Also the Commission, having been entrusted by the General Assembly, in virtue of resolution 177 (II) of 21 November 1947, with the preparation of "a draft code of offences against the peace and security of mankind", deemed it necessary also to request the Governments to express their views concerning what offences, apart from those defined in the Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal, should be comprehended in that draft code.

3. Accordingly, the Secretary-General, by letter LEG 291/01/YLL of 11 July 1949, communicated the Commission's requests to all Governments of Members of the United Nations.

4. By 23 March 1950, the Secretary-General had

* Sections A and C contain the replies dealing respectively with the "Law of Treaties" and the "Regime of the High Seas" and are to be found with the documents relating to these items.

Part II contains the replies dealing with the "Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind" and is to be found with the documents relating to that item.

received replies from the Governments of Canada, Costa Rica, Denmark, France, Israel, the Netherlands, Philippines, Poland, Union of South Africa, the United Kingdom and the United States.

5. The texts of the replies from Governments concerning topics for codification (Part I), as well as the views expressed on what offences should be comprehended in a draft code of offences against the peace and security of mankind (Part II), are reproduced herein.

6. Relevant materials submitted in the form of books, pamphlets, or lengthy treaty texts are not reproduced, but are held available for reference.

7. Replies received after 23 March 1950 will be reproduced as addenda to the present document.

Part I

REPLIES FROM GOVERNMENTS CONCERNING TOPICS FOR CODIFICATION

...

SECTION B. — ARBITRAL PROCEDURE

1. Canada

[Original text: English]

Department of External Affairs,
Ottawa

17 January 1950

...

Enclosed is one copy of each of the papers which are listed below under the subject to which they pertain:

...

(b) Concerning Arbitral Procedure:

Treaty between His Majesty and the United States of America respecting the Demarcation of the International Boundary between the United States and the Dominion of Canada;*

Pamphlet entitled "International Joint Commission, United States-Canada" — Rules of procedures and text of treaty;*

...

2. Costa Rica

[Texto original en español]

Ministerio de Relaciones Exteriores
San José

29 de noviembre de 1949

...

Con respecto a la segunda pregunta [Procedimiento arbitral]: tampoco tenemos ley que indique los procedimientos arbitrales internacionales. En los casos concretos que se nos han presentado, nos hemos sometido a los procedimientos que los mismos tratados de arbitraje señalan, o bien a lo que los usos internacionales tienen

establecido sobre esa materia. En algunos tratados suscritos por nuestro país se establece que Costa Rica se compromete a someter a la decisión de árbitros la interpretación de cualquier cláusula de dichos tratados sobre la que ocurrieren dudas de concepto.

...

3. Denmark *

[Translated from Danish]

Denmark has concluded arbitration treaties with a number of countries, providing either that every dispute shall be submitted to settlement by arbitration (e.g., with the Netherlands, 12 February 1904, cf. (3) the annexed proclamation of 14 March 1906 and with Brazil, 27 November 1911, proclamation of 7 February 1916)** or that the question, if no agreement can be reached, shall be referred to the International Court (e.g., with France, 5 July 1926, and Czechoslovakia, 30 November 1926, cf. the annexed proclamation (4)).** Some treaties distinguish between legal and political disputes, and refer the former to the International Court, the latter to a procedure of conciliation (e.g., with Norway, Finland, see the annexed (5) proclamation of 14 August 1926, Sweden and Belgium).** Denmark has also acceded to the General Act of 26 September 1928.

4. France ***

5. Israel ****

Ministry for Foreign Affairs
Hakirya

24 January 1950

...

4. The Government of Israel has at this stage no useful contribution to make on this topic. Attention is, however, drawn to the arbitration before M. Eugène Borel in the *Affaire de la Dette Publique Ottomane*, on 18 April 1925, (see 1 *Reports of International Arbitral Awards*, page 529). In that arbitration a number of mandated territories, including Palestine, were involved. It may be of advantage to consider whether any particular procedural problems arose out of that fact.

...

6. Netherlands *****

[Original text: English]

In the thirteen international arbitration cases to which the Netherlands has been a party,¹ no important questions of procedure have arisen.

* See covering letter in section A, printed under the item: "Law of treaties".

** Not reproduced here.

*** See text of letter in section A, printed under the item: "Law of treaties".

**** See introductory part of this Note in section A, printed under the item: "Law of treaties".

***** See covering letter on p. 57.

¹ See A. M. Stuyt: *Survey of international arbitrations 1794-1938*, The Hague 1939, nos. 20, 54, 119, 153, 188, 261, 275, 310, 316, 321, 364, 366 and 406.

* Not reproduced here.

Three remarks, however, may be made about the interpretation of arbitral agreements.

1. In the *Guyana case* between the Netherlands and France, the sole arbitrator, Czar Alexander III, Emperor of Russia, declined to arbitrate because the terms of the arbitral agreement, dated 29 November 1888, were too narrow, as he was only allowed to base his decision on either of the two frontier rivers, named in the agreement. The two parties then granted him a "subsidiary power" in a joint Declaration of 28 April 1890, which enabled him to determine another frontier line. In his arbitral award given on 25 May 1891, the Czar did not, however, make use of this greater power.

2. In the *Edmond Narik case* between the Netherlands and Greece, it appeared that the arbitral agreement did not contain any provision about applicable law. In his *avis arbitral*, dated 5 March 1918, the umpire M. Leon Ostrorog had to devote lengthy considerations to the question of the application, in this case, of national law.

3. In the *Palmas* or *Miangas case* between the Netherlands and the United States of America, some questions of procedure were dealt with before the Permanent Court of Arbitration (Prof. Max Huber), namely questions arising from the special agreement of 23 January 1925 and from the rules of procedure of the Court. (See W. J. B. Versfelt: *The Miangas Arbitration*, Utrecht 1933, pages 136-142. Text enclosed.)

It may be added that, in this case also, questions of evidence (maps, official documents) have been discussed before the arbitrator.

Questions of Procedure in the Palmas or Miangas Case

The Netherlands Memorandum is preceded by a Note, reading as follows:

In the following memorandum various documents are being referred to. Authentic copies are available; they will be produced if desired by the Arbitrator. The more important of the documents are annexed to the memorandum.²

This note is severely criticized in the United States Counter Memorandum.³ It "indicates a procedure which it is believed may be properly characterized as remarkable and without precedent in international arbitrations. The treatment of evidence in cases before international tribunals is not governed by the rigid rules which are applied by domestic courts. Nevertheless, certain elementary principles are of course common to both kinds of tribunals. It is certainly not conceivable that in proceedings before a tribunal in the United States — and doubtless the same may be said with respect to proceedings before tribunals in other countries — counsel would venture to refer to, much less endeavour to support contentions by evidence either oral or documentary without producing such evidence, or to make assertions to the effect that documents said to exist, without

being produced, will be produced, if desired by the court. If any assertion is made in the Memorandum of either Government which in unsupported by evidence, such assertion must of course fall and be without effect, except in so far as the use of it raises a presumption as to its character in view of the non-production of evidence to support it".

"It this view were not correct", this document states, "an arbitral tribunal would be in the invidious position of being called upon merely to record its judgment with respect to the correctness of unsupported assertions advanced by either side in an arbitration, whereas it is the function of a tribunal to determine a controversy in the light of evidence and by the application of proper rules or principles of law". To substantiate this view, extracts of judicial opinions of American courts are quoted in the United States Rejoinder (pages 119-124).

The Arbitrator, before deciding the point pursuant to Article V of the Special Agreement, requests an explanation from the Netherlands with regard to this view.

"In the Opinion of the Netherlands Government", runs the answer,⁴ "the necessity of evidence arises if the judge or arbitrator finds that the parties are divided with regard to certain facts which in his opinion can be considered doubtful, and which he thinks material and not known to him or to be ascertained by himself. He may accept as true the statements of either party when, in the light of the whole case, such statements seem to him sufficient or when the contestation of such statements by the other party does not seem to him to be sufficiently well-founded. On the other hand, he may ask for evidence about any point, even when it has not been contested, if he thinks it necessary to do so". The opinion that an arbitrator has "the greatest freedom to adopt such rules of evidence as seem to him most conducive to reaching a just decision" is based on Article 49 of the Convention for the pacific settlement or international disputes of 1899 and on Article 69 of the same Convention of 1907, which latter reads: "*Le tribunal peut, en outre, requérir des agents des Parties la production de tous actes et demander toutes explications nécessaires.*"

"It seems quite natural", the Netherlands Government continues,⁵ "that article 63 of the latter convention should say that, when introducing their memoranda, '*Les Parties y joignent toutes pièces et documents dans la cause*'. It is of course a question what in every particular case are the *pièces et documents* concerned. Article III of the Special Agreement makes the Arbitrator 'master of the situation': he is not obliged to accept a statement which in his eyes is not sufficiently substantiated and which he deems important for the decision. The article enables the Arbitrator to take into account such facts as he considers material; if he deems the evidence insufficient he can always call for evidence."

Whereas in the Netherlands contention the civilian is speaking, the United States contention gives the view of the common lawyer, in whose ears the former opinion is "heresy".⁶ It must, however, be borne in mind that

² The Netherlands Counter Memorandum is preceded by a similar note: The books, maps and documents referred to, of which latter authentic copies are available, will be produced if desired by the Arbitrator.

³ U.S. Counter Memorandum, p. 2.

⁴ *Neth. Expl.* p. 7.

⁵ *Neth. Expl.* p. 9.

⁶ Jessup, *loc. cit.* p. 750.

the present case is an arbitration under the Permanent Court of Arbitration and that the rules for the Arbitrator's conduct are to be found in the Hague Convention of 1907. From the above-quoted articles and from Article 72, paragraph 1 (*les membres du tribunal ont le droit de poser des questions aux agents et aux conseils des parties et de leur demander des éclaircissements sur les points douteux*), it appears that the Netherlands Government opinion is in accordance with the civil procedure, generally followed on the European Continent.⁷

Under Article V of the Special Agreement the Arbitrator decides, that "it would seem to be contrary to the broad principles applied in international arbitrations to exclude a limine, except under the explicit terms of a conventional rule, every allegation made by a Party as irrelevant, if it is not supported by evidence and to exclude evidence relating to such allegations from being produced at a later stage of the procedure The authorization given to the Arbitrator by Article III of the Special Agreement to apply to the Parties for further written explanations would be extraordinarily limited if such explanations could not extend to any allegations already made and could not consist of evidence which included documents and maps It is for the Arbitrator to decide both whether allegations do or—as being within the knowledge of the Tribunal—do not need evidence in support and whether the evidence produced is sufficient or not; and finally whether points left aside by the Parties ought to be elucidated".⁸ Judge Huber's opinion coincides with that of Judge J. C. Bancroft Davis in the *Caldera Cases*: "In the means by which justice is to be attained the court is freed from the technical rules of evidence imposed by the common law, and is permitted to ascertain truth by any method which produces moral conviction".⁹ And in the case of the North Atlantic Fisheries Arbitration between the United States and Great Britain, the former Power agreed to a procedure conforming to the Netherlands view in the present case.¹⁰

It may thus be deemed established that, failing special provisions, an Arbitrator under a special agreement is wholly master of the situation; he is even to decide "points left aside by the Parties". "This liberty", Judge Huber states,¹¹ "is essential to him, for he must

be able to satisfy himself on those points which are necessary to the legal construction upon which he feels bound to base his judgment. He must consider the totality of the allegations and evidence laid before him by the Parties, either *motu proprio* or at his request and decide what allegations are to be considered as sufficiently substantiated." The United States certainly could also have based its claim on the lack of formal protestation on the part of the Netherlands Government in response to the notification of 3 February 1899. For one reason or another the United States, however, preferred not to base a claim on this ground. Nonetheless, this point is dealt with by the Arbitrator.

In the light of the extensive powers conferred upon the Arbitrator, we must consider the Netherlands contention with reference to the measures taken on the Island of Miangas in 1895: "If facts like these are stated to have been done by them (the Netherlands Government) or their agents, such statements do not require corroboration by further evidence; such statements are evidence in themselves."¹² "This is indeed a peculiarly spirited attitude", the United States remarks,¹³ "the like of which, if it were ever heretofore assumed by any litigant before a domestic court or before an international court, has not come to the notice of the United States It is not clear what may be the function of a judge, under such a procedure, if he were to act on the theory that he must accept the allegations of one party as constituting at once allegations and evidence." It is again for the Arbitrator to estimate the value of assertions made by a Government in regard to its own facts. The Netherlands Government, however, go farther: ¹⁴ "The Netherlands Government do not think reasonable a thesis by which an Arbitrator should be bound to discard statements made in the name of the Government of a given State, and presented under the cover of a letter signed by or on behalf of the responsible Minister of the Crown". This of course, the United States has never contended. What it contends is,¹⁵ that it "does not consider that, because documents in an arbitration are transmitted to an arbitral tribunal with stationery signed by or on behalf of a responsible Minister of the Crown, the allegations in the pleading must be treated as facts. Whether they are facts is a judicial question for the determination of the tribunal in the light of the evidence produced to support such allegations". This is of course different; moreover the Netherlands argument does not hold good, because the responsibility of the Minister is a purely internal matter which cannot be invoked in an international arbitration.

The divergence of view relating to the production of evidence is seen not only in the content of the documents filed by both parties, but also in their form.

The Netherlands Government take the position that the first memoranda are ¹⁶ "statements of the case independent of one another and that only the counter-memoranda could take into account the point of view

⁷ According to Fuglsang this provision is borrowed from the Russian draft convention on the procedure of international arbitration. (*Der Amerikanisch-Holländische Streit um die Insel Palmas*, p. 65.)

⁸ Award, pp. 19-20.

⁹ *Neth. Expl.* p. 7.

¹⁰ Whereas Act VI of the Special Agreement of January 27, 1909 runs: "As soon as may be and within a period not exceeding seven months from the date of the exchange of notes making this agreement binding, the printed case of each of the Parties hereto, accompanied by printed copies of the documents, the official correspondence and all other evidence on which each Party relies, shall be delivered in duplicate, etc." Article VII reads: "If in the case or counter-case (exclusive of the accompanying evidence) either Party shall have specified or referred to any documents, correspondence or other evidence in its own exclusive possession without annexing a copy, such Party shall be bound, if the other Party shall demand it within thirty days after the delivery, to furnish to the Party applying for it a copy thereof, . . ." etc.

¹¹ Award, p. 20.

¹² *Neth. Counter Mem.* p. 76.

¹³ *Rej.* p. 7.

¹⁴ *Neth. Expl.* p. 11.

¹⁵ *Rej.* p. 13.

¹⁶ *Neth. Expl.* p. 11.

of the other party and that it was only by the counter-memoranda that each party knew the attitude of the other party towards his own statements". After the exchange of the counter-memoranda, the Arbitrator could request further explanations on those points which he deems insufficiently elucidated.

According to the United States Government, the pleadings might have been limited to the Memorandum; Article II of the Special Agreement states, that it shall contain "a statement of its contentions and the documents in support thereof"; it therefore not only develops the United States argument, but also contests the Netherlands argument as far as it is known from the previous diplomatic correspondence.

It is true that the Netherlands Government would have been in the stronger position if the Arbitrator had not asked for further explanations; in that case they could have contested both the United States contentions and the reply to their own whereas the United States Government could only contest the Netherlands contentions; as the Arbitrator made use of his authority, the practical difference between their relative positions is very small. Moreover, it is questionable whether the previous diplomatic correspondence should be taken into consideration¹⁷. If it should not, the Netherlands attitude is the only possible one. Only if the Special Agreement contains provisions differing from those of the Hague Convention of 1907, are such provisions to prevail over the broad principles of that Convention. The Special Agreement in the present case, however, does not contain any such provision.¹⁸

7. Philippines *

[Original Text: English]

...

- (a) *Laws*
- (b) *Decrees*
- (c) *Judicial Decisions*
- (d) *Treaties*

Treaty of Friendship between the Philippines and Spain. Articles II and III:

"Article II. The High Contracting Parties shall settle by peaceful means any dispute or controversy of any nature whatsoever that might arise between them. Should such dispute or controversy not be possible of adjustment by ordinary diplomatic proce-

dures, the High Contracting Parties shall submit it to a Permanent Conciliation Commission and, if this method of settlement still fails, to an Arbitration Court. The Parties may, however, by mutual agreement, bring their dispute direct to the Arbitration Court.

"This undertaking shall not apply to disputes relating to matters considered by the Philippines and Spain as being essentially of their national competence."

"Article III. The Permanent Conciliation Commission referred to in the preceding article shall be composed of five members. Each of the High Contracting Parties shall be entitled to appoint one of the members and they shall, by common agreement, appoint three other members from whom shall be elected the President. The last three members must not be nationals of either of the High Contracting Parties, be residents in the territory of any of them, be in the service of any of them, nor be with respect to each other of the same nationality. The members of the Commission shall hold their appointment for three years. The Commission shall be organized and constituted within the six months following the exchange of ratifications of this treaty.

"The Arbitration Court shall be composed of five members who shall be appointed in the same manner provided in the preceding paragraph for the Conciliation Commission. This Court shall have the powers of a referee and its award or decision shall be final and conclusive for both parties. While actually engaged in the performance of their duties, the members of the Conciliation Commission or of the Arbitration Court shall receive compensation the amount of which shall be determined by mutual agreement between both countries.

"The implementary details regarding the substitution of the members and the powers, operation and procedures of the Conciliation Commission and of the Arbitration Court shall be agreed upon by exchange of notes."

(e) *Diplomatic Correspondence*

Exchange of Notes between the Republic of the Philippines and the Spanish State, signed on 22 December 1948, implementing Articles II and III of the Treaty of Friendship between said two countries, regarding the procedures, etc. of the Conciliation Commission and of the Arbitration Court. Appendix "L".*

(f) *Other Related Documents*

8. Poland **

[Original Text: English]

Delegation of Poland
to the United Nations
20 January 1950

I wish also to acknowledge the receipt of all the documents returned by you. One of these documents,

*Not reproduced here.

**For introductory paragraph, see second communication in section A, printed under the item: "Law of treaties".

¹⁷It is denied by the Neth. Counter Mem. p. 8: "... it is submitted that that diplomatic correspondence and the arguments of the two parties advanced at that time, do not constitute the basis for the judgment on the validity of the claim submitted to the arbitrator." The Netherlands opinion is in conformity with J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, 1926, p. 191.

¹⁸Fuglsang on p. 54 draws attention to Article II of the Special Agreement which in the Dutch text runs: *eene memorie. . . waarin vervat zijn eene uiteenzetting van hare aanspraken*, etc., whereas the English text reads: "a memorandum, containing a statement of its contentions," etc. According to the Dutch text, "put forward their contentions," which include both their claims and their contestation of the other Party's arguments. As the Special Agreement contains no provision making one of the two texts authoritative, they are certainly of equal authority.

*See covering letter in section A, printed under the item: "Law of treaties".

however, namely the document pertaining to the Polish Government's Statement of November 3, 1921 concerning the Procedure of the Mixed German-Polish Arbitral Tribunal* created on the basis of Article 304 of the Peace Treaty of 28 June 1919—is typed in French and we assume therefore that it was returned by you by mistake. We attach it again to our letter.

9. Union of South Africa **

10. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland ***

11. United States of America ****

[Original Text: English]

Memorandum on Arbitral Procedure

Considerable material relating to the general subject of arbitration is contained in Moore, *International Law Digest* (1906) Vol. VII, pages 24-103, and in the more recent publication, Hackworth, *Digest of International Law* (1943) Vol. VI, pages 58-147.

The text of treaties and other international agreements, containing provisions relating to arbitration, concluded by the United States of America and other Powers prior to December 31, 1927, inclusive, are reproduced in a four-volume publication entitled: "*Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between the United States of America and other Powers*". Copies of similar agreements concluded subsequent to the above-mentioned date are transmitted herewith.

With reference to the matter of decisions of arbitral tribunals attention may be invited to a six-volume publication, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (1898) by John Bassett Moore. With reference to decisions rendered subsequent to the date of the above-mentioned publication, attention is invited to the publications listed below which contain the text of decisions of such tribunals. While it is not practicable to furnish copies of such decisions at this time, the publications mentioned are believed to be readily available in most large libraries of law schools, bar associations and other organizations.

Decisions, American Venezuelan Mixed Claims Commission under Protocol of February 17, 1903, Ralston's Report, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, pages 7-259.

P'm Alone Arbitration, United States and Canada, Joint Final Report of Commissioners, January 5, 1935 (29 A.J.I.L. 326, 329 (1935)).

Trail Smelter Arbitration, United States and Canada, Decision of the Tribunal (1941) (35 A.J.I.L. 684 (1941)).

El Chamizal Arbitration, United States and Mexico (1911 Foreign Relations, page 573).

*Text of the rules of procedure of the Mixed German-Polish Arbitral Tribunal not reproduced here.

** See text of letter in section A, printed under the item: "Law of treaties".

*** *Ibid.*

**** See covering note in section A, printed under the item: "Law of treaties".

Opinions of Commissioners under the Convention of September 8, 1923, between the United States and Mexico (three volumes, 1927, 1929 and 1931).¹

Opinions of Commissioners under the Convention of September 10, 1923, between that United States and Mexico (1931).¹

American and Panamanian General Claims Arbitration under the Conventions of July 28, 1926, and December 17, 1932, Report of Bert L. Hunt (1934).¹

American and British Claims Arbitration under the Special Agreement of August 18, 1910, Report of Fred K. Nielsen (1926).¹

Shufeldt Claim Arbitration between the United States and Guatemala (1932) (24 A.J.I.L. 799 (1932)).

Salem Claim Arbitration between the United States and Egypt. Award (1933).¹

American-Turkish Claims Settlement under the Agreement of December 24, 1923, and Supplemental Agreements, Opinions and Report of Fred K. Nielsen (1937).¹

Case of the S.S. *Edna* (Report No. 1358, 74th Congress, 1st Session).

Case of the S.S. *Seguranca* (36 A.J.I.L. 505).

Case of the S.S. *Lisman* (32 A.J.I.L. 593).

Island of Palmas Arbitration, United States-Netherlands; Arbitral Award, Permanent Court of Arbitration (Scott, *Hague Court Reports* (2nd series, 1932) (83)).

Case of *M.S. Kronprinz Gustaf Adolf*, Arbitral Decision rendered under Special Agreement of December 17, 1930, between the United States and Sweden (193) (26 A.J.I.L. 834 (1932)).

Award of the Tribunal of Arbitration (Permanent Court of Arbitration, The Hague) under the Special Agreement of June 30, 1921, between the United States and Norway (Scott, *Hague Court Reports* (2nd series 1932) page 39); 17 A.J.I.L. (192, 362).

Mixed Claims Commission, United States and Germany, under the Agreement of August 10, 1922:

(a) Consolidated Edition of Decisions and Opinions (1925-1926).¹

(b) Administrative Decisions and Opinions of a General Nature (1926-1932).¹

(c) Opinions and Decisions (1933-1939).¹

(d) Final Decisions and Opinions Sabotage Claims (1939).¹

(e) Report of Robert W. Bonyng (1934).¹

(f) Final Report of H. H. Martin (1941).¹

Tripartite Claims Commission, United States, Austria, and Hungary:

(a) Final Report of Commissioner and Decisions and Opinions (1929).¹

(b) Report of Robert W. Bonyng (1930).¹

War Claim Arbitrator, Decisions, 1928-1929,¹ 1930 (25 A.J.I.L. (1931) 139).

¹ Publications printed by the Government Printing Office, Washington D.C.

DOCUMENT A/CN.4/35
Memorandum prepared by the Secretariat

[Original Text: English]
[21 November 1950]

CONTENTS

	<i>Page</i>
I. INTRODUCTION	158
A. The International Law Commission	158
B. Previous studies	158
C. Outline of the task	159
II. THE "COMPROMIS"	159
III. ESTABLISHMENT OF THE TRIBUNAL	161
A. Types	161
B. Selection of judges	161
C. Constitution of the Tribunal	164
IV. JURISDICTION	165
A. Where found	165
B. As to procedure	165
C. Procedure in the absence of a member	166
D. Provisional or interim measures	167
E. "Legislative" decisions	167
F. Limitation upon jurisdiction	167
G. Excess of powers	168
H. Consequences of excess of jurisdiction	169
V. PARTIES	169
A. Who may be parties?	169
B. Representation of the parties	170
C. Assignment of claims	171
D. Intervention	171
VI. PROCEDURE	171
A. Source of rules	171
B. Written presentation	173
C. Oral hearings	173
D. Additional information	173
VII. LAW OF THE TRIBUNAL	174
VIII. THE AWARD	176
A. Nature and content	176
B. Recourse against the award	177
IX. MISCELLANEOUS	178

I. INTRODUCTION

A. THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

1. At its 1949 session at Lake Success, the International Law Commission decided to study for codification, and as one of three topics given priority for this purpose, the subject of arbitral procedure.¹ It agreed that

"While the codification of the whole of international law was the ultimate objective, it was desirable for the present to begin work on the codification of a few of the topics, rather than to discuss a general systematic plan which might be left to later elaboration."²

Mr. Georges Scelle was elected Rapporteur for the subject of arbitral procedure.

2. At its fifth meeting, the International Law Commission considered the topic proposed by Mr. Alfaro, namely: the pacific settlement of international disputes. It was noted that the Interim Committee was studying that subject, but that it had expressed hope that the International Law Commission also would study the question. Two possibilities were suggested: the problem of pacific settlement as a whole, or questions arising from the operation of tribunals. The Chairman concluded that the Commission did not favour retaining the question of the pacific settlement of international disputes among the topics, the codification of which seemed necessary or desirable.³

3. At its sixth meeting, the Commission had before it the suggestion made in paragraph 99 of the Secretary-General's memorandum ("Survey of International Law" (United Nations Publications, Sales No.: 1948. V. 1 (1)) concerning arbitral procedure. In this memorandum it was observed that the League of Nations Committee of Experts had not contemplated working on this subject, but that cases arising thereafter had raised the question, particularly as regards excess of jurisdiction, essential error, and rehearing or revision of arbitral awards. Such codification might include appellate jurisdiction for the International Court of Justice, though this would be "clearly a legislative step".

There was general agreement in the International Law Commission to include the law of arbitral procedure, without changing its title in any way, in the list of topics to be retained.⁴

4. The Chairman suggested, at the seventh meeting, that two of the lists of subjects could almost certainly be successfully codified: the law of treaties, and "arbitral procedure which was directly linked to the application of Article 33 of the United Nations Charter". On the other hand, Mr. Scelle felt that the question of arbitral procedure could be left in the background without much inconvenience, for the arbitration system which had worked smoothly for a hundred years or so would not suffer

thereby. Mr. Koretsky agreed with this view. Mr. Brierly, Mr. Hsu and Mr. Spiropoulos regarded arbitral procedure as of importance.

On the first vote taken, it was agreed that the law of treaties and arbitral procedure should be included among the topics for which priority should be given.⁵

5. At its 33rd meeting, the Commission considered General Directives on the Drafting of Reports. The only comments concerning arbitral procedure were those offered by the Chairman, as follows:

"The question of arbitral procedure, which had been considered for the first time in 1875 by the Institute of International Law, had been amply dealt with in The Hague Conventions of 1899 and 1907 on the Pacific Settlement of International Disputes. Since that time the rules of arbitral procedure had been frequently applied, and the Rapporteur would find abundant practical documentation in the many cases of arbitration. In particular, he might make a thorough study of a question which had already arisen several times, in the case of the Hungarian Optants, for example, as also before a Franco-Mexican claims commission and a German-American claims commission; namely, what were the powers of a commission made up of two members representing the two powers concerned and one arbitrator, after the representative of one of the powers had withdrawn?"⁶

6. At the same (33rd) meeting, there was discussion as to the matter of asking governments to furnish information upon the topics selected. The proposal of Mr. Spiropoulos was adopted, as follows:

(a) To decide at once to request governments to furnish the information mentioned in paragraph 2 of Article 19;

(b) To instruct the Special Rapporteurs to decide, together with the Chairman of the Commission and the Secretary-General, what documents they would require;

(c) To instruct the Chairman to address requests, through the Secretary-General, to governments for information.⁷

B. PREVIOUS STUDIES

7. Several previous steps toward a code of arbitral procedure may be mentioned. *The Institut de Droit International*, at its Geneva meeting in 1874 deliberated upon a draft presented by Mr. Goldschmidt and adopted in the following year a *Règlement* upon the subject (*Tableau Général de l'Institut de Droit International 1873-1892*, Paris 1893, pp. 123-131).

8. The Convention for the Pacific Settlement of International Disputes was adopted at the First Hague Conference in 1899, and was considerably revised and enlarged at the Second Hague Conference in 1907. It is not limited, of course, to arbitral procedure: Part. IV, Articles 37-90, deals with international arbitration. The procedure here laid down has often been referred to in

¹ *Official Records of the General Assembly, Fourth Session, Supplement No. 10 (A/925)*, p. 3.

² *Ibid.*

³ 5th meeting, para. 82.

⁴ 6th meeting, paras. 33-34.

⁵ 7th meeting, para. 28.

⁶ 33rd meeting, para. 8.

⁷ *Ibid.*, para. 15-22.

compromis or by tribunals (Scott, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, Second Edition, New York 1915, pp. 41-88).

9. The Peace Code, presented by the Mexican Government to the Seventh International Conference of American States (Montevideo, 1933) and submitted by it to the consideration of Governments, provided in Chapter IV an elaborate code of procedure for arbitration (*The International Conferences of American States: First Supplement 1933-1940*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1940, pp. 55-59).

10. In 1927, the *Institut de Droit International* renewed its interest in the subject of arbitral procedure, at its Lausanne session, where a report was presented by F. L. de la Barra and A. Mercier. Since the *Institut* had other commissions dealing with obligatory arbitration, and with conciliation, it was decided to deal with arbitral procedure *stricto sensu*. The rapporteurs, referring back to the *Projet* of 1875, asserted that its principles had received the consecration of positive law, and went on to say:

"Mais, considérant que les progrès continus de l'arbitrage appellent le développement des règles de droit formel, il décide de poursuivre l'œuvre commencée et d'entreprendre l'élaboration d'un code de procédure internationale."⁸

The rapporteurs recommended also that a study be made as to the desirability of opening arbitral procedure to individuals.

11. The General Act of Geneva (1928), in which Chapter III deals with *ad hoc* arbitral tribunals, refers signatories, for procedure to be followed, to The Hague Convention of 18 October 1907 for the Pacific Settlement of International Disputes (United Nations, *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes 1928-1948*, Lake Success, 1948, pp. 435-445).

C. OUTLINE OF THE TASK

12. The term "arbitration" is by now generally regarded as referring to settlement of a dispute in accordance with law (see below, Section VII). The term "arbitral procedure" could be taken to refer to the whole process of agreement to submit to arbitration, including preliminary obligations (compulsory arbitration), to the constitution and procedure of the tribunal, the award and its enforcement, et cetera. The development of arbitration has now led to subdivisions: thus, judicial settlement has appeared with the establishment of permanent courts; and obligatory arbitration has become a part of the expanding methods for the pacific settlement of disputes. Thus, the term "arbitral procedure" comes to have a limited meaning; it appears to be confined to the procedure within a tribunal after it has been set up by the parties through a special agreement among themselves. If this description were accepted, study of the term would exclude from consideration general treaties of arbitration or compulsory pacific settlement of disputes, though it would derive from them any rules of procedure applicable to an arbitral tribunal after it has been agreed upon.

12a. The above appears to coincide with the viewpoint of the International Law Commission, in its discussion concerning pacific settlement of disputes. Some members, however, apparently envisaged a broader consideration than technical details of procedure and the Commission might wish to include such items as a sequence of methods for settling disputes, of which arbitration would be one method; or provisions for encouraging or improving agreements to arbitrate; statements or limitations as to what should or should not be submitted for arbitration; provisions for a permanent bureau to handle arrangements for whatever tribunal; establishment of some method of revision or appeal from an unsatisfactory award; relationship between *ad hoc* arbitral tribunals and organs of the United Nations (e.g., for deposit and distribution of documents); or rules for obligatory submission of designated types of disputes to arbitration.

This memorandum will be limited to the procedure to be followed after the *compromis d'arbitrage* has been made.

13. In his book entitled *The Process of International Arbitration* (New York, 1946, p. 3) Carlston observes that "upon the careful and skilled drafting of the procedural rules, therefore, the successful conduct of an international arbitration will often depend". He asserts (p. 30) that

"the variability in the factors affecting the successful conduct of any international arbitration is too great to enable the creation of any one comprehensive code which would furnish an unfailing guide for the conduct of all arbitrations."

Later, however, he concludes (pp. 261-262) that,

"notwithstanding the strictures previously made in these pages concerning the unworkability of a universal code of international arbitration procedure, progress can be made in the formulation of a series of draft arbitration conventions and procedural rules which, with such further refinements in each individual arbitration as may be required, could serve as a basis for future arbitration proceedings. These could include recommended procedures for the solution of such typical controversies as boundary disputes, accumulations of international claims of varied character, war damage claims, and the like . . .

"Every effort should be made to establish accessible and convenient arbitration facilities, with simple, flexible procedures, to which parties can readily resort for the settlement of their disputes."

II. THE "COMPROMIS"

14. The *compromis d'arbitrage*, according to Ralston (*Law and Procedure of International Tribunals*, Revised Edition, 1926, p. 5) "has come into vogue to designate the form of treaty which refers a given subject-matter of dispute to arbitrators, either especially designated or whose designation is arranged for, describes and limits the powers of the arbitrators and usually in substance the general tenor of their possible sentences, with a provision for carrying them out". Witenberg (*L'Organisation Judiciaire: La Procédure et la Sentence Internationales*, 1937, p. 6) defines the *compromis* as "un traité aux termes duquel un ou plusieurs Etats con-

⁸ *Annuaire de l'Institut*, vol. 33, tome II, p. 627.

viennent de confier à un arbitre ou à un organisme judiciaire préconstitué la solution d'un ou plusieurs litiges déjà nés."

14a. Since it is the charter of the tribunal, the *compromis* is of fundamental importance. It represents the agreement of the sovereign parties for the purpose of settling the dispute between them. It is to be observed, however, that this agreement has sometimes been reached, and an obligation created, in a previous instrument. Thus, a treaty of peace may require parties to arbitrate certain issues; a general treaty of whatever nature may contain a "compromissory clause" under which an obligation exists to arbitrate issues arising under that treaty; or states may be bound by a general

Exchange of notes, letters or telegrams
(70, 97, 103, 132, 136, 295, 321, 356,
374, 380, 381, 390, 396 a, 408)

Verbal note (72)

Act, legislative (30, 206, 224, 382, 402)

Declarations (38, 44, 163, 183, 194)

Arrangements (36, 146, 166, 187)

Memorandum (50, 67, 178, 227)

Decrees (66, 122, 126, 305, 316)

Contracts (211, 212, 250, 370)

Protocol of Conference (77, 85, 89)

Proposition and acceptance (90)

Instructions to Commissioner (175, 246)

Letter and legislative action (177)

15a. The provisions found in these instruments vary from the mere statement of agreement to arbitrate down to the most precise and detailed rules of procedure. Often, a series of later instruments is needed in order to complete the procedure or to resolve controversies due to inadequate foresight in the *compromis*. It is easy to conclude that more care should be taken in the making of these instruments. Feller says (*The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, 1935, p. 318):

"It need hardly be said that the claims convention should be drawn up with the most scrupulous clarity. Those who have participated in the drafting of treaties or legislation will know that draftsmen are often tempted to permit a difficult or controverted point to remain intentionally ambiguous. Such a temptation should never be indulged in when drafting a claims convention. Ambiguities cause conflict and delay, and may often wreck the whole structure of settlement."

15b. While it would doubtless be impossible to prescribe a uniform *compromis*, adaptable to all circumstances, suggestions may be offered as to what should be included in such an instrument. Not only may time and money be saved by proper drafting, but some degree of uniformity would assist arbitrators in their tasks. There is no trained profession of arbitrators, but individuals may be chosen who have knowledge of some past arbitrations; they would feel more confident if they knew that the arbitrations which they were called upon

treaty of arbitration or of pacific settlement to submit certain issues to arbitration. In such instances, the obligation to arbitrate exists before the *compromis* is made; but it will usually be necessary, nevertheless, to agree upon a *compromis* for the dispute when it arises.

15. A surprising degree of informality and variety is to be found in the instruments which make arrangements for arbitration. They range from solemn treaties to verbal arrangements. The list contained in the invaluable *Survey of International Arbitrations 1794 — 1938* by A.M. Stuyt, shows, aside from instruments called treaties, conventions, agreements or protocols, the following variations (numbers in parentheses are as listed in Stuyt):

Verbal arrangement (3, 137)

Public Notice (35, 36)

Resolution of League of Nations Council (358)

Engagements (62)

Collective Note or Letter (88, 138)

to conduct would be along lines uniform with past experience.

16. A *compromis* should include certain items: (1) The statement of agreement to arbitrate is of course essential; (2) A clear statement of the issue is oftentimes difficult to achieve, and should be carefully phrased. The arbitrator must work within the question stated, and dissatisfaction may result if the limits within which he must decide are not clear to him; (3) In so far as an agreed statement of facts can be included, time and energy will be saved; (4) An adequate method of selecting members of the tribunal is needed, so that there may be assurance as to its formation, and as to filling vacancies; (5) The law, or principles by which the tribunal is to be guided, should be clearly stated. The judge must know whether he is strictly and technically bound by a treaty or law, or whether he may decide *ex æquo et bono*, or otherwise; (6) Various questions of competence should be anticipated, though rules of customary law can fill some gaps. Can the tribunal act in the absence of a member, or in default of appearance by a party? Can the tribunal require provisional or interim measures? May it decide as to its own procedure? (7) The procedure to be followed by the tribunal, if not clearly provided for, may lead to interminable delay and wrangling. The *compromis* should either authorize the tribunal to establish its own procedure, or lay down definite rules as to written and oral pleadings, the order of presentation, the time and manner of intro-

duction or production of evidence, et cetera; (8) The form in which the award should be presented, the method by which it is determined, and the extent of its obligation (e.g., as to revision, if any) should be stated, and provision, if any, as to its execution; (9) Finally, certain general provisions should be included as to expenses, staff, date and place of meeting, registry or distribution of documents, et cetera.

III. ESTABLISHMENT OF THE TRIBUNAL

A. TYPES

17. The parties are of course free to refer their questions to any person or body available, or to create a tribunal in whatever shape they may wish—in so far as they are not bound by previously contracted obligations.

18. Up to the 19th century, it was customary to refer a dispute to a sovereign, or to an ecclesiastical person, or to some existing body. A number of examples are given in de Lapradelle and Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, pp. XXIX and XLIV, and in Witenberg, pp. 11-12. In most such cases, this meant a "sole arbiter", a position which has certain advantages. It calls for less expense; it may eliminate oral argument, thereby saving much time, energy and wrangling; it avoids argument and dissension among the judges and should provide a more rapid and definitive determination of the issue. These advantages do not accrue in all situations, of course; for example, in a claims commission where one man would have to write many opinions; and in general states hesitate to trust to such an extent upon the judgment of one person. The sole arbiter is still frequently used; but he is not so often a sovereign or ecclesiastic and is more frequently a person skilled in the law. It is to be observed that, of 59 arbitrations held since 1920 and included in the three volumes of *Reports of International Arbitral Awards* (cited hereafter as *I.A.A.*), edited by the Registry of the International Court of Justice, 31 were entrusted to a sole arbitrator, of whom only one was a sovereign.

19. After the Jay Treaty of 1794, a trend developed towards arbitration by a small number of persons, more or less experts, and often including members from a third state, not a party to the dispute. Such a tribunal might be created in a number of ways.

The "mixed commission" was composed of an equal number of representatives from each party. In this type, parity of representation is the essential element, protecting equally the rights of each state, and rejecting the idea of decision from the outside. There is no umpire with a casting vote. The effort is to reach unanimous agreement.

20. The "mixed arbitral commission" is composed of an equal number of representatives chosen by each party, with one or more persons chosen from a state not a party to the dispute. Most of the tribunals fall under this classification. This type may be subdivided into those in which the neutral sits regularly, usually as presiding commissioner, and those in which he acts as umpire in those cases only in which the commissioners fail to agree. As to this type, Feller says (*op. cit.*, p. 317):

"It is a grave mistake to construct a tribunal out of two national members and one neutral member. Few men are capable of holding the balance between two contending national commissioners. If the governments do not object to the possibility of decision by compromise rather than by adjudication, they should provide for two national commissioners with an umpire in case of disagreement. Otherwise, they should provide either for one, or better still three, neutral commissioners."

21. Less frequently, a commission may be composed entirely of nationals of states not connected with the dispute, with no representatives of the parties sitting on the bench.

22. In a number of cases, a dispute has been referred to an existing body, either national (e.g., the Senate of Hamburg, the French Court of Cassation) or international (e.g., the Permanent Court of Arbitration at The Hague or the Central American Court of Justice). In the latter instances, as certainly also where reference is made to the International Court of Justice one is reaching beyond arbitration to judicial settlement.

B. SELECTION OF JUDGES

23. The selection of judges is a matter of prime importance: complaints in this respect have led to some reluctance to resort to arbitration. Judges should be capable and disinterested persons; it would be desirable to have available a number of persons of training or experience as arbitrators, but development in the field of arbitration has not led in this direction. The provision of a panel of judges, such as for the Permanent Court of Arbitration, could be expected to result in accumulative experience on the part of its members, but in practice this has not been true. In his treatise on the Permanent Court of International Justice, Judge Hudson notes (*op. cit.*, p. 7) that "in forty years the Court has had almost five hundred members, less than thirty of whom have served as members of constituted tribunals". It would be useful if some means could be found of developing a supply, or a profession, of competent and experienced arbitrators.

The methods of selection have followed a pattern, or patterns, but have been nevertheless somewhat haphazard.

24. The *compromis* may designate in itself, and by name, the person or persons to serve. This would mean that the Governments had agreed in advance upon the person (this is most often true in the case of a sole arbiter) or persons. Thus, in the *Case of the Religious Properties in Portugal*:

"Le Tribunal sera composé des trois arbitres suivants que les quatre Gouvernements choisissent d'un commun accord: l'Hon. Elihu Root, Son Excellence le Jonkheer A.-F. de Savornin Lohman, M. Lardy." (*I.A.A.*, vol. I, p. 9).

25. The *compromis* may name no one, but may establish a procedure to be followed in the selection of members of the tribunal, or may refer to a procedure elsewhere established. In the *compromis d'arbitrage* between France and Peru, of 2 February 1914, it was

agreed that each should name an arbiter, and "il sera procédé à la désignation du Surarbitre dans la forme prescrite par l'article 87 de la Convention de la Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux" (*ibid.*, p. 216). It is to be noted that the method to be employed is sometimes prescribed by another instrument, e.g., the Treaty of Versailles (see the case of the Cessions by Germany to France under Article 357 of the Treaty of Versailles, *ibid.*, p. 61).

26. Where national members are concerned, it is to be presumed that they will be appointed, and replaced as needed, by their respective Governments. It can usually be assumed that such appointments will be made, but there have been cases in which they were not made; and such situations raise important questions as to the ability of the tribunal to function. Provision is sometimes made for ultimate choice of neutral members, but not for national members, the assumption being that Governments will duly make their appointments.

27. In the case of the Hungarian Optants, the Mixed Arbitral Tribunal having ruled that it had jurisdiction, the Romanian Government announced that it would withdraw its arbitrator in the agrarian cases. The matter was carried before the League of Nations and, since this possibility of carrying on had been provided, an adjustment was finally reached. (See Francis Deák, *The Hungarian - Rumanian Land Dispute*, 1928). No such alternative was available to the Mixed Claims Commission, United States and Germany, when in dealing with the Black Tom and Kingsland cases, a dispute arose as to whether the case should be reopened, and when the umpire upheld the right of the commission to do so, the German Commissioner and Agent withdrew. The umpire, overruling the objection that the Commission was not competent to act without German participation, made an award of a large sum to be paid by Germany (*Opinions and Decisions in the Sabotage Claims handed down June 15, 1939, and October 30, 1939*). A similar difficulty appeared in the French Mexican Commission under the Convention of 12 March 1927. A question having arisen as to the expiration of the term of the Commission's powers, the Mexican Government refused to participate further. M. Verzijl, the Presiding Commissioner, proceeded nevertheless and gave awards in 23 claims. Another convention was required in order to straighten out the difficulties (Feller, *op. cit.*, pp. 70-76).

28. The Soviet Union does not usually employ arbitration in its disputes with other states, but does to a large extent employ commercial arbitration. Its agreement with the Lena Goldfields Company provides an interesting example of effort to meet the difficulty above described:

"The Arbitration Court shall be composed of 3 (three) members, one of whom shall be selected by the Government, one by the Lena Goldfields Company and the third, who is to be the super-arbitrator, shall be chosen by the two parties together by mutual agreement.

"If such agreement is not reached within 30 (thirty) days, from the day of receipt by the defending party

of a written summons to the Arbitration Court, giving an exposition of the matters in dispute, and the designation of the member of the Court selected by the prosecuting party, then, within 2 (two) weeks, the Government shall nominate 6 (six) candidates from among the professors of the Freiberg Mining Academy or of the Royal Technical High Schools of Stockholm and shall request the Lena Goldfields Company to appoint one of them as super-arbitrator within a period of 2 (two) weeks.

"If the Lena Goldfields Company fails to appoint the super-arbitrator within the said 2 (two) weeks, there being no insuperable obstacles to prevent such appointment, the Government shall be entitled to request the Council of one of the said higher academic institutions to appoint a super-arbitrator from among the aforesaid 6 (six) candidates nominated by the Government.

"If the Government, in the absence of insuperable obstacles, fails to nominate the 6 (six) candidates for the super-arbitratorship within the said period of 2 (two) weeks the Lena Goldfields Company shall be entitled to request the Council of one of the aforesaid higher academic institutions to nominate 6 (six) candidates and to appoint a super-arbitrator from among their number, as stated above.

"If upon receipt of a notice from the super-arbitrator giving the day and place of the first session of the Court one of the parties, in the absence of insuperable obstacles, fails to send his arbitrator to the Arbitration Court or he refuses to participate in the session, then the matter in dispute shall, at the request of the other party, be settled by the super-arbitrator and the other member of the Court, such settlement to be valid only if unanimous." (Translation by Professor John N. Hazard.)

29. The same question of the competence of a tribunal to act in the failure of appointment of a national member has been referred for advisory opinion to the International Court of Justice by General Assembly resolution No. 294 (IV) of 22 October 1949 (A/1043). Under the terms of the peace treaties, disputes thereunder should be referred to commissions composed of national members and a third member to be appointed by the Secretary-General of the United Nations. Bulgaria, Hungary and Romania having refused to appoint their members, the Court is asked to say whether disputes do exist of the type calling for settlement in this manner; if so, whether the three Governments are obligated to appoint members; and if so, whether the Secretary-General is authorized to proceed to the third appointment, and whether the tribunal composed of a representative of one party and a third member appointed by the Secretary-General is competent to give a decision.

29a. The above difficulties, all comparatively recent, indicate a real need for provisions in the *compromis* to cover such cases. Such a provision might be a general one, permitting some other authority to decide in case of controversies, or more specific ones leading to an ultimate assured selection and participation, or providing for procedure in default.

30. The outside or neutral members of tribunals have been chosen in a number of ways. They may have been agreed upon by Governments in advance (e.g., No. XXXIV, in *I.A.A.*), and designated in the *compromis*, a procedure more frequent in the case of a "sole arbiter", or in the case of the "umpire", a person to whom the matter is referred when the national commissioners are unable to agree.

30a. More frequently the *compromis* merely provides that the question shall be referred to some friendly sovereign or state to be named for that purpose; or that the neutral members shall be named by agreement, presumably, though it is not always clear, agreement between the Governments; or that the national commissioners shall choose the neutral members. The clauses do not always make clear what is to be the function of the odd man. Thus, in the treaty between Peru and the United States of 12 January 1863 (Stuyt, No. 71):

"The commissioners as named shall immediately after their organization, and before proceeding to any other business, proceed to name a fifth person to act as an arbitrator or umpire in any case or cases in which they themselves differ in opinion."

Further assurance of selection is given in a number of instances by provision that a final determination of the neutral arbiter shall be made by lot (e.g., Stuyt, Nos. 22, 47) or by reference to some other party (e.g., Stuyt Nos. 55, 78). Or, it may be stipulated that the choice of an arbiter shall be made by another authority (e.g., Stuyt, No. 36), "to be named by France, but to be previously approved of by Great Britain and Naples". In one case, three neutral members were to be chosen, one appointed by each Government, the third by these two (Stuyt, No. 20); in the Salem Case (*I.A.A.* No. XXXII), if the Governments were not able to agree, the third arbitrator was to be named by the President of the Council of the Permanent Court of Arbitration at The Hague (see also the Martini case, *I.A.A.* No. XXVI). In the arbitration between Germany and Portugal (*I.A.A.* No. XXVII a) one arbitrator was named by M. Ador, as requested by the parties; this one arbitrator later requested that two others be named, and this was done.

31. Very few of the agreements assure a final choice of arbiters. Assuming—as usually can be assumed—that Governments will make the appointments which they have agreed to make, attention has, in the treaties, been directed rather to a final choice of neutral members. Quite a number of treaties, though probably less than a majority of them, provide, as has been seen, for a final choice by lot, or final designation by some specified authority (e.g., *I.A.A.* Nos. VIII, IX). Many agreements are in vague terms, such as that between Brazil and Great Britain (Stuyt No. 28) which says only: "The Commission to be composed of 4 members, to be named by the respective Governments or Ministers." Every *compromis* should contain procedure for a final choice of neutral arbiters; and, in view of recent difficulties it may be desirable to make similar provision for designation of national members, or for procedure by default where such appointment is not made.

32. The Convention for Pacific Settlement of International Disputes, revised at The Hague in 1907, provides

(Article 45) that each party is to appoint two arbitrators, of whom only one can be its national, and these arbitrators choose an umpire. If they do not agree upon an umpire, the choice of an umpire is entrusted to a third power, selected by the parties by common accord. If they cannot agree upon a third Power, each shall name a different Power, and the two Powers are to make the selection in concert. Finally, if agreement is not reached in this fashion, each of the two Powers names two candidates from the panel of the Permanent Court of Arbitration, and an umpire is drawn from them by lot.

33. Under the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928, as revised 28 April 1949, the arbitral tribunal is to be composed of five members, including one national appointed by each party. (It may be observed that if there are more than two states parties, the proportion of the tribunal may be disturbed.) The other two arbitrators and the chairman are to be chosen by common agreement; should this fail, a third Power, chosen by agreement of the parties, is requested to make the appointments. If they cannot agree upon such a third Power, each party shall designate a different Power, these two to make the appointments. Should they fail to agree, the appointments are to be made by the President of the International Court of Justice and, failing him, by the Vice-President or, finally, by the oldest member of the Court who is not a subject of either party.

34. According to the American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogotá 30 April 1948), each party shall name one arbiter and transmit that name to the Council of the Organization of American States. At the same time, each party presents to the Council a list of ten jurists chosen from the panel of the Permanent Court of Arbitration at The Hague. If these lists contain three names in common, these together with the two named by the parties, constitute the tribunal; if more than three, the three are chosen by lot; if two, these two, the two arbiters directly selected by the parties, choose the fifth; if one, he is a member and another is chosen by lot; if none, one arbiter is chosen from each list by lot. In the last two cases, the four arbiters chosen name the fifth person, who becomes the presiding officer, and if they cannot agree, each of them arranges the list of jurists in order of preference, and the first of these to obtain a majority vote is chosen.

34a. It is thus apparent that the problem of a final choice is recognized and that attempts, somewhat complicated, have been made to solve it. Granted the international organizations which exist today, it would seem possible to devise a simpler method of achieving a final choice.

35. Provision is more frequently made for filling vacancies, usually by the same method employed for the original appointment. The obligation of a government to replace its own appointments is often found stated. Sometimes (e.g., Stuyt No. 22) full details are given to care for the absence of a member. The problem here is much the same as that discussed above, failure to appoint; but a distinction needs to be made between

deliberate refusal of a government to carry out its obligations as to appointments, and justifiable or excusable failure to do so.

36. The *compromis* rarely states qualifications for members to be chosen for the tribunals. The *Institut de Droit International* in its 1875 session proposed to exclude women; and in the Lacaze case (Stuyt, No. 66) diplomatic agents were excluded. The most frequent limitation set is with regard to nationality. Thus, the General Act of 1928 (Article 22) says:

"The Arbitral Tribunal shall consist of five members. The parties shall each nominate one member, who may be chosen from among their respective nationals. The two other arbitrators and the Chairman shall be chosen by common agreement from among the nationals of third Powers. They must be of different nationalities and must not be habitually resident in the territory nor be in the service of the parties."

36a. Complaint has frequently been made against the prevailing practice of appointing nationals as judges. Such criticisms were made with regard to the Alabama case, the Behring Sea Fisheries case, and others. It is said that such national judges consistently vote in favour of their own states, rather than upon the merits of the case; and it is argued that the tribunal should be composed of judges rather than of representatives of the parties, since each state may have its own agent and counsel to defend its interests before the tribunal. In general, the presence of national judges adds to the expense, to the size of the tribunal, and to the difficulty of reaching a decision.

36b. In the Committee of Jurists which planned the Permanent Court of International Justice, M. Loder opposed national judges on the Court, since such participation is a "characteristic essentially belonging to arbitration" and the Report of the Committee admitted that its proposal to have them made the Court resemble a court of arbitration more nearly than a court of justice.⁹ (M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, p. 182.) Judge Hudson observes (p. 359) that, on the bench of the Court, *ad hoc* or national judges have as a general rule upheld their Government's contentions, but they have rarely stood alone in their views, and in striking instances were against their Governments. He adds that "national judges have served a useful purpose in familiarizing other judges with special features of their national laws, and at times with their national psychology as affected by the particular case".

36c. A *compromis* occasionally calls for a "person of loyalty and impartiality" (Stuyt, No. 60); very rarely does it go so far as the agreement of 1840 between Great Britain and Portugal (Stuyt No. 35), which in Article XII asserted that

"the Commissioners are placed by their respective Governments in the position of arbitrators in all matters falling within the limits of their jurisdiction;

and that therefore they are to be left unbiassed and uncontrolled in the discharge of the duties confided to them."

The Pact of Bogotá asks for persons "of recognized competence in questions of international law and of the highest integrity". Perhaps this is as much as could be asked for in the absence of a class of skilled arbitrators, for whom more specific qualifications could be set.

36d. Ralston (p. 35) observes an imperfection in protocols, in that no provision is made for challenging either arbitrator or umpire because of unfitness, personal prejudice, or for other reasons. Such a provision he noted in the Convention establishing the Central American Court of Justice. In this connexion may be observed the refusal of President Taft to arbitrate between Cuba and other governments, because similar American claims existed. (Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. VI, p. 83.)

37. Attention is called briefly to the advantages offered by a permanent tribunal, or a permanent bureau of which other tribunals can make use. A permanent location would make possible a library and other equipment, as well as a convenient meeting place. A permanent staff could aid any tribunal with regard to distribution of documents and other services, even after dissolution of the tribunal, such as maintaining archives or publishing proceedings. If judges were chosen regularly from a panel, there would be much gain in knowledge as to procedure and methods of decision. It seems probable that expenses would be less. Such a permanent bureau or tribunal could be established on a bilateral basis if there were enough cases to warrant it; a central body would be useful in other instances. It is surprising that disputant states have not made more use than they have of the convenience provided for them in the Permanent Court of Arbitration at The Hague.

C. CONSTITUTION OF THE TRIBUNAL

38. The treaties contain but little as to the manner in which members of the tribunal are notified of their selection, and of arrangements for assembling them together, or for notification to those concerned that the tribunal is established and ready for business. There seems to be no established procedure for these purposes, though such notices are sometimes given (e.g., Stuyt, Nos. 35, 36).

39. The *compromis* often does name a place at which, and/or a time within which, the tribunal is to meet (see Section IX, below).

40. Formerly, and particularly in treaties with the United States, an oath or "solemn declaration" was required from each member of the tribunal as he took his seat. The oath might be spelled out verbatim in the *compromis* (e.g., Stuyt, No. 12); and the place might be specified—a court, or "before a competent authority", or in the presence of the Ministers of the states parties. In more recent treaties, according to Acremant (*La Procédure dans les Arbitrages Internationaux*, p. 106), the requirement of an oath is not so often found.

41. Provision is irregularly made for a presiding officer. Where an odd member is found, the odd

⁹This raises a question as to whether arbitration should be defined as a legal procedure, through means of their own choice, and with their own representatives on the bench.

member (ordinarily a neutral) usually serves as chairman or president of the tribunal; if there is an umpire who sits as a member of the tribunal, he would naturally serve in this capacity. The president may also be chosen in rotation.

42. The umpire sometimes sits regularly with the tribunal; sometimes he is called upon only in case the national members disagree. In the former case, where he participates in each decision, he is rather a president with a casting vote; in the latter case, he is a real umpire. Occasionally, more than one umpire, or *surarbitre*, is provided and the work divided between them by lot or otherwise (e.g., Stuyt, Nos. 22, 47).

42a. Instances in which the umpire or the arbitrator has been a national of one of the parties, have not been uniformly successful. The umpire is inclined to "lean over backward" against his own state; and in any case is subject to criticism by other parties (e.g., the *I'm Alone* case, and the German-American Mixed Claims Commission).

43. A term of office need not be stated, except for a permanent tribunal, such as the Permanent Court of Arbitration at The Hague, which provided for a renewable term of six years. In the case of an *ad hoc* tribunal, the term is automatically cared for where a time-limit is set within which the work of the tribunal is to be finished.

IV. JURISDICTION

A. WHERE FOUND

44. The *compromis*, as has been said above, is the charter of an international tribunal, and its terms provide the authoritative answer to questions as to the competence of the tribunal. The determination of the jurisdiction of the tribunal is thus largely a matter of interpretation of the treaty. For the Permanent Court of International Justice ("Free Zones" case, Series A/B, No. 46, p. 163), the special agreement "represents, so far as the Court is concerned, the joint will of the parties". Umpire Plumley said, in a phrase often quoted (case of the French Company of Venezuelan Railroads, Ralston, *Venezuelan Arbitrations* of 1903, p. 367):

"The limits of this honorable commission are found and only found in the instrument which created it, the protocol of February 19, 1902. An arbitral tribunal is one of large and exclusive powers within its prescribed limits, but it is as impotent as a morning mist when it is outside these limits."

45. The *compromis* however is often silent or inadequate as to the jurisdiction of the tribunal which it creates; and, where it does speak on the subject, questions may arise as to the correct interpretation of the text. In either case, it seems well established that the tribunal has the right to judge as to its own powers (*compétence de la compétence*). Witenberg asserts (p. 108) that,

"en chaque cas particulier et surtout si une contestation s'élève à cet égard, le juge international a compétence pour décider de l'étendue de sa compétence."

45a. In the case of the Betsey, under the Jay Treaty, the British commissioners argued that the decrees of the English High Court of Appeals were final, and even suggested that if the treaty were interpreted to the contrary, the British commissioners would be justified in withdrawing. The matter was referred to the Lord Chancellor, Loughborough, who replied that "the doubt respecting the authority of the commissioners to settle their own jurisdiction was absurd; and that they must necessarily decide upon cases being within, or without, their competency" (Moore, *International Arbitrations*, pp. 326-7, 2277 ff).

45b. According to Secretary of State Webster,

"Its [the mixed commission under the treaty with Mexico of 11 April 1839] right and duty, therefore, like those of other judicial bodies, are to determine upon the nature and extent of its own jurisdiction, as well as to consider and decide upon the merits of claims which might be laid before it" (Moore, *International Arbitrations*, p. 1242).

45c. In Administrative Decision No. V of the German-American Mixed Claims Commission, Judges Parker said, referring to the protocol which created the tribunal:

"Where the meaning of such an agreement is obscure, custom and established practice may be looked to in arriving at the intention of the parties. But where the agreement creating the tribunal and defining its jurisdiction is clear, it is not competent to look beyond the terms of the agreement in determining its jurisdiction" (*American Journal of International Law*, vol. 19 (1925), p. 614).

45d. The above principle is often found stated in general treaties of arbitration, under which decision may have to be made as to whether a particular dispute should go to the tribunal; in the ordinary *compromis* this question has already been decided. Article 73 of The Hague Convention of 1907 says concisely:

"The tribunal is authorized to declare its competence in interpreting the *compromis* as well as the other papers and documents which may be invoked, and in applying the principles of law."

One may refer also to Article 36 of the Statute of the Court. Lapradelle and Politis (vol. II, p. 51) observe, in this connexion,

"Nous avons précédemment montré l'indéniable justesse de cette solution, qui, bientôt confirmée dans la pratique, est désormais consacrée par le droit positif."

Carlston (p. 74) cites many authorities to the same end.

45e. Where the *compromis* provides—as usually it does—that the decisions shall be final and conclusive, it may be argued that questions of competence are covered by that decision. Reference will be made later to the ways in which the action of the tribunal may be challenged.

B. AS TO PROCEDURE

46. The *compromis* frequently contains some provisions as to the procedure to be followed, and in a few cases very detailed regulations; but no agreement could foresee all possible procedural questions which might

arise. This is recognized in some treaties which authorize the tribunal to establish its own rules. Thus, in the Agreement of 11-12 February 1871, between Spain and the United States (Stuyt, No. 91):

"4. The arbitrators shall have full power, subject to these stipulations, and it shall be their duty before proceeding with the hearing and decision of any case, to make and publish convenient rules prescribing the time and manner of the presentation of claims and of the proof thereof; and any disagreement with reference to the said rules of proceeding shall be decided by the umpire."

46a. According to Ralston (p. 204):

"We may therefore regard it as established that whether so expressed or not in the protocol, commissions have an inherent right to establish rules governing the method of presentation and consideration of cases submitted to them."

46b. Article 15 of the draft resolution of the *Institut de Droit International* (1875) provided that in the absence of provisions in the *compromis*, the arbitral tribunal has the power to lay down detailed rules, including evidence. See, similarly, Article 74 of The Hague Convention of 1907. Sandifer (*Evidence before International Tribunals*, p. 28) observes that it is customary, in the absence of rules in the agreement, for tribunals to draw up their own rules, and he refers, for illustrations, to Moore, *International Arbitrations*, pp. 2133-2239. It may be observed that procedure is least restricted, and the authority of the judge greatest, in the case of the sole arbiter.

C. PROCEDURE IN THE ABSENCE OF A MEMBER

47. In various ways, a Government party to a case may fail to carry out its obligations, or to perform its expected part, in the work of the tribunal, as a result of which the tribunal would be unable to arrive at a conclusion, unless provision has been made to meet such a situation. This may appear because of the failure to make an original appointment, or to fill a vacancy; it may be due to withdrawal of a representative, or his refusal to appear, or to inability of one kind or another.

47a. These situations have been discussed (paras. 26-29, 35, above) with regard to selection of persons concerned; the problem also presents itself, in these situations, as to the competence of the tribunal to act. More attention needs to be paid, it would seem, in the drafting of treaties to the authority of the tribunal to proceed to a decision in these various situations. Witenberg (p. 49) claims that,

dans ces diverses hypothèses il semble que le tribunal arbitral puisse continuer ses travaux malgré l'absence irrégulière du ou des juges nationaux,

but practice shows some uncertainties, requiring supplementary negotiations and conventions to regularize situations.

48. A striking recent example of failure to create the tribunal in accordance with treaty obligations is the refusal of Bulgaria, Hungary and Romania to appoint members of a commission. The treaties of peace with these countries provide:

"1. Except where another procedure is specifically provided under any Article of the present Treaty, any dispute concerning the interpretation or execution of the Treaty, which is not settled by direct diplomatic negotiations, shall be referred to the Three Heads of Mission acting under Article 39, except that in this case the Heads of Mission will not be restricted by the time limit provided in that Article. Any such dispute not resolved by them within a period of two months shall, unless the parties to the dispute mutually agree upon another means of settlement, be referred at the request of either party to the dispute to a Commission composed of one representative of each party and a third member selected by mutual agreement of the two parties from nationals of a third country. Should the two parties fail to agree within a period of one month upon the appointment of the third member, the Secretary-General of the United Nations may be requested by either party to make the appointment."¹⁰

The three states having refused to appoint their national commissioners, or to agree upon a third member, a question was raised as to whether the Secretary-General could make an appointment, and whether a tribunal thus constituted with two members could act upon questions put before it. The fourth regular session of the General Assembly (A/1043) requested from the Court an advisory opinion in answer (among others) to the following questions:

"III. If one party fails to appoint a representative to a Treaty Commission under the Treaties of Peace with Bulgaria, Hungary and Romania where that party is obligated to appoint a representative to the Treaty Commission, is the Secretary-General of the United Nations authorized to appoint the third member of the Commission upon the request of the other party to a dispute according to the provisions of the respective Treaties?

"IV. Would a Treaty Commission composed of a representative of one party and a third member appointed by the Secretary-General of the United Nations, constitute a Commission, within the meaning of the relevant Treaty articles, competent to make a definitive and binding decision in settlement of a dispute?"

49. Reference may be made also the withdrawal of the American commissioners under the Jay Treaty (Lapradelle - Politis, vol. I, pp. 21, 67-69); to the dispute between Costa Rica and Nicaragua (*American Journal of International Law*, vol. 26 (1932), pp. 773-775), and others. The number of such situations has been sufficient to justify an effort to include in agreements for arbitration some answer to the problem. In the Treaty of Ghent, of 24 December 1814 (Moore, *International Arbitrations*, p. 4728), between the United States and Great Britain, it was agreed (article IV) that

"in event of the two commissioners differing upon all or any of the matters so referred to them, or in the event of both or either of the said commissioners

¹⁰ The passage is quoted from article 40 of the Hungarian Treaty. Cf. article 36 of the Bulgarian and article 38 of the Rumanian Treaty.

refusing, or declining or wilfully omitting to act as such,"

the governments would refer the reports of the commissioners to a friendly sovereign or state. It may be suggested that this provision would have been more complete had the "friendly sovereign or state" been designated, and had either party unilaterally been authorized to lay the dispute before this arbiter. The same attitude which resulted in the refusal of one party to participate would lead equally to its refusal to designate, or to refer materials to the proposed arbiter. In the agreement concerning the Croft case (Lapradelle - Politis, vol. II, p. 12) it was provided (the Senate of Hamburg being the arbiter):

Faute de présentation des réponses par l'un ou l'autre gouvernement, le Sénat statuera sans délai et ex parte.

See also Article 73 of the *Règlement* of the Franco-German Mixed Arbitral Tribunal (*Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes* (hereafter cited *T.A.M.*) vol. I, p. 54).

D. PROVISIONAL OR INTERIM MEASURES

50. A respectable amount of evidence may be adduced in support of the right of a tribunal to require observance by the parties of designated measures intended to maintain the *status quo*, or to protect the interests of a party pending decision by the tribunal.

50a. Authority for this purpose is sometimes stated in the *compromis*. Thus, France and Switzerland, in submitting a dispute concerning the "Free Zones", agreed that

"until the Court's definitive decision shall have been given, neither party shall take any steps calculated to modify the *de facto* situation now prevailing at the frontier between Switzerland and the French territories." (Hudson, *World Court Reports*, vol. II, pp. 448, 451, 453.)

"The General Act of 1928, in Article 33, provides that

"1. In all cases where a dispute forms the object of arbitration or judicial proceedings, and particularly if the question on which the parties differ arises out of acts already committed or on the point of being committed, the International Court of Justice, acting in accordance with Article 41 of its Statute, or the Arbitral Tribunal, shall lay down within the shortest possible time the provisional measures to be adopted."

50b. In the long-drawn-out controversy between the United States and Mexico over the Chamizal tract of land, court action was contemplated to evict certain families in that area. The Secretary of State wrote to the Attorney-General:

"We cannot justify agreeing with Mexico upon a special tribunal to determine the title to this territory and then determine it ourselves in a proceeding which, so far as Mexico is concerned, is entirely *ex parte*, and which is taken without any reference whatever to Mexico or to the tribunal created by a convention between the two countries" (Hackworth, *Digest*, vol. VI, p. 112).

On this subject, reference may be made to E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies* (1932), and to P. Guggenheim, *Mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire*, in Hague Academy, *Recueil des Cours*, vol. 40, pp. 645-764.

51. The tribunal is sometimes authorized to decide upon a point of law, after which the parties are expected to reach an agreement in accord with this decision; if they fail to do so, they may be required to come again before the same, or another tribunal. Witenberg (pp. 306, 341) relates this to decisions *ex aequo et bono* or in accordance with equity. In the same line of thinking are declaratory judgments. In the Chórzow Factory case, judgment No. 11 of the Permanent Court of International Justice, it was said (Series A, No. 13, p. 20):

"The Court's Judgment No. 7 is in the nature of a declaratory judgment, the intention of which is to ensure recognition of a situation of law, once and for all and with binding force as between the parties; so that the legal position thus established cannot again be called in question in so far as the legal effects ensuing therefrom are concerned."

Professeur Borchard argues strongly for declaratory judgments (*American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), p. 488), quoting a sentence elsewhere uttered: "Under the present law you take a step in the dark and then turn on the light to see if you stepped into a hole." He claims that many decisions of bitter political controversy might have been resolved if the court had been asked merely to declare the law, leaving it to the parties to reach agreements thereafter.

E. "LEGISLATIVE" DECISIONS

52. Makowski, in his lectures before The Hague Academy of International Law (*Recueil des Cours*, vol. 36, p. 289) criticises the procedure, authorized for some tribunals, by which the tribunal is called upon to establish a regime for the future. He offers as examples the Behring Sea Fisheries arbitration of 1896 (Stuyt, No. 195); the North Atlantic Fisheries case of 1909 (Stuyt, No. 291); and the Free Zones case before the Permanent Court of International Justice. The tribunal was asked, in the first of these cases, to lay down regulations for seal-hunting for the future. In an arbitration between Greece and Turkey of 1897 (Stuyt, No. 215), the award drafted a new consular convention. Such functions, says Makowski, are administrative functions, though called legislative functions by some writers; in either case, it is not a proper function for a judicial body, and if the judge cannot find enough existing law upon which to give an answer, he should refrain from giving an answer. Witenberg, on the other hand (p. 342) thinks that such extensions beyond the strictly judicial function assist in the development of law, and should be encouraged.

F. LIMITATIONS UPON JURISDICTION

53. An obvious limitation upon the competence of the tribunal is the duration of its life. The *compromis* may require that the tribunal complete its work by a given date, after which it is not competent to act; and, in any case, when it has completed its assignment and adjourned,

it is no longer in existence. Nevertheless, questions may arise (e.g., excess of powers, interpretation of award, nullity, revision — for which, see below) after its dissolution. With regard to this general question, Dr. Hyde says:

"it is desirable that appropriate provision be made in the *compromis* both to prevent the cessation of the arbitral function until the expiration of a specified period of time after the rendition of the award, and to confer requisite authority upon the tribunal during that period to cause the finality of an award and the judicial control thereof to be subject to the condition subsequent that opportunity for re-hearing on such grounds and within such periods of time as are agreed upon shall have not been utilized, or shall have been utilized in vain." (C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpretive and Applied by the United States*, Second Revised Edition, Boston, 1947, vol. II, p. 1629.)

54. Ralston (p. 35) observes that

"an imperfection seems to exist alike in the general run of protocols and in The Hague Conventions, in that no provision whatsoever is made for challenging either arbitrators or umpires because of unfitness, personal prejudice, interest in the subject-matter, or otherwise."

He refers, as an exception, to the convention establishing the Central American Court of Justice. Mérignhac (*Traité théorique et pratique de l'Arbitrage international*, Paris, 1895, p. 253) remarks that the tribunal decides as to the incapacity of the arbiters. In the treaty of 28 July 1817, between Great Britain and Portugal (Stuyt, No. 23) it was provided that:

"When the parties interested shall imagine that they have cause to complain of any evident injustice on the part of the mixed commissions, they may represent it to their respective governments, who reserve to themselves the right of mutual correspondence for removing, when they think fit, the individuals who may compose these commissions."

55. The tribunal should not exercise its jurisdiction in such a way as to decide upon the rights or interests of a state not a party to the arbitral agreement. Thus, the Permanent Court of International Justice (Series B, No. 5, pp. 27-29) refused to consider an issue between Finland and Russia since Russia had not consented to submit the question. In a case before the Central American Court of Justice, Salvador asked that Nicaragua be enjoined to abstain from fulfilling its treaty with the United States. The Court (see *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), p. 729) refused to pronounce on this point because

"its jurisdictional power extends only to establishing the legal relations among the high parties litigant and to issuing orders affecting them, and them exclusively, as sovereign entities subject to its judicial power."

55a. The award in a boundary dispute between British Guiana and Venezuela (Stuyt, No. 207) also traced a boundary line for Brazil, not a party, and was criticized as having exceeded its powers. Article 84 of the Hague Convention of 1907, and Article 59 of the

Statute of the International Court of Justice declare that a decision is not binding on any except the parties to the dispute.

G. EXCESS OF POWERS

56. There is general agreement that if the tribunal fails substantially to follow the provisions of the *compromis*, the award is null, or voidable. Summaries of the views of writers are given in Carlston, pp. 81-87, and by Brierly, in the *British Year Book of International Law*, 1928, p. 114. It is further held that the distinction between lack of jurisdiction (*incompétence*) and excess of jurisdiction (*excès de pouvoir*) though perhaps justifiable in domestic law, is hardly worth maintaining in international law. The question is simply whether, under the terms of the agreement, the tribunal had authority to take the action, or to make the decision, which is in question. The terms of the *compromis* are the final authority, but nullity should not be claimed unless departure from these terms is clear and substantial.

57. The situation appears in easily understandable form in a case in which the arbitrator gives a decision contrary to, or clearly departing from, the terms of the *compromis*. A famous example is that of the award of the King of the Netherlands, in the Northeastern Boundary dispute between the United States and Canada (Stuyt, No. 27), in which the arbiter was asked to choose between two boundary lines as claimed respectively by the parties. Instead, he recommended another line, thus substituting mediation for arbitration, and a boundary line different from the two between which he was required to choose. The United States immediately protested, and a solution was negotiated in the Webster-Ashburton Treaty of 1842. In the bitter boundary dispute between Costa Rica and Panama (Stuyt, No. 298) two claims of nullity were made.

57a. In various other types of cases, nullity has been claimed on grounds fairly clear under the *compromis*. In a dispute between Honduras and Nicaragua (Stuyt, No. 180), it was claimed that the tribunal had no authority to demand that Nicaragua disarm. The arbiter in the Aves Island case (Stuyt, No. 54) was called upon to decide territorial title, but added an extraneous requirement as to fishing privileges. The umpire, in the case of the Caracas General Waterworks Co., awarded payment to a party other than the claimant (Stuyt, No. 262); a similar case is that of Corruiti (Stuyt, No. 144; and see Nos. 179, 296). The award in the case of the Chamizal tract (Stuyt, No. 300) was protested because it divided the tract, instead of deciding title to the entire tract.

58. In other cases, the question whether the terms of the *compromis* have been properly followed is much more controversial, and may become confused with the question of error. A famous illustration is the long dispute over the Hungarian Optants (summarized, with references, in Carlston, pp. 116-124). In the case of Pelletier (Stuyt, No. 131), Haiti claimed and the United States agreed that the arbitrator had misconstrued the meaning of the *compromis* as to the law to be applied. In the case of the United States and Paraguay Navigation Co. (Stuyt, No. 60), Paraguay had conceded her

obligation to pay damages, and the tribunal was asked to fix the amount. It asserted, however, that no right to damages had been shown, and the United States claimed that the tribunal could not go behind the authority of the *compromis* and decide upon the original merits of the claim. See also the case of the Orinoco S.S. Co. (Stuyt, No. 292), in which the Permanent Court of Arbitration held that Umpire Barge had exceeded his powers, saying:

"Whereas excessive exercise of power may consist, not only in deciding a question not submitted to the arbitrators, but also in misinterpreting the express provisions of the agreement in respect of the way in which they are to reach their decisions, notably with regard to the legislation or the principles of law to be applied . . ."

58a. Carlston (p. 189), with citations to writers) summarizes as follows, showing how the charge of excess of power shades off into other meanings:

"Stemming from these ideas a number of writers have said that the performance of an award may be refused if it is "unjust" or "absolutely contrary to the rules of justice" or "manifestly contrary to all reasonable justice" or "an open denial of justice" or "inequitable or unconscionable" or "in absolute conflict with the rules of justice and therefore incapable of being the subject of a valid international compact", or if "manifestly unjust and contrary to reason", or if there is "glaring partiality" or "evident injustice" or "a flagrant denial of justice".

59. Similar difficulties have arisen where the *compromis* calls for the use of equity. In a boundary dispute between Bolivia and Peru (Stuyt, No. 249), the arbitrator was accused of having decided in accord with equity, though he was required by the agreement to be a "judge of law". By Article IV, however, he was authorized to employ equity in some situation, and Bolivia complained that it was not equity which he applied. The United States complained as to the use of equity in the Cayuga Indians Claim, in the American and British Claims Arbitration Tribunal (Report of Fred K. Nielsen, pp. 304-306), and in the Norwegian Shipping Claims case (Stuyt, No. 339).

60. *Litispotence* would rarely be found in international tribunals. Such a tribunal is not barred from consideration of a case properly submitted to it because the case is being heard in a domestic court. In general, an international tribunal will respect the authority of another international tribunal and will not take jurisdiction over a matter while the other has it, nor change a decision made by another tribunal unless expressly authorized to do so by the parties. Where an international organization, such as the Council of the League of Nations, has authority to handle disputes, much reluctance is shown to interfere with other jurisdictions. Examples are the cases of the Salmis, the Maritza boundary, and the Hungarian Optants (discussed in Carlston, pp. 173-184).

H. CONSEQUENCES OF EXCESS OF JURISDICTION

61. Lauterpacht, in the *British Year Book of International Law* for 1928, p. 117, discusses the question whether an award in excess of jurisdiction is null. He

finds difficulty in three existing rules: (1) that the arbitrator is competent to interpret the *compromis*; (2) that he cannot disregard his terms of reference; and (3) that there is no sanction available, if nullity is claimed because of disregard of the terms of reference. He therefore suggests that, since we now have institutions which were not available when article 81 of the Hague Convention of 1907 was adopted, parties who may wish to claim nullity because of excess of powers should be heard by the International Court, and that arbitral agreements in the future should include provision for such appeal and decision.

V. PARTIES

WHO MAY BE PARTIES ?

62. It is usually a state which is a party to an agreement to arbitrate, and states which appear before an international tribunal. Thus, the Statute of the International Court of Justice says (Article 34): "Only states may be parties in cases before the Court".

63. Certain exceptions, however, may be found. Arbitrations have often been arranged between states and subordinate political entities, or between the latter, as for example, between Basel-Stadttheil and Basel-Landschaft (Stuyt, No. 30), or between Afghanistan and Lahore (Stuyt, No. 31), or between Uri and Tessin (Stuyt, No. 19), or between Bakwena and Bamangwato (Stuyt, No. 145).

64. Similarly, states have engaged in arbitrations with international bodies, such for example as the Council of the Ottoman Public Debt (Stuyt, No. 353), the Reparations Commission (Stuyt, Nos. 351, 361), or the Regierungskommission des Saargebiets (Stuyt, No. 372). Under the Agreement regarding the Complete and Final Settlement of the Question of Reparations, signed at the Hague 20 January 1930, the Bank for International Settlements could appear before a designated arbitral tribunal as a party. The Specialized Agencies have been authorized by the General Assembly of the United Nations to request advisory opinions from the International Court of Justice, and may appear to plead before the Court; and the United Nations, acting through certain of its organs, may do the same. Granted the opinion of the Court (Advisory Opinion of 11 April, 1949, *I.C.J. Reports 1949*, p. 174) approving the right of the United Nations to claim reparations for injuries to its officials, the possibility appears that the United Nations might be a party, perhaps a defendant, before a tribunal.

65. The 14th Commission of the *Institut de Droit International*, at its Lausanne session in 1927, reported the following recommendation:

"*L'Institut, considérant qu'il y a une lacune grave dans l'organisation judiciaire internationale au point de vue de la protection des intérêts privés, considérés dans le plan international, et que les progrès doivent être réalisés par étapes, dans ce domaine, estime nécessaire de faire une étude de ce problème et de l'inscrire à l'ordre de ses travaux.*"¹¹

¹¹ *Annuaire de l'Institut*, vol. 33, tome III, p. 321.

65a. There is, of course, a general trend of opinion in favour of giving to individuals a stronger position under international law, and some development in that direction may be noted in arbitral practice. While in theory a state appears before a tribunal in its own behalf, in practice it appears in many instances on behalf of one of its nationals who has suffered damages as a result of an international illegality. The claim that it was the state, rather than the individual, which suffered the injury, is regarded by some writers as fictitious. They argue that the tribunal, when it considers such matters as the nationality of the claimant or the measure of damages, really regards the individual rather than the state as the claimant.

65b. The doctrinal note in Lapradelle - Politis (vol. II, p. 29) on the Croft case observes that this is the first instance in which the *compromis* authorizes the individual claimant to share in the selection of the arbiter and to present a memorial. The authors approve this procedure, though a different view is presented in the doctrinal note by E. von Ullman to the White case (*ibid.*, pp. 342, 343). In the doctrinal note to the Alabama case (*ibid.*, pp. 915, 916) the authors agree that, for such a type of case, it was better to exclude individuals:

"Contrairement au droit commun des Commissions mixtes, les réclamants n'avaient pas accès au tribunal, ni la faculté de lui soumettre, à l'appui de leurs demandes, des exposés personnels . . . dans les hypothèses de ce genre, il y a avantage à réserver l'action en justice aux seuls gouvernements. Mais on ne saurait en conclure qu'il impose, dans tous les cas, l'exclusion de la procédure des particuliers intéressés."

66. In a few cases, the agreement to arbitrate has been made between an individual (or corporation) and a state, or has authorized arbitration between them. Thus, the Treaty of St Germain-en-Laye (Article 320) authorized settlement of disputes between Austria and the Sopron-Koszeg Railway Co. through arbitrators designated by the Council of the League of Nations (*I.A.A.*, vol. II, No. XXV). Other instances cited by Stuyt are: Philippe d'Auvergne and the Duc de Rohan, under the Final Act of the Congress of Vienna (No. 18); the Convention between Egypt and the Suez Canal Co. (No. 75); the Concession Agreement of 1925 between the Union of Soviet Socialist Republics and the Lena Goldfields Co. (No. 370). Individuals presented their claims before the *Tribunaux Arbitraux Mixtes*, and were also allowed to present claims before the Central American Court of Justice. In the latter case, there were complaints as to the results; study of its experience might suggest some limitations as to procedure.

B. REPRESENTATION OF THE PARTIES

67. By article 62 of the Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (1907),

"The parties have the right to appoint delegates or special agents to attend the tribunal, for the purpose of serving as intermediaries between them and the tribunal.

"They are further authorized to retain, for the defense of their rights and interests before the tribunal,

counsel or advocates appointed by them for this purpose."

67a. The authoritative and general direction of a case on behalf of a state is usually, where the amount of work is sufficient, in charge of an "agent" appointed by that state. This procedure seems to be followed whether or not provision is made therefor in the *compromis*. The Claims Protocol of 26 August 1900 (Stuyt, No. 236) between the United States and Russia, contained no mention of agents and the arbitrator, M. Asser, was called upon by the United States to decide as to the status of an agent. He replied that the defendant must recognize the agent named by the other state and must accept communications from him as official.

67b. The function of the agent is to represent his state, rather than to argue the case. He is responsible for transmitting and receiving memorials, counter-memorials, replies, et cetera; he makes demands for information upon the other party and answers demands from him; he watches over the procedure and protects the interests of his principal in such respects. Ralston quotes (p. 194) from Lobo's report of the Brazilian-Bolivian Arbitral Tribunal as to the value of an agent:

"The functions of such agents for the sifting of truth and the success of the decision are of great importance. They examine the documents with minuteness and independence in regard to the jurisdiction of the tribunal, the legal capacity of the parties and of their attorneys, the observance of the rules and regulations, the sufficiency and nature of the causes of the suit, the exaggeration of damages claimed, the responsibility of the governments and all else that the claim might require for its perfect elucidation."

67c. In the Fur Seal Arbitration (Moore, *International Arbitrations*, p. 910), British counsel having suggested that motions be made by counsel rather than by agents, the President replied:

"We will not recognize the agents as arguing the matter. We recognize them as representing the government. Counsel will argue the matter and we will dispose of it."

The agent is responsible for approval, before presentation, of briefs prepared by private claimants.

67d. Fellers says (pp. 317, 318), with regard to the functions of the agent:

"Agents should be severely discouraged from submitting every possible claim to the tribunal. The agent of a government stands in a much different position from the attorney of a private litigant. He should consider himself, to a certain extent, as a judicial officer, and pass upon all claims before their submission, so that only such claims as are truly meritorious are presented for decision. The failure to scrutinize claims before submission is undoubtedly the chief reason for the unduly long periods required for the determination of claims adjudications. At the same time, agents should be scrupulous in claiming damages which approximate the losses suffered."

67e. Little is said as to the qualifications of agents. The Hague Convention of 1907 added to the earlier

article 37 (renumbered 62) that members of the Permanent Court may not act as agents, counsel or advocates, except on behalf of the Power which appointed them members of the Court. Under the protocol in the case of the Canada (Moore, *International Arbitrations*, p. 4687) the Secretary of State of the United States and the Minister of Brazil were to be considered as agents. The *compromis* in the Croft case (Lapradelle - Politis, vol. II, p. 28; see also pp. 90, 607) provided that the *Chargé d'Affaires*, consul, or other public agent of Great Britain or Portugal, actually in Hamburg, should serve as agents of their respective governments, and further provided that neither should be replaced by a lawyer. This leaning toward the diplomat rather than the lawyer, as an agent, appears to be exceptional.

68. It is understood, whether provided in the agreement or not, that counsel may be appointed by governments. Counsel prepares and presents the oral argument; it is the responsibility of the agent to transmit the written papers.

68a. In the case of private claims, it sometimes occurs that no official counsel is provided, and that the argument is presented by the counsel for each claimant, introduced by the agent, who is responsible for the proper presentation of the argument by such counsel. It may be desirable, in the case of a large staff, and where many claims are being considered, to set a limitation upon the number of counsel who may appear. In the agreement concerning Civil War claims between Great Britain and the United States, of 1871 (Stuyt, No. 93), the arbitrators were bound "to hear, if required, one person on each side, on behalf of each government, as counsel or agent for such government, on each and every separate claim".

69. The matter of filling vacancies in tribunals has been discussed above, as well as the question of the competence of a tribunal to proceed where one government fails to appoint members or refuses to appear. The question appears in slightly different form when counsel or agent fails to appear, for whatever reason, to present or argue a case. This failure may as effectively block action by the tribunal as if the government itself had refused to participate.

69a. In the memorandum arranging for the Croft case (Lapradelle - Politis, vol. II, p. 12) it was provided that, "faute de présentation des réponses par l'un ou l'autre gouvernement, le Sénat statuera sans délai et *ex parte*". It is not clear whether such a provision would cover the failure of counsel to appear, if this can be differentiated from the refusal of governments to be represented. The authors refer also to the cases of the Macedonian and Griqualand, and urge that treaties contain clauses to care for the situation.

C. ASSIGNMENT OF CLAIMS

70. Ralston discusses (pp. 156-158, 233) several cases of assignment of claims by private claimants, in which tribunals have held such assignments to be proper. If, however, the assignment is to a person of another nationality, the tribunal may not be able to exercise jurisdiction.

D. INTERVENTION

71. According to the Statute of the International Court of Justice, a state which considers that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision of the case may request the Court for permission to intervene (Article 62); and whenever the construction of a convention to which states other than those concerned in the case are parties, these states are to be notified, and each has a right to intervene in the proceedings, being bound by the judgment in this case (Article 63). Article 84 of the Hague Convention of 1907 contains a provision similar to that in Article 63 of the Statute.

71a. The award of an arbitral tribunal can be binding only upon the parties which have agreed to submit of the decision of the tribunal, and it has been observed above that tribunals are very careful in their awards not to trespass upon the rights of third states. The decision of such a tribunal may, however affect the rights of third parties, and this state may wish to intervene in order to protect its rights, or it may be asked (*appel en cause*) by a party to participate in order to obtain a more perfect answer to the problem before the tribunal. An example of intervention before the Permanent Court of International Justice was that of Poland in the Wimbledon case; but in the case of such a permanent judicial body difficulties do not so much arise, as in an *ad hoc* tribunal, with regard to particular provisions of the *compromis*, or as to selection of judges, et cetera, in the case of an *ad hoc* tribunal, the intervention of a third state is rarely provided for, and diplomatic negotiations may be needed to arrange for such intervention on terms which will protect the rights of all concerned. The *Projet* of the *Institut de Droit International* (1875) proposed the rule (article 16):

"*L'intervention spontanée d'un tiers n'est admissible qu'avec le consentement des parties qui ont conclu le compromis.*"

Witenberg (p. 199), referring to multilateral treaties, suggests:

"*On peut se demander si tous les Etats de la communauté internationale n'ont pas un véritable droit à la légalité internationale, s'ils n'ont pas tous compétence pour la faire respecter et qualité à considérer que toute violation du droit d'un membre de la communauté internationale est une atteinte aux droits de chacun des membres de cette communauté.*"

72. In the case of private claims, the intervention of third party individuals can more easily be arranged. Provision for such intervention was regularly put into the *Règlements de Procédure* of the *Tribunaux Arbitraux Mixtes* (e.g., *T.A.M.*, vol. I, pp. 38, 48, 245, 803). In the Landreau Claim (Stuyt, No. 338) such a right was recognized; see also quotation in Ralston, pp. 211, 212.

VI. PROCEDURE

A. SOURCE OF RULES

73. According to Carlston (p. 5)

"neglect of the procedural aspects of international arbitration has been not only the source of unnecessary disputes between litigants but also a cause of the

expensive, leisurely, protracted course for which international arbitrations have at times been condemned."

He observes, in this connexion, that the failure to adopt the procedural rules to the necessities of the arbitration led to the abandonment of the Special Claims Commission, United States and Mexico (Stuyt, No. 355), and the transfer of its task to a national commission which, untrammelled by procedural rules, dealt with 2833 claims in 2 1/2 years, whereas the international commission was able to decide only 18 claims in 8 years. There are several sources from which are derived, or may be derived, the rules of procedure used by arbitral tribunals.

74. In a given tribunal, the rules (1) may be stated in the *compromis*. Usually, such provisions relate only to the methods and dates for filing papers; rarely does a *compromis* provide adequate rules. Sometimes, however, elaborate rules are stated, such as those in the Annex to the Agreement of 5 May 1829, between Brazil and Great Britain (Stuyt, No. 28). Other examples are the *Règlements* of the *Tribunaux Arbitraux Mixtes*, or the *Shufeldt* claim (Stuyt, No. 390). While some provision should be made in the *compromis* with regard to the needs of the specific case, there is a danger of making the rules too detailed or inflexible, and some discretion should be allowed to the tribunal for modifying the rules as occasion may require.

75. The *compromis* may (2) authorize the tribunal to make its own rules of procedure. Indeed, where such rules are lacking in the *compromis*, it has been customary for tribunals to adopt their own rules. Ralston observes (p. 197) that "arbitral courts have the right to adopt ordinary rules to govern their procedure and determine the privileges and duties of litigants before them". Article 15 of the 1875 *Projet* of the *Institut de Droit International* gave such a power to the tribunal; as did also article 74 of The Hague Convention of 1907.

75a. In order to do this, however, the tribunal must meet in advance, or take some time from proceedings, in order to prepare its rules; and as a result, they may be too hastily prepared. Arbiters have rarely had much previous experience, and do not have the knowledge needed for the purpose. Sandifer says, in this connexion (p. 30):

"While the practice of thus entrusting tribunals with discretion in formulating their own rules of procedure, including rules of evidence, seems wise, on the whole, it has the disadvantage of opening the door to carelessness and looseness in dealing with these important matters. Some tribunals have virtually left the parties to their own devices, although there is a noticeable tendency in more recent tribunals to impose more stringent and specific rules. An important benefit, however, balancing this is the fact that this procedure has left tribunals free to follow the practice of other tribunals, with the result that a considerable degree of uniformity of practice has developed."

75b. According to Feller (p. 318):

"Rules of procedure are a most important factor in the functioning of a tribunal. Under the system established by the Mexican Claims Convention they were drawn up by the commissions themselves. This entailed considerable delay and many of the commis-

sions did not begin to hear claims until many months after their organization. It would be advisable for the governments themselves to draw up a set of rules which could be annexed to the convention. The commission should, of course, be given full liberty to amend these rules as occasion should warrant."

76. Again, procedure may be established (3) by reference to another instrument, such as the Convention of 1907 for the Pacific Settlement of International Disputes, the *Règlement* of the *Institut de Droit International*, or the General Act of 1928. None of these, however, have more than a few general rules of guidance, leaving many questions to worry inexperienced arbitrators. In the case of a permanent or continuing tribunal, it is more easily possible to provide or develop adequate procedure. It is to be observed, however, that the rules of the International Court of Justice would not always fit the needs of an *ad hoc* tribunal; indeed, it is to fit the needs of each particular case that *ad hoc* tribunals are employed, and a variety or flexibility of procedure is essential to this purpose.

77. To obtain such flexibility it has been suggested (4) that the *compromis* should lay down some general rules, leaving to the tribunal the power to elaborate or modify them as needed; or that (5) foreign offices, within which much experience with arbitral procedure has been accumulated, or the respective agents attached to the foreign offices, should agree in advance upon procedure; or that (6) a uniform code of arbitral procedure should be made available, upon the basis of study and experience, of which the whole or part could be adopted to the needs of each tribunal.

78. Writers seem doubtful whether (7) a code of arbitral procedure could be made which would be satisfactorily applicable to all types of arbitration. It would, in the first place, probably fail to achieve acceptance by all states on certain controversial points. The types of cases and the factors influencing or conditioning states in their willingness to submit to arbitration are so varied as to preclude acceptance of the same rules for all cases. A tribunal created to adjust a boundary dispute would require quite a different procedure from that of a claims commission which must deal with hundreds of private claims. The law or principles laid down in the *compromis* for the guidance of the arbiters may lead to different methods of hearing cases. In the case of a sole arbiter, there may be needed only written materials, and no hearing whatever. Such details as that the arbitrators should "meet for the dispatch of business at least 3 days in every week" (Stuyt, No. 28) may be appropriate in one case but not in another.

79. Carlston concludes, as to rules of procedure (in *American Journal of International Law*, vol. 39 (1945) p. 448):

"Procedure is no unalterable course of conduct to which all tribunals must adhere. It should always be adapted to facilitate the course of the particular arbitration and to enable the economical accomplishment of its task within the time fixed. In each arbitration the rules of procedure should be designed to reconcile the divergence of national viewpoints concerning procedure, to require of litigants no more procedural steps

than are necessary to enable a satisfactory disposal of the particular case, to conserve litigants' interests from injury by departures from the contemplated course of proceedings, and to bring the arbitration to the speediest possible end compatible with justice. Only through a conscious and careful adaptation of procedural rules to the requirements of each arbitration as it arises will the procedural ills of international arbitration be minimized and its utility as a means for the settlement of disputes between states be fostered."

B. WRITTEN PRESENTATION

80. In order to achieve efficient presentation of the case, and in order to assure that the task will be finished within certain time-limits, the *compromis* frequently contains detailed provisions as to the various documents to be presented, and the order and time-limits within which they are to appear. (See article 63 of The Hague Convention of 1907, and article 41 of the Rules of the International Court of Justice).

80a. The documents usually called for are a "memorial" (*requête*) or "case", a "counter-memoria" (*réponse*) or "counter-case", and "reply" (*réplique*), and perhaps "rejoinder"; and time-limits are fixed for the delivery of each. According to Ralston (pp. 198, 199), the term "case" is used for more important arbitrations, and the term "memorial" for private claims. Each instrument should be accompanied by the documents needed to support the claims or arguments therein advanced.

80b. Many technical difficulties which cannot be included in this brief survey have arisen with regard to the order of presentation, and as to the acceptability of evidence. An illustration may be found in the Las Palmas Island arbitration (Stuyt, No. 366), in which the Netherlands Government did not submit all documents with its first pleading; the United States protested vigorously. In the arbitration between Sweden and the United States of 1930 (Stuyt, No. 395) the Swedish Agent protested that its answer must be written without sufficient knowledge of what defense Sweden would be called upon to rebut. Manifestly, the strategy of the conduct of the case may be vitally affected by the order in which material is introduced. Where memorials and replies are submitted simultaneously (e.g., when it is not known, or admitted, which is the respondent party), duplication, confusion, and waste of time may result, with additional expense. The differences between civil law and Anglo-American (or other) law produce further difficulties, such as whether the memorial should contain merely facts without argumentation, or as to the effect upon the tribunal of first presentation. Such matters are discussed in detail by Sandifer, *Evidence before International Tribunals*; Feller, *op. cit.*, Chapters 14 and 15; Witenberg, *op. cit.*, pp. 169-258; R. L. Lansing, "The Need of Revision of Procedure before International Courts of Arbitration", *Proceedings of the American Society of International Law*, 1912, p. 158 *et seq.*; W. C. Dennis, "The Necessity for an International Code of Arbitral Procedure", *American Journal of International Law*, vol. 7 (1913), pp. 289-290.

80c. It may be observed that most cases submitted to arbitral tribunals have been the subject of long diplomatic discussion or correspondence, and that the facts

and arguments are well known. Consequently, the procedure could be simplified without disadvantage to either party. It has, indeed, been often asserted by tribunals that they seek a solution, and desire all facts, and that they are unwilling to be bound by too technical rules of evidence. Sandifer, (p. 10) after citing a number of illustrations to show that the courts are not tied to any system of taking evidence, concludes: "The liberal practice of international tribunals in the treatment of evidence appears to be in accord with the trend in modern legislation on this subject."

C. ORAL HEARINGS

81. The verbal presentation of evidence is not as important, before an international tribunal, as written materials. A large part of the testimony of individuals may be accepted in the form of depositions, so that the witness does not need to be physically present. So much emphasis is placed upon written material that the *compromis* may say that, after written materials are in, "nouveaux moyens de preuves ne seront qu'exceptionnellement admis" (*T.A.M.*, vol. I, p. 37). Very practical considerations have led to this situation. There are difficulties as well as expense in bringing individuals to the place of meeting. Procedure becomes more complicated and a longer time is required for completion of the work. Where only one case is to be heard, the tribunal need not assemble until the written evidence has been received and considered. Oral hearings may easily be dispensed with in many such cases, especially before a sole arbiter.

81a. Witenberg (pp. 219-221) discusses the proceedings of tribunals, in this respect, under three categories, for each of which he lists a number of examples: those in which no oral proceedings are permitted (e.g. Stuyt, Nos. 55, 65, 69, 82, 91, 116); those in which oral proceedings are permitted if the tribunal regards this as necessary (e.g., Stuyt, Nos. 35, 55, 85, 350); and those in which the agents decide, and may call upon the tribunal to hear, oral evidence (e.g., Stuyt, Nos. 40, 81, 376, 396). In practice, the tribunal decides how such evidence shall be handled, and has sought in a broad way to accept all relevant evidence, provided it is not introduced at such a time or in such a way as to be injurious to the other party.

D. ADDITIONAL INFORMATION

82. The tribunal may be authorized to require production of additional evidence as needed. Thus, in the arbitration of 1876 between the Argentine Republic and Paraguay (Stuyt, No. 111),

"it shall be in the power of the arbitrator alone to call for such additional documents or titles as may by him be deemed necessary in order to assist him in deciding or in grounding the verdict which he is called upon to pronounce."

In the treaty of 1909, between Canada and the United States (Stuyt, No. 290), the parties agreed to pass legislation enabling the issuance of subpoenas to require the attendance of witnesses; and in the *I'm Alone* case, the United States found it necessary to pass additional legislation for this purpose. Sandifer suggests (p. 213)

that there should be included in arbitral agreements provision for the reciprocal enforcement of rules compelling the attendance of witnesses when needed (see also Feller, p. 256). The authority thus given to the tribunal would seem to include also the summoning of experts; and tribunals have at times sent out their own experts to survey disputed boundaries (e.g., Stuyt, No. 393). The expenses of such witnesses or experts are paid by the party in whose interest they were summoned, and by the tribunal when they are called by it.

83. It is sometimes desirable that a tribunal should visit a place in connexion with its work and authority is sometimes specifically stated in the *compromis* to this end. In the Convention of 1815, between France and Great Britain (Stuyt, No. 22),

"les Commissaires seront autorisés à faire toutes les recherches qu'ils jugeront nécessaires pour parvenir à la connaissance ou obtenir la production de ces titres et preuves."

In the arbitration between the Orange Free State and Transvaal (Lapradelle and Politis, vol. II, p. 576) the commissioners physically traced the course of a river. The arbitrator (M. Desjardins) in Ben Tillett's Case personally visited the prison in which he had been imprisoned (Stuyt, No. 217). In the Grisbadahna case (Stuyt, No. 288) and in the arbitration between Austria and Hungary of 1897 (Stuyt, No. 206) the tribunal paid visits to the disputed boundary areas. Such a visit was made by the Permanent Court of International Justice in the case of the Diversion of Water from the Meuse (Series A/B, No. 70, p. 9). See M. O. Hudson, *Visits by International Tribunals to Places Concerned in Proceedings*, *American Journal of International Law*, vol. 31 (1937), p. 696.

84. Little is to be found in the literature concerning the presiding officer of the tribunal. When there is a neutral odd man, sitting regularly with the tribunal, he is usually called upon to preside. The natural, and apparently usual procedure, is for the members of the tribunal to elect their own presiding officer; sometimes they agree to serve in rotation. In some cases, such as the *Tribunaux Arbitraux Mixtes*, numerous specific duties are assigned to him, but for the most part his choice and his authority are not provided for in the *compromis*.

VII. LAW OF THE TRIBUNAL

85. Arbitration has, in modern times, been regarded as a legal proceeding, as distinguished from other methods of settling disputes between states — e.g., conciliation — in which the conclusion reached is not necessarily derived from legal rules. The statement of John Bassett Moore on this point is well-known: "Mediation is an advisory, arbitration a judicial, function. Mediation recommends, arbitration decides." (Moore, *Digest of International Law*, Washington, 1906, vol. VII, p. 25). He adds, however, that arbitration "represents a principle as yet only occasionally acted upon, namely, the application of law and of judicial methods to the determination of disputes between nations".

85a. While there has been since 1794 an effort to obtain through arbitration decisions based on law, it is

nevertheless true that provisions concerning the law to be used, as found in treaties of arbitration and the practice of the tribunals themselves, reveal much confusion. The will of the parties, as expressed in the *compromis*, is supreme for the tribunal, and it must make its decision in accordance with whatever principles of guidance are designated by the parties. The *compromis* may go so far as to state in precise words the rules of law to be followed, as was done in the arrangements for arbitration of the Alabama Claim, The "three rules" of the Treaty of Washington (Stuyt, No. 94); or the tribunal may be called upon to decide in accordance with international law, or the general principles of law, or equity, or justice, or *ex aequo et bono*, or as *amiable compositeur*, or various combinations of these. The terms employed are often vague or indeed nothing may be said in the *compromis* as to the law to be followed. The tribunal is competent to interpret the *compromis* (see Article 73 of The Hague Convention of 1907), but its interpretation may, as has been seen above, raise questions as to whether it has followed the intended meaning of the parties. In the Mixed Claims Commission between Mexico and the United States (Stuyt, No. 33) the Mexican members claimed *« Nous n'avons pas à juger des litiges, mais à résoudre des difficultés »* (Lapradelle - Politis, vol. I, p. XLIII).

86. Few treaties clearly limit the judges to decision according to international law; where such a provision is found, the decision should be a legal answer. According to Dr. James Brown Scott, approved in the Norwegian Shipping Claims case and quoted with emphasis by Ralston (p. 53): "In the absence of an agreement of the contending countries excluding the law of nations, laying down specifically the law to be applied, international law is the law of an international tribunal." With this general rule Mégrignac (p. 287) agrees. Carlston says (p. 80):

"An international tribunal would, as a matter of custom and practice, be compelled to adopt international law as the basis for its decision of a case, even in the absence of its designation as such in the *compromis*. If, however, the *compromis* decreed rules for decision which varied from customary international law, the tribunal would be constrained to follow them just as a municipal court would be required to apply legislation as superior to the common law. The international tribunal, however, would lack power or jurisdiction to do otherwise."

87. Witenberg (p. 296) finds a hierarchy of sources to which the judge may turn: first, the treaty; this being lacking, customary law; and finally, general principles of law. Strupp, however, rejects "general principles of law" (Hague Academy, *Recueil des Cours*, vol. 33, pp. 446-454); they are recognized, of course, in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice.

87a. There is thus raised the question whether there is in existence a body of rules of international law sufficiently broad and comprehensive to enable a judge to issue a decision based upon law in all cases; and also the question whether the tribunal shall be permitted or required to answer *non liquet* in some cases. The doctrinal note by Asser (Lapradelle - Politis, vol. I, p. 398) suggests that in the case of the Northeastern Boundary

of the United States, the King of the Netherlands should have refused to decide, rather than lay himself open to the charge of exceeding his powers. The authors of the doctrinal note to the Alabama case (Lapradelle - Politis, vol. II, p. 913; see also Carlston, p. 158), after noting that the arbiter should decide by international law, remark:

"Il se peut cependant qu'il n'y ait pas de règles de droit ou que les parties ne soient pas d'accord sur leur portée. Dans ce cas, le devoir des arbitres est de refuser de se prononcer."

Other authorities, however, insist that the judge must utter a decision. The *Institut de Droit International* in its *Règlement* of 1875, article 19, asserted that

"le tribunal arbitral ne peut refuser de prononcer sous le prétexte qu'il n'est pas suffisamment éclairé soit sur les faits, soit sur les principes juridiques qu'il doit appliquer."

87b. This question need not be debated here. From the viewpoint of the arbitral tribunal, the parties would doubtless feel frustrated and regret the waste of time and of money if the tribunal were to say *non liquet*; and the *compromis* should be so stated that this danger would not arise.

88. The above situation doubtless serves to explain, in part, why principles of guidance other than, or in addition to, international law are often to be found in the treaties. They include such phrases as "justice, equity and the law of nations" (Stuyt, No. 3); or, "according to the proofs, the principles of right and justice, the law of nations" (Stuyt, No. 40); or, "according to public law, justice and equity" (Stuyt, No. 82). Such phrases may perhaps correspond in intent to the phrase "general principles" found in the Statute of the Court; they may be regarded as still within the realm of law.

89. In other treaties, however, the term "international law", or even "law" is entirely absent. The judges are instructed to decide "according to the principles of justice and equity, and to the stipulations of the treaty" (Stuyt, No. 65); or, "conformable to justice, even though such decisions amount to an absolute denial of illegal pretensions" (Stuyt, No. 78); or, "to the best of their judgment, and according to equity and justice, without fear, favor or affection" (Stuyt, Nos. 49, 73, 93).

90. The word "equity" has been the source of much confusion and controversy in the tribunals. The meaning of the term is not entirely clear in Anglo-Saxon law, where it is employed actually as a remedy for law: "the keeper of the King's conscience". Outside of Anglo-Saxon law, equity has a broader meaning, though apparently still within the concept of law. Judge Hudson, in his opinion in the case of the Diversion of Water from the Meuse (Series A/B, No. 70, p. 76), said "what are widely known as principles of equity have long been considered to constitute a part of international law". Equity is not simply the conscience, or the subjective opinion, of the judge; it must stay within legal principles; it is used to supplement and fulfil the law (Carlston, p. 155, with citations to many writers).

91. Whether "equity" and *ex aequo et bono* are synonymous terms it would be difficult to determine from

practice. Ralston tells us (pp. 54-56) that the latter is sometimes used as synonymous with equity, sometimes as meaning unrestrained by legal procedures and technicalities (e.g., Aroa Mines case), sometimes as synonymous with "justice" (e.g., Landreau claim, or Sambiaggio case). In the Norwegian Shipping Claims case (Stuyt, No. 339), the umpire quoted Dr. Lammasch with approval:

"the words 'on the basis of respect for law' have no other meaning than that 'the arbiter shall decide in accordance with equity, *ex aequo et bono*, when positive rules of law are lacking'."

In the Cayuga Indians case (Nielsen's Report, p. 314), the tribunal said:

"When a situation legally so anomalous is presented, recourse must be had to generally recognized principles of justice and fair dealing in order to determine the rights of the individuals involved."

92. One may reasonably conclude that, if arbitration is to be regarded as a legal procedure, much more clear statement is needed in the treaties as to the law to be used, so that a distinction can be made between arbitration and other methods of settlement. The terms employed in practice shade down from law, *strictum ius*, through "general principles of law", through equity in its narrower legal sense and equity in the broader sense of "justice", through *ex aequo et bono*, to the function of the tribunal as *amiable compositeur* (see the table prepared by Strupp, in Hague Academy, *Recueil des Cours*, vol. 33, p. 438). Boundary lines between these shades of meaning are difficult to draw. In general, however, the arbiter has two sources upon which to base his award: positive law, and something of a broader but juridical nature, reflecting a sense of justice in the community of nations. Both these categories, by whatever terms described, should be distinguished from the procedure which seeks a satisfactory compromise, or which provides a settlement in disregard of, or even in opposition to, law. Here lies the difference between arbitration, a settlement by law, and conciliation, settlement by compromise. Witenberg suggests (p. 342), that even when the judge steps outside his strictly juridical role, he is assisting toward peace and the development of law, and should, therefore, be encouraged in this function.

93. With regard to domestic law, international tribunals must sometimes take it into consideration. In so doing, they deny prevailing weight to it, or to its interpretation by domestic courts. In the Norwegian Shipping Claims case, the tribunal said (Hackworth, *Digest*, vol. VI, p. 120):

"The Tribunal cannot agree, therefore, with the contention of Norway that it should be entirely free to disregard the municipal law of the United States, when this has been implicitly accepted by Norwegian citizens in their dealings with American citizens, although this law may be less favourable to their present claims than the municipal laws of certain other civilized countries.

"But the Tribunal cannot agree, on the other hand, with the contention of the United States that it should be governed by American Statutes whenever the United States claim jurisdiction.

"This Tribunal is at liberty to examine if these Statutes are consistent with the equality of the two Contracting Parties, with Treaties passed by the United States, or with well established principles of international law, including the customary law and the practice of judges in other international courts."

The Permanent Court of International Justice, in the case of the Brazilian Loans (Series A, No. 20/21, Judgment No. 15, p. 124) said similarly:

"Though bound to apply municipal law when circumstances so require, the Court, which is a tribunal of international law, and which, in this capacity, is deemed itself to know what this law is, is not obliged also to know the municipal law of the various countries."

VIII. THE AWARD

A. NATURE AND CONTENT

94. The decision of the tribunal is stated in its award. Where there is only one judge, a "sole arbiter", there is no question as to the method by which this decision is reached; but where there are several members of the tribunal, there may be uncertainty. It is surprising how frequently the *compromis* fails to make provision as to the number required for a decision, and as surprising how little is to be found in the literature of the subject. If not found in the *compromis*, a method of voting or of reaching a decision may be provided for in the rules of procedure agreed upon by the tribunal; perusal of such regulations, however, shows that they also neglect the question.

94a. In the St. Croix River case, under the Jay Treaty (Stuyt, No. 1), the Attorney-General of the United States took the position that the concurrence of all three commissioners was necessary to a decision; but, as Ralston observes (p. 109), the effect of the determination was practically to recognize the power of the majority to speak for the commission. Ralston notes also the argument by the United States, in the Reserved Fisheries case (Stuyt, No. 96) that a majority of the commission did not have power to make an award. The award of the majority was, however, carried out.

94b. Where the *compromis* makes a provision in this respect, it is usually for a majority decision, by two of three or three of five, or *à la pluralité* (Stuyt, No. 20). By article 78 of The Hague Convention of 1907, "all questions are decided by a majority of the members of the tribunal". In numerous awards (e.g., the Alabama award, or cases before the Mexican-United States Claims Commission under the agreement of 1923), there have been dissenting opinions. Where there is an umpire, to whom questions are referred when national commissioners disagree, there is no difficulty as to voting procedure.

94c. The rule seems well established in practice that decision is to be taken by majority vote, but difficulties may be avoided by provision in the *compromis* for the number of votes, or the method of reaching a decision.

95. The form and content of arbitral awards have varied greatly. According to Carlston (p. 50, with many citations):

"The practice of tribunals to support their decisions by reasons has been so crystallized in thousands of cases, the views of writers are in such harmony on this point, and its importance to the parties is so grave that the inclusion of reasons in support of the judgment has in international arbitral practice assumed the status of a fundamental rule of procedure the violation of which will lead to nullity."

He cites as illustrations the Chamizal arbitration, the Norwegian Shipping Claims case, and the Cayuga Indians case; and observes that criticism was made on this ground of the awards by President Cleveland in the Cerruti case, by President Loubet in the Panama-Costa Rica Boundary case, and by the President of the Argentine Republic in the Bolivia-Peru Boundary arbitration of 1909. To these may be added the award in the I'm Alone case. Article 56 of the Statute of the International Court of Justice says "The judgment shall state the reasons on which it is based"; and article 79 of The Hague Convention of 1907 has the same provision.

95a. In spite of some instances (Ralston, pp. 107-8) in which tribunals asserted that reasoned opinions were not required, it is well established in practice that the tribunal should explain the grounds upon which its decision is based, and dissenting opinions are not rare. Practical considerations, such as cost of publication, suggest that such opinions ought to be as concise as possible.

95b. An ideal award should include (1) a statement of the issue; (2) a statement of the facts; (3) statement of the argument; (4) statement of the law, as applied in the award; (5) the decision; (6) some reference to the composition and personnel of the tribunal; (7) signature or other authentication, and perhaps (8) provision for notification of the award to those concerned. In each case, the relationship to the terms of the *compromis* should be made clear.

96. It is an accepted rule of international law, whether or not stated in the *compromis*, that the award given is binding on the parties. Such an obligation is frequently stated in the treaties, and often in such emphatic form as to prove embarrassing. By the Jay Treaty, in regard to the commission on the St. Croix River case (Stuyt, No. 1), both parties agreed "to consider such decision as final and conclusive, so as that the same shall never thereafter be called in question, or made the subject of dispute or difference between them". Such terms as "without appeal", "final and conclusive", "forever barred" were frequent among earlier agreements to arbitrate.

96a. The effect of the rule, or of the stated obligation, is to make the decision of the tribunal *res judicata*, *chose jugée* — a final and binding obligation upon the parties from which there is no legal escape except through subsequent agreement between them. It is important thus to emphasize the legal obligation; but, like the clause *pacta sunt servanda*, it is difficult to maintain it as a rule absolute and without exception. For various good reasons, a party may be dissatisfied with the award, and wish to challenge it.

B. RECOURSE AGAINST THE AWARD

97. When an *ad hoc* tribunal has completed its task, or when the time-limit set for it has expired, the tribunal is ended. It no longer exists, and can therefore not answer subsequent questions as to its work. Even though the tribunal continues in existence, it must be limited by the *compromis* for that particular case, if any; the Permanent Court of International Justice, in the Jaworzina case (Series B, No. 8, p. 38), asserted that "in the absence of an express agreement between the parties, the Arbitrator is not competent to interpret, still less to modify his award by revising it". Witenberg, on the other hand (p. 362), argues that since interpretation does not involve judgment or revision, the tribunal may be permitted to interpret its own award. He observes that the multiplicity of cases in modern times produces more requests for interpretation, and cites a number of modern treaties in which provision for interpretation is made. Article 82 of The Hague Convention of 1907, and Article 60 of the Statute of the International Court of Justice provide for interpretation by the tribunal.

98. The right of a tribunal to correct errors in writing or calculation, or such matters, seems to be admitted. Corrections of this nature are necessary in order to make clear the intent of the tribunal, which should not have to depend upon a typist's error, or mathematical error.

99. Reconsideration of an award may be asked also on the ground that fraud, or the lack of certain evidence now prepared to be submitted, had led the tribunal into a wrongful decision. Whether such a situation should be regarded as "essential error" is controversial among writers. The discussions of the *Institut de Droit International* in 1875 seem to have based error upon fraud. In the cases of Weil and the La Abra Silver Mining Co., the United States, convinced that there had been fraud, returned to the Mexican Government amounts which had been paid under the award (Stuyt, No. 82). Carlston (p. 61) notes the Mannesman case, where copies of documents were submitted in which all facts injurious to the claimant's case had been suppressed.

99a. The American Agent, in 1933, asked for a rehearing before the German-American Claims Commission, of the "Sabotage cases", and the umpire granted the request, saying (Carlston, p. 227):

"The Commission is not *functus officio*. It still sits as a court. To it in that capacity are brought charges that it has been defrauded and misled by perjury, collusion, and suppression. No tribunal worthy of its name or of any respect may allow its decision to stand if such allegations are well-founded. Every tribunal has inherent power to re-open and to revise a decision induced by fraud. If it may correct its own errors and mistakes, *a fortiori* it may, while it still has jurisdiction of a cause, correct errors into which it has been led by fraud and collusion."

100. It is to go a step further when one asks for reconsideration by a tribunal on the ground that the tribunal has been in error in its interpretation or application of law, or on the ground that it has not followed the principles of guidance prescribed in the *compromis*.

At this point one enters the wide field of controversy as to essential error, nullity, excess of jurisdiction, etc. Regardless of the rule that an award is *res judicata*, efforts have often been made, and have often succeeded, to re-open cases in which the award was not satisfying to one of the parties. This is sometimes done through diplomatic arrangement, perhaps involving a new tribunal, sometimes through complaisance on the part of agents or arbiters before the tribunal becomes *functus officio*, sometimes through formal action of the tribunal itself. Such cases are noted by Witenberg (p. 373), by Carlston (pp. 229-232) and by Ralston (pp. 207-210).

100a. There is little agreement as to the meaning of the word "revision" in this connexion. Sandifer (who limits his discussion to modification sought on the basis of fraud or new evidence) says (p. 284):

"A rehearing is somewhat analogous to appeal or cassation, as it involves first a finding that there is sufficient new evidence or sufficient evidence of fraud to warrant re-opening the case for a retrial or re-argument on the merits. Revision, however, as the term has come to be generally used, is more limited in scope, consisting of an amendment of the award without a re-argument . . . strictly speaking neither of these terms are words of art as they are not infrequently used loosely in an interchangeable sense to denote any procedure in which it is sought to obtain the reopening of an award for the purpose of amending it."

101. Without attempting any classification or analysis of the various situations above, one may conclude that there is much dissatisfaction, and consequent confusion, with the rule of *res judicata*. It was, in fact, the lack of any means of recourse which led to the numerous complaints against some arbitral decisions, and the trend is now in the direction of providing some means of appeal. The *Tribunaux Arbitraux Mixtes* laid down precise regulations for reconsideration of sentences (e.g. *T.A.M.*, vol. I, pp. 43, 55). The Hague Convention of 1907 in Article 83 suggests that the parties may reserve in the *compromis* the right to demand revision, but only on the ground of new evidence. The United States, which in earlier arbitrations had insisted upon the finality of awards, has increasingly moved away from that position, and has often asked for reconsideration (see Hackworth, *Digest*, vol. VI, section 557). The Convention for the Central American Court of Justice allowed for revision. The *Institut de Droit International*, at its New York session in 1929 (*Annuaire*, vol. 35, tome II, p. 304), recommended that the *compromis* should include provisions for submission to the Permanent Court of International Justice disputes concerning jurisdiction. Carlston (Chapter 7) discusses the proposal of Rundstein for the Council of the League of Nations, and the Finnish proposal at the 1929 Assembly of the League, and concludes that any danger for arbitration which might arise from such proposals is offset by the danger of the legal *impasse* which now exists when reconsideration is desired.

101a. The difficulties which have arisen in so many cases, the trend toward a right of appeal, the existence of permanent tribunals to which appeal can be made, and the various proposals and discussion thereof, all

indicate the possibility and need for study and codification of arbitral procedure with respect to revision of awards.

102. States other than the parties to the dispute may be affected, or may conceive themselves to be affected, by the submission of the dispute to a tribunal; for example, the dispute may involve the interpretation of a treaty to which states other than the disputants are signatories. In general treaties of arbitration, provision is sometimes made for notification to third states; thus, article 84 of the Hague Convention of 1907 says:

"When it concerns the interpretation of a convention to which powers other than those in dispute are parties, they shall inform all the signatory parties in good time. Each of these powers is entitled to intervene in the case. If one or more avail themselves of this right, the interpretation contained in the award is equally binding on them."

See also the General Act of 1928, as amended by resolution of the General Assembly of the United Nations on 28 April 1949, and Articles 62 and 63 of the Statute of the International Court of Justice.

102a. Reference has been made above to situations in which a tribunal has carefully refrained from taking cognizance of facts or law as affecting a third state (see para. 55 above); and it may be repeated at this point that the decision of the tribunal is binding only upon the parties.

103. In the case of an *ad hoc* tribunal (i.e., in the absence of compulsory jurisdiction) the question of sanctions does not arise. It may usually be assumed that, if two states are willing to submit an issue to arbitration, they will also be willing to accept the decision. Historically, this has been true; there have been difficulties in interpretation or application of the award (see Witenberg, pp. 354-358), but few, if any, instances of defiant rejection of the award. The subject of sanctions, then, does not arise in the discussion of arbitral procedure as here treated; it is related to the broader subject of compulsory arbitration (see Chapter VI of the Pact of Bogotá).

103a. If, however, one may distinguish modes of execution from sanctions, various instances may be given in which the tribunal has attempted to provide for carrying out its award. The *compromis* may authorize the tribunal to fix the terms of time and the methods of payment, or may itself state these terms; it may even provide for payments to be made to the tribunal itself, for distribution to claimants (Stuyt, No. 22); it may provide guarantees (e.g., Stuyt, No. 65):

"To meet these payments, the Government of the Republic of Costa Rica hereby specially appropriates fifty per cent of the net proceeds of the revenues arising from the customs of the said Republic; and if such appropriation should prove insufficient to make the payments as above stipulated, the Government of said Republic binds itself to provide other means for that purpose."

The authority of the tribunal to require certain methods of execution must derive from the *compromis*.

IX. MISCELLANEOUS

104. Where the tribunals are of an *ad hoc* character — as has been most often the case — arrangements must be made in each instance for the payment of expenses. Such expenses may amount to large sums, in cases where the tribunal continues for a long period and hears many cases. The United States Mexican Claims Commissions, under the agreements of 1923, for the years 1925 to 1932, according to Feller (pp. 52-55), cost the United States \$2,574,730 and cost the Mexican Government 4,385,344 pesos. The cost to the French Government of the French Mexican Commission was 3,202,600 francs; the cost to the British Government of its commission with Mexico was £24,860.

104a. Provision is frequently made in the *compromis* that each party shall pay its own expenses, including those for its national commissioner, and that other expenses shall be divided equally between the two parties; very rarely, however, does the *compromis* state an amount to be paid, or any method of calculation. In 1853, Great Britain and the United States agreed (Stuyt, No. 47) to pay the same amount to their national commissioners (\$3,000 a year) and to pay a clerk \$1,500 a year; the amount of salary to be paid to the arbitrator was to be determined at the close of the commission; all expenses were to be defrayed by a rateable deduction, not exceeding five per cent, of the sums awarded; any deficiency thereafter "shall be defrayed in moieties by the two Governments". In 1868, in a similar arrangement between the United States and Mexico (Stuyt, No. 82), the amounts paid to the Commissioners was raised to \$4,500, and for the secretaries, \$2,500.

104b. Hudson reports (*The Permanent Court of International Justice*, p. 9, footnote 44) that

"For some years the usual honorarium was 25,000 gold francs. In the *Venezuelan Preferential Claims Case* agreement was reached that the arbitrators should receive an honorarium of \$5,000 and an additional sum of \$1,500 for expenses. *U.S. Foreign Relations*, 1904, p. 516. In the *North Atlantic Coast Fisheries Case* each member of the tribunal received £3,000; the members of the special tribunal in the *United States-Norwegian Arbitration* in 1922 each received \$10,000. Exceptionally, the *compromis* of July 31, 1913 in the case relating to *Religious Properties in Portugal* fixed the honoraria to be paid to members of the tribunal and provided for a deposit with the Bureau of the Permanent Court of Arbitration for this purpose; each member of the tribunal was to receive 1,200 francs per week, including four weeks to be allowed for study of the documents of the written proceedings."

The agreement between Spain and the United Kingdom of 1923 (Stuyt, No. 352) included the promise of "the sum of £1,500, as inclusive emoluments" to be paid to the arbiter (M. Huber), and also travelling expenses in equal portions by the two Governments. In the *Island of Palmas case* agreement (Stuyt, No. 366) no amount was mentioned, but each party was required to put into the hands of the arbitrator one hundred pounds sterling "by way of advance of costs", and he was

authorized to fix the costs of procedure (which he estimated at £140). The *compromis* between Portugal and the United Kingdom, in the Campbell case (1930; Stuyt, No. 394), specified a fee of fifty thousand Belgian francs for the arbiter "which shall be paid to him as soon as the proceedings are closed and prior to the delivery of the award".

104c. According to Moore (*Digest*, vol. VII, p. 50):

"where the arbitrator is the head of a state, the only acknowledgment given of his services is an expression of thanks, and the more substantial testimonial, whatever it may be, is bestowed upon the persons to whom he may have delegated the discharge of certain functions, such as the examination of documents and perhaps the making of a report."

He mentions the example of Quesada, in the Oberlander-Messenger case, who declined "any pecuniary testimonial, on the ground that his sense of the confidence with which he was honored . . . could not be measured in money". Mr. Taft, in the Tinoco case (Stuyt, No. 342) who had been authorized to fix expenses, said that there were none:

"Personally, it gives me pleasure to contribute my service . . . I am glad to have the opportunity of manifesting my intense interest in the promotion of the judicial settlement of international disputes, and accept as full reward for any service I may have rendered, the honor of being chosen to decide these important issues between the high contracting parties."

104d. The tendency today is to appoint as arbitrators persons of some expert knowledge, rather than sovereigns or high officers, and such persons cannot afford, usually, to expend the necessary time upon an arbitration unless he is paid for it. It may be observed that the expense is less where there is only one arbiter, and that it may be further reduced by adjustment of rules of procedure, by location at a place where less travel is required, and in other ways. A central bureau to care for administrative needs for all arbitrations might also help to reduce expenses.

105. It is desirable, and indeed important financially and otherwise, that a tribunal should complete its work as rapidly as possible. Consequently, the *compromis* frequently fixes dates for, or time-limits within which, each document is to be presented. Thus, in the case of the Sulphur Monopoly, between Great Britain and the Two Sicilies (Stuyt, No. 36), all claims were to be presented within three months of the opening of the Commission; they were to be considered by the Commission within a further period of six months; and the compensation awarded was to be paid within a year after the dissolution of the Commission. Various time-limits have been set, depending upon the difficulty or size of the task. The minimum period is around three months; some allow for two and a half years. The tribunal may be called to meet within one year after ratification of the agreement, and required to pass to the umpire any matters not decided within three months. In a number of treaties, it is provided that the commis-

sioners must finish their work within a specified period, and that any remaining cases shall be referred to the umpire who must finish within another specific period; all claims after this period are invalid (e.g. Stuyt, Nos. 65, 78). Detailed schedules may be provided, with exact dates for the presentation of each document; or there may be merely a requirement that the Commission finish its work by a given time, with no schedule of dates.

105a. Experience shows that delays are unavoidable, and that injustice may be done if it is not possible to extend the time-limits fixed. The illness of an arbiter, or of a witness, may cause delay; a new fact may necessitate more time for consideration; documents may be physically delayed. Some treaties therefore provide (e.g. Stuyt, No. 47) that the tribunal itself may grant extensions of time. A general rule applicable to all arbitrations would cause hardship, and would indeed be unworkable. Conditions vary in each instance, and allowance must be made for unforeseen circumstances. A code of arbitral procedure could, in regard to this, do no more than furnish alternative procedures for the benefit of those who make the *compromis*. It is doubtless true that the most effective way of saving time is efficient procedure, rather than deadlines.

106. Provision should be made for transfer and distribution of documents. The *compromis* may make specifications as to the number of documents, how printed, how many copies of each, and to whom, how and when they should be distributed. In many cases, use has been made of the Bureau of the Permanent Court of Arbitration at The Hague, and this experience demonstrates the usefulness of a central bureau or registry where documents may be received, recorded and distributed. Where there is no such central registry, transmission of documents may be made directly from one party to another, usually through the Foreign Offices or diplomatic or consular officials.

106a. According to Witenberg (pp. 97-100, with citations), the records most usually kept are (1) the *procès-verbaux*, summarizing from day to day the activities of the tribunal, (2) the register of cases presented to the tribunal, as received by the secretary, (3) the register of awards given, (4) sometimes also other records, such as notifications. These records are maintained by the secretary, and decisions should be signed by the members of the tribunal.

106b. There is, unfortunately, no central repository for such materials. They constitute the archives of the tribunal, but the tribunal does not survive, and the records are retained by the litigant governments. Sometimes they are published by those governments, but in general they are widely scattered and accessible to students only with difficulty. The publication of a collection of such materials under the auspices of the United Nations might be taken into consideration.

107. Questions may be raised also with regard to language to be used, with regard to publicity of sessions, with regard to immunities of members of tribunals, with regard to appropriate staff and equipment, etc. Many changes have occurred since the earlier arbitrations, when

an arbiter might require months for travel, when records were painfully kept by handwriting. Arbiters can now reach almost any part of the world in a day or so; communications can be more rapidly exchanged; a verbatim record can be maintained by automatic wire-

recording. Such improvements suggest the possibility of holding any or all arbitrations at a prepared and equipped headquarters, where all needed resources would be available, where records could be kept and continuing service given even after a tribunal is ended.

FORMULATION OF NURNBERG PRINCIPLES

DOCUMENT A/CN.4/22

Report by J. Spiropoulos, Special Rapporteur

[Original Text: English]
[12 April 1950]

CONTENTS

	<i>Page</i>
PART. I. HISTORICAL SURVEY	182
A. The Charter of the Nürnberg Tribunal	182
B. The judgment of the Nürnberg Tribunal	187
PART. II. RESOLUTIONS OF THE UNITED NATIONS CONCERNING THE FORMULATION OF THE NÜRNBERG PRINCIPLES	188
PART. III. FORMULATION OF THE NÜRNBERG PRINCIPLES BY THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION..	189
PART. IV. THE PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW RECOGNIZED IN THE CHARTER AND THE JUDGMENT OF THE NÜRNBERG TRIBUNAL: TEXTS AND COMMENTS	191
A. The Principles <i>Stricto Sensu</i>	191
Principle I	191
Principle II	192
Principle III	192
Principle IV	192
Principle V	193
B. The Crimes	193
(a) Crimes against peace	193
(b) War crimes	194
(c) Crimes against humanity	194
APPENDIX. PROPOSED TEXT OF THE NÜRNBERG PRINCIPLES AS FORMULATED BY THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION	195

Part I

HISTORICAL SURVEY

A. THE CHARTER OF THE NÜRNBERG TRIBUNAL

1. On 26 June 1945 representatives of the Governments of France, the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the United States of America, met in London to decide on a common course of action with respect to the trial of the major European war criminals.¹² The Conference had before it an American "Draft of Proposed Agreement"³ submitted on 14 June 1945 to the Embassies of the above Governments in Washington in order to serve as a basis of discussion at the scheduled Conference. This draft contained a certain number of rules in a chapter entitled "Declaration of Legal Principles" which the proposed International Military Tribunal would have to follow. On the one hand, a certain number of acts were declared criminal; on the other hand, substantive rules concerning the liability and the defence of persons charged with the above crimes were laid down.

2. The acts which the Tribunal had to consider as criminal were the following:

"a. Atrocities and offences against persons or property constituting violations of international law, including the laws, rules and customs of land and naval warfare.

"b. Atrocities and offences, including atrocities and persecutions on racial or religious grounds, committed since 1 January 1933, in violation of any applicable provision of the domestic law of the country in which committed.

¹The determination of the Allies to punish the major war criminals of the European Axis first found expression in the Moscow Conference, 1943. A "Declaration on German Atrocities" made by the Governments of the United Kingdom, the United States and the Soviet Union jointly on 30 October 1943 stated that "German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for, or have taken a consenting part, in the above atrocities, massacres and executions, will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of the free governments which will be created therein", and added that this declaration was "without prejudice to the case of the major criminals, whose offences have no particular geographical localization and who will be punished by the joint decision of the Governments of the Allies".

²A "record of negotiations" of the London Conference has been published by the Department of State under the title *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, London, 1945, Department of State Publication 3080. In the present report this "record of negotiations" will be referred to hereafter as *Report R. Jackson*.

³See *Report R. Jackson*, p. 35. Before this draft was presented by the United States Government, another draft had been elaborated by the same Government. During the San Francisco Conference, the Government of the United States presented, in April 1945, to the Foreign Ministers of France, the Soviet Union and the United Kingdom, a "Draft of Definitive Proposal" concerning the punishment of the major European war criminals. It was on the basis of this proposed agreement that the Ministers of Foreign Affairs of the above countries adopted, in principle, the plan for a trial. See British Memorandum of 28 May 1945 (*Report R. Jackson*, p. 39) and Aide-Mémoire of 14 June 1945 from the Soviet Government (*Ibid.*, p. 61). The American draft of 14 June 1945 constituted a revised text of the American draft submitted to the interested Governments at San Francisco.

"c. Invasion of another country by force or threat of force, or the initiation of war, in violation of international law.

"d. Launching a war of aggression."

3. As to the rules of liability and defence, the above declaration provided that the International Military Tribunal to be created

"shall apply the general rule of liability that those who participate in the formulation or execution of a criminal plan involving multiple crimes are liable for each of the offences committed and responsible for the acts of each other;"

that

"any defence based upon the fact that the accused is or was the head or purported head or other principal official of a State is legally inadmissible and will not be entertained;"

and finally that

"the fact that a defendant acted pursuant to order of a superior or government sanction shall not constitute a defence *per se*, but may be considered either in defence or in mitigation of punishment if the tribunal determines that justice so requires."

4. The Conference began its work by an analysis and criticism of the above-mentioned American draft. On the proposal of the Soviet delegate, the delegations agreed that the instrument to be drafted should consist of two texts, a short Agreement and the Statute of the International Military Court to be created. It was further agreed that the representatives of the nations represented at the Conference, other than the United States, would present memoranda of objections and suggestions.⁴

5. On 30 June 1945 the American delegation presented a new Draft of Agreement ("Revised Draft"), which was composed of an "Executive Agreement relating to the Prosecution of European Axis War Criminals" and an annex.⁵ The provisions of the annex of interest to the present report are the following:

"5. The Tribunal shall be bound by this declaration of the Signatories that the following acts are criminal violations of International Law:

"(a) Violations of the laws, rules, and customs of war. Such violations shall include, but shall not be limited to, mass murder and ill-treatment of prisoners of war and civilian populations and the plunder of such populations.

"(b) Launching a war of aggression.

"(c) Invasion or threat of invasion of, or initiation of war against, other countries in breach of treaties, agreements or assurances between nations, or otherwise in violation of International Law.

"(d) Entering into a common plan or enterprise

⁴The texts submitted in execution of the above decision are the following: Observations of French delegation on American draft, 28 June 1945; Comments and proposals of Soviet delegation on American draft, 28 June 1945, and Amendments proposed by the United Kingdom delegation, 28 June 1945. *Report R. Jackson*, pp. 86-96.

⁵*Ibid.*, p. 119.

aimed at domination over other nations, which plan or enterprise included or intended, or was reasonably calculated to involve, or in its execution did involve, the use of unlawful means for its accomplishment, including any or all of the acts set out in sub-paragraphs (a) to (c) above or the use of a combination of such unlawful means with other means.

"(e) Atrocities and persecutions and deportations on political, racial, or religious grounds, in pursuance of the common plan or enterprise referred to in sub-paragraph (d) hereof, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

...

"15. In the trial, the Tribunal shall apply the general rule of liability that those who participate in the formulation or execution of a criminal plan involving multiple crimes are liable for each of the offences committed and responsible for the acts of each other.

"16. Any defence based upon the fact that the accused is or was the head or purported head or other principal official of a State is legally inadmissible and will not be entertained.

"17. The fact that a defendant acted pursuant to order of a superior or to government sanction shall not constitute a defence *per se*, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires."

6. On 2 July 1945 a "Draft of Agreement", accompanied by a "Statute of the International Military Tribunal", was submitted by the Soviet delegation.⁶ The provisions of the Statute of interest to the present report are the following:

"Article 2. Among the crimes coming under the jurisdiction of the Tribunal are:

"a. Initiation of war in violation of the principles of International Law and in breach of treaties;

"b. Launching a war of aggression;

"c. Atrocities and violence in regard to civilian populations, deportations of civilians to slave labour, murder and ill-treatment of prisoners of war, destruction of towns and villages, plunder and other violations of the laws and customs of war;

"d. The use of war as an instrument of Nazi policy intended for the extermination and plunder of other peoples.

...

"Article 28. The official position of persons guilty of war crimes, their position as heads of States or as heads of various departments shall not be considered as freeing them from or in mitigation of their responsibility.

"Article 29. The carrying out by the defendant of an order of his superior or government shall not be considered a reason excluding his responsibility for the crimes set out in Article 2 of this Statute. In certain cases, when the subordinate acted blindly in carrying out the orders of his superior, the Tribunal has a right to mitigate the punishment of the defendant.

"Article 30. Organizers, instigators and accomplices bear responsibility for the crimes set out in Article 2 of this Statute along with the perpetrators of those crimes."

7. The above two drafts were discussed during several meetings. At its meeting on 4 July 1945,⁷ the Conference nominated a Drafting Sub-Committee which was requested to amalgamate the two texts into a new draft.

8. The text prepared by the Drafting Sub-Committee was submitted to the Conference on 11 July 1945.⁸ The provisions of the draft charter of interest here are the following:

"6. The following acts shall be considered criminal violations of International Law and shall come within the jurisdiction of the Tribunal:

"(a) Violations of the laws, rules or customs of war. Such violations shall include murder and ill-treatment of prisoners of war; atrocities against and violence towards civil populations; the deportation of such populations for the purpose of slave labour; the wanton destruction of towns and villages; and plunder; as well as other violations of the laws, rules and the customs of war.

"(b) Launching a war of aggression.

"(c) [Invasion or threat of invasion of or] initiation of war against other countries in breach of treaties, agreements or assurances between nations or otherwise in violation of International Law.

"(d) [Entering into a common plan or enterprise aimed at domination over other nations, which plan or enterprise involved or was reasonably calculated to involve or in its execution did involve the use of unlawful means for its accomplishment, including any or all of the acts set out in sub-paragraphs (a) to (c) above or the use of a combination of such unlawful means with other means].

"(e) Atrocities and persecutions and deportations on political, racial or religious grounds [in pursuance of a common plan or enterprise referred to in sub-paragraph (d) hereof, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated].

"7. The official position of defendants, whether as heads of State or responsible officials in various Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.

"8. The fact that the defendant acted pursuant to order of a superior or to government sanction shall not free him from responsibility but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

"9. Organizers, instigators and accomplices who participated in the formulation or execution of a common criminal plan or in the perpetration of individual crimes are responsible with other participants in the crimes."

⁶ *Ibid.*, pp. 128 and 165.

⁷ *Ibid.*, p. 155.

⁸ *Ibid.*, p. 194.

9. While, as evidenced by the above text, the Drafting Sub-Committee succeeded in agreeing on the principles which would govern the liability of persons responsible for crimes under international law (official position of defendant, question of superior order, liability of accomplices),⁹ there was no complete accord as to the definition of the crimes. The matters within square brackets were reserved by the Sub-Committee to be raised before the plenary session of the Conference, as mentioned in a report of 11 July 1945 by the American member of the Drafting Sub-Committee.¹⁰

10. On 11 and 23 July 1945, two texts (Draft Agreement and Charter) were submitted by the British delegation.¹¹ The principles of these drafts of interest here are the same as those contained in the text adopted by the Drafting Sub-Committee mentioned above.

11. From 19 July 1945, the Conference concentrated its activity on the definition of the "Crimes" to be established by the Charter. A considerable number of drafts regarding the definition of crimes were submitted by the various delegations.¹² The following survey of these texts accompanied by pertinent references to the discussions to which they gave rise is purported to give a picture of the evolution of the notion of "crime" in the negotiations during the London Conference.

12. On 19 July 1945 the French delegation presented a draft article on definition of "crimes", reading as follows:

"The Tribunal will have jurisdiction to try any person who has, in any capacity whatsoever, directed the preparation and conduct of:

"(i) The policy of aggression against, and of domination over, other nations, carried out by the European Axis Powers in breach of treaties and in violation of international law;

"(ii) The policy of atrocities and persecutions against civilian populations;

"(iii) The war, launched and waged contrary to the laws and customs of international law;

"And who is responsible for the violations of international law, the laws of humanity and the dictates of

the public conscience, committed by the armed forces and civilian authorities in the service of those enemy Powers."¹³

13. In the discussion which followed¹⁴ the French text was criticized particularly along the following lines: First, it did not consider as criminal the launching of war *per se*, but only the launching of war "in breach of treaties and in violation of international law". Secondly, not only those who "directed the preparation and conduct" of the different crimes (i - iii of the draft) but also those who took part in a plan to further the preparation and conduct of the crimes in question, should be subject to trial. In this connexion, the fear was expressed that the French wording—as too narrow—would permit some major war criminals to escape punishment. Finally, the view was expressed that "aggression" should be defined in some form, for instance, by the enumeration of the treaties violated by the Axis Powers.

14. To meet the above objections to the French draft, the British delegation submitted a new text on 20 July 1945 (Proposed revision of definitions of "crimes" (Article 6). This text reads as follows:

"The Tribunal shall have power to try, convict and sentence any person who has, in any capacity whatever, directed or participated in the planning, furtherance, or conduct of any or all of the following acts, designs or attempts, namely:

"1. Domination over other nations or aggression against them in the manner condemned or foresworn in (*inter alia*) the following Pacts or Declarations . . . ;

"2. Systematic atrocities against or systematic terrorism or ill-treatment or murder of civilians;

"3. Launching or waging war in a manner contrary to the laws, usages and customs of warfare;

"And who is hereby declared therefore to be personally answerable for the violations of the international law, of the laws of humanity, and of the dictates of the public conscience, committed in the course of carrying out the said acts, designs or attempts by the forces and authorities whether armed, civilian or otherwise, in the service of any of the European Axis Powers."¹⁵

15. On 23 July 1945 the Soviet delegation submitted a redraft of definition of "Crimes" reading as follows:

"The Tribunal shall have power to try any person who has in any capacity whatever directed or participated in the preparation or conduct of any or all of the following acts, designs or attempts, namely:

"a. Aggression against or domination over other nations carried out by the European Axis in violation of the principles of international law and treaties;

"b. Atrocities against the civilian population including murder and ill-treatment of civilians, the deportation of civilians to slave labour and other violations of the laws and customs of warfare;

"c. Waging war in a manner contrary to the laws

⁹ As a matter of fact, articles 7, 8 and 9 of the draft of the Sub-Committee were introduced with only slight modifications into the final text of the Charter of the International Military Tribunal.

¹⁰ Report R. Jackson, p. 185.

¹¹ *Ibid.*, pp. 202 and 348.

¹² These drafts are the following: Revised definition of "Crimes" submitted by the British delegation, 20 July 1945 (*Ibid.*, p. 312); Redraft of definition of "Crimes", submitted by the Soviet delegation, 23 July 1945 (*Ibid.*, p. 327); Redraft of Soviet definition of "Crimes" (Article 6) submitted by the British delegation, 23 July 1945 (*Ibid.*, p. 359); Redraft of definition of "Crimes" submitted by the Soviet delegation 25 July 1945 (*Ibid.*, p. 373); Redraft of definition of "Crimes" submitted by the American delegation, 25 July 1945 (*Ibid.*, p. 374); Revised definition of "Crimes" prepared by the British delegation and accepted by the French delegation, 28 July 1945 (*Ibid.*, p. 390); Revised definition of "Crimes" prepared by the British delegation to meet views of the Soviet delegation, 28 July 1945 (*Ibid.*, p. 392); Revised definition of "Crimes" submitted by the American delegation, 30 July 1945 (*Ibid.*, p. 393); Revision of definition of "Crimes" submitted by the American delegation, 31 July 1945 (*Ibid.*, p. 395).

¹³ Report R. Jackson, p. 293.

¹⁴ Minutes of Conference Session of 19 July 1945, *Ibid.*, p. 295.

¹⁵ *Ibid.*, p. 312.

and customs of warfare including murder and ill-treatment of prisoners of war, wanton destruction of towns and villages, plunder and other criminal acts; and who is therefore personally answerable for the violation of international law, of the laws of humanity and of the dictates of the public conscience, committed in the course of carrying out the said acts, designs or attempts by the forces and authorities whether armed, civilian or otherwise, in the service of any of the European Axis Powers.”¹⁶

16. The Soviet delegate, explaining the Soviet text, declared that it was based on the French draft of 19 July 1945. He explained furthermore that it did not contain any reference to pacts which condemned “aggression” and this because “when people speak about ‘aggression’ they know what that means, but, when they come to define it they come up against difficulties which it has not been possible to overcome up to the present time”.¹⁷

17. In the discussion which took place during the session of 23 July 1945 the Conference, after some criticism of the Soviet draft, compared the merits of the French text with those of the American draft. On the question what acts inside Germany should come within the purview of the Conference, an agreement was reached to the effect that only preparatory acts to the plan of aggression and domination would be included.¹⁸ Finally, the United Kingdom delegate, Sir David Maxwell Fyfe, declared that he would undertake the preparation of a draft combining the merits of the American and the French drafts into a new text.¹⁹ This draft was submitted on 23 July 1945. It reads as follows:

“The following acts or designs or attempts at any of them shall be deemed crimes on conviction of which punishment may be imposed by the Tribunal upon any person who is proved to have in any capacity whatever directed or participated in the preparation or planning for or carrying out of any or all of such acts, designs or attempts:

“a. Aggression against or domination over other nations carried out by the European Axis Powers in violation of treaties, agreements and assurances.

“b. Atrocities against civilian populations including (*inter alia*) murder and ill-treatment of civilians and deportation of civilians to slave labour, and persecutions on racial or religious grounds where such persecutions were inflicted in pursuance of the aggression or domination referred to in paragraph (a) above.

“c. Violations of the laws, rules and customs of

war. Such violations shall include (*inter alia*) murder and ill-treatment of prisoners of war, the atrocities referred to in paragraph (b) above when committed against the civilian populations of conquered or occupied countries, the wanton destruction of towns and villages, and plunder.

“Any person who is proved to have in any capacity whatever directed or participated in the preparation for or carrying out of any of the acts, designs or attempts referred to in (a), (b) and (c) above shall be personally answerable therefor and for each and every violation of international law, of the laws of humanity and of the dictates of the public conscience committed in the course of carrying out the said acts, designs or attempts or any of them by the forces and authorities whether armed, civilian or otherwise in the service of any of the European Axis Powers.”²⁰

18. Before any discussion of the new British draft could take place, two new texts were submitted on 25 July 1945, one by the Soviet delegation (Redraft of Definition of “Crimes”)²¹ and one by the American delegation (Redraft of Definition of “Crimes”).²² In these two texts an effort was made to reconcile, as far as possible, the views expressed by the various delegations at the previous meetings of the Conference.

19. During the meeting of 25 July 1945,²³ the Conference discussed the points about which the views of the American delegation differed from those of the other delegations and particularly the questions of the common plan and the launching of a war of aggression. Finally, after long discussion, the members of the Conference for the purpose of coming to an agreement, in a spirit of compromise, accepted in principle, the inclusion of the above notions in the definition of “Crimes”.

20. On 28 July 1945 the British delegate, Sir Thomas Barnes, submitted a revised definition of “Crimes”, prepared by him, with the explanation that he had obtained French acceptance of it but that the Soviet delegation had rejected it.²⁴ On the same day, the British delegate prepared a new revised definition of “Crimes” in order to meet also the views of the Soviet delegation. This latter text reads as follows:

“For the purpose of the trials of the major war criminals of the European Axis Powers before the Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof, the following acts or designs or attempts at any of them shall be deemed to be crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal:

“a. Initiation of a war of aggression or participating in the waging of war or preparing for war in violation of treaties, agreements or assurances or participating in a common plan or conspiracy aimed at the

¹⁶ *Ibid.*, p. 327.

¹⁷ Minutes of Conference Session of 23 July 1945, *Ibid.*, p. 328.

¹⁸ *Ibid.*, p. 337.

¹⁹ *Ibid.*, p. 338. The sense of the Conference appears clearly from the following statement of the Soviet delegate Professor Trainin: “We are approaching common ground here. We are incorporating the best features of Justice Jackson’s draft and Professor Gros’, and we would leave the introductory words of Justice Jackson’s draft together with the part about personal responsibility. (Apparently Professor Trainin was referring to the sub-committee draft XXV). Section (a) would probably be left as it is in the American draft and (e) probably in a somewhat different draft. As for (d), it would as a matter of fact come under (a) of the French draft” (*Ibid.*, p. 338).

²⁰ Redraft of Soviet definition of “Crimes” (Article 6), submitted by the British delegation, *Report R. Jackson*, p. 359.

²¹ *Ibid.*, p. 373.

²² *Ibid.*, p. 374. While the Soviet draft is based on the French draft of 19 July 1945, the American draft reproduces in its general lines the principles of the original American Revised Draft of Agreement of 30 June 1945.

²³ Minutes of Conference Session of 25 July 1945, *Ibid.*, p. 376.

²⁴ *Ibid.*, p. 390.

domination of one nation over other nations and carried out by the European Axis Powers.

"b. Violations of the laws, rules and customs of war. Such violations shall include murder and ill-treatment of prisoners of war, atrocities against civilian populations of occupied countries and the deportation of such populations to slave labour, wanton destruction of towns and villages, and plunder.

"c. Atrocities against civilian populations other than those referred to in paragraph (b). These include murder and ill-treatment of civilians and deportations of civilians to slave labour and persecution on political, racial or religious grounds committed in pursuance of the common plan or conspiracy referred to in paragraph (a) above.

"Any person who is proved to have in any capacity directed or participated in the war or in the plan or conspiracy referred to in paragraph (a) above shall be personally answerable for each and every violation or atrocity referred to in paragraphs (b) or (c) above committed in furtherance of such war, or in pursuance of such plan or conspiracy, by the forces and authorities, whether armed, civilian or otherwise, in the service of any of the European Axis Powers."²⁵

21. On 31 July 1945 a document, signed by R. Jackson, American delegate, and containing certain suggestions with regard to the last United Kingdom draft was submitted to the Conference.²⁶ These suggestions covered the following points:

(i) Though the jurisdiction of the International Military Tribunal would be limited to trial of those of the European Axis Powers, the definition of the crimes should not be made to depend on which nation commits the acts in question.

(ii) The maintenance in (a) of the words "participating in the waging of the war" would make the entire soldiery, conscript and volunteer, and numerous civilians guilty by definition. However, the guilt the Conference should reach was not that of numberless little people of no consequence or influence, but of those who planned and whipped up the war.

(iii) As to (b) and (c), which begin with the general statements and go on to more specific items, it should be made clear that these specific statements do not limit the general ones.

(iv) In (c) words should be inserted to make it clear that the Conference is reaching persecution, etc., of Jews and others in Germany as well as outside of it, and before as well as after commencement of the war.

(v) The objection of note (i) applies to "participated in the war" in the last paragraph, in that as it stands, it seems to render the entire draft meaningless. It may be interpreted as meaning that a person guilty under (a) shall not be answerable unless he is also guilty under (b) and (c), and that a person guilty of crimes under (b) and (c) shall not be answerable unless the crimes are committed in connexion with the planning or the initiation of

aggressive war. This would largely render all three paragraphs futile.

22. These "notes" were accompanied by the following draft (30 July 1945) of the American delegation which intended to overcome the supposed defects of the United Kingdom draft (adopted by the Soviet delegation):

"The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof shall have power and jurisdiction to hear, try and determine charges of crime against only those who acted in aid of the European Axis Powers.

"The following acts, designs, or attempts at any of them, shall be deemed to be crimes coming within its jurisdiction:

"(a) Initiation of a war of aggression; or initiation of a war in violation of treaties, agreements or assurances, or otherwise in violation of International Law; or participating in a common plan or conspiracy aimed at the domination of one nation over other nations to be carried out by means of any such war.

"(b) Violations of the laws, rules or customs of war. Such violations shall include but are not limited to murder and ill-treatment of prisoners of war; atrocities against civilian populations of occupied countries; the deportation of such populations to slave labour; wanton destruction of towns and villages; and plunder or spoliation.

"(c) Atrocities against civilian populations other than those referred to in paragraph (b). These include but are not limited to murder and ill-treatment of civilians and deportations of civilians to slave labour or persecution on political, racial or religious grounds committed in any country, at any time, in pursuance of the common plan or conspiracy referred to in paragraph (a) above.

"Any person who is proved to have in any capacity directed or participated in the plan or conspiracy referred to in paragraph (a) above shall be personally answerable for each and every violation or atrocity referred to in paragraphs (b) or (c) above committed in furtherance of such plan or conspiracy by forces and authorities, whether armed, civilian or otherwise."²⁷

23. The last draft of the definition of crimes was submitted by the American delegation on 31 July 1945.²⁸ It differs very little from the final text adopted by the Conference.

24. The *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, which was accompanied by the *Charter of the International Military Tribunal*, was signed on 8 August 1945. The provisions of the Charter of interest here are the following:

"Article 6. The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish

²⁵ *Ibid.*, p. 392.

²⁶ *Ibid.*, p. 394.

²⁷ *Report R. Jackson*, p. 393.

²⁸ Revision of definition of "Crimes", *Ibid.*, p. 395.

persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

"The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

"(a) Crimes against peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

"(b) War crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

"(c) Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

"Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.

"Article 7. The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.

"Article 8. The fact that defendant acted pursuant to order of his government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires."²⁹

B. THE JUDGMENT OF THE NÜRNBERG TRIBUNAL

25. The judgment of the International Military Tribunal contains a great number of comments on the interpretation and application of the principles of its Charter. Some of these comments are of a general character and refer to the legitimacy of the jurisdiction of the Tribunal, whereas others concern the substantive provisions of

the Charter. The latter comments are of primary importance for the formulation of the principles of international law recognized in the Charter and the judgment.

26. One of the main pronouncements of a general character is the one regarding the right of the Allies to try the major war criminals. The reasoning of the Court is very firm on this point. It said:

"The making of the Charter was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the German Reich unconditionally surrendered; and the undoubted right of these countries to legislate for the occupied territories has been recognized by the civilized world. The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations. . . . The Signatory Powers created this Tribunal, defined the law it was to administer, and made regulations for the proper conduct of the trial. In doing so, they have done together what any one of them might have done singly."³⁰

27. Another question of equally general importance arose at the beginning of the proceedings. It concerns the doubt of the defence as to whether certain provisions of the Charter were consistent with international law. The court dismissed a motion of the defence expressing doubts as to the consistency with international law of certain provisions of the Charter and requesting that an opinion regarding the legal basis of the trial should be obtained from recognized authorities on international law.³¹ "The law of the Charter", said the Court, "is decisive and binding upon the Tribunal."³² The same view is expressed in another passage of the findings in connexion with the question of the validity of article 6 of the Charter. "These provisions" said the Court, "are binding upon the Tribunal as the law to be applied to the case."³³ However, the above motion of the defence was disallowed only in so far as it constituted a plea to the jurisdiction of the Court. The Court declared itself ready to hear any argument of the parties as to the compatibility of the Charter with international law. It is characteristic of the attitude of the Court that the Court itself on various occasions examined this problem when discussing the interpretation and application of provisions of the Charter. Thus, for instance, the Court, commenting on the plea of the defence that article 6 of the Charter, which enumerates the crimes for which the major war criminals were to be punished, constitutes an *ex post facto* law, conflicting with the principle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, said:

"It is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring States without warning is obviously untrue, for in such circumstances

²⁹After the signature of the above Agreement and Charter, a discrepancy was found to exist between the originals of Article 6 (c) of the Charter in the Russian language, on the one hand, and the originals in the English and French languages, on the other. Between the words "war" and "or" in the French and English texts was a semi-colon, which in the Russian text was a comma. By a Protocol of 6 October 1945, the semi-colon in the French and English texts was replaced by a comma (*Ibid.*, p. 429). The above text of Article 6 (c) contains the corrected text.

³⁰*Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, United States Government Printing Office, Washington, 1947, p. 48.

³¹*Trial of the Major War Criminals, Record of Proceedings*, published by the International Military Tribunal, vol. I, 1947, p. 168.

³²*Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, p. 48.

³³*Ibid.*, p. 4.

the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished. Occupying the positions they did in the government of Germany, the defendants, or at least some of them must have known of the treaties signed by Germany, outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out their designs of invasion and aggression. On this view of the case alone, it would appear that the maxim has no application to the present facts."³⁴

28. As already stated, a considerable part of the findings consists of comments on the interpretation and application of articles 6 to 8 of the Charter, which contain the substantive principles of international law of the Charter. The ideas expressed in the comments which have particular importance for the formulation of the principles of international law recognized by the Charter and the judgment, are mentioned in Part IV of the present report since they may serve as an analysis of the principles enumerated therein.

Part II

RESOLUTIONS OF THE UNITED NATIONS CONCERNING THE FORMULATION OF THE NÜRNBERG PRINCIPLES

29. On the initiative of the United States delegation,³⁵ the General Assembly of the United Nations, at its 55th

³⁴ *Ibid.*, p. 49.

³⁵ The United States delegation on 15 November 1946 submitted to the United Nations the following proposal to be adopted as a resolution of the General Assembly:

"The General Assembly,

"Recognizing the obligation laid upon it by Article 13, paragraph 1, sub-paragraph (a), of the Charter to initiate studies and make recommendations for the purpose of encouraging the progressive development of international law and its codification; and

"Taking note of the law of the Charter of the Nürnberg Tribunal of 8 August 1945 for the prosecution and punishment of the major war criminals;

"1. Reaffirms the principles of international law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal;

"2. Directs the Assembly Committee on the Codification of International Law created by the Assembly's resolution of . . . to treat as a matter of primary importance the formulation of the principles of the Charter of the Nürnberg Tribunal and of the Tribunal's judgment in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind or in an International Criminal Code." (A/C.6/69, 15 November 1946).

The initiative of the United States delegation had its origin in a letter written by President Truman in reply to the report of Judge Biddle, American member of the Nürnberg Tribunal, of 9 November 1946. Mr. Biddle had recommended "that the United Nations as a whole reaffirm the principles of the Nürnberg Charter in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind". In his reply, President Truman stated that the setting up of a "code of international criminal law to deal with all who wage aggressive war . . . deserves to be studied and weighed by the best legal minds the world over", and he expressed the hope that the United Nations would carry out Judge Biddle's recommendation. (U.S. Department of State Bulletin 15 (1946),

plenary meeting on 11 December 1946, adopted the following resolution 95 (1):

"The General Assembly,

"Recognizes the obligation laid upon it by Article 13, paragraph 1, sub-paragraph a, of the Charter, to initiate studies and make recommendations for the purpose of encouraging the progressive development of international law and its codification;

"Takes note of the Agreement for the establishment of an International Military Tribunal for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis signed in London on 8 August 1945, and of the Charter annexed thereto, and of the fact that similar principles have been adopted in the Charter of the International Military Tribunal for the trial of the major war criminals in the Far East, proclaimed at Tokyo on 19 January 1946;

"Therefore,

"Affirms the principles of international law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal;

"Directs the Committee on the codification of international law established by the resolution of the General Assembly of 11 December 1946, to treat as a matter of primary importance plans for the formulation, in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind, or of an International Criminal Code, of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal."

30. In the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, the question arose whether this Committee should undertake the actual formulation of the principles recognized in the Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal, or should confine itself merely to devising plans for the formulation of these principles. The Committee accepted the view that the General Assembly had only requested it to propose "plans for the formulation" of the Nürnberg principles. Therefore, the Committee concluded that it had not been called upon to discuss the substantive provisions of the Nürnberg principles, and that such a discussion would be better entrusted to the International Law Commission, the establishment of which it had decided to recommend to the General Assembly. According to the Committee's recommendation, the International Law Commission should be invited to prepare:

(a) A draft convention incorporating the principles of international law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and sanctioned by the judgment of that Tribunal; and

pp. 954-957). Prior to the above expression of opinion, the Secretary-General of the United Nations in his Supplementary Report, presented to the General Assembly on 24 October 1946, had made the following statement: "In the interest of peace, and in order to protect mankind against future wars, it will be of decisive significance to have the principles which were employed in the Nürnberg trials, and according to which the German war criminals were sentenced, made a permanent part of the body of international law as quickly as possible."

(Official Records of the second part of the first session of the General Assembly, pp. 699-700).

(b) A detailed draft plan of general codification of offences against the peace and security of mankind in such a manner that the plan should clearly indicate the place to be accorded to the Nürnberg principles.

31. The Committee further expressed the opinion, placed on record, that the above task would not preclude the International Law Commission from drafting in due course a code of international penal law.³⁶

32. The report of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification on plans for the formulation of the principles of the Charter and the judgment of the Nürnberg Tribunal was submitted to the second session of the General Assembly, which referred it to its Sixth Committee. After a general discussion at its 39th meeting, the Sixth Committee referred the report to its Sub-Committee 2, which was concerned with the question of the development of international law and its codification.

33. The Sub-Committee, having considered the report of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, decided to recommend that the task of the formulation of the Nürnberg principles should be entrusted to the International Law Commission to be created, and suggested that the Sixth Committee should propose to the General Assembly to adopt a resolution directing the International Law Commission to prepare:

(a) A draft convention incorporating the principles of international law, recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal, and

(b) A draft code of offences against the peace and security of mankind, indicating clearly the place to be accorded to the principles mentioned in (a).³⁷

34. The Sixth Committee, in the course of the discussion of the above proposal of the Sub-Committee, decided *inter alia* that the words "a draft convention incorporating" should be replaced by the term "formulation". The report of the Sixth Committee, including a draft resolution, was adopted by the General Assembly at its 123rd meeting on 21 November 1947.³⁸ As adopted, the resolution (177 (II)) reads as follows:

"The General Assembly

"Decides to entrust the formulation of the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal to the International Law Commission, the members of which will, in accordance with resolution 174 (II), be elected at the next session of the General Assembly, and

"Directs the Commission to

"(a) Formulate the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal, and in the judgment of the Tribunal, and

"(b) Prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind, indicating clearly the place to be accorded to the principles mentioned in sub-paragraph (a) above."

Part III

FORMULATION OF THE NURNBERG PRINCIPLES BY THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

35. The International Law Commission dealt with the question of the formulation of the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal during its first session at its meetings of 9, 23, 24, 25, 26, 27, 31 May and 1, 3, 7 June 1949. The Commission had before it a memorandum submitted by the Secretary-General entitled "*The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal; History and Analysis*".^{39a}

36. The Commission began its work by discussing its task in this matter. One of the main questions in this connexion was whether or not the Commission had to ascertain to what extent the principles contained in the Charter and judgment constitute principles of international law. The conclusion of the Commission was that, since the Nürnberg principles had been affirmed by the General Assembly in its resolution 95 (I) of 11 December 1946, it was not the task of the Commission to examine whether these principles were or were not principles of international law. The Commission had merely to formulate them.

37. Another question examined by the Commission, in this connexion, was whether it should concern itself with any provision of the Charter of the Tribunal, whether of substantive or procedural character. The decision of the Commission was that its task was to formulate principles of a substantive character and, in particular, those contained in articles 6, 7 and 8 of the Nürnberg Charter.³⁹

38. The Commission considered finally the question whether, in formulating the principles of international law recognized in the Charter and judgment of the Tribunal, it should also formulate the general principles of international law underlying the Charter and the judgment. A proposal to this effect submitted by Mr. Georges Scelle, though supported by some members of the Commission, was rejected by the majority.⁴⁰

39. At its meeting on 9 May 1949, the Commission appointed a Sub-Committee, composed of Messrs. J. P. A. François, A. E. F. Sandström and J. Spiropoulos, which was directed to submit to the Commission a working paper containing a formulation of the Nürnberg principles.⁴¹ The text elaborated by the Sub-Committee reads as follows:

"Principles of international law recognized in the

³⁶ See the Committee's report on the plans for the formulation of the principles of the Nürnberg Charter and judgment (A/AC.10/52).

³⁷ A/C.6/180/Rev.1.

³⁸ *Official Records of the second session of the General Assembly, Plenary Meetings, vol. II, p. 1282.*

^{39a} United Nations Publication, Sales No. 1949, V. 7.

³⁹ A/CN.4/SR.17.

⁴⁰ A/CN.4/SR.29.

⁴¹ A/CN.4/SR.17.

Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal.

"1. A violation of international law may constitute an international crime even if no legal instrument characterizes it as such.

"2. The categories of international crimes recognized by the Charter and the judgment of the Tribunal are crimes against peace, war crimes and crimes against humanity.

"3. The following acts constitute crimes against peace, namely :

"a. The planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;

"b. Any participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (a).

"4. The following acts constitute war crimes, namely : violations of the laws or customs of war.

"5. The following acts constitute crimes against humanity, namely: murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts done against the civilian population before or during a war, or persecution on political, racial or religious grounds, where such acts are done or such persecution is conducted in execution of or in connexion with any crime against peace or any war crime, notwithstanding that the municipal law applicable may not have been violated.

"6. Any individual author of or accomplice in an international crime is responsible under international law and liable to punishment, whether or not his offence is punishable under municipal law.

"7. The official position of an individual as Head of State or responsible official does not free him from responsibility or mitigate punishment.

"8. The fact that an individual acts pursuant to order of his Government or of a superior does not free him from responsibility. It may, however, be considered in mitigation of punishment, if justice so requires."⁴²

40. After consideration of the above text, the Commission retained, tentatively, the following articles, which it referred back to the Sub-Committee for redrafting:

"1. Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and is liable to punishment.

"2. All persons committing any of the acts above referred to shall be responsible under international law—whether or not such acts are punishable under any domestic law.

"3. The official position of an individual as Head of State or responsible official does not free him from responsibility or mitigate punishment.

"4. The fact that an individual acts pursuant to order of his Government or of a superior does not free

him from responsibility. It may, however, be considered in mitigation of punishment, if justice so requires.

"5. The following acts constitute crimes against peace, namely :

"a. The planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;

"b. Any participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (a).

"6. The following acts constitute war crimes, namely : violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity.

"7. The following acts constitute crimes against humanity, namely: murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts done against a civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.

"8. The accused must have a right of defence."⁴³

41. The Sub-Committee, thereafter, presented the following draft to the Commission :

"1. Any person who commits or is an accomplice in the commission of an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment.

"2. Such person is responsible under international law whether or not his act is punishable under any domestic law.

"3. The official position of a person as Head of State or responsible official does not free him from responsibility (or mitigate punishment).

"4. The fact that a person acts pursuant to order of his Government or of a superior does not free him from responsibility. It may, however, be considered in mitigation of punishment, if justice so requires.

"5. The following acts constitute crimes under international law:

"a. Crimes against peace: namely

"(i) Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;

"(ii) Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i).

"b. War crimes : namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation

⁴² A/CN.4/W.6. (See *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, 25th meeting, footnote 9.)

⁴³ A/CN.4/SR.25-29.

to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity.

"c. Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts done against a civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.

"6. Any person accused of a crime under international law has the right of defence."⁴⁴

42. Without discussing the new text, the Commission, at its 33rd meeting, appointed Mr. J. Spiropoulos rapporteur to continue the work of the Commission in the interval between the first and second sessions. It was understood that the rapporteur should submit to the Commission a report on the Nürnberg principles to be discussed at the next session of the Commission. The rapporteur, in carrying out the above decision of the Commission, redrafted the text adopted by the Sub-Committee and accompanied the principles adopted by the Commission with comments based principally on the findings of the Court. The new text and the comments on it constitute Part IV of the present report.

Part IV

THE PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW RECOGNIZED IN THE CHARTER AND THE JUDGMENT OF THE NÜRNBERG TRIBUNAL; TEXTS AND COMMENTS

A. THE PRINCIPLES "STRICTO SENSU"

43. The Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal recognize the following principles:

Principle I

Any person who commits or is an accomplice in the commission of an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment.

(1) The above principle is based on the first paragraph of article 6 of the Charter which established the competence of the International Military Tribunal to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the crimes provided for by sub-paragraphs (a), (b), and (c) of article 6. While this text declares punishable only persons "acting in the interests of the European Axis Powers", Principle I is drafted in general terms.

(2) Principle I declares liable to punishment not only

the perpetrators of international crimes but also the accomplices in the commission of those acts.

(i) *Prima facie*, this principle seems to go further than the Charter. The only provision in the latter regarding responsibility for complicity is that of the last paragraph of article 6 which reads as follows: "Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such a plan." In fact, as worded, this paragraph does not concern all cases of complicity but is limited to the participation in a common plan of conspiracy. Complicity in individual crimes is not mentioned.⁴⁵

(ii) The Tribunal, commenting on the last paragraph of article 6 in connexion with its discussion of Count One of the indictment, which charged the conspiracy not only to commit aggressive war but also to commit war crimes and crimes against humanity, said that, in its opinion, "these words [namely, the last paragraph of article 6] does not add a new and separate crime to those already listed". In the view of the Court, "these words were designed to establish the responsibility of persons participating in a common plan to prepare, initiate and wage aggressive war".⁴⁶

(iii) Interpreted literally, this statement would seem to imply that the complicity rule does not apply to individual crimes. On the other hand, the Tribunal must have applied some complicity rule to crimes other than the common plan or conspiracy to prepare, initiate or wage aggressive war. Several of the defendants were convicted of war crimes and crimes against humanity because they

⁴⁵ The above paragraph had its origin partly in a Soviet text (Draft of Agreement, 2 July 1945) and partly in a United States draft (Revised draft of Agreement, 30 June 1945). The Soviet proposal contained the following article concerning the "liability of accomplices": "Organizers, instigators and accomplices bear responsibility for the crimes set out in Article 2 of this Statute along with the perpetrators of those crimes" (See Part I of the present report). The United States proposal included a paragraph which read: "In the trial, the Tribunal shall apply the general rule of liability that those who participate in the formulation or execution of a criminal plan involving multiple crimes are liable for each of the offences committed and responsible for the acts of each other" (See Part I of the present report).

The Soviet article, having a wider scope, made accomplices, in a wide sense, responsible for the crimes along with the actual perpetrators, while the United States proposal limited the responsibility to persons participating in a criminal plan.

The Drafting Sub-Committee, which amalgamated the two texts quoted above, reported back the following paragraph: "Organizers, instigators and accomplices who participated in the formulation or execution of a common criminal plan or in the perpetration of individual crimes are equally responsible with other participants in the crimes" (See Part I of the present report). The substance of the two previous texts was thus retained in the Sub-Committee's text which referred both to complicity in individual crimes and to participation in a common criminal plan. The new text was included, without change, in the two subsequent drafts proposed by the British delegation to the Conference (see above). In the end, however, the passage concerning complicity in individual crimes was dropped, and the paragraph was drafted so as to refer only to participation in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the crimes enumerated in article 6 of the Charter of the Tribunal. There is no indication in the records of the London Conference, published by the Department of State, as to why this change was made.

⁴⁶ *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, p. 56.

⁴⁴ A/CN.4/W.12. (See *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, 31st meeting, footnote 7.)

gave orders resulting in atrocious and criminal acts which they did not commit themselves. They were accomplices in the wide sense of the word. In practice, therefore, the Tribunal must be considered as having applied either the last paragraph of article 6 by analogy or general principles of criminal law regarding complicity. This view is corroborated by the expressions used by the Tribunal in assessing the guilt of particular defendants.⁴⁷

(3) The general principle of law underlying Principle I is that international law may impose duties on the individual, without any interpretation of domestic law directly a conception which in theory is considered as involving the "international personality" of individuals. The findings of the Court are very definite on the question of whether rules of international law may apply to individuals. "That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States", says the Court, "has long been recognized."⁴⁸ And elsewhere: "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced."⁴⁹

Principle II

The fact that domestic law does not punish an act which is an international crime does not free the perpetrator of such crime from responsibility under international law.

(1) The idea contained in Principle II is stated expressly only in sub-paragraph (c) of article 6 of the Charter which deals with crimes against humanity. Nevertheless, it applies to all the three categories of crimes provided for by Article 6. In reality, once the responsibility of individuals for international crimes is admitted, Principle II seems unnecessary, since the implementation of Principle I presupposes that domestic law cannot keep in check the international responsibility of individuals.

⁴⁷ With respect to Goering, the Tribunal said that the record was filled with his admissions of "his complicity in the use of slave labor" (*Ibid.*, p. 109). Ribbentrop was "responsible for war crimes and crimes against humanity because of his activities with respect to occupied countries and Axis satellites" (*Ibid.*, p. 115). He had also "assisted in carrying out criminal policies, particularly those involving the extermination of the Jews" (*Ibid.*, p. 116). Rosenberg "helped to formulate the policies of Germanization, exploitation, forced labor, extermination of Jews and opponents of Nazi rule, and he set up the administration which carried them out" (*Ibid.*, p. 123). Franck "was a willing and knowing participant in the use of terrorism in Poland; in the economic exploitation of Poland . . . ; in the deportation to Germany as slave laborers of over a million Poles" (*Ibid.*, p. 126). Funk "participated in the economic exploitation of occupied territories" and was also "indirectly involved in the utilization of concentration camp labor" (*Ibid.*, p. 133). Doenitz permitted an order to shoot certain prisoners of war "to remain in full force when he became Commander-in-Chief" and was "to that extent . . . responsible" (*Ibid.*, p. 141). Von Schirach, "while he did not originate the policy of deporting Jews from Vienna, participated in this deportation after he had become Gauleiter of Vienna" (*Ibid.*, p. 146). Sauckel "set up a program for the mobilization of the labor resources available to the Reich" (*Ibid.*, p. 147), and "had overall responsibility for the slave labor program" (*Ibid.*, p. 148). Seyss-Inquart "was a knowing and voluntary participant in war crimes and crimes against humanity" (*Ibid.*, p. 156).

⁴⁸ *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, p. 52.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 53.

Nevertheless, since sub-paragraph (c) of article 6 expressly mentions the idea expressed by Principle II and since, on the basis of general considerations, it applies also to the other two sub-paragraphs of article 6, the formulation of Principle II seems opportune in order to exclude any doubt about the general applicability of this principle with regard to responsibility for the commission of international crimes.

(2) The principle that a person committing an international crime is responsible therefor and liable to punishment under international law, independently of the attitude of domestic law, implies what is commonly called the "supremacy" of international law over domestic law. It is accordingly considered that international law can bind individuals even if domestic law does not direct them to observe the rules of international law. (It is in this sense that the term "supremacy" is used here). Characteristic of the above inference is the following passage of the Court's findings: "... The very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State."⁵⁰

Principle III

The fact that a person who committed an international crime acted as Head of State or public official does not free him from responsibility under international law or mitigate punishment.

The above text reproduces in a more precise form the principle laid down in article 7 of the Charter. If, according to a general rule, a person acting as a State organ is considered as acting on behalf of the entity "State", and as such not responsible for his actions, in cases of acts constituting international crimes, according to the Charter and the judgment, the fact that an individual acted in an official capacity does not free him from responsibility under international law. "The principle of international law which, under certain circumstances, protects the representatives of a State", says the Court, "cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment . . ." ⁵¹ The same idea is also expressed by the following passage of the findings: "He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorizing action moves outside its competence under international law."⁵²

Principle IV

The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not free him from responsibility under international law. It may, however, be considered in mitigation of punishment, if justice so requires.

This text in a somewhat different wording reproduces the principle contained in article 8 of the Charter. The

⁵⁰ *Ibid.*, p. 53.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

idea expressed by the above principle is that superior order is not a defence but that it might be considered in mitigation of punishment. In conformity with this conception, the Court rejected the argument of the defence claiming that there could not be any responsibility since most of the defendants acted under the orders of Hitler. The Court declared the provision of article 8 to be "in conformity with the law of all nations". "That a soldier", the Court continued, "was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never been recognized as a defence to such acts of brutality, though, as the Charter here provides, the order may be urged in mitigation of the punishment."⁵³ The same view is encountered in two passages of the findings concerning the guilt of particular defendants.^{54 55} Finally, as regards the criterion for the determination of the degree of responsibility of a person acting pursuant to superior command, the Court said: "The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible."⁵⁶

Principle V

Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law.

(1) The principle that the defendants charged with crimes under international law must have the right to a fair trial was unanimously recognized at the London Conference. All the drafts submitted to the Conference provided rules aiming at insuring such a right to the defendants.

(2) The Charter contains, a particular chapter entitled "Fair Trial for Defendants", which for the purpose of insuring a fair trial to the defendants directs the observance of the following procedure:

"a. The indictment shall include full particulars specifying in detail the charges against the defendants. A copy of the indictment and of all the documents lodged with the indictment, translated into a language which he understands, shall be furnished to the defendant at a reasonable time before the trial.

"b. During any preliminary examination or trial of a defendant he shall have the right to give any explanation relevant to the charges made against him.

"c. A preliminary examination of a defendant and

his trial shall be conducted in, or translated into, a language which the defendant understands.

"d. A defendant shall have the right to conduct his own defence before the Tribunal or to have the assistance of counsel.

"e. A defendant shall have the right through himself or through his counsel to present evidence at the trial in support of his defence, and to cross-examine any witness called by the prosecution."

(3) Finally, it may be added that the right to a fair trial is also mentioned by the judgment itself. The Court, commenting on the lawfulness of the institution of the International Military Tribunal, said that "all that the defendants are entitled to ask is to receive a fair trial on the facts and law".⁵⁷

B. THE CRIMES

44. According to the Charter and the judgment, the following acts constitute crimes under international law.

(a) *Crimes against peace*: namely,

(i) *Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;*

(ii) *Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i).*

(i) Both categories of crimes are characterized by the fact that they are both connected with "war of aggression or war in violation of international treaties, agreements or assurances".

(ii) Though the Court had made a general statement to the effect that the Charter "is the expression of international law existing at the time of its creation"⁵⁸, it also offered a certain number of arguments in order to refute the objection of the defence that aggressive war was not an international crime under international law. For this refutation the Court relied primarily on the Kellogg-Briand Pact, which in 1939 was in force between sixty-three nations. "The nations who signed the pact or adhered to it unconditionally", says the Court, "condemned recourse to war for the future as an instrument of policy, and expressly renounced it. After the signing of the pact, any nation resorting to war as an instrument of national policy breaks the pact. In the opinion of the Tribunal, the solemn renunciation of war as an instrument of national policy necessarily involves the proposition that such a war is illegal in international law; and that those who plan and wage such a war, with its inevitable and terrible consequences, are committing a crime in so doing."⁵⁹

(iii) In support of its interpretation of the Kellogg-Briand Pact, the Court cited some other international documents condemning the war of aggression as an international crime. These documents were the draft of a Treaty of Mutual Assistance sponsored by the League of Nations in 1923 which in its article 1 declared "that

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ With respect to Keitel, the Tribunal said: "In the face of these documents Keitel does not deny his connexion with these acts. Rather, his defence relies on the fact that he is a soldier, and on the doctrine of 'superior orders', prohibited by article 8 of the Charter as a defence" (*Ibid.*, p. 118). A similar statement was made by the Tribunal in the case of Jodl: "His defence, in brief, is the doctrine of 'superior orders' prohibited by article 8 of the Charter as a defence" (*Ibid.*, p. 151).

⁵⁵ The American drafts submitted to the London Conference of 1945 (see Part I of the present report) do not exclude the "superior orders" as a defence. All the Soviet drafts excluded the plea of "superior orders" as a defence (see Part I). The discussion on this subject at the Conference was very short as far as available records go. All participants agreed that "superior orders" should not be an absolute defence (See *Report R. Jackson*, pp. 367-368).

⁵⁶ *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, pp. 53-54.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 48.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 50.

aggressive war is an international crime", and the Preamble to the League of Nations 1924 Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes (Geneva Protocol) which, after "recognizing the solidarity of the members of the International Community", declared that "a war of aggression constitutes a violation of this solidarity, and is an international crime", and that the contracting parties were "desirous of facilitating the complete application of the system provided in the Covenant of the League of Nations for the pacific settlement of disputes between the States and of insuring the repression of international crimes". Furthermore, the Court cited the Declaration concerning wars of aggression adopted on 24 September 1927 by the Assembly of the League of Nations, the preamble of which declared war "an international crime", and the unanimous resolution adopted on 18 February 1928 by twenty-one American Republics at the sixth (Havana) Pan-American Conference, declaring that "war of aggression constitutes an international crime against the human species".⁶⁰

(iv) The Charter does not contain any definition of the term "war of aggression", nor is there any such definition in the findings of the Court.⁶¹ It is by evaluation of the historical events before and during the war that the Court decided that certain of the defendants planned and waged aggressive wars against ten nations and were therefore guilty of this series of crimes. According to the Court, this made it even unnecessary to discuss the subject in further detail, or to consider at any length the extent to which these aggressive wars were also "wars in violation of international treaties, agreements or assurances".⁶²

(v) The terms "planning and preparing" of a war of aggression are considered by the Court as comprising all the stages in the bringing about of a war of aggression from the planning to the actual initiation of the war. In view of that, the Court did not make visible distinctions between planning and preparation.

(vi) A legal notion of the Charter which was attacked by the defence is the one concerning "conspiracy" (last sentence of article 6 (a) of the Charter). The Court, rejecting the objection of the defence against the adoption of this notion, applied it, though only in a restricted way. "In the opinion of the Tribunal", says the Court, "the conspiracy must be clearly outlined in its criminal purpose. It must not be too far removed from the time of decision and of action. The planning, to be criminal, must not rest merely on the declarations of a party programme, such as are found in the 25 points of the Nazi Party, announced in 1920, or the political affirmations expressed in 'Mein Kampf' in later years. The Tribunal must examine whether a concrete plan to wage war existed, and determine the participants in that concrete plan."⁶³

(b) *War Crimes*: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity.

Here too the Court emphasized that the crimes defined by article 6 (b) of the Charter were already recognized as war crimes under international law. "They were covered," says the Court, "by Articles 46, 50, 52 and 56 of The Hague Convention of 1907, and Articles 2, 3, 4, 46 and 51 of the Geneva Convention of 1929. That violation of these provisions constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well settled to admit of argument."⁶⁴

(c) *Crimes against humanity*: namely murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against a civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or any war crime.

The above text distinguishes two categories of punishable acts: (a) murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts committed against a civilian population, before or during the war and (b) persecution on political, racial or religious ground. Both these acts, according to the Charter, constitute international crimes only inasmuch as they have been committed "in execution of or in connexion with any crime within the jurisdiction of the Tribunal". Crimes falling within the jurisdiction of the Tribunal are (a) crimes against peace; (b) war crimes. The Court applied article 6 (c) in a very restrictive way. Though it admitted that "political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty", that "the policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out," and that "the persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt," the Court did not consider that the acts relied on before the outbreak of war had been committed "in execution of, or in connexion with, any crime within the jurisdiction of the Tribunal". For this reason the Tribunal declared itself unable to make a general declaration to the effect that acts before 1939 "were crimes against humanity within the meaning of the Charter".⁶⁵ Article 6 (c) characterizes as crimes against humanity murder, exter-

⁶⁰ *Ibid.*, p. 51-52.

⁶¹ At the London Conference an attempt was made by the American delegation to have a definition of "aggression". See "Definition of Aggression" suggested by the American delegation as a basis of discussion, 19 July 1945, and "Proposed Definition of Aggression" submitted by the same delegation on 25 July 1945. See *Report R. Jackson*, pp. 294-375. The American initiative had no success.

⁶² *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, p. 46.

⁶³ *Ibid.*, p. 54-55.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 83.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 84. Nothing is said in the findings as to whether the above acts would be considered as international crimes under international law in the event of their not being connected with crimes against peace and war crimes.

mination, enslavement, etc., committed against "any"⁶⁶ civilian population. This means that the above acts are crimes against humanity even if they are committed by the aggressor against his own population.⁶⁷

⁶⁶The Commission substituted the word "a" for the word "any".

⁶⁷The question arises whether a further principle may be formulated on the basis of articles 9 and 10 of the Charter in the sense of the establishment of the penal responsibility of organizations. Article 9 empowers the Court to declare, at the trial of any individual member of a group or organization, that the said group or organization is a "criminal one", and the next article of the Charter declares that "in cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any signatory shall have the right to bring individuals to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned."

At first sight this provision might be interpreted as establishing the penal responsibility of organizations. However, neither the indictment nor the findings of the Court allow such an interpretation. The prosecution admitted that the organizations indicted were not on trial in the ordinary sense of that term, inasmuch as the Tribunal which was empowered to declare them criminal could not impose any sentence upon them as entities (*Trial of Major War Criminals*, vol. VIII, 1947, pp. 358-359). The effect of this provision was to make only individual members of any organization responsible for the reprehensible activities of the organization. Moreover, the Nürnberg Tribunal applied the said provision in a restrictive manner. Speaking of its power of discretion to declare or not to declare an organization as criminal, the Court declared: "This discretion . . . should be exercised in accordance with well-settled legal principles, one of the most important of which is that criminal guilt is personal, and that mass punishment should be avoided." In another passage of the findings the Court, defining the characteristics of a criminal organization, declared: "A criminal organization is analogous to a criminal conspiracy Since the declaration with respect to the organizations and groups will, as has been pointed out, fix the criminality of its members, that definition should exclude persons who had no knowledge of the criminal purposes or acts of the organization and those who were drafted by the State for membership, unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by article 6 of the Charter as members of the organization. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations." (*Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, pp. 85-86.) As the result of the above passage of the findings, the Court endeavoured to reconcile, as far as possible, the provisions of articles 9 and 10 with ordinary principles of complicity.

Appendix

PROPOSED TEXT OF THE NÜRNBERG PRINCIPLES AS FORMULATED BY THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

A. The principles "Stricto Sensu"

Principle I. *Any person who commits or is an accomplice in the commission of an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment.*

Principle II. *The fact that domestic law does not punish an act which is an international crime does not free the perpetrator of such crime from responsibility under international law.*

Principle III. *The fact that a person who committed an international crime acted as Head of State or public official does not free him from responsibility under international law or mitigate punishment.*

Principle IV. *The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not free him from responsibility under international law. It may, however, be considered in mitigation of punishment, if justice so requires.*

Principle V. *Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law.*

B. The Crimes

a. Crimes against peace : namely,

(i) *Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;*

(ii) *Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i).*

b. *War Crimes : namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity.*

c. *Crimes against humanity: namely murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against a civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or any war crime.*

LAW OF TREATIES

DOCUMENT A/CN.4/19

Replies from Governments to Questionnaires of the International Law Commission

[Original text : English-French-Spanish]
[23 March 1950]

CONTENTS *

	Page
NOTE BY THE SECRETARY-GENERAL	196
PART I. REPLIES FROM GOVERNMENTS CONCERNING TOPICS FOR CODIFICATION	
SECTION A. LAW OF TREATIES	197
1. Canada	197
2. Costa Rica	205
3. Denmark	206
4. France	206
5. Israel	206
6. Netherlands	218
7. Philippines	219
8. Poland	221
9. Union of South Africa	221
10. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	221
11. United States of America	221

Note by the Secretary-General

1. In accordance with Article 18 of its Statute (annexed to General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947), the International Law Commission decided at its first session to undertake the codification of three topics of international law, namely, (i) the Law of Treaties, (ii) Arbitral Procedure, and (iii) the Regime of the High Seas. In implementation of this decision and in conformity with Article 19, paragraph 2 of its Statute, the Commission further decided to request all Governments of Members of the United Nations to furnish it with texts of laws, decrees, judicial decisions, treaties, diplomatic correspondence and other documents relevant to each of these topics.

* Sections B and C contain the replies dealing respectively with "Arbitral Procedure" and the "Regime of the High Seas" and are to be found with the documents relating to these items.

Part II contains the replies dealing with the "Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind" and is to be found with the documents relating to that item.

2. Also the Commission, having been entrusted by the General Assembly, in virtue of resolution 177 (II) of 21 November 1947, with the preparation of "a draft code of offences against the peace and security of mankind", deemed it necessary also to request the Governments to express their views concerning what offences, apart from those defined in the Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal, should be comprehended in that draft code.

3. Accordingly, the Secretary-General, by letter LEG 291/01/YLL of 11 July 1949, communicated the Commission's requests to all Governments of Members of the United Nations.

4. By 23 March 1950, the Secretary-General had received replies from the Governments of Canada, Costa Rica, Denmark, France, Israel, the Netherlands, Philippines, Poland, Union of South Africa, the United Kingdom and the United States.

5. The texts of the replies from Governments concerning topics for codification (Part I), as well as the views expressed on what offences should be comprehended in a draft code of offences against the peace and security of mankind (Part II), are reproduced herein.

6. Relevant materials submitted in the form of books, pamphlets, or lengthy treaty texts are not reproduced, but are held available for reference.

7. Replies received after 23 March 1950 will be reproduced as addenda to the present document.

Part I

REPLIES FROM GOVERNMENTS CONCERNING TOPICS FOR CODIFICATION

SECTION A. LAW OF TREATIES

1. Canada

[Original text : English]

Department of External Affairs
Ottawa

17 January 1950

...

Enclosed is one copy of each of the papers which are listed below under the subject to which they pertain :

(a) Concerning the Law of Treaties :

Extracts from the Canadian Abridgment, Vol. 11;

Judgment of the Privy Council - *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (1937) AC 326; Resolution of Canadian House of Commons, June 21, 1926;

Extract from Debates of House of Commons 1928, Vol. 11, p. 1974.

...

[Papers listed are reproduced hereinafter]

EXTRACTS FROM THE CANADIAN ABRIDGMENT, VOL. 11

TREATIES

1. Imperial Treaties

(a) *General Effect of Treaties not implemented by Legislation — Effect on Rights of Individuals.*

Treaties to which Great Britain is a party are contracts binding in honour upon the contracting States, but do not as such affect the rights of individual subjects of Great Britain or any other British country. Per Lamont and Cannon, JJ., (agreeing in this respect with the views of the Courts, below): A treaty in itself is not equivalent to an Imperial Act, and, without the sanction of Parliament, the Crown cannot alter the existing law by entering into a contract with a foreign Power. For breach of a treaty a nation is responsible only to the other contracting nation and its own sense of right and justice. Where, as here, a treaty provides that certain rights or privileges are to be enjoyed by the subjects of both contracting parties, these rights and privileges are, under our law, enforceable by the Courts only if the treaty has been implemented or sanctioned by legislation, which

alone can make it binding upon the subject. In the absence of such legislation, a treaty is ineffectual to impose any limitation upon the legislative power exclusively bestowed by the Imperial Parliament upon the Legislature of a province.

Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co. v. Pigeon Timber Co., (1932) S.C.R. 495, 39 C.R.C. 161 (1932) 2 D.L.R. 250, reversing 66 O.L.R. 577, 38 C.R.C. 65, (1931) 2 D.L.R. 216, which reversed 65 O.L.R. 575, (1931) 1 D.L.R. 260.

(b) *Effect of s. 132 of the B.N.A. Act — Water-Powers International Joint Works.*

Per Duff, J.: Broadly speaking, the Dominion has under s. 132 full authority to legislate for the execution of obligations imposed upon Canada, or upon a province, in virtue of an Imperial Treaty. But the rights and jurisdiction of the Dominion and of a province, respectively, in relation to water-powers, created or made available by joint works erected in boundary waters in pursuance of a treaty aiming at improving navigation or the development of power or both can be determined only after disclosure of the facts touching the terms of the treaty, and the nature of the works, as well as the rights of the Dominion and of the province, in respect of the waters to be affected by the execution of the treaty.

Reference Re Waters and Water-Powers, (1929) S.C.R. 200, (1929) 2 D.L.R. 481.

(c) *The Ashburton Treaty, 1842 — Reservation of Rights to Province — Effect of the B.N.A. Act — Whether Act In Conflict with Treaty.*

The Ashburton Treaty of 1842 fixed part of the boundary between British North America and the United States as the middle line of the St. John River; and it provided that navigation of the river should be free and open to both parties. The Treaty also contained a proviso that it should give "no right to either party to interfere with any regulations, not inconsistent with the terms of this Treaty, which the Governments, respectively, of New Brunswick or of Maine may make respecting the navigation of the said river, where both banks thereof shall belong to the same party". Held, the vesting by The B.N.A. Act, 1867, in the Dominion of the exclusive power to control the navigation of the river and the erection of bridges over it, involved no violation of the treaty but was wholly consistent with it. The proviso for protection of the existing powers of the provincial government imposed no obligation upon the British government to maintain those powers unaltered for all time, and the argument could not be upheld that s. 91 (10) of the B.N.A. Act, as to "Navigation and Shipping" must be so construed as not to interfere with the right of the province as recognized by the treaty. The Court below had held as one of the grounds for deciding against the province, that s. 132 of The B.N.A. Act, giving the Dominion the powers necessary for performing the treaty obligations of Canada, had the effect of vesting in the Dominion whatever rights and powers the province enjoyed and exercised under the treaty prior to Confederation. Held, since no question was involved as to an obligation to the United States of America, it was not necessary to consider the effect of s. 132.

Atty.-Gen. For N.B. v. C.P.R. and Atty.-Gen. of Can. 94 L.J.P.C. 142, 133 L.T. 436, (1925) 2 D.L.R. 732.

(d) *The Ashburton Treaty, 1842 — Free Use of River — Authorization by State Legislature to Erect Booms and Collect Tolls — Whether Valid.*

By the Ashburton Treaty of 1842, the Rainy River was established as the boundary between Canada and the United States, and the citizens of both countries were declared entitled to the free use of the river. The charter of plaintiff company, granted under the laws of the State of Minnesota empowered it to erect certain booms, and to collect tolls, for their use. In pursuance of these powers, the company erected a main boom and a sheer boom, the latter being wholly on the Canadian side of the river. The effect of the sheer boom was to divert logs floating down the stream to the main boom, where they were sorted. Plaintiff sued for payment of the tolls authorized by its charter. *Held*, plaintiff company's works were on the river without lawful authority. No legislation by a foreign power could entitle the company, by the erection of this sheer boom, to divert Canadian property from Canada into the United States, where it passed into the custody and control of a foreign corporation. The works were unlawful also as an interference with the free right of navigation guaranteed by the treaty. Even apart from these considerations, the alleged right to collect tolls rested solely on the authorization of a State Legislature, which, according to the undisputed evidence, had no power to repeal the Ashburton Treaty. The permission to collect tolls, being in direct conflict with the terms of the treaty, was *ultra vires* the State Legislature and consequently null and void.

Rainy Lake River Boom Corp'n. v. Rainy River Lumber Co., (1912) 27 O.L.R. 131, 6 D.L.R. 401.

2. Canadian Treaties

(a) *Applicability of the B.N.A. Act, s. 132 to Treaties Made by Dominion — The Statute of Westminster, 1931 — The International Radiotelegraph Convention, 1927.*

The Radio Convention of 1927, to which Canada is a party, illustrates the change which has taken place since the enactment of the B.N.A. Act. Per Lord Dunedin: "This idea of Canada as a Dominion being bound by a convention equivalent to a treaty with foreign powers was quite unthought of in 1867. It is the outcome of the gradual development of the position of Canada *vis-à-vis* to the mother country Great Britain, which is found in these later days expressed in the *Statute of Westminster*. It is not therefore to be expected that such a matter should be dealt with in explicit words in either sec. 91 or sec. 92. The only class of treaty which would bind Canada was thought of as a treaty by Great Britain, and that was provided for by sec. 132. Being therefore not mentioned explicitly in either sec. 91 or 92, such legislation falls within the general words at the opening of sec. 91 which assign to the Government of the Dominion the power to make laws 'for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of

the Provinces'. In fine, though agreeing that the Convention was not such a treaty as is defined in sec. 132, their Lordships think that it comes to the same thing." It is Canada as a whole which is bound by the treaty, and it is necessary that the Dominion should pass legislation which can prevent any individual anywhere in Canada from infringing its provisions.

In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada, (1932) A.C. 304, 101 L.J.P.C. 94, 146 L.T. 409, 48 T.L.R. 235, (1932) 1 W.W.R. 563, 39 C.R.C. 49, (1932) 2 D.L.R. 81, affirming (1931) S.C.R. 541, (1931) 4 D.L.R. 865.

(b) *Aeronautics — Peace Conference — Convention — The B.N.A. Act, s. 132.*

Under s. 132 of the B.N.A. Act the Parliament and Government of Canada have exclusive legislative and executive authority for performing the obligations of Canada, or of any province thereof, under the "Convention relating to the Regulation of Aerial Navigation", which was drawn up by the Supreme Council of the Peace Conference of 1919 and was signed by the representatives of the Allied and Associated Powers, including Canada, and ratified by His Majesty on behalf of the British Empire.

In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada, (1932) A.C. 54, 101 L.J.P.C. 1, 146 L.T. 76, 48 T.L.R. 18, (1931) 3 W.W.R. 625, 39 C.R.C. 108, (1932) 1 D.L.R. 58, reversing (1930) S.C.R. 663, (1931) 1 D.L.R. 13.

(c) *Treaty of Versailles — International Labour Conference — Draft Conventions — Duty of Dominion.*

This was a reference to the Supreme Court as to the nature of the obligation of the Dominion of Canada as a member of the International Labour Conference, under the provisions of the Labour Part of the Treaty of Versailles, with relation to draft conventions adopted by the Conference. *Held*, the obligation is simply in the nature of an undertaking to bring the draft convention before the authority or authorities within whose competence the matter lies, for the enactment of legislation or other action.

Re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour, (1925) S.C.R. 505, (1925) 3 D.L.R. 1114.

(d) *Abrogation of Imperial Treaty — Effect of Joint Action of Canada and United States of America.*

Semble, the Parliament of Canada and the Government of the United States of America, acting together, have power to abrogate a treaty between His Majesty and the United States so far, at least, as it affects the citizens of Canada and the United States.

Smith v. Ont. & Minn. Power Co., (1918) 44 O.L.R. 43, 45 D.L.R. 266, reversing in part 42 O.L.R. 167 (C.A.).

(e) *Nature of Treaty-Making Power — Crown as Treaty-Maker and as Owner of Property — Disputes Between Dominion and Provinces.*

The Dominion Government, in making a treaty with an Indian tribe, is acting in pursuance of national interests, and for the benefit of the country as a whole. This position is not altered if, as a result of a treaty so made,

a substantial benefit is conferred upon one province in particular. "The Crown" which makes a treaty, is the Dominion Government, whereas the result of the treaty may be to vest lands in "the Crown" or the provincial government. Per Lord Loreburn, L. C.: "The Crown acts on the advice of ministers in making treaties, and in owning public lands holds them for the good of the community. When differences arise between the two Governments in regard to what, is due to the Crown as maker of treaties from the Crown as owner of public lands they must be adjusted as though the two Governments were separately invested by the Crown with its rights and responsibilities as treaty maker and as owner respectively."

Dominion of Canada v. Prov. of Ontario. (1910) A.C. 637, 80 L.J.P.C. 32, 103, L.T. 331, 26 T.L.R. 681, C.R. (1910) A.C. 301, affirming 42 S.C.R. 1, which reversed 10 Ex. C.R. 445, 27 C.L.T. 318.

(f) "*Sanctioning A Convention*" — *Effect — Validity of Provincial Legislation in Conflict with Convention.*

The Japanese Treaty Act, 1907, which sanctions a convention entered into by the United Kingdom respecting commercial relations between Canada and Japan, has given to the provisions of that convention the force and effect of a law of Canada. Being in harmony with existing federal legislation respecting immigration, it becomes a part of Canadian law on that subject. The British Columbia Immigration Act, 1908, being repugnant to the convention, is therefore invalid. Per Irving J.: "The word 'sanction' ... signifies to ratify a decree or ordinance—in an extended sense to make anything binding. In itself, it conveys the idea of authority by the person sanctioning. It is the lending of a name, an authority, or an influence in order to strengthen and confirm a thing."

Re Nakane; Re Okasake, (1908) 8 W.L.R. 19, 13 B.C.R. 370 (C.A.).

(g) *Validity of Dominion Act Implementing Treaty — Conflicting Provincial Statute — The Migratory Birds Convention Act, 1917 (Dom.), C. 18 — The Game Protection Act, 1916 (Man.), C. 44.*

S. 6 of the Dominion Migratory Birds Convention Act, 1917, at least in so far as it provides that "no one, without lawful excuse, the proof whereof shall lie on him, shall ... have in his possession, any bird ... during the time when the capturing, killing or taking of such bird ... is prohibited by law", is within the scope of the powers necessary to make effective The Migratory Birds Treaty with the United States, in pursuance of which treaty the Act was passed, and is therefore *intra vires* the Dominion Parliament. The permission given by s. 11 (b) of the Manitoba Game Protection Act, 1916, to have wild ducks in one's possession until March 31, is opposed to said Dominion Act, is therefore *ultra vires*, and does not constitute a "lawful excuse" within the meaning of s. 6. *Atty.-Gen. for Ont. v. Atty.-Gen. for Can.*, (1894) A.C. 189, 63 L.J.P.C. 59, C.R. (11) A.C. 13, 5 Cart. 266; *G.T.R. v. Atty.-Gen. for Can.*, (1907) A.C. 65, 76 L.J.P.C. 23, C.R. (1907) A.C. 1, 7 C.R.C. 472, applied. *Quaere*, whether the Dominion has the right to regulate the sale of migratory birds.

R. v. Stuart, (1924) 3 W.W.R. 648, 34 Man. R. 509, 43 C.C.C. 108, (1925) 1 D.L.R. 12 (C.A.).

CANADIAN CONSTITUTIONAL DECISIONS

Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario and Others (1937) A.C. 326

(LABOUR CONVENTIONS CASE)

On appeal from the Supreme Court of Canada

The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, 1935, the Minimum Wages Act, 1935, and the Limitation of Hours of Work Act, 1935, of the Parliament of Canada, which in substance gave effect to draft conventions adopted by the International Labour Organisation of the League of Nations in accordance with the Labour Part of the Treaty of Versailles, 1919, and ratified by the Dominion of Canada, were *ultra vires* of the Parliament of Canada and invalid in that the legislation related to matters coming within the class of subject "Property and civil rights in the Province" which was assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces by head 13 of s.92 of the British North America Act, 1867.

In re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour (1925) Can. S.C.R. 505, referred to.

The legislation could not be justified under s.132 of the British North America Act, which provided that the Parliament of Canada should have "all powers necessary or proper for performing the obligations of Canada or of any Province thereof, as part of the British Empire towards foreign countries, arising under treaties between the Empire and such foreign countries," because the obligations under the ratified conventions were not the obligations of Canada as part of the British Empire, but of Canada by virtue of her new status as an international juristic person, and they did not therefore arise under a treaty between the British Empire and foreign countries.

In re The Regulation and Control of Radio Communication in Canada (1932) A.C. 304 (1), applied.

(327) Jurisdiction to legislate for the purpose of performing the obligations of a Canadian treaty does not reside exclusively in the Parliament of Canada: *In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada* (1932) A.C. 54 and *In re The Regulation and Control of Radio Communication in Canada* (1932) A.C. 304, do not afford a warrant for the contrary view.

For the purposes of the distribution of legislative powers between the Dominion and the Provinces under ss. 91 and 92 there is no such thing as treaty legislation as such. The distribution is based on classes of subjects, and as a treaty deals with a particular class of subject so would the legislative power of performing it be ascertained.

No further legislative competence was obtained by the Dominion from its accession to international status and the consequent increase in the scope of its executive functions. There was no existing constitutional ground for stretching the competence of the Dominion Parliament so that it became enlarged to keep pace with enlarged functions of the Dominion executive. If the new functions

affected the classes of subjects enumerated in s.92 legislation to support the new functions was within the competence of the Provincial Legislatures only; if they did not, the competence of the Dominion Legislature was declared by s.91 and existed *ab origine*. The Dominion could not, merely by making promises to foreign countries, clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth.

Further, the present legislation was not concerned with matters of such general importance as to justify the overriding of the normal distinction of powers in ss. 91 and 92.

Dicta of Duff C. J. in *In re The Natural Products Marketing Act* (1936) Can. S.C.R. 398, at 414 *et seq.*, approved and applied.

Lastly, in totality of legislative powers, Dominion and Provincial together, Canada was fully equipped to legislate in performance of treaty obligations, but the legislative powers remained distributed, and if in the exercise of her new functions derived from her new international status Canada incurred obligations, they must so far as legislation was concerned, when they dealt with Provincial classes of subjects, be dealt with by the totality of powers — by co-operation between the Dominion and the Provinces.

1937. January 28. The judgment of their Lordships was delivered by Lord Atkin. This is one of a series of cases brought before this Board on appeal from the Supreme Court of Canada on references by the Governor General in Council to determine the validity of certain statutes of Canada passed in 1934 and 1935. Their Lordships will deal with all the appeals in due course, but they propose to begin with that involving The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act, both because of the exceptional importance of the issues involved and because it affords them an opportunity of stating their opinion upon some matters which also arise in the other cases. At the outset they desire to express their appreciation of the valuable assistance which they have received from counsel, both for the Dominion and for the respective Provinces. No pains have been spared to place before the Board all the material both as to the facts and the law which could assist the Board in their responsible task. The arguments were cogent and not diffuse. The statutes in question in the present case were passed, as their titles recite, in accordance with conventions adopted by the (342) International Labour Organisation of the League of Nations in accordance with the Labour Part of the Treaty of Versailles of June 28, 1919. It was admitted at the bar that each statute affects property and civil rights within each Province; and that it was for the Dominion to establish that nevertheless the statute was validly enacted under the legislative powers given to the Dominion Parliament by the British North America Act, 1867. It was argued for the Dominion that the legislation could be justified either (1) under s. 132* of the British North America Act as being legislation "necessary or proper for performing the obligations of

Canada, or of any Province thereof, as part of the British Empire, toward foreign countries, arising under treaties between the Empire and such foreign countries," or (2) under the general powers, sometimes called the residuary powers, given by s. 91 to the Dominion Parliament to make laws for the peace, order and good government of Canada in relation to all matters not coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

The Provinces contended:

As to (1) — (a) That the obligations, if any, of Canada under the labour conventions did not arise under a treaty or treaties made between the Empire and foreign countries: and that therefore s. 132 did not apply. (b) That the Canadian Government had no executive authority to make any such treaty as was alleged. (c) That the obligations said to have been incurred, and the legislative powers sought to be exercised, by the Dominion were not incurred and exercised in accordance with the terms of the Treaty of Versailles.

As to (2), that if the Dominion had to rely only upon the powers given by s. 91, the legislation was invalid, for it related to matters which came within the classes of subjects exclusively assigned to the Legislatures of the Provinces — namely, property and civil rights in the Province.

In order to indicate the opinion of the Board upon these contentions it will be necessary briefly to refer to the Treaty of Versailles, Part XIII, Labour: to the procedure prescribed by it for bringing into existence labour conventions: and to (343) the procedure adopted in Canada in respect thereto. The Treaty of Peace, signed at Versailles on June 28, 1919, was made between the Allied and Associated Powers of the one part and Germany of the other part. The British Empire was described as one of the Principal Allied and Associated Powers, and the High Contracting Party for the British Empire was His Majesty the King, represented generally by certain of his English Ministers, and represented for the Dominion of Canada by the Minister of Justice and the Minister of Customs, and for the other Dominions by their respective Ministers. The treaty began with Part I of the covenant of the League of Nations, by which the high contracting parties agreed to the covenant, the effect of which was that the signatories named in the annex to the covenant were to be the original members of the League of Nations. The Dominion of Canada was one of the signatories and so became an original member of the League. The treaty then proceeds in a succession of parts to deal with the agreed terms of peace, stipulations, of course, entered into not between members of the League, but between the high contracting parties, i.e., for the British Empire, His Majesty the King. Part XIII, entitled "Labour," after reciting that the object of the League of Nations is the establishment of universal peace, and that such a peace can only be established if it is based on social justice, and that social justice requires the improvement of conditions of labour throughout the world, provides that the high contracting parties agree to the establishment of a permanent organization for the promotion of the desired objects, and that the original and future members of the League of Nations shall be the members of this organization. The

* See p. 22 below.

organization is to consist of a general conference of representatives of the members and an International Labour Office. After providing for meetings of the conference and for its procedure the treaty contains articles 405 and 407:

Article 405

"(1) When the Conference has decided on the adoption of proposals with regard to an item in the agenda, it will rest with the Conference to determine whether these proposals should [344] take the form : (a) of a recommendation to be submitted to the Members for consideration with a view to effect being given to it by national legislation or otherwise, or (b) of a draft international convention for ratification by the Members.

"(2) In either case a majority of two-thirds of the votes cast by the Delegates present shall be necessary on the final vote for the adoption of the recommendation or draft convention, as the case may be, by the Conference.

"(3) In framing any recommendation or draft convention of general application the Conference shall have due regard to those countries in which climatic conditions, the imperfect development of industrial organization or other special circumstances make the industrial conditions substantially different and shall suggest the modifications, if any, which it considers may be required to meet the case of such countries.

"(4) A copy of the recommendation or draft convention shall be authenticated by the signature of the President of the Conference and of the Director and shall be deposited with the Secretary-General of the League of Nations. The Secretary-General will communicate a certified copy of the recommendation or draft convention to each of the Members.

"(5) Each of the Members undertakes that it will, within the period of one year at most from the closing of the session of the Conference, or if it is impossible owing to exceptional circumstances to do so within the period of one year, then at the earliest practicable moment and in no case later than eighteen months from the closing of the session of the Conference, bring the recommendation or draft convention before the authority or authorities within whose competence the matter lies, for the enactment of legislation or other action.

"(6) In the case of a recommendation, the Members will inform the Secretary-General of the action taken.

"(7) In the case of a draft convention, the Members will, if it obtains the consent of the authority or authorities within whose competence the matter lies, communicate the formal ratification of the convention to the Secretary-General and will take such action as may be necessary to make effective the provisions of such convention.

" [345] (8) If on a recommendation no legislative or other action is taken to make a recommendation effective, or if the draft convention fails to obtain the consent of the authority or authorities within whose competence the matter lies, no further obligation shall rest upon the Member.

"(9) In the case of a federal State, the power of which to enter into conventions on labour matters is subject to limitations, it shall be in the discretion of that Government to treat a draft convention to which such limitations apply as a recommendation only, and the provisions of this Article with respect to recommendations shall apply in such case.

"(10) The above Article shall be interpreted in accordance with the following principle : In no case shall any Member be asked or required, as a result of the adoption of any recommendation or draft convention by the Conference, to lessen the protection afforded by its existing legislation to the workers concerned."

Article 407

" If any convention coming before the Conference for final consideration fails to secure the support of two-thirds of the votes cast by the Delegates present, it shall nevertheless be within the right of any of the Members of the Permanent Organization to agree to such convention among themselves.

" Any convention so agreed to shall be communicated by the Governments concerned to the Secretary-General of the League of Nations, who shall register it."

It will be observed that a draft convention is adopted by a majority of two-thirds of the delegates present : and that at the stage of adoption it has no binding effect on the members: nor do the delegates of members sign it or purport to enter into an obligation on behalf of the members whose delegates they are. "Ratification", therefore, as used in para. 7 of art. 405 is not used in the ordinary sense in which it is used in respect of treaties, the formal adoption by the high contracting party of a previous assent conveyed by the signature of so-called plenipotentiaries. "Consent to" or "accession to" would perhaps better describe the transaction (346) which involves the creation for the first time of any obligation under the convention.

In accordance with the provisions of Part XIII draft conventions were adopted by general conferences of the International Labour Organisation as follows :

October 29-November 29, 1919, Conference. Draft Convention limiting the hours of work in industrial undertakings.

October 25-November 19, 1921, Conference. Draft Convention concerning the application of the weekly rest in industrial undertakings.

May 30-June 16, 1928, Conference. Draft Convention concerning the creation of minimum wage-fixing machinery.

Each of the conventions included stipulations purporting to bind members who ratified it to carry out its provisions, the first two conventions by named dates — namely, July 1, 1921, and January 1, 1924, respectively. These three conventions were in fact ratified by the Dominion of Canada, Hours of Work on March 1, 1935, Weekly Rest on March 1, 1935, and Minimum Wages on April 12, 1935.

In each case in February and March, 1935, there had been passed resolutions of the Senate and House of

Commons of Canada approving them. The ratification was approved by order of the Governor General in Council, was recorded in an instrument of ratification executed by the Secretary of State for External Affairs for Canada, Mr. Bennet, and was duly communicated to the Secretary-General of the League of Nations. The statutes, which in substance give effect to the draft conventions, were passed by the Parliament of Canada and received the Royal Assent, "Hours of Work", on July 5, 1935, to come into force three months after assent; "Weekly Rest", on April 4, 1935, to come into force three months after assent; "Minimum Wage", on July 28, 1935, to come into force so far as the convention provisions are concerned, when proclaimed by the Governor in Council, an event which has not yet happened. In 1925 the Governor General in Council referred to the Supreme Court questions as to the obligations (347) of Canada under the provisions of Part XIII of the Treaty of Versailles, and as to whether the Legislatures of the Provinces were the authorities within whose competence the subject-matter of the conventions lay. The answers to the reference, which are to be found in *In re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour* (1), were that the Legislatures of the Provinces were the competent authorities to deal with the subject-matter, save in respect of Dominion servants, and the parts of Canada not within the boundaries of any Province: and that the obligation of Canada was to bring the convention before the Lieutenant-Governor of each Province to enable him to bring the appropriate subject-matter before the Legislature of his Province, and to bring the matter before the Dominion Parliament in respect of so much of the convention as was within their competence. This advice appears to have been accepted, and no further steps were taken until those which took place as stated above in 1935.

Their Lordships, having stated the circumstances leading up to the reference in this case, are now in a position to discuss the contentions of the parties which were summarized earlier in this judgment. It will be essential to keep in mind the distinction between (1) the formation, and (2) the performance, of the obligations constituted by a treaty, using that word as comprising any agreement between two or more sovereign States. Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action. Unlike some other countries, the stipulations of a treaty duly ratified do not within the Empire, by virtue of the treaty alone, have the force of law. If the national executive of the government of the day decides to incur the obligations of a treaty which involve alteration of law they have to run the risk of obtaining the assent of Parliament to the necessary statute or statutes. To make themselves as secure as possible they will often in such cases before final ratification seek to obtain from Parliament an expression of approval. But it (348) has never been suggested, and it is not the law, that such an expression of approval operates as law, or that in law it precludes the assenting Parliament, or any subsequent Parliament, from refusing to give its sanction to any legislative proposals that may subsequently be brought before it. Parliament, no doubt, as the Chief Justice points out, has

a constitutional control over the executive: but it cannot be disputed that the creation of the obligations undertaken in treaties and the assent to their form and quality are the function of the executive alone. Once they are created, while they bind the States as against the other contracting parties, Parliament may refuse to perform them and so leave the State in default. In a unitary State whose Legislature possesses unlimited powers the problem is simple. Parliament will either fulfil or not treaty obligations imposed upon the State by its executive. The nature of the obligations does not affect the complete authority of the Legislature to make them law if it so chooses. But in a State where the Legislature does not possess absolute authority, in a federal State where legislative authority is limited by a constitutional document, or is divided up between different Legislatures in accordance with the classes of subject-matter submitted for legislation, the problem is complex. The obligations imposed by treaty may have to be performed, if at all, by several Legislatures; and the executive have the task of obtaining the legislative assent not of the one Parliament to whom they may be responsible, but possibly of several Parliaments to whom they stand in no direct relation. The question is not how is the obligation formed, that is the function of the executive; but how is the obligation to be performed, and that depends upon the authority of the competent Legislature or Legislatures.

Reverting again to the original analysis of the contentions of the parties, it will be seen that the Provincial contention 1 (b) relates only to the formation of the treaty obligation, while 1 (c) has reference to the alleged limitation of both executive and legislative action by the express terms of the treaty. If, however, the Dominion Parliament was never (349) vested with legislative authority to perform the obligation these questions do not arise. And, as their Lordships have come to the conclusion that the reference can be decided upon the question of legislative competence alone, in accordance with their usual practice in constitutional matters they refrain from expressing any opinion upon the questions raised by the contentions 1 (b) and (c), which in that event become immaterial. Counsel did not suggest any doubt as to the international status which Canada had now attained, involving her competence to enter into international treaties as an international juristic person. Questions were raised both generally as to how the executive power was to be exercised to bind Canada, whether it must be exercised in the name of the King, and whether the prerogative right of making treaties in respect of Canada was now vested in the Governor General in Council, or his Ministers, whether by constitutional usage or otherwise, and specifically in relation to the draft conventions as to the interpretation of the various paragraphs in article 405 of the Treaty of Versailles, and as to the effect of the time limits expressed both in article 405 and in the conventions themselves. Their Lordships mention these points for the purpose of making it clear that they express no opinion upon them.

The first ground upon which counsel for the Dominion sought to base the validity of the legislation was section 132. So far as it is sought to apply this section to the conventions when ratified the answer is plain. The obligations are not obligations of Canada as part of the

British Empire, but of Canada, by virtue of her new status as an international person, and do not arise under a treaty between the British Empire and foreign countries. This was clearly established by the decision in the Radio case (1), and their Lordships do not think that the proposition admits of any doubt. It is unnecessary, therefore, to dwell upon the distinction between legislative powers given to the Dominion to perform obligations imposed upon Canada as part of the Empire by an Imperial executive responsible to and controlled by the (350) Imperial Parliament, and the legislative power of the Dominion to perform obligations created by the Dominion executive responsible to and controlled by the Dominion Parliament. While it is true, as was pointed out in the Radio case (1), that it was not contemplated in 1867 that the Dominion would possess treaty-making powers, it is impossible to strain the section so as to cover the un contemplated event. A further attempt to apply the section was made by the suggestion that while it does not apply to the conventions, yet it clearly applies to the Treaty of Versailles itself, and the obligations to perform the conventions arise "under" that treaty because of the stipulations in Part XIII. It is impossible to accept this view. No obligation to legislate in respect of any of the matters in question arose until the Canadian executive, left with an unfettered discretion, of their own volition acceded to the conventions, a *novus actus* not determined by the treaty. For the purposes of this legislation the obligation arose under the conventions alone. It appears that all the members of the Supreme Court rejected the contention based on section 132, and their Lordships are in full agreement with them.

If, therefore, section 132 is out of the way, the validity of the legislation can only depend upon section 91 and 92. Now it had to be admitted that normally this legislation came within the classes of subjects by section 92 assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces, namely — property and civil rights in the Province. This was in fact expressly decided in respect of these same conventions by the Supreme Court in 1925. How, then, can the legislation be within the legislative powers given by section 91 to the Dominion Parliament? It is not within the enumerated classes of subjects in section 91 : and it appears to be expressly excluded from the general powers given by the first words of the section. It appears highly probable that none of the members of the Supreme Court would have departed from their decision in 1925 had it not been for the opinion of the Chief Justice that the judgments of the Judicial Committee in the Aeronautics case (2) and (351) the Radio case (1) constrained them to hold that jurisdiction to legislate for the purpose of performing the obligation of a treaty resides exclusively in the Parliament of Canada. Their Lordships cannot take this view of those decisions. The Aeronautics case (2) concerned legislation to perform obligations imposed by a treaty between the Empire and foreign countries. Section 132, therefore, clearly applied, and but for a remark at the end of the judgment, which in view of the stated ground of the decision was clearly obiter, the case could not be said to be an authority on the matter now under discussion. The judgment in the Radio case (1) appears to present more difficulty. But when that case is examined it will be found that the true ground of the decision was that the

convention in that case dealt with classes of matters which did not fall within the enumerated classes of subjects in section 92, or even within the enumerated classes in section 91. Part of the subject-matter of the convention, namely — broadcasting, might come under an enumerated class, but if so it was under a heading "Inter-provincial Telegraphs", expressly excluded from section 92. Their Lordships are satisfied that neither case affords a warrant for holding that legislation to perform a Canadian treaty is exclusively within the Dominion legislative power.

For the purposes of sections 91 and 92, i.e., the distribution of legislative powers between the Dominion and the Provinces, there is no such thing as treaty legislation as such. The distribution is based on classes of subjects; and as a treaty deals with a particular class of subjects so will the legislative power of performing it be ascertained. No one can doubt that this distribution is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in the inter-provincial compact to which the British North America Act gives effect. If the position of lower Canada, now Quebec, alone were considered, the existence of her separate jurisprudence as to both property and civil rights might be said to depend upon loyal adherence to her constitutional right to the exclusive competence of her own Legislature in these matters. Nor is (352) it of less importance for the other Provinces, though their law may be based on English jurisprudence, to preserve their own right to legislate for themselves in respect of local conditions which may vary by as great a distance as separate the Atlantic from the Pacific. It would be remarkable that while the Dominion could not initiate legislation, however desirable, which affected civil rights in the Provinces, yet its Government not responsible to the Provinces nor controlled by Provincial Parliaments need only agree with a foreign country to enact such legislation, and its Parliament would be forthwith clothed with authority to affect Provincial rights to the full extent of such agreement. Such a result would appear to undermine the constitutional safeguards of Provincial constitutional autonomy.

It follows from what has been said that no further legislative competence is obtained by the Dominion from its accession to international status, and the consequent increase in the scope of its executive functions. It is true, as pointed out in the judgment of the Chief Justice, that as the executive is now clothed with the powers of making treaties so the Parliament of Canada, to which the executive is responsible, has imposed upon it responsibilities in connexion with such treaties, for if it were to disapprove of them they would either not be made or the Ministers would meet their constitutional fate. But this is true of all executive functions in their relation to Parliament. There is no existing constitutional ground for stretching the competence of the Dominion Parliament so that it becomes enlarged to keep pace with enlarged functions of the Dominion executive. If the new functions affect the classes of subjects enumerated in section 92 legislation to support the new functions is in the competence of the Provincial Legislatures only. If they do not, the competence of the Dominion Legislature is declared by section 91 and existed *ab origine*. In other words, the Dominion cannot, merely by making promises to foreign

countries, clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth.

But the validity of the legislation under the general words (353) of section 91 was sought to be established not in relation to the treaty-making power alone, but also as being concerned with matters of such general importance as to have attained "such dimensions as to affect the body politic", and to have "ceased to be merely local or provincial," and to have "become matter of national concern". It is interesting to notice how often the words used by Lord Watson in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion* (1) have unsuccessfully been used in attempts to support encroachments on the Provincial Legislative powers given by section 92. They laid down no principle of constitutional law, and were cautious words intended to safeguard possible eventualities which no one at the time had any interest or desire to define. The law of Canada on this branch of constitutional law has been stated with such force and clarity by the Chief Justice in his judgment in the reference concerning the Natural Products Marketing Act (2) dealing with the six Acts there referred to, that their Lordships abstain from stating it afresh. The Chief Justice, naturally from his point of view, excepted legislation to fulfil treaties. On this their Lordships have expressed their opinion. But subject to this, they agree with and adopt what was there said. They consider that the law is finally settled by the current of cases cited by the Chief Justice on the principles declared by him. It is only necessary to call attention to the phrases in the various cases, "abnormal circumstances," "exceptional conditions," "standard of necessity" (Board of Commerce case (1)), "some extraordinary peril to the national life of Canada," "highly exceptional," "epidemic of pestilence" (Snider's case (2)), to show how far the present case is from the conditions which may override the normal distribution of powers in sections 91 and 92. The few pages of the Chief Justice's judgment will, it is to be hoped, form the *locus classicus* of the law on this point, and preclude further disputes.

It must not be thought that the result of this decision is (354) that Canada is incompetent to legislate in performance of treaty obligations. In totality of legislative powers, Dominion and Provincial together, she is fully equipped. But the legislative powers remain distributed, and if in the exercise of her new functions derived from her new international status Canada incurs obligations they must, so far as legislation be concerned, when they deal with Provincial classes of subjects, be dealt with by the totality of powers, in other words by co-operation between the Dominion and the Provinces. While the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters she still retains the watertight compartments which are an essential part of her original structure. The Supreme Court was equally divided and therefore the formal judgment could only state the opinions of the three judges on either side. Their Lordships are of opinion that the answer to the three questions should be that the Act in each case is *ultra vires* of the Parliament of Canada, and they will humbly advise His Majesty accordingly.

BRITISH NORTH AMERICA ACT

Section 132

The Parliament and Government of Canada shall have all powers necessary or proper for performing the obligations of Canada or of any Province thereof, as part of the British Empire, towards foreign countries, arising under treaties between the empire and such foreign countries.

RESOLUTION PASSED BY CANADIAN HOUSE OF COMMONS JUNE 21, 1926.

Whereas the Imperial conference of 1923 recommended for the acceptance of the governments of the empire represented that the following procedure should be observed in the negotiation, signature and ratification of international agreements :

The word "treaty" is used in the sense of an agreement which, in accordance with the normal practice of diplomacy, would take the form of a treaty between heads of states, signed by plenipotentiaries provided with full powers issued by the heads of the states, and authorizing the holders to conclude a treaty.

I

1. Negotiation.

(a) It is desirable that no treaty should be negotiated by any of the governments of the empire without due consideration of its possible effect on other parts of the empire, or, if circumstances so demand, on the empire as a whole.

(b) Before negotiations are opened with the intention of concluding a treaty, steps should be taken to ensure that any of the other governments of the empire likely to be interested are informed, so that, if any such government considers that its interests would be affected it may have an opportunity of expressing its views, or, when its interests are intimately involved, of participating in the negotiations.

(c) In all cases where more than one of the governments of the empire participates in the negotiations, there should be the fullest possible exchange of views between those governments before and during the negotiations. In the case of treaties negotiated at international conferences, where there is a British Empire delegation, on which, in accordance with the now established practice the dominions and India are separately represented, such representation should also be utilized to attain this object.

(d) Steps should be taken to ensure that those governments of the empire whose representatives are not participating in the negotiations should, during their progress, be kept informed in regard to any points arising in which they may be interested.

2. Signature.

(a) Bilateral treaties imposing obligations on one part of the empire only should be signed by a representative of the government of that part of the empire in respect of which the obligations are to be undertaken, and the

preamble and text of the treaty should be worded as to make its scope clear.

(b) Where a bilateral treaty imposes obligations on more than one part of the empire, the treaty should be signed by one or more plenipotentiaries on behalf of all the governments concerned.

(c) As regards treaties negotiated at international conferences, the existing practice of signature by plenipotentiaries on behalf of all the governments of the empire represented at the conference should be continued, and the full powers should be in the form employed at Paris and Washington.

3. Ratification.

The existing practice in connexion with the ratification of treaties should be maintained.

II

Apart from treaties made between heads of states it is not unusual for agreements to be made between governments. Such agreements, which are usually of a technical or administrative character, are made in the names of the signatory governments, and signed by representatives of those governments, who do not act under full powers issued by the heads of the states: they are not ratified by the head of the states, though in some cases some form of acceptance or confirmation by the governments concerned is employed. As regards agreements of this nature the existing practice should be continued, but before entering on negotiations the governments of the empire should consider whether the interests of any other part of the empire may be affected, and, if so, steps should be taken to ensure that the government of such part is informed of the proposed negotiations, in order that it may have an opportunity of expressing its views.

And whereas it was further agreed that the existing procedure in relation to ratification of treaties was as follows:

(a) The ratification of treaties imposing obligations on one part of the empire is effected at the instance of the government of that part;

(b) The ratification of treaties imposing obligations on more than one part of the empire is effected after consultation between the governments of those parts of the empire concerned. It is for each government to decide whether parliamentary approval or legislation is required before desire for, or concurrence in, ratification is intimated by that government.

This House approves of the procedure proposed for the negotiation, signature and ratification of treaties and conventions, and considers further that before His Majesty's Canadian ministers advise ratification of a treaty or convention affecting Canada, or signify acceptance of any treaty, convention or agreement involving military or economic sanctions, the approval of the parliament of Canada should be secured.

EXTRACTS FROM DEBATES OF THE HOUSE OF COMMONS OF CANADA 1928, Vol. II, p. 1974

Mr. Mackenzie King: "... I submit that the day has passed when any government or executive should

feel that they should take it upon themselves without the approval of parliament, to commit a country to obligations involving any considerable financial outlays or active undertakings. In all cases where obligations of such a character are being assumed internationally, parliament itself should be assured of having the full right of approving what is done before binding commitments are made. I would not confine parliamentary approval only to those matters which involve military sanctions and the like. I feel parliamentary approval should apply where there are involved matters of large expenditure or political considerations of a far-reaching character."

2. Costa Rica

[*Texto original en español*]

Ministerio de Relaciones Exteriores
San José

29 de noviembre de 1949

...
En lo que respecta al punto primero [Derecho relativo a los tratados], no tenemos una legislación expresa. Únicamente existen disposiciones en nuestra nueva Constitución Política de 8 de noviembre de 1949, que son las siguientes:

"Artículo 7, Ninguna autoridad puede celebrar pactos, Tratados o Convenciones que se opongan a la soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por traición a la Patria.

"Cualquier Tratado o Convención que tramite el Poder Ejecutivo, referente a la integridad territorial o a la organización política del país, requerirá la aprobación de la Asamblea Legislativa por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros y la de los dos tercios de votos de una Asamblea Constituyente convocada al efecto." Además, un pacto, tratado o convención celebrado sin los requisitos anteriormente expuestos, sería nulo, de conformidad con lo establecido por el artículo 10, párrafo 1 de la misma Constitución que dice:

"Artículo 10. Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas. . . Por otra parte, el artículo 121, incisos 4º y 6º., dice:

"Artículo 121. Además de las otras atribuciones que le confiera esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

...
"4º. aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos;

...
"6º. autorizar al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional y para concertar la paz;"
Tiene atinencia con el punto en cuestión lo establecido por la Constitución Política en su artículo 140, incisos 10 y 12:

"Artículo 140. Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente (de la República) y al respectivo Ministro de Gobierno:

...

"10) Celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados y ratificados por la Asamblea Legislativa, o si fuere del caso por una Asamblea Constituyente, según lo dispuesto en esta Constitución;

...

"12) Dirigir las relaciones internacionales de la República."

3. Denmark

[Original text : English]

Permanent Delegation of Denmark
to the United Nations
12 January 1950

In a note of 11 July 1949 — LEG 291/01/YLL — you have been good enough to ask the Government of Denmark, in order to enable the International Law Commission to implement its decision to undertake the codification of three topics of international law, namely the law of treaties, arbitral procedure and the regime of the high seas, to furnish the United Nations with materials from Danish sources relevant to each of the above-mentioned topics.

In this connexion I have the honour to inform you, on instructions just received from my Government, that the Danish authorities concerned, to their sincere regret, by reason of the comprehensive character of the topics concerned, have not deemed it possible within the period stipulated to furnish all the materials which have been asked for.

The Danish authorities, however, in view of the desirability of furnishing as soon as possible the information already available have prepared a preliminary statement with six annexes, which I hereby have the honour to transmit to you. As soon as I receive more detailed material from my Government I will take great pleasure in immediately forwarding same to you.

[Preliminary statement referred to above is reproduced hereinafter (*Translated from Danish*)]

Law of Treaties

Reference may here be made to Section 18 of the Danish Constitution which contains a provision reading as follows :

"The King may not, without the consent of the Parliament (Rigsdag), declare war or conclude peace, enter into or withdraw from alliances or treaties of commerce, cede any part of the country or undertake any obligation which would alter the existing constitutional situation."

Annexed are two copies of articles published in the *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, namely, (1) *L'Accord Dano-Norvégien sur le Groënland oriental et son historique*, by Gustav Rasmussen, and (2) *Statut juridique du Groënland oriental*, by G. Cohn, which deal with some problems of treaty law in connexion with Denmark's title to Greenland.*

4. France

[Texte original en français]

Ministère des affaires étrangères
Le 28 février 1950

Par lettre n° LEG 291/01/YLL, vous avez bien voulu, vous fondant sur l'article 19, paragraphe 2, du statut de la Commission du droit international, me demander de fournir à ladite Commission les textes des lois, décrets, décisions judiciaires, traités, correspondance diplomatique et autres documents relatifs : 1) aux traités; 2) à la procédure arbitrale; 3) au régime de la haute mer.

J'ai l'honneur de vous faire savoir que le Gouvernement français ne peut, à son regret, envisager l'envoi de toute la documentation parue sur ces trois problèmes classiques qui représente plusieurs tonnes de ses archives. Il est prêt cependant à communiquer à la Commission ceux de ces textes qu'il possède et qu'elle lui aura demandés dans les conditions prévues à l'article 19, paragraphe 2.

...

5. Israel

[Original text : English]

Ministry for Foreign Affairs
Hakirya
24 January 1950

1. The Minister for Foreign Affairs presents his compliments to the Assistant Secretary-General in charge of the Legal Department and, with reference to his Note No. LEG 291/01/YLL dated 11 July 1949, forwarding the requests of the International Law Commission regarding the codification of International Law, has the honour to submit the following information on behalf of the Government of Israel. In addition to the matters to which reference is made in the said Note, observations are also included on the question of territorial waters in accordance with the resolution adopted by the General Assembly on 6 December 1949 (A/1219).

2. By way of preface it is pointed out that the State of Israel came into existence only on 15 May 1948. It has not, therefore, had much experience of its own in the topics of international law which have been selected for codification. The Government has, however, thought that it would be convenient to survey the matters in the light of developments during the period in which Palestine was under mandate, so far as this is known from published materials, before describing some of the particular problems which arose after the termination of the Mandate. It adopts this approach in the belief that it would be useful for the International Law Commission to have information on these matters from this special viewpoint. There is, moreover, a practical reason for this, because the law hereinafter to be described, at all events to the extent that municipal law is involved, is for the greater part still in force in Israel. By Section 11 of the Law and Administration Ordinance, 5708 — 1948, (Official Gazette of the Provisional Government of Israel, No. 2, 21 May 1948, Supplement No. 1, page 1), the first ordinance enacted in Israel after the Declaration of Independence, it was provided that

* Not reproduced here.

the law which was in force in Palestine on 14 May 1948, would be in force to the extent that it was not inconsistent with that Ordinance or with other enactments made by or under the authority of the Provisional State Council and with the modifications resulting from the establishment of the State of Israel and its authorities. This means, broadly speaking, that the law which was in force during the Mandatory period, comprising not only enacted law but also judicial decisions which have the force of law by virtue of the English doctrine of *stare decisis*, (including, within certain limitations, the general principles of English common law and equity if there are no relevant Palestinian provisions in accordance with Article 46 of the Palestine Order-in-Council, 1922) has remained in force. The Supreme Court of Israel has given a restricted definition to the phrase "modifications resulting from the establishment of the State of Israel and its authorities" contained in Section 11 of the Law and Administration Ordinance, and that aspect need not detain us. At the same time, however, it has given an indication that it would not necessarily continue to regard itself as bound by a previous decision of the Palestinian Courts (and, indeed, the British Courts) if it should come to the conclusion that it was reached by the application of incorrect principles. Nevertheless, on the matters with which we are concerned the Supreme Court of Israel has not had occasion to pronounce its views, and it can therefore be assumed for our purposes that, unless specifically stated, the doctrines hereinafter to be enumerated, and based upon the practice of the mandatory period, have at least a considerable persuasive value today, even if they are not binding law.

3. While, therefore, in the main we shall concentrate upon legal developments in the period of the British Mandate over Palestine, we shall not exclude where necessary carrying the description a stage further to include on the basis of the experience and practice of this Government, certain aspects which have arisen since the termination of the British Mandate. The Government of Israel believes that by so doing it will assist in the development of international law, particularly in regard to the problems which arise when dependent territories (whether Trusteeship territories or Colonies, or other forms of non-self-governing territories) obtain their independence. The Secretary-General has recently written that the changes which have come about in the last few years in the status of a number of States have presented some delicate juridical and technical problems: see *Signatures, etc. concerning Multilateral Conventions and Agreements in respect of which the Secretary-General acts as Depository*, 1949, page 3. It is possible that these delicate questions concern not only the law of treaties, in relation to which that statement was made, and the observations which follow have as their object to give some indication of the difficulties in connexion with the topics now selected for codification.

...

LAW OF TREATIES

4. By way of introduction to this section it should be pointed out that the development of law of treaties, so far as concerned Palestine, was conditioned by two

basic factors. The first was the provisions of the Mandate itself conferring a certain degree of treaty-making power upon the Mandatory Government, (i.e., the Government of the United Kingdom, as opposed to the local Administration of Palestine). The second is the English legal doctrine regarding the relations between treaty obligations and the municipal law of the country. This section of our remarks will be sub-divided as follows:

(a) Treaty-making power under the Mandate and the manner of its exercise (paragraphs 6-9);

(b) Relationship between treaty obligations and the internal law of the country (paragraphs 10-14);

(c) Judicial decisions (paragraphs 15-19);

(d) Particular problems arising out of the termination of the Mandate (paragraphs 20-29);

(e) Some developments since the termination of the British Mandate (paragraphs 30-32).

(a) *Treaty-making power under the Mandate and the manner of its exercise*

5. The Mandate for Palestine contained five separate Articles 10, 12, 18, 19, and 20, which together conferred treaty-making power upon the Mandatory Government. Thus, Article 10 of the Mandate provides:

"Pending the making of special extradition agreements relating to Palestine and extradition treaties in force between the Mandatory and other foreign powers shall apply to Palestine."

In conformity with this Article Extradition Treaties between the United Kingdom and forty foreign States were made applicable to Palestine also. In addition, extradition agreements between Palestine and Egypt and Palestine and the Lebanon and Syria respectively were made in the early days of the civil administration (see the Second Schedule to the Extradition Ordinance—Drayton, *Laws of Palestine*, vol. 1, page 677, at page 687) and with what was then known as Trans-jordan in 1934 (amended in 1935), see Palestine Gazette No. 455 of 26 July 1934, Supplement No. 2, page 657, and No. 530 of 15 August 1935, *ibid.* page 759. It will be observed that if taken literally, pending the making of special extradition agreements relating to Palestine, the existing extradition treaties of the United Kingdom were to "apply" to Palestine. Two questions arise from this. The first is: can it be said that Palestine was a "party" to such treaties? The importance of this problem was to arise after the determination of the Mandate, and is discussed in paragraphs 20-25 below. The second is: were the other parties to the Extradition Treaties brought into a treaty relationship with Palestine as a consequence of Article 10 of the Mandate? In the circumstances this question did not arise for the Government of Israel after the termination of the Mandate, and the attitude of the Governments concerned during the subsistence of the Mandate is not known. It can be observed, however, that an automatic application of extradition treaties in this way may not be entirely satisfactory. If, for example, the original parties have expressly excluded the extradition of their own nationals, can it be said that the automatic application of the treaty to Palestine will imply that Palestinian citizens are not extraditable?

6. Article 12 of the Mandate provided as follows :

"The Mandatory shall be entrusted with the control of the foreign relations of Palestine and the right to issue exequaturs to consuls appointed by foreign Powers. He shall also be entitled to afford diplomatic and consular protection to citizens of Palestine when outside its territorial limits."

How the treaty-making power which this Article implies was exercised can be seen from the following facts. The more important conventions or agreements made in the name of Palestine in respect of matters other than those covered by extradition agreements and commercial agreements and treaties, were as follows :

Agreement with Egypt, dated 12 January 1929, regarding the reciprocal enforcement of judgments, Palestine Gazette No. 228 of 1929, page 96, L.N.T.S. 9;

Agreement with Egypt, dated 28 December 1933, regarding the transit of Palestinian pilgrims through Egyptian territory; Annual Report of H.M. Government to the Council of the League of Nations, 1944, at page 92;

Agreement of 2 February 1926, with France, the *bon voisinage* Agreement, covering a number of administrative matters arising out of the common frontiers between Palestine and Syria and the Lebanon respectively, amended 21 March 1927, (Palestine Gazette No. 101 of 1926, page 203, No. 185 of 1927, page 268, 56 L.N.T.S. 79 and 63 L.N.T.S. 426).

Agreements dated 18 September 1935, with Syria, Palestine Gazette, No. 542 of 1935, Supplement No. 2, page 904, and 16 June 1938, with Transjordan, Palestine Gazette No. 790 of 1930, Supplement No. 2, page 665, regarding inter-territorial motor traffic.

In addition, Agreements between the United Kingdom and nineteen other foreign countries respecting legal proceedings in civil and commercial matters, and with two foreign countries regarding travel facilities, were made applicable to Palestine.

7. Article 18 of the Mandate provided as follows :

"The Mandatory shall see that there is no discrimination in Palestine against the nationals of any State Member of the League of Nations (including companies incorporated under its laws) as compared with those of the Mandatory or of any foreign State in matters concerning taxation, commerce or navigation, the exercise of industries or professions, or in the treatment of merchant vessels or civil aircraft. Similarly, there shall be no discrimination in Palestine against goods originating in or destined for any of the said States, and there shall be freedom of transit under equitable conditions across the mandated area.

"Subject as aforesaid and to the other provisions of this Mandate, the Administration of Palestine may, on the advice of the Mandatory, impose such taxes and customs duties, as it may consider necessary, and take such steps as it may think best to promote the development of the natural resources of the country and to safeguard the interests of the population. It may also, on the advice of the Mandatory, conclude a special customs agreement with any State the territory

of which in 1914 was wholly included in Asiatic Turkey or Arabia."

The commercial agreements and treaties of the Mandatory Government can be divided into two categories. The first category contains the agreements of general character. Thus, the treaties of commerce and navigation between the United Kingdom and ten foreign countries were made applicable to Palestine; trade or commercial agreements between the United Kingdom and five foreign countries were made applicable to Palestine; and agreements on particular aspects of commercial relations with six foreign countries were made applicable to Palestine. The second category relates to the agreements concerning the particular problem of the relations between Palestine and the other Middle Eastern States which formed part of the Asiatic Turkey or Arabia prior to the First World War, in accordance with the last sentence of Article 18. Thus :

Customs Agreement between Palestine and Syria and the Lebanon, of 27 November 1939, Palestine Gazette, No. 966 of 1939, Supplement No. 2, page 1339;

Trade Agreement between Palestine and Egypt of 18 August 1936, Palestine Gazette No. 642 of 1936, Supplement No. 2, page 1210, 176 L.N.T.S. 177;

Customs Agreement between Palestine and Iraq of 14 December 1936, Palestine Gazette No. 668 of 1937, Supplement No. 2, page 668, 177 L.N.T.S. 221;

Agreement with Transjordan of 26 September 1928, Palestine Gazette, No. 220, of 1928, page 591, concerning the transit of goods.

It can here be noted, in parenthesis, that no uniform policy seems to have been followed regarding the registration of all these treaties or agreements with the Secretariat of the League of Nations in accordance with the terms of Article 18 of the Covenant of the League.

8. Article 19 of the Mandate was the only Article which imposed a positive duty upon the Mandatory Government "to adhere on behalf of the Administration of Palestine" to certain international conventions. The terms of Article 19 are as follows :

"The Mandatory shall adhere on behalf of the Administration of Palestine to any general international conventions, already existing, or which may be concluded hereafter with the approval of the League of Nations, respecting the Slave Traffic, the traffic in arms and ammunitions, or the traffic in drugs, or relating to commercial equality, freedom of transit and navigation, aerial navigation and postal, telegraphic and wireless communication or literary, artistic or industrial property."

At the same time Article 20 required the Mandatory to co-operate on behalf of the Administration of Palestine so far as religious, social and other conditions may permit, in the execution of any common policy adopted by the League of Nations for preventing and combating disease, including diseases of plants and animals. The following list of general international conventions which were extended to Palestine is taken from "A Survey of Palestine" prepared in December 1945—January 1946 by the Government of Palestine, volume 2, pages 963-6.

<i>Subject</i>	<i>Title of convention</i>	<i>Date of accession</i>
UNDER ARTICLE 19 :		
<i>Slave trade</i>	International Convention with the object of securing the Abolition of Slavery and the Slave Trade (Geneva, 1926)	1927 ratification
	International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic (Paris, 1904)	1932
	International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic (Paris, 1910)	1932
	International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children (Geneva, 1921-1922)	1932
<i>Traffic in drugs</i>	International Opium Convention and subsequent relevant papers (The Hague, 1912)	1924
	International Convention relating to Dangerous Drugs (Geneva, 1925) ..	1928
<i>Commercial equality</i>	Protocol on Arbitration Clauses (In commercial matters) (Geneva, 1923)	1926
	International Convention relating to the simplification of Customs Formalities (Geneva, 1923)	1924
	International Convention for the unification of certain rules relating to Bills of Lading (Brussels, 1924)	1931
	International Convention relating to International Exhibitions (Paris, 1928)	1930
	International Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards (Geneva, 1927)	1931
	International Agreement regarding False Indications of Origin on Goods (1925)	1933
	International Convention relating to Stamp Laws in connexion with Bills of Exchange and Promissory Notes (Geneva, 1930)	1936
	International Convention relating to Stamp Laws in connexion with cheques (Geneva, 1931)	1936
<i>Freedom of transit and navigation</i>	Convention and Statute on Freedom of Transit (Barcelona, 1921)	1924
	Convention and Statute on the Regime of Navigable Waterways of International Concern and Additional Protocol (Barcelona, 1921)	1924
	Declaration recognizing the Right to a Flag of States having no Sea Coast (Barcelona, 1921)	1922
	Convention and Statute of the International Regime of Railways (Geneva, 1923)	1925
	Convention and Statute of the International Regime of Maritime Ports (Geneva, 1923)	1925
	Convention relating to the Transmission in Transit of Electric Power (Geneva, 1923)	1925
	Convention relating to the International Circulation of Motor Vehicles (Paris, 1926)	1930
	International Convention relating to Taxation of Foreign Motor Cars (1931)	1936
<i>Aerial Navigation</i>	Convention relating to the Regulation of Aerial Navigation and Additional Protocol (1919-1920)	1922
	International Convention for Sanitary Control of Aerial Navigation (The Hague, 1933)	1935
	International Sanitary Convention for Aerial Navigation, 1944 (Washington, 1945)	1945
	Convention for the Unification of certain rules relating to International Carriage by Air (Warsaw, 1929)	1935
<i>Postal, telegraphic and wireless communication</i>	Universal Postal Convention (Cairo, 1934)	1935
	International Telecommunications Convention (Madrid, 1932)	1935
	European Broadcasting Convention (Lucerne, 1933)	1935
	Agreement concerning Insured Letters and Boxes (Cairo, 1934)	1935

Subject	Title of convention	Date of accession
<i>Literary, artistic and industrial property</i>	International Convention relative to the Protection of Literary and Artistic Works (Berlin, 1908)	1924
	Additional Protocol to the International Copyright Convention (Berne, 1914)	1924
	International Convention relative to the Protection of Literary and Artistic Works (Rome, 1928)	1931
	International Convention for the Protection of Industrial Property (The Hague, 1925)	1933
UNDER ARTICLE 20 :		
<i>Diseases</i>	International Sanitary Convention (Paris, 1926)	1928
	International Sanitary Convention, 1944 (Washington, 1945) (See also under "Aerial Navigation" above)	1945
	International Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field (Geneva, 1929)	1931
	International Convention for Mutual Protection against Dengue Fever (Athens, 1934)	1935
	International Convention prohibiting the Use of White (Yellow) Phosphorous in the Manufacture of Matches (Berne, 1906)	1925
	International Agreement as to Contagious Disease of Animals (Paris, 1924)	1927

In addition, Palestine acceded to the convention for the suppression of the circulation of, and traffic in, obscene publications (Geneva, 1923); the convention relating to the development of hydraulic power affecting more than one State (Geneva, 1923); the convention relating to the development of hydraulic power affecting more than one State (Geneva, 1923); and the international convention for the regulation of whaling (Geneva, 1931). In addition, twenty-four of the international conventions affecting labour were applied in Palestine in one form or another. Details can be found in the above quoted Survey of Palestine, at pages 751 ff.

(b) *Relationship between Treaty Obligations and the Internal Law of the Country*

9. In accordance with British constitutional theory, and in contradiction to the constitution position in many other States, it can be said that the terms of an international treaty did not, by the mere fact of ratification of the treaty or its coming into force, become part of the internal law of the country, save to the extent that its terms were actually incorporated into municipal legislation. During the period of the Mandate, the Administration and the municipal courts of Palestine acted in accordance with this doctrine, and, following the general remarks contained in paragraph 2 above, in the absence of any new legislation regulating the subject, the Government of Israel has continued to act upon it. The practice during the period of the Mandate, a practice which referred to all the types of treaties referred to in the Mandate itself, was that the Mandatory Government performed all that was internationally necessary in order to establish treaty relations for Palestine, including the act of ratification, where necessary, except in the few cases in which the Government of Palestine concluded treaties directly itself. The extension of treaties to

Palestine was effected in one of two ways : either by exchange of Notes with the third State concerned, extending the application of the relevant Treaty to Palestine with or without modification, or, in the case of the multilateral Treaties, by notification to the depositary Government (including the Secretary-General of the League of Nations or of the United Nations, as the case may be) in accordance with the terms of the Convention. Notice of the extension of treaties to Palestine was usually given in the Palestine Gazette, but no attempt at any systematic publication in Palestine of the texts of such treaties was carried out, interested persons having to refer either to the official texts published in London or to the League of Nations Treaty Series. This was so even in the few cases in which international treaties were made solely for Palestine. In addition to this information on the treaty relations of Palestine was regularly included in the annual reports submitted by the Mandatory Government to the Council of the League of Nations on the administration of Palestine and Transjordan, but it is not certain if this information is complete, even up to the year 1939 when the last of these Annual Reports was made. This source of information does not exist for the last nine years of the Mandatory regime. Recently the Government of Israel has commenced the regular publication of treaties of which Israel is a party in Reshumot, Kitvei Amana (Israel Gazette, Treaty Series).

10. Such notification was not, however, of legislative effect in Palestine. If the treaty necessitated changes in the municipal law in order to bring it into full effect internally, specific legislation had to be enacted. Broadly speaking, it can be said that here, too, a double procedure was followed. In many cases the necessary legislation was in effect enacted as an Imperial Statute by the Imperial Parliament at Westminster. Such legislation, which in many instances was merely of an enabling

character, usually contained a standard-form section enabling its provisions to be extended to British Colonies and other foreign territories over which His Britannic Majesty exercised jurisdiction. Usually, but not invariably, the text of any such legislation, as well as the text of the Orders extending it to Palestine, was published locally in Palestine in the three official languages of the

country. Whether so published or not it thus became part of the law of Palestine, the Courts having held that so far as concerns Orders of the King in Council, publication in Palestine was not an essential ingredient to their validity: *Benjamin v. Commissioner for Migration and others* 8 P.L.R. (1941) 327. Following are examples of this type of legislation:

<i>Title</i>	<i>Reference</i>
Air Navigation Act, 1920	Drayton, <i>The Laws of Palestine</i> , Vol. III, p. 2401
The Arbitration (Foreign Awards) No. 2 Order, 1931	<i>Ibid.</i> p. 2457
Copyright Act 1911 (Extension to Palestine) Order, 1924	<i>Ibid.</i> p. 2499
The Copyright (Rome Convention) Order, 1933	<i>Ibid.</i> p. 2501
The Copyright (United States of America) Order, 1915 (Extension to Palestine) Order, 1933	<i>Ibid.</i> p. 2511
Carriage by Air (Colonies, Protectorates and Mandated Territories) Order, 1934	<i>Palestine Gazette</i> No. 511 of 1935, Vol. II, Supplement No. 2, p. 425
Treaty of Peace (Covenant of the League of Nations) Order, 1935	<i>Ibid.</i> p. 1069
The Carriage by Air (Parties to Convention) Order, 1937	<i>Ibid.</i> No. 722, Supplement No. 2 of 1937, Vol. III, p. 872
Air Navigation (Colonies, Protected and Mandated Territories) (Amendment) Order, 1937.	<i>Ibid.</i> No. 748, Supplement No. 2 of 1938, Vol. II, p. 1
Air Navigation (Colonies, Protected and Mandated Territories) (Amendment) (2) Order, 1937	<i>Ibid.</i> No. 756, Supplement No. 2 of 1938, Vol. II, p. 238
International Convention on the Stamp Law, in connexion with cheques. Extension to Palestine Notice	<i>Ibid.</i> No. 764, Supplement No. 2 of 1938, Vol. II, p. 319
The Geneva Conventions, 1906 and 1929 (Mandated Territories) Order-in-Council, 1937, Extension to Palestine Notice	<i>Palestine Gazette</i> No. 774 Supplement No. 2 of 1938, Vol. II, p. 447
The Carriage by Air (Parties to Convention) Order, 1938	<i>Ibid.</i> No. 779, Supplement No. 2, of 1938, Vol. II, p. 517

11. The alternative form was for the necessary legislation to be enacted by the local legislative body, in accordance with the terms of the prevailing constitutional arrangements. Such legislation differed in no way from any other legislation. The following examples are given:

<i>Title of Ordinance</i>	<i>Reference</i>
Treaty of Peace (Turkey), Ordinance	Drayton, <i>The Laws of Palestine</i> , Vol. II, p. 1497
Carriage of Goods by Sea Ordinance, 1926	<i>Ibid.</i> Vol. I, p. 103
An Ordinance relating to Copyright, 1924	<i>Ibid.</i> Vol. I, p. 389
Extradition Ordinance, 1926	<i>Ibid.</i> p. 677
Road Transport Ordinance, 1937	<i>Palestine Gazette</i> , No. 672, Supplement No. 2 of 1937, Vol. III, p. 1049
United Nations Immunities and Privileges Ordinance, No. 27, of 1947	<i>Palestine Gazette</i> No. 1588, Supplement No. 1 of 1947, Vol. I, p. 164

12. In accordance with the provisions of Section 11 of the Law and Administration Ordinance 5708 — 1948, the municipal legislation described in the preceding paragraphs still remains on the statute book. The Supreme Court of

Israel has not however yet had occasion to decide on the problem of the actual effect of such legislative provisions in the event that Israel is not a party to the international treaties to which the legislation refers.

However, it might be convenient to indicate the attitude which has been adopted by the Government of Israel and by other interested Governments (so far as it is known to the Government of Israel) in connexion with various aspects of this particular problem. The easiest example, from a juridical point of view, is that which arises out of the extradition treaties and the Extradition Ordinance. Under the terms of Section 5 of the Extradition Ordinance (Drayton, *Laws of Palestine*, Vol. 1, p. 677) extradition of criminals from Palestine to a foreign state was made dependent upon the prior existence of an arrangement between His Majesty and that foreign State with respect to the extradition from Palestine of fugitive criminals to the territory of such State. The operation of the Ordinance in regard to any particular foreign State required a proclamation to that effect from the High Commissioner, and a number of such proclamations were in due course made. However, in the view of the Government of Israel, as is described more particularly in paragraphs 20-24 below, generally speaking Israel is not bound by the treaties to which Palestine was a party prior to the termination of the Mandate, and in consequence the international arrangements on the basis of which the High Commissioner was enabled to issue the various proclamations have lapsed.

13. Another aspect is that which has arisen in connexion with the various international copyright conventions. The substantive law of Palestine was brought into conformity with the substantive provisions of the various international conventions regulating copyright which the Mandatory Government had made applicable to Palestine. Included in these conventions were some special arrangements between the Government of the United Kingdom and the Government of the United States, which latter Government was not a party to the all said general international conventions to which the Government of the United Kingdom was a party. Upon the termination of the British Mandate over Palestine, it is understood that the United States authorities took the view that the arrangements which they had made with the Government of the United Kingdom in relation to Palestine did not apply to Israel, and that it was therefore necessary for Israel to make new arrangements with the Government of the United States. In other words, in the example of extradition we have an enabling municipal statute temporarily deprived of real consequence in the absence of subsisting international treaties in the implementation of which it was designed to enable, whereas in the copyright example the municipal law conforms entirely to certain international obligations previously applicable to Palestine by virtue of international conventions but not now applicable in the changed circumstances. The same situation exists, for example, in connexion with the legislation designed to adapt the municipal law to the terms of the Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules regarding Air Transport of 12 October 1929, (137 L.N.T.S. 11). The Government of Israel in drawing this type of problem to the attention of the International Law Commission, does not consider that it is really one which would be susceptible of adequate treatment in a process of codification today. It is of opinion, however, that this information might be of use to the International Law

Commission in considering the wider problem both of the application of treaties to dependent territories, and, what is probably more ripe for codification, the problem of what should happen to those treaty obligations when the dependent territories concerned attain independence.

(c) *Judicial decisions*

14. Here it will be convenient to give a brief synopsis of the decisions of the courts of Palestine upon matters connected with international treaties during the period of the Mandatory regime. No relevant judgments have yet been delivered by the Supreme Court of Israel. The synopses are taken from the Law Reports of Palestine, covering the period 1920-1947, in 14 volumes, published officially (hereinafter abbreviated P.L.R.) Where applicable, references have also been given to the "Annual Digest of Public International Law Cases" (hereinafter abbreviated A.D.).

EFFECT OF TREATIES ON THE INTERNAL LAW OF PALESTINE

15. The position of the Palestine Mandate in the internal law of Palestine was considered by the Supreme Court of Palestine in the case of *Jamal Effendi Hussein v. Government of Palestine* (1 P.L.R. 50). In that case the Court heard a petition asking for the withdrawal of certain stamps from circulation on the ground that the Hebrew lettering appearing on the stamps was not a literal translation of the English, and therefore contrary, *inter alia*, to Article 22 of the Palestine Mandate (laying down that English, Arabic and Hebrew will be the official languages of Palestine and providing that any statement or inscription in Arabic shall be translated into Hebrew, and vice versa). In its judgment the Court said:

"The terms of the Mandate are enforceable in the Courts only as far as they are incorporated by the Palestine Order-in-Council, 1922, or any amendment thereof. Now, although as regards legislation the Palestine Order-in-Council, 1922, and the amendment Order-in-Council of 1923, both contain a provision prohibiting the passing of an Ordinance inconsistent with the Mandate, there is no similar provision with regard to executive acts either in general or with special reference to the terms of Article 22. In so far as the Mandate is not incorporated into the law of Palestine by Order-in-Council, its provisions have only the force of treaty obligations and cannot be enforced by the Courts. It is therefore unnecessary to consider whether the lettering on the postage stamps is in accordance with Article 22 or not."

The "leading case" on the legislative powers of the High Commissioner in relation to the terms of the Palestine Mandate was *Jerusalem-Jaffa District Governor and another v. Suleiman Murra and others* decided by the Judicial Committee of the Privy Council in London (1 P.L.R. 71; A.D. 1925-26, Case No. 32). Here the owners of certain springs in Palestine contested the validity of an ordinance made by the High Commissioner expropriating their springs for the purpose of supplying water to Jerusalem. It was contended by the owners that the ordinance was *ultra vires*, on the ground that it was inconsistent with the Palestine Mandate (Article 2 thereof providing that Great Britain should be responsible for

"safeguarding the civil and religious rights of the inhabitants of Palestine, irrespective of race and religion"). The Privy Council found that by the Mandate for Palestine, the Council of the League of Nations, acting under Article 22 of the Covenant, entrusted to Great Britain the administration of the territory of Palestine which formerly belonged to the Turkish Empire. By the Palestine Order-in-Council dated 10 August 1922, provision was made for the administration of Palestine by the High Commissioner with full executive powers. On 4 May 1923, an amending Order-in-Council was made by which the legislative authority was transferred from a legislative Council which was not set up, to the High Commissioner, who was thereby authorized to promulgate such ordinances as might be necessary for the peace, order and good government of Palestine, subject to the condition that no ordinance should be promulgated which should be in any way repugnant to or inconsistent with the Mandate. It was under the authority conferred by that Order-in-Council that the Springs Ordinance was promulgated. The Judicial Committee had therefore to examine the provisions of the Ordinance in order to determine whether it contained anything which was in any way repugnant to the terms of the Mandate and in particular to Article 2 of that instrument. The Privy Council held that it was the right and duty of the Court in Palestine to consider whether the Ordinance was in any way repugnant to the terms of the Mandate. In the words of the judgment :

"In their Lordships' opinion the Supreme Court was fully justified in entertaining an argument as to the validity of the Ordinance. The Ordinance was made under the authority of the Order-in-Council of 4 May 1923, and if and so far as it infringed the conditions of that Order-in-Council the local court was entitled, and indeed bound to treat it as void. Among those conditions was the stipulation that no Ordinance should be promulgated which was repugnant to, or inconsistent with the provisions of the Mandate, and in view of this stipulation it was the right and duty of the Court to examine the terms of the Mandate and to consider whether the Ordinance was in any way repugnant to those terms."

The principle thus established continued until the end of the Mandate, and is in force even today if a question should arise as to the validity of a Mandatory ordinance. There have been a number of cases since 1926 in which the validity of legislation has been tested in this manner, but it has not been thought necessary to abstract them here. In the case of *Lubnani v. Superintendent of Prisons, Jerusalem, and the Attorney-General* (2 P.L.R. (1935) page 310), the petitioner in a petition for *habeas corpus* contended that the provisional agreement between Syria and Palestine for extradition of offenders of 11 July 1921, as amended on 23 September 1933, had no legal validity and that it was not an arrangement in force between His Majesty and a foreign State as contemplated by section 5 (1) of the Extradition Ordinance, 1926. The Supreme Court of Palestine, in rejecting that contention, pointed out that the authority for the surrender of a fugitive criminal was not the Agreement, but section 6 (2) of the Palestine Extradition Ordinance; and it was there-

fore immaterial whether the extradition agreement itself had any legal validity or not.

EFFECT OF TREATIES ON THIRD PARTIES

16. In the case of *Nadeen Markoff v. Habib George Daoud Hussein* (9 P.L.R. (1945) page 272) the Supreme Court of Palestine had to deal with the effect of treaties on States not parties to them. In an application to set aside certain entries in the Land Registry, the appellant, a Russian subject relied *inter alia* on certain provisions of the Treaty of Peace with Turkey, 1923. The Court held that though the Article in question had become part of the law of Palestine by virtue of the Treaty of Peace (Turkey) Ordinance, 1924, there was an inference that it was the intention of the Legislator to apply certain provisions of the Treaty to Palestine in order that the parties to the Treaty could derive their benefits and fulfil their obligations under the Treaty in this territory. As Russia was not a party to the Treaty, Russian subjects could not claim the shelter afforded by the Article in question.

CONSTRUCTION OF TREATIES

17. In the case of *Ameneh Maninka Sultan on behalf of the late Prince Muhammed Salem v. Attorney-General* (14 P.L.R. (1947) page 115; see also for earlier proceedings A.D. 1935-37 page 123) the Court had to construe certain provisions of the Treaty of Lausanne, 1923. In that case the appellant claimed on behalf of the late Prince Muhammed Salem, one of the heirs of the late Sultan Abdul Hamid II of Turkey, certain lands held by the High Commissioner in trust for the Government of Palestine. The basis of the claim was that the lands in question were registered in the name of the late Sultan since about 1886. The Court had to consider whether a certain transfer of properties to the Ottoman State by virtue of Ottoman municipal legislation was invalid, having regard to the wording of Article 60 of the Treaty of Lausanne, 1923, which provided that such property, when situated in territory detached from the Ottoman Empire, should be acquired without payment by States in favour of which such territory was detached. The question had also arisen whether under the terms of Article 60 the properties were being taken over subject to private claims. The Court held that by virtue of the Treaty of Peace (Turkey) Ordinance, 1924, the Treaty of Lausanne was part of the law of Palestine :

"... The Treaty is undoubtedly an act of State and no Court of Palestine can question its provisions . . . in construing the terms of the Treaty The first point to be decided is whether the meaning of a term is clear as it stands. If it is clear in its context, we must not for the purpose of construing it, refer to the discussions which led to the final text of the Treaty."

As to the question as to whether the properties were being taken over subject to private claims, the Court found that if there had been any such intention it would have been clearly expressed :

"Had there been any intention to give effect to private claims there would have been similar specific provisions to this effect"

For a case in which the terms of municipal legislation

were interpreted by reference to an international treaty see *Kattaneh v. Chief Immigration Officer*, 1 P.L.R. (1920-1933) 215. The Petitioner here, on the facts, claimed to have been habitually resident in the territory of Palestine on 1 August 1925, and thus automatically to have become a Palestinian citizen by operation of law on that date. In construing the relevant provision of the Palestine Citizenship Order-in-Council, the Court said:

"The provisions of the Palestine Citizenship Order, 1925, are based upon the Treaty of Lausanne, and on the authority of *R. v. Wilson* (1877) 3 Q.B.D., page 42 in construing legislation the terms of a treaty which such legislation is intended to carry into effect should be considered, as the two documents ought not to conflict. In order to understand the Order-in-Council, therefore, we may turn to the terms of the Treaty of Lausanne and it will be observed that the English text is described as 'Translation' and it is therefore the French text from which we must get the intention of the signatory powers. The reason why this is important is that whereas in the English text there is a variation between the term 'habitually resident' which occurs in Articles 30 and 34, and 'ordinarily resident' which occurs in Article 21, in the French text one and the same term is used, namely 'établis', so that it is impossible to make any distinction between the words 'habitually resident' and 'ordinarily resident'."

EFFECT OF CHANGE OF FORM OF GOVERNMENTS ON TREATIES

18. In the case of *Al Shehadeh and another v. Commissioner of Prisons, Jerusalem and Superintendent of Central Prisons, Acre* (14 P.L.R. (1947) page 461) the Supreme Court of Palestine had to deal with an application for *habeas corpus* of a person whose extradition to the Lebanon was requested. The applicant based his case on the ground that the provisional agreement for the extradition of offenders between Syria and Palestine, 1921, had lapsed because of a change in the form of Government in Lebanon, i.e., from a Mandatory to a Republic. The Court, in refusing the application, held that:

"It is a well recognized principle of international law that changes in the government or in the constitution of a state have as such no effect upon the continued validity of the State's international obligations... we are unable to agree that the form of government that prevailed in the previous State is a relevant consideration in applying the principle of international law we have quoted. It seems to us immaterial whether that form of government was despotic or democratic, monarchical or republican or even that recent innovation known as Mandatory. The important question is whether legal sovereignty to enable it to enter into treaty negotiations was vested in the previous State. It cannot be doubted that the sovereignty, in so far as it affected treaty-making power, vested in the French Republic in the case of the Lebanon and in the Mandatory in the case of Palestine... That treaty unless it is abrogated binds the successor government. It is therefore still effective between the Lebanese Republic and Palestine."

(d) *Particular problems arising out the termination of the Mandate.*

19. The first problem arising out of the termination of the Mandate was of a technical nature, namely to establish precisely the exact treaty relationship of Palestine with third States. This was done by collating all the information contained in the various sources mentioned in paragraphs 10 and 11, above. Later, the British Foreign Office furnished two lists of its own compilation contained in all 140 items. These were a list by countries of bilateral agreements extended to Palestine and a chronological list of multilateral agreements extended to Palestine. Neither of them included those treaties which the Government of Palestine concluded directly on its own behalf. At an even later stage, the British Government kindly supplied the actual texts of those treaties which were contained in its own lists. It is interesting to note that the earliest in date of these treaties was the Treaty between the United Kingdom and the Kingdom of Sweden and Norway, dated 26 June 1873 on the subject of Extradition. This treaty itself had been amended in respect to Norway, by the treaty of 18 February 1907. This is an illustration of the technical problems involved in determining precisely the treaty relations of Palestine.

20. A particular difficulty which arose in this connexion concerned the status of the pre-war bilateral treaties which had been concluded by the Mandatory Power on behalf of Palestine, or extended or otherwise made applicable by the Mandatory Power to Palestine, and made with States with which the Mandatory Power, subsequent to 3 September 1939, became in a state of war. Of the two major problems here, the first, which is not among the topics with which the International Law Commission is directly concerned at the present moment, relates to the whole question of sovereignty over mandated territories and is, in a word, whether the fact that the Mandatory Power was in a state of war automatically implied that the mandated territory was in a juridical state of war. The second problem concerns the effect of the Mandatory's being in a state of war upon these treaties, having regard to Article 12 of the Mandate, under which the Mandatory was entrusted with the control of the foreign relations of Palestine. So long as the war was in progress the question of the juridical status of these treaties was of little moment. But after the war, as is known, the Treaties of Peace with Italy (Article 44), Bulgaria (Article 8), Finland (Article 12), Romania (Article 10) and Hungary (Article 10), each proceeding on a doctrine of revival such as found expression in Article 259 of the Treaty of Versailles of 1919, enabled the Allies to notify each one of those States which of its pre-war bilateral treaties with that State it desired to keep in force or revive. On 12 and 13 March 1948, the British Government gave the necessary notifications to the States in question, adding that the revival of the bilateral treaties also covered those other territories for which His Majesty's Government in the United Kingdom were internationally responsible and to which the bilateral treaties and agreements concerned applied at the time of the outbreak of the war: see British Command Paper 7395 of 1948. No notification of the Treaties thus affected was included

in the *Palestine Gazette*, despite the usual practice as described in paragraph 10 above. Furthermore, so far as is known, the Palestine Commission to which reference is made in paragraph 29 below, was not consulted or informed of this matter (in so far as Palestine was concerned) despite the existence of resolution 181 (II) adopted by the General Assembly on 29 November 1947, and despite the procedure adopted by the Mandatory Government in connexion with the provisional application to Palestine of the General Agreement on Trade and Tariffs, as described in paragraph 29 below. In considering the problem of the effect of war on treaties, it would thus appear necessary for special attention to be devoted to the particular aspect of the effect on the treaties of a dependent State or territory of the outbreak of war involving the State responsible for the international relations of that dependent territory.

21. The next stage was to establish precisely to which of these treaties Palestine was actually a party. Resolution 181 (II), adopted by the General Assembly on 29 November 1947 and referring to the Future Government of Palestine, in recommending the adoption of a Plan of Partition with Economic Union, contained a declaration which was to be made to the United Nations by the provisional government of each proposed State before independence. Included in this declaration was a clause providing that "the State should be bound by all international agreements and conventions, both general and special, to which Palestine had become a party. Subject to any right of denunciation provided for therein, such agreements and conventions were to be respected by the State throughout the period for which they had been concluded. Disputes about the applicability and continued validity of international conventions or treaties signed or adhered to by the mandatory Power on behalf of Palestine were to be referred to the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court." (See *Official Records of the Second Session of the General Assembly, Resolutions*, page 138.)

22. Examination of the treaty position in Palestine, having regard to the provisions of the Mandate and the terms of resolution 181 (II) disclosed the following situation. Firstly, there were a number of general international conventions to which the mandatory government had adhered on behalf of Palestine in accordance with Articles 19 and 20 of the Mandate. Secondly, there were a few international treaties, mainly bilateral, which were concluded either by the mandatory government with third States, or by the Government of Palestine itself, and which referred solely to Palestine. This was presumably in accordance with Articles 12 and 18 of the Mandate. Thirdly, there were the extradition treaties and a number of other treaties whose provisions were extended to Palestine. As far as extradition treaties are concerned this was based upon Article 10 of the Mandate. Sometimes these treaties contained a clause providing for their extension to the various non-self-governing portions of the British Empire. Sometimes the extension to Palestine was as the result of an *ad hoc* arrangement, which might or might not have contained appropriate modifications in the terms of the Treaty. Fourthly, it was discovered that there were some treaties concluded by the British Government in its own behalf

with foreign governments, which treaties contained provisions which were applicable to Palestine by virtue of its being under British jurisdiction. The most interesting of the treaties of this character was that signed at London on 22 March 1946, between His Majesty in respect of the United Kingdom and His Highness the Amir of Transjordan (6 U.N.T.S. page 143), which itself replaced an agreement between the United Kingdom and Transjordan signed at Jerusalem on 20 February 1928 (British & Foreign State Papers, vol. 128, page 273), and which was itself replaced by the Treaty between H.M. in respect of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and H.M. the King of the Hashemite Kingdom of Transjordan, signed at Amman on 15 March 1948. This particular complex of treaties provided for the maintenance of certain commercial and customs arrangements between the territories of the two high contracting parties.

23. After this thorough (although inconclusive) examination of the treaty position of Palestine had been completed, the Government of Israel reached the conclusion that it could be said that on the basis of the generally recognized principles of international law, Israel which was a new international personality, was not automatically bound by the treaties to which Palestine had been a party and that its future treaty relations with foreign Powers were to be regulated directly between Israel and the foreign Powers concerned. An important factor in reaching this decision was that despite Israel's offer to make the Declaration, (see Security Council document S/747 of 16 May 1948) she was not asked to do so, and, in accordance with General Assembly resolution 273 (III) of 11 May 1949, was admitted as a Member of the United Nations without the said Declaration having been made. Diplomatic correspondence with various foreign governments, including the former Mandatory Government, has, accordingly, during the year 1949, been conducted on this basis.

24. In drawing attention to this situation, the Government of Israel suggests that two particular problems require consideration. The first is: what is the exact meaning of the expression "the parties to a treaty"? As to this, reference can be made to the decision of the House of Lords in the case of *Philpston v. Imperial Airways, Ltd.* published in A.D. 1938-40, case No. 178. The Government of Israel inclines to the view that there can be no automatic elevation of a dependent territory to the status of a party to a treaty simply because the terms of a treaty may have been made applicable to that territory by the Power in whose hands was entrusted the control of the foreign relations of that dependent territory.

25. The second of these problems is the whole matter of the extension of international treaties to dependent territories. It is suggested that the starting point for such an examination should be the classification adopted by Professor Rousseau in his *Principes Généraux de Droit International Public*, Vol. 1, page 386. This question is one of considerable importance. The paragraph quoted above from resolution 181 (II) is itself based upon precedents of which two may be cited — the Declaration of the Kingdom of Iraq of 30 May 1932, in connexion with

the termination of the Mandate over Iraq, and Article 8 of the above quoted Treaty of 22 March 1946, between the United Kingdom and Transjordan—and it may possibly form a precedent in future instances of peaceful change leading to the independence of dependent States. It seems that a distinction should be drawn between such independence which is, from the point of view of international law, no more than a change of Government, and independence which in fact involves the creation of new international personalities.

26. In conformity with its basic approach, the Government of Israel has acceded *de novo* to a number of international conventions regardless of whether previously Palestine was formally party to them or whether in some other way their provisions had been made applicable to Palestine. Included in these are the two Geneva Conventions of 27 July 1929, regarding the amelioration of the condition of the wounded and sick in armies in the field, and regarding the treatment of prisoners of war (118 L.N.T.S. 303 and 343); the International Load Line Convention, signed at London on 5 July 1930 (135 L.N.T.S. 301); the International Convention for the Unification of Certain Rules regarding Air Transport, signed at Warsaw on 12 October 1929 (137 L.N.T.S. page 11); the Convention regarding the Privileges and Immunities of the United Nations, adopted by the General Assembly in London on 13 February, 1946 (1 U.N.T.S. page 15); the International Telecommunication Convention, signed at Atlantic City on 2 October 1947; the Universal Postal Convention, signed at Paris on 5 July 1947; the Constitution of the Food and Agriculture Organization, signed at Quebec on 16 October 1945; the International Convention relative to the Protection of Literary and Artistic Works, signed at Berne on 9 September 1886, revised 1908, 1914, 1928 and 1948, 123 L.N.T.S. page 233; the International Convention for the Protection of Industrial Property, signed at Paris on 20 March 1883, revised 1900, 1911, 1925 and 1934, 74 L.N.T.S. page 289; the Agreement for the prevention of false indication of origin on goods, signed at Madrid on 14 April 1891, revised 1911, 1925 and 1934, 74 L.N.T.S. page 319; the Agreement for the Preservation or Restoration of Rights of Industrial Property affected by the Second World War, signed at Neuchâtel on 8 February 1947. The Secretary-General, in his compilation on *Signatures . . . etc. concerning multilateral conventions and agreements in respect of which the Secretary-General acts as Depository*, has remarked (page 4) that "admittedly the treaties or instruments establishing the independence of a new State usually deal with the problem of that State's succession to international rights and obligations. Nevertheless, it had to be determined whether the new State had to notify the Contracting Parties expressly in writing that it considered itself bound by the conventions covering those rights and obligations". In other words, it is possible that detailed analysis might show that the type of blanket-undertaking to which reference is made in paragraphs 22 and 26 might not, from a juridical and technical point of view, be adequate for the purposes for which it is intended.

27. It is true, of course, that the texts of the various Trusteeship Agreements concluded under the auspices of the United Nations differ considerably, in regard to the

treaty-making power of the Administering Authority, in comparison with the treaty-making power of the mandatory Power, under, for example, the Mandate for Palestine. On the other hand, there are similarities. For example, a provision such as that contained in Article 7 of the Trusteeship Agreement for the territory of Western Samoa (8 U.N.T.S. 71) is very similar to Article 19 of the Mandate for Palestine, and the same can be said of a provision such as that found in Article 6 of the Trusteeship Agreement for the French Cameroons (*ibid.*, page 135), or of Article 14 of the Trusteeship Agreement for the former Japanese Mandated islands (*ibid.*, page 189) despite their somewhat wider formulation. Having regard to the general objectives of the Trusteeship System it would appear to be extremely desirable to clarify the whole of this particular branch of the law, which clarification should be of benefit not only to the Trust Territories themselves but also to other States which might enter into treaty relationships with the Trust Territories.

28. In connexion with the problem of transition from a regime of dependence to one of independence and its effect upon the law of treaties, one further example taken from the experience of Palestine is brought to the attention of the International Law Commission. The above quoted resolution 181 (II), in its section entitled, "Steps Preparatory to Independence" set up what came to be known as the United Nations Palestine Commission (AC/21) to which it was intended that the administration of Palestine was to be progressively turned over as the Mandatory Power withdrew its armed forces (see *Official Records of the Second Session of the General Assembly, Resolutions*, page 133). While this Commission was functioning, the question arose of the provisional extension to Palestine of the General Agreement on Tariffs and Trade concluded at Geneva on 30 October 1947. During February, 1948, the United Kingdom delegation at Lake Success, in informing the United Nations Palestine Commission that this was proposed, suggested that the Agreement be applied to Palestine. The Commission, deciding that it had no objection, informed the United Kingdom delegation accordingly, and the provisional application of Parts I, II and III of the Agreement was carried out: see Document UK/105, dated 13 April 1948 of the Documents of the Palestine Commission (AC/21). In due course an amendment was made to the Customs Tariff and Exemption Ordinance, No. 24 of 1937 in order to bring the Schedule thereof into conformity with the new arrangement: see *Palestine Gazette* No. 1655 of 25 March 1948, Supplement No. 2, page 471. In accordance with its general view as to the binding force or treaties previously concluded by the Mandatory Power, the Government of Israel did not consider that the fact that the United Nations Palestine Commission had been informed of the extension of the General Agreement on Tariffs and Trade to Palestine, and had raised no objection thereto was a matter of legal consequence. The Contracting Parties in due course took a similar attitude, as appears in the following *communiqué* issued at Annecy during May 1949:

"At the 1947 Geneva negotiations the United Kingdom, acting as the mandatory Power, negotiated on behalf of Palestine. The United Kingdom applied GATT provisionally in respect of Palestine as from

19 April 1948. But the United Kingdom ceased to be responsible for the Government of Palestine on 15 May 1948 when the League of Nations mandate ended.

"Under the declaration adopted today it was agreed that the United Kingdom should be regarded as having ceased to be a contracting party with respect to the customs territory formerly included in the Palestine Mandate. Any contracting party, therefore, would be free to withhold or withdraw in whole or in part, any concession included in the appropriate GATT schedule which was negotiated with the United Kingdom, in respect of the territory of the Palestine Mandate. A contracting party proposing to take such action will, under the terms of the declaration, notify all the other contracting parties and, if requested, will consult with contracting parties which have a substantial interest in any product concerned."

This was followed by the action of the Government of Israel in raising some of the customs tariffs which had been reduced in March 1948; see for example the order of the Minister of Finance of 9 June 1949, published in *Reshumot* (Israel Gazette), *Kovetz ha Takkanot* (Subsidiary Legislation) page 237.

(e) *Some developments since the termination of the British Mandate.*

29. As previously described, the Government of Israel adopted a completely independent policy in regard to its treaty obligations. A particular difficulty which arose during its early months concerned the technical question of the manner of accession to multilateral conventions of which the depositary governments had not recognized the State of Israel. It was discovered that depositary governments in these circumstances were unable to accept communications directly from the Government of Israel but that communications of this nature had to be submitted to them through he intermediary of a third government which had recognized Israel and which, at the same time, maintained diplomatic relations with the depositary government. This cannot be regarded as a satisfactory state of affairs. The delays which such a procedure can occasion might lead to serious consequences. For example, if the new State is involved in hostilities from the day of its creation, it might find it necessary to accede formally to those international conventions which regulate hostilities. Having regard to the whole development of international organization since 1919, it is possible that a depositary government, which in the ultimate analysis performs functions which are primarily administrative and organizational in relation to the treaty of which it is depositary, is not juridically entitled to refuse communications appertaining thereto merely because they emanate from a government which it does not recognize. The same question of course arises in respect to those international conventions for which the Secretary-General acts as depositary.

30. An interesting technical problem seems to arise out of the four conventions signed at Geneva on 12 August 1949. As is known, a Diplomatic Conference met in Geneva during the summer of 1949 for the purpose of revising the Geneva Conventions regarding the amelioration of the condition of the wounded and sick in

armies in the field, and regarding the treatment of prisoners of war. This Diplomatic Conference completed its work on 12 August 1949, upon which date the four new Conventions which it produced were open for signature. They remained open for signature by the States which participated in the Diplomatic Conference for a period of six months. Many States signed the Convention on 12 August 1949. However, the formal ceremony of signature was actually held on 8 December 1949, that is to say, in the middle of the six months' period during which the Conventions were open for signature. At this formal ceremony in December, many States, including Israel, signed with reservations. The resultant position is that those States which signed in August did so without knowledge of the precise reservations which were made at the formal ceremony of signature in December. From a theoretical point of view, it is not impossible that before the termination of the six-months' period in which the Conventions are open for signature, other States may sign subject to further reservations. As the Government of Israel understands the position, reservations have the effect of altering the treaty obligations in respect to the State making the reservations, and therefore the other signatories to the Convention have to agree thereto, at least by implication. The practice of having a multilateral Convention open to signature for a period of six months and of having two signing ceremonies might lead to juridical difficulties in this regard, the more so if by chance any State should deposit its act of ratification prior to the end of the period during which the Convention is open to signature.

31. Attention is drawn to some of the juridical aspects of the Armistice Agreements* concluded between Israel and its four neighbours during the early part of 1949. These Armistice Agreements were provisional measures within the terms of Article 40 of the Charter of the United Nations and were concluded pursuant to the resolution adopted by the Security Council at its 381st meeting on 16 November 1948 (S/1080), and in the case of Egypt, the resolution adopted by the Security Council at its 377th meeting on 4 November 1948 (S/1070). Apart from the fact that these Armistice Agreements form an important precedent for the Security Council in its general task of preserving peace, they may contain several interesting juridical and technical aspects of the law of treaties.

(a) Except in the case of the Egyptian-Israeli General Armistice Agreement, the representatives of the contracting Governments exchanged their full powers. The Preamble to the Egyptian-Israeli General Armistice Agreement, mentions that the representatives signed the Agreement "in the full authority entrusted to them by their respective Governments".

(b) The parties to the Agreements established special machinery in order to supervise the execution of the provisions of each of the Agreements (Israeli-Egyptian

* For the texts of the Armistice Agreements, see S/1264/Rev.1 (Israeli-Egyptian General Armistice Agreement); S/1296/Rev.1 (Israeli-Lebanese General Armistice Agreement); S/1302/Rev.1 (Israeli-Jordan General Armistice Agreement); and S/1353/Rev.1 (Israeli-Syrian General Armistice Agreement), reproduced respectively in *Official Records of the Security Council*, Fourth Year, Special Supplements Nos. 3, 4, 1 and 2.

Agreement, Article 10; Israeli-Lebanese Agreement, Article 7; Israeli-Syrian Agreement, Article 7; Israeli-Jordan Agreement, Article 11). The basic pattern was for the establishment of a Mixed Armistice Commission composed of an equal number of representatives of the two parties, under United Nations chairmanship, such Mixed Armistice Commission having power to deal not only with claims or complaints presented by either party relating to the application of the Agreement, but also to interpret the meaning of particular provisions of the agreement, with certain limited exceptions. The Mixed Armistice Commission was given authority to submit reports to both parties on its activities with a copy to the Secretary-General of the United Nations. The Egyptian-Israeli Armistice Agreement made provision for appeals on questions of principle to a Special Committee, composed of the United Nations Chief of Staff of the Truce Supervision Organization himself and one member each of the Egyptian and Israeli delegations to the actual Armistice Conference, or some other senior officer. The decisions of this Special Committee were to be final. This particular composition of the Special Committee has the advantage that, where difficult questions of interpretation or of principle arise, the persons who actually participated in the drafting of the Agreement have authority to interpret it.

(c) All of the Armistice Agreements specifically state that they are not subject to ratification and that they shall come into force immediately upon being signed.

(d) By their terms, the Armistice Agreements are of indefinite duration until a final settlement between the parties is reached.

(e) The Agreements, while permitting the revision of any of their provisions at any time, by mutual consent, expressly exclude from the possibility of revision those articles which relate to the actual cessation of hostilities. They also provide that, one year after their coming into force, either of the parties may call upon the Secretary-General of the United Nations to convoke a conference of representatives of the two parties for the purpose of reviewing, revising or suspending any of the provisions of the agreement other than those relating to the actual cessation of hostilities, and that participation in such a conference shall be obligatory.

(f) Two of the Armistice Agreements were signed in the English language only, while the other two, those with the Lebanon and Syria, were signed in English and French. The Agreement with Syria alone provides that both the English and French texts are equally authentic.

(g) In due course the four Armistice Agreements were registered by the Permanent Representative of Israel to the United Nations with the Secretary-General in accordance with the provisions of Article 102 of the Charter, under registration numbers 654, 655, 656 and 657.

6. Netherlands

[Original text : English]

Netherlands Delegation
to the United Nations

26 January 1950

Acting upon instructions received and with reference to your letter of 11 July 1949, LEG 209/01/YLL, I have

the honour to submit to you short commentaries and some data as required, relevant to topics of "The Law of Treaties" and "Arbitral Procedure", as of force in the Netherlands.

THE NETHERLANDS LAW OF TREATIES

The Law of Treaties is regulated in article 60 of the Constitution (as amended in 1948) which reads as follows :

"The King shall conclude and ratify all treaties with foreign Powers.

"Unless the King shall have reserved to himself by law the right to ratify a treaty, that treaty shall not be ratified until it shall have received the approval of the States General.

"Adherence to and denunciation of treaties shall be done by the King solely by virtue of law.

"Other agreements with foreign Powers shall be communicated to the States General as soon as possible."

It appears from this article that the Netherlands Constitution distinguishes between "treaties" (in the narrow sense) and "agreements". Practically this distinction has only a formal character : according to Dutch law a treaty is an international instrument which has to be ratified in virtue of a ratification clause; an international instrument without such a clause is considered an "agreement".

In fact, the King does not conclude a treaty or agreement himself : it is done by his plenipotentiaries appointed for that purpose. However, the King himself ratifies a treaty and this is countersigned by his Minister of Foreign Affairs.

It has long been practice, that the approval of the States General is drawn up in the form of a law. This law, containing the text and eventually the Netherlands translation of the approved treaty, is promulgated in the "Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden". The King does not ratify the treaty before the coming into force of the law. When the instruments of ratification have been exchanged or deposited and the treaty has come into force, the latter is promulgated by Royal Decree in the aforementioned "Staatsblad".

It may be observed that by law the King can reserve to himself the right to ratify a special category of treaties (e.g., postal conventions). He will also reserve to himself by law the right to ratify a treaty, in case the Netherlands legislation has to be adapted to the provisions of that treaty. Ratification, then, follows after the adaptation of the legislation concerned.

As soon as adherence to or denunciation of a treaty has been approved by a law and this law has come into force, the Minister of Foreign Affairs gives notice of this adherence or denunciation to the competent authorities after having been authorized thereto by the King.

If a treaty provides "acceptance" the ratification or adherence procedure is followed, owing to a lack of constitutional provisions with respect to the new term "acceptance".

The text and, eventually, a Netherlands translation of agreements are communicated as soon as possible to the States General and promulgated by Royal Decree in the "Staatsblad". Agreements having a confidential character are not published.

All treaties and agreements which have come into force and which have been promulgated by Royal Decree in the "Staatsblad", are registered with the Secretariat of the United Nations.

From the jurisprudence of the Supreme Court of the Netherlands (since a judgment of June 25, 1841), it appears that a treaty concluded by the King in conformity with the provisions of the Constitution, has the force of law in the Kingdom and, consequently, becomes immediately binding, not only for the High Contracting Parties, but also—in so far as the treaty so provides—for the citizens. If, however, a treaty has been concluded by the King contrary to the provisions of the Constitution, it does not have force of law and shall not be applied by the judge (judgment November 18, 1901).

The Ministry of Foreign Affairs has published, in 1948, a concise treatise, with formulas, on the Netherlands law of treaties, only for the use of ministerial Departments.

In order to further uniformity in the wording of treaties and agreements concluded by the Kingdom of the Netherlands, the Ministry of Foreign Affairs has adopted, in 1949, a uniform Netherlands, French and English text of the preambles and the final provisions of both treaties and agreements. An English copy of these texts is added to this report.

Annex

Text No. 1

TREATY

Her Majesty the Queen of the Netherlands, on the one hand, and
His Majesty. . ., on the other hand,
Desiring. . .

Have resolved to conclude a Treaty concerning. . .

And have appointed as their Plenipotentiaries :

Her Majesty the Queen of the Netherlands :

. . .

His Majesty. . . :

. . .

Who, having produced their full powers, found in good and due form,

Have agreed on the following provisions :

Article 1.

The High Contracting Parties. . .

Article. . .

The present Treaty is subject to ratification and the instruments of ratification shall be exchanged at. . . as soon as possible.

The Treaty shall come into force on the date of exchange of the instruments of ratification.

In faith whereof the undersigned plenipotentiaries duly authorized for that purpose have signed the present Treaty and have affixed their seal thereto. Done at. . ., this. . . day of. . . 1949, in two copies, in the Dutch (and. . .) language(s), (both texts being equally authentic.)

Text No. 2

AGREEMENT

The Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of. . .

Having resolved to conclude an agreement concerning. . .

Have agreed on the following provisions :

Article 1 :

The contracting Parties

Article. . .

The present agreement shall come into force on the date of its signature.¹

In faith whereof the undersigned representatives duly authorized for that purpose have signed the present agreement.

Done at. . ., this. . . day of. . . 1949, in the Dutch (and. . .) language(s), (both texts being equally authentic.)

¹ In the event of unilateral ratification :

"The present agreement shall come into force (provisionally on the date of its signature and definitely) on the date of the communication of the Government of. . . to the Government of. . . that the agreement has been ratified."

7. Philippines

[Original text : English]

Department of Foreign Affairs
Manila

12 December 1949

In partial compliance with the requests of the International Law Commission contained in your letter of July 11, 1949 (Ref. : LEG 291/01/YLL), I have the honour to submit herewith some Philippine materials which might be of interest to the Commission in its study of the codification of three topics of international law, namely, (1) the law of treaties, (2) arbitral procedure and (3) the regime of the high seas.

. . .

THE LAW OF TREATIES

(a) Laws

"The Philippines renounces war as an instrument of national policy, and adopts the generally accepted principles of international law as a part of the law of the Nations." (Section 3, Article II, Constitution of the Philippines.)

"The President shall have the power, with the concurrence of two-thirds of all the members of the Senate, to make treaties, and with the consent of the Commission on Appointments, he shall appoint ambassadors, other public ministers, and consuls. He shall receive ambassadors and other public ministers duly accredited to the Government of the Philippines." (Section 10 (7), Article VII, Constitution of the Philippines.)

"The National Assembly (now Congress) shall have the power to define, prescribe, and apportion the jurisdiction of the various courts, but may not deprive the Supreme Court of its original jurisdiction over cases affecting ambassadors, other public ministers, and

consuls, nor of its jurisdiction to review, revise, reverse, modify, or affirm on appeal, certiorari, or writ of error, as the law or the rules of court may provide, final judgments and decrees of inferior courts in —

"(1) All cases in which the constitutionality or validity of any treaty, law, ordinance, or executive order or regulation is in question. . . ." (Section 2, Article VIII, Constitution of the Philippines).

"All cases involving the constitutionality of a treaty or law shall be heard and decided by the Supreme Court in banc, and no treaty or law may be declared unconstitutional without the concurrence of two-thirds of all the members of the Court". (Section 10, Article VIII, Constitution of the Philippines).

Commonwealth Act No. 732. An act to create the Department of Foreign Affairs and to authorize the President of the Philippines to organize said Department as well as the foreign service of the Republic of the Philippines. (Appendix "A")*

Republic Act No. 75, approved October 21, 1946. An Act to penalize acts which would impair the proper observance by the Republic and inhabitants of the Philippines of the immunities, rights, and privileges of duly accredited foreign diplomatic and consular agents in the Philippines. (Appendix "B")*

(b) Decrees

Executive Order No. 18 (September 16, 1946), promulgated by virtue of Commonwealth Act No. 732, provides that the Secretary of Foreign Affairs shall be responsible to the President for formulating and carrying into effect the foreign policy of the Republic of the Philippines; for the conduct of its foreign relations; for the negotiation of treaties, conventions, and other agreements of similar force, etc.

(c) Judicial decisions

"The rules and regulations of The Hague and Geneva Conventions form part and are wholly based on the generally accepted principles of international law. In fact, these rules and principles were accepted by the two belligerent nations, the United States and Japan, who were signatories to the two Conventions. Such rules and principles, therefore, form part of the law of our nation even if the Philippines was not a signatory to the conventions embodying them, for our Constitution has been deliberately general and extensive in its scope and is not confined to the recognition of rules and principles of international law as contained in treaties to which our governments may have been or shall be a signatory." (*Shigenori Kuroda v. Major General Rafael Jalandoni, et al.*, Supreme Court Decision, No. L-2662, March 28, 1949.)

"Ordinance No. 3051 offends neither the constitutional clause guaranteeing the obligation of contracts nor the guarantees of due process of law and equal protection of the laws. Neither does it violate any principle of international law nor any of the provisions of the Charter of the United Nations Organization. It

does not impair any treaty commitment, as the treaties mentioned by the petitioners have no binding effect upon the Republic of the Philippines, which is not a party to said treaties. The Philippines is bound only by the treaties concluded and ratified in accordance with our Constitution. Ordinance No. 3051 of the City of Manila is valid." (*Co Chiong et al., v. The Mayor of Manila et al.*, Supreme Court Decision, No. L-1891, March 31, 1949.)

"A nation would justly be considered as violating its faith, although that faith might not be expressly plighted, which should suddenly and without previous notice, exercise its territorial powers in a manner not consonant to the usages and received obligations of the civilized world."

"The Philippines, being a sovereign nation, has jurisdiction over all offenses committed within its territory, but it may, by treaty or by agreement consent that the United States or any other foreign nation, shall exercise jurisdiction over certain offenses committed within certain portions of said territory." (*Godofredo Dizon v. The Commanding General of the Phil-Ryukus Command*, Supreme Court Decision, L-2110, July 22, 1948.)

(d) Treaties

NOTE : The Philippines has concluded several treaties, agreements, conventions *modi vivendi*, etc. with foreign countries bearing on general relations, on commerce and trade, on consular matters, on air navigation, and has also adhered to several international agreements. Some of these agreements have been registered with the Secretariat of the United Nations. Since these agreements generally follow the conventional forms, the Department is furnishing the Commission with the text of only a few of each type, herewith enclosed as Appendices "C" to "L".*

The Supreme Court of the Philippines has not yet been called upon to decide on important questions involving the nature, form and effect of treaties, the effect of war on treaties, perfections, terminations and suspensions of treaties, and other related subjects. It has therefore not evolved a substantial set of rulings dealing on the law of treaties. It has only passed upon the interpretation of the Military Bases Agreement of the Philippines with the United States. Thus, in *Dizon v. The Commanding General, Phil-Ryukus Command*, L-2110, the Supreme Court decided that "under that agreement concerning military bases of March 14, 1947, the jurisdiction of the United States over certain offenses committed within any base extends to offenses committed within temporary installations located outside of the present limits of the City of Manila". In *Miquiades v. The Commanding General, Ryukus Command*, L-1988, the same Court interpreted said agreement to the effect that "the Port of Manila Area is not one of the bases of the United States under the agreement of March 14, 1947".

(e) Diplomatic correspondence

(f) Other related documents.

* Not reproduced here.

* Not reproduced here.

8. Poland*[Original text : English]*

Delegation of Poland
to the United Nations
7 January 1950

First communication

In connexion with your note of 11 July 1949 (LEG 291/01/YLL), the Delegation of Poland to the United Nations submits the enclosed texts of laws, decrees, treaties and other documents relating to (1) the law of treaties, (2) arbitral procedure and (3) the regime of the high seas.

...

Delegation of Poland
to the United Nations
20 January 1950

Second communication

In connexion with your letter of 16 January 1950 (LEG 292/5/01(1)/YLL), I wish to inform you that I am writing at the same time to my home authorities about the translations into one of the working languages of the texts of laws, decrees, treaties and other documents relating to the law of treaties, arbitral procedure and the regime of the high seas, together with laws and decrees concerning the proposed draft code of offences against the peace and security of mankind.

I wish also to acknowledge the receipt of all the documents returned by you

...

9. Union of South Africa*[Original text : English]*

Permanent Delegation
of the Union of South Africa
to the United Nations
13 March 1950

The Deputy Permanent Representative of the Union of South Africa to the United Nations presents his compliments to the Assistant Secretary-General in charge of the Legal Department, and with reference to his letter LEG 291/01/YLL of 11 July 1949, concerning information requested by the International Law Commission on the law of treaties, arbitral procedure and the regime of the high seas, has the honour to state that the Union Law Advisers are not aware of any laws, decrees or judicial decisions in South Africa which deal with the subjects mentioned in the Assistant Secretary-General's inquiry

10. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*[Original text : English]*

United Kingdom
Delegation to the United Nations
6 September 1949

...

While the Government of the United Kingdom will be ready and willing to furnish detailed material which the International Law Commission finds to be necessary in the course of its study in the topics it has chosen, it does not consider that it would be practicable at this stage to supply the material requested in your communication, owing to its quantity and to the fact that the criteria of selection can only be decided by the International Law Commission itself.

...

11. United States of America*[Original text : English]*

United States Mission
to the United Nations
6 January 1950

...

Transmitted herewith, for the information of the International Law Commission are three memoranda, with attachments,* entitled respectively "The Law of Treaties", "Arbitral Procedure" and "The Regime of the High Seas". Although necessarily not exhaustive of the subject-matter, these memoranda, it is hoped, may assist the Commission in its work of codification in the fields referred to. In most instances where texts of relevant documents are readily available in libraries, citations, rather than copies of such texts, have been furnished.

...

MEMORANDUM ON LAW OF TREATIES

A considerable amount of material with respect to the law of treaties so far as the United States is concerned is presently available in published form. Material on the subject for the period generally from 1789 to 1906 is published in Chapter XVII of John Bassett Moore's *International Law Digest*, volume V, pages 155-387 (Washington, Government Printing Office, 1906). For the period 1906 to 1943, material on the subject is published in Chapter XVI of Green Haywood Hackworth's *Digest of International Law*, volume V, pages 1-433 (Washington, Government Printing Office, 1943).

Material for the ensuing period will be transmitted to the International Law Commission at an early date.

* Printed material not reproduced here.

DOCUMENT A/CN.4/23

Report by J. L. Brierly, Special Rapporteur

[Original Text: English]

[14 April 1950]

CONTENTS

	<i>Page</i>
I. DRAFT CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES	223
II. EXPLANATORY NOTE BY THE SPECIAL RAPporteur	224
A. Nature of the Draft	224
B. Scope of the Draft	225
C. Sources of the Draft	225
III. TEXT OF DRAFT CONVENTION WITH COMMENT	226
Introductory Comment	226
Chapter I. Introductory	226
Article 1. Use of the term "treaty"	226
Article 2. Use of certain other terms	229
Chapter II. Capacity to Make Treaties	230
Article 3. Capacity in general	230
Article 4. Constitutional provisions as to the exercise of capacity to make treaties	230
Article 5. Exercise of capacity to make treaties	232
Chapter III. The Making of Treaties	233
Article 6. Authentication of texts of treaties	233
Article 7. Acceptance of treaties in general	235
Article 8. Acceptance by signature	237
Article 9. Acceptance by means of an instrument	237
Article 10. Reservations to treaties	238
Article 11. Entry into force and entry into operation of treaties	242

APPENDICES

A. Harvard Draft Convention on the Law of Treaties (Relevant articles)	243
B. Convention on Treaties adopted by the Sixth International Conference of American States, Havana, 20 February 1928 (Relevant articles)	244
C. David Dudley Field's Draft Code (Relevant articles)	245
D. Bluntschli's Draft Code (Relevant articles)	245
E. Fiore's Draft Code (Relevant articles)	247
F. Draft of the International Commission of American Jurists, Rio de Janeiro, 1927 (Relevant articles)	248

I. DRAFT CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES

Chapter I. Introductory

Use of the term "treaty"

Article 1. As the term is used in this Convention

(a) A "treaty" is an agreement recorded in writing between two or more States or international organizations which establishes a relation under international law between the parties thereto.

(b) A "treaty" includes an agreement effected by exchange of notes.

(c) The term "treaty" does not include an agreement to which any entity other than a State or international organization is or may be a party.

Use of certain other terms

Article 2. As the terms are used in this Convention

(a) A "State" is a member of the community of nations.

(b) An "international organization" is an association of States with common organs which is established by treaty.

Chapter II. Capacity to make treaties

Capacity in general

Article 3. All States and international organizations have capacity to make treaties, but the capacity of some States or organizations to enter into certain treaties may be limited.

Constitutional provisions as to the exercise of capacity to make treaties

Article 4. (1) The capacity of a State or international organization to make treaties may be exercised whatever organ or organs of that State or organization its constitution may provide.

(2) In the absence of provision in its constitution to the contrary, the capacity of a State to make treaties is deemed to reside in the Head of that State.

(3) In the absence of provision in its constitution to the contrary, the capacity of an international organization to make treaties is deemed to reside in its plenary organ.

Exercise of capacity to make treaties

Article 5. (1) In the absence of provision in its constitution to the contrary, the exercise of the capacity of a State or international organization either to negotiate or to conclude treaties may be delegated.

(2) Delegation of the exercise of the treaty-making capacity of a State or international organization may be effected either

(a) Expressly, by the issue to representatives of full powers to negotiate, to negotiate and conclude, or to conclude a treaty or treaties; or

(b) Implicitly, as a result of the investment of an individual or individuals with ministerial functions.

Chapter III. The making of treaties

Authentication of texts of treaties

Article 6. The authentication of the text or texts of a treaty may be effected by

(a) The signature of the duly authorized representatives of the States or international organizations which have taken part in the negotiation of that treaty; or

(b) Incorporation in the Final Act or other record of a conference of such representatives, similarly authenticated; or

(c) Incorporation in the resolution of an organ of an international organization authenticated in whatever manner the constitution thereof may provide; or

(d) Other formal means.

Acceptance of treaties in general

Article 7. (1) Within the meaning of this Convention a State or international organization has accepted a treaty when it has given its consent to be bound by that treaty.

(2) A State or international organization may accept a treaty in any manner indicated in that treaty.

(3) Unless the contrary is indicated in a treaty, a State or international organization which has not taken part in its negotiation may accept that treaty only with the consent of all the parties thereto or, in the case of a treaty which has not yet entered into force, generally, with the consent of all the States, or international organizations, taking part in its negotiation.

Acceptance by signature

Article 8. Unless the contrary is indicated in a treaty or otherwise expressly declared, the signature of the text or texts of a treaty by a representative of a State or international organization having authority to conclude that treaty constitutes an acceptance thereof by that State or organization.

Acceptance by means of an instrument

Article 9. (1) Unless the contrary is therein indicated, a State or international organization which has not otherwise accepted a treaty may do so by the making of a formal instrument of acceptance.

(2) An instrument of acceptance must be communicated to such depositary as a treaty may designate.

(3) If no depositary is designated an instrument of acceptance or a copy thereof must be communicated, in the case of a treaty already in force generally, to every party to that treaty, and in the case of a treaty not yet in force generally, to every, or as the case may be to every other, State or international organization which may have taken part in the negotiation of that treaty.

Reservations to treaties

Article 10. (1) Unless the contrary is therein indicated or otherwise follows from the nature of that treaty, a State or international organization may accept a treaty subject to a reservation, that is to say a special term limiting or varying the effect of that treaty in so far as

concerns the relations of that State or organization with one or more of the existing or future parties to the treaty.

(2) Unless the contrary is indicated in a treaty, the text of a proposed reservation thereto must be authenticated together with the text or texts of that treaty or otherwise formally communicated in the same manner as an instrument or copy of an instrument of acceptance of that treaty.

(3) The acceptance of a treaty subject to a reservation is ineffective unless or until every State or international organization whose consent is requisite to the effectiveness of that reservation has consented thereto.

(4) Unless the contrary is indicated in the text of a treaty, a reservation proposed before the entry into force generally of a treaty is effective only if consented to expressly or impliedly by every State or international organization which may have taken part in the negotiation of that treaty, and a reservation proposed thereafter only if consented to by every one of the then parties to that treaty.

(5) A State or international organization accepting a treaty impliedly consents to every reservation thereto of which that State or organization then has notice.

Entry into force and entry into operation of treaties

Article 11. (1) A treaty enters into force at such time as may be indicated in that treaty.

(2) If there is therein no indication as to when it enters into force, a treaty enters into force generally, that is to say with respect to every State or international organization which may have accepted that treaty, as soon as every State or international organization which may have taken part in the negotiation thereof has accepted it.

(3) Unless the contrary is therein indicated, a treaty enters into force, with respect to a State or international organization accepting that treaty after its entry into force generally, as soon as that State or organization has accepted it.

(4) Unless the contrary is therein indicated, every stipulation of a treaty enters into operation with respect to a party to that treaty as soon as the treaty enters into force with respect to that party.

II. EXPLANATORY NOTE BY THE SPECIAL RAPPORTEUR

1. The portion of the draft submitted herewith consists in articles relating exclusively to the definition of certain terms (Chapter I), to treaty-making capacity (Chapter II) and to the making of treaties (Chapter III). It is intended that further chapters should be added. These must deal, it is clear, with the interpretation of treaties and with their termination. And it will be a matter for further consideration whether or not there ought to be also a chapter, which would follow Chapter III, on what may be termed the obligation or effect of treaties. As the work progresses it may also be necessary to add to the definitions contained in Chapter I. Some expansion or revision of the existing Comment may likewise be dictated by the progress of the work, quite apart from

such revision as will certainly follow discussion in the Commission.

A. NATURE OF THE DRAFT

2. The draftsman of a code of the law of treaties is confronted immediately upon taking up his task with the problem inherent in all work of codification: whether to confine his attention strictly to the law as it may be generally acknowledged to be, or whether to suggest what are in his view improvements in the existing law. The problem appears the more acute in connexion with the special topic of treaties for a reason connected with the nature of that topic. For the principal problems which arise in practice in connexion with treaties are due not so much to any degree of doubt or dispute as to what the general rules of law applicable may be, but rather to the infinitely various application of those rules in fact.

3. It is possible, on the one hand, to confine the process of codification to the expression of such broad propositions of existing law as that

"In the absence of an agreement upon procedure which dispenses with the necessity for signature, a treaty must be signed on behalf of each of the States concluding it"

or that

"The ratification of a treaty by a State is a condition precedent to its coming into force so as to bind that State... when the treaty so stipulates... or... when the form or nature of the treaty or the attendant circumstances do not indicate an intention to dispense with the necessity for ratification" (*Harvard Draft Convention*, articles 5 (b), 7.)¹

but these rules are so broad that if they were stated in reverse they would command scarcely less agreement. And their statement leaves unlimited room for the variations of form which in practice make treaties often difficult to understand and apply.

4. It is equally possible, on the other hand, to abandon any effort "to reach, by way of international agreement, a body of rules which would be binding obligatorily upon the various States" and merely to "put at the disposal of States rules in the form of a *jus dispositivum*, which they could apply or modify as they chose in each concrete case and the acceptance of which might save them much discussion, doubt and delay".^{1a} Such an approach involves the production of a book of precedents or series of model clauses rather than of rules of general application which are or may be binding rules of law.

5. Upon a consideration of the relevant provisions of the Commission's Statute, and of the general directives to rapporteurs given by the Commission, and after investigating the practical merits and demerits of undertakings of each sort described, the Rapporteur has come to the conclusion that both his terms of reference and the existing state of the law and practice of States require

¹ See appendix A.

^{1a} Report of the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (League of Nations Document C.196.M.70.1927.V.).

that he should follow the first pattern outlined above, rather than the second. It has been sought, however, notwithstanding the confinement of the accompanying draft to a statement of what is conceived to be the existing law, to express that law as precisely as possible, and to frame its rules in such a way that they can, with little difficulty, be employed as a guide in the drafting of an actual treaty.

6. The Rapporteur desires also to point out that, though the preparation of standard clauses for treaties cannot either legitimately or usefully be brought within the rubric of codification of the law of treaties, the intrinsic merits of an undertaking of that sort are not to be underestimated. It is indeed a matter for consideration whether a table of standard clauses should not be annexed to the present draft.

7. Quite apart from the question of standard clauses, it is to be observed further that the adoption of standard practices—in relation, for instance, to the designation of depositories of treaties, to the procedures adopted by depositories in relation to reservations proposed to treaties, and to the registration of treaties—could contribute materially to the unification of the practice of States, and thus ultimately to the growth of the law of treaties in both certainty and detail. It is desired to point out in this connexion that the growing practice of conferring depository and other secretarial functions in connexion with treaties upon the Secretary-General of the United Nations renders some degree of standardization in these matters comparatively easy of achievement. For it could in some measure be effected by the adoption by the General Assembly of regulations respecting the Secretary-General's depository functions comparable to those which now govern his activities as registrar of treaties under Article 102 of the Charter, and, to whatever extent may be desirable, by the modification of the latter regulations. It will be a matter for further consideration also whether the Commission should not make recommendations to this end in the context of, if not in actual connexion with, the present draft.

8. Finally, upon the nature of the present draft, the Rapporteur deems it proper to explain that, though restricted to *lex lata*, this draft differs in expression to a not inconsiderable extent from such *projets* as have been elaborated before now. Thus the reader may be surprised to find that it does not employ the familiar terms "ratification" and "accession" at all. The reason here is that particular attention has been paid to the treaty practice which has grown up since the establishment of the United Nations and which, though revealing few substantial innovations, in a sense constitutes the consummation of a process of gradual change. Details of this modern practice, which is perfectly well-established and in no way inconsistent with accepted law, are indicated where necessary in the Comments to the various articles.

B. SCOPE OF THE DRAFT

9. Another problem which the Rapporteur had provisionally to solve before proceeding to the work of drafting was that of the scope of "the law of treaties". It is conceived that, whatever definition is given to the

term "treaty", it cannot exhaust the sphere of international legal obligations *ex contractu*. No attempt has, therefore, been made to prepare a statement of the whole "law of international contractual obligations", as the wide sphere has recently been designated. On the other hand, it is thought that no useful purpose is served by the exclusion from the purview of the present draft of agreements of a treaty character embodied in exchanges of notes. It is true that the "exchange of notes" is a device of the law which is not confined in its use to treaty-making agreements. But at the same time it is the case that a very large number of agreements is achieved or recorded in exchanges of notes. A consideration of the contents of the *United Nations Treaty Series* makes this strikingly clear.

10. In connexion with the definition of the scope of the present draft, the wording of Article 102 of the Charter of the United Nations, the history of that wording, and the somewhat liberal interpretation placed upon it in practice, have not been ignored. The distinction then drawn between a "treaty" and an "international agreement" is not rejected. On the contrary the term "law of treaties", however infelicitous the extreme variety of modern nomenclature may have rendered it, is expressly retained because, in the phase of Committee IV/2 of the San Francisco Conference, the broader term "agreement" can be understood "as including unilateral engagements of an international character which have been accepted by the State in whose favour such an engagement has been entered into". For wholly unilateral engagements, engagements to the creation of which only one international legal person is a party, are not within the scope of the present draft. This is not to say that a bi- or multilateral character is thought to be inherent in an international legal obligation *ex contractu*. It is not thought that the doctrine of consideration plays any part in international law. But it is considered that the line between the analogues of the contract and the gift of municipal law, the latter of which is but notionally bilateral, must be drawn somewhere, and that at that line the law of treaties must be taken to stop.

C. SOURCES OF THE DRAFT

11. In the preparation of the present draft the Rapporteur has, in conformity with the Commission's Statute, taken into consideration existing drafts. The principal existing drafts, relevant to the articles so far prepared, are: Field's *Outlines of an International Code* (1876), Bluntschli's *Le droit international codifié* (3rd ed. 1881), Fiore's *International Law Codified* (Borchard's transl., 1918), the Draft of the International Commission of American Jurists (Rio de Janeiro, 1927), the Convention on Treaties adopted by the Sixth International Conference of American States, Havana, 20 February 1928, a draft considered by the Seventh International Conference of American States, 1933, and the Draft Convention on the Law of Treaties prepared in 1935 by Messrs. Garner and Jobst which is part of the Research in International Law undertaken under the auspices of the Faculty of the Harvard Law School. The articles of these drafts which are relevant to the matters so far dealt with in the present draft are annexed to the latter (see appendices).

12. Of the drafts mentioned, the last-mentioned, the Harvard Draft, is accompanied by a commentary and bibliography of the highest value. The Secretariat of the United Nations has furnished the Special Rapporteur with a bibliography covering the years since 1935, which in effect brings the bibliography of the Harvard Draft up to date. It has also collected for him the formal clauses of the principal multipartite treaties concluded and drafted during the last ten years. And it has furnished materials relating to the developments of treaty practice which have come to the attention of the Legal Department. The Secretariat has also undertaken on behalf of the Rapporteur special inquiries into certain aspects of the treaty practice of the United States of America and of the Organization of American States. The United States Department of State and the Secretariat of the Organization of American States have courteously assisted in these inquiries.

III. TEXT OF DRAFT CONVENTION WITH COMMENT

INTRODUCTORY COMMENT

13. When the present draft is completed it will be preceded by an Introductory Comment replacing the Explanatory Note by the Rapporteur and incorporating and amplifying the discussion of the matters referred to in the latter.

Chapter I. Introductory

Use of the term "treaty"

Article 1. As the term is used in this Convention

(a) A "treaty is an agreement recorded in writing between two or more States or international organizations which establishes a relation under international law between the parties thereto.

Comment

14. Article 1 is not intended to supply an independent definition of a "treaty" but merely to indicate what is the general scope of this Draft Convention.

15. The term "treaty" is used, especially in the jurisprudence of States with written constitutions, in a restricted sense to denote an agreement arrived at by particularly solemn means which is usually expressly designated a "treaty". But it is also used in a wider sense — especially in the well-known expressions "treaty-making power" and "law of treaties". In this wider sense "treaties" do not perhaps exhaust the whole category of obligations *ex contractu*, or even of agreements, between international persons. Thus the duty of registration undertaken by Members of the United Nations in Article 102 of the Charter extends not only to "treaties" but also to "every international agreement". A similar antithesis between a "treaty" and an "international engagement" appeared in Article 18 of the Covenant of the League of Nations. According to an interpretation of Article 18 which the League Council accepted in 1920 the obligation of registration thereby imposed extended to "every formal Treaty of whatsoever character and

every International Convention" as well as "any other International Engagement or Act by which nations or their Governments intend to establish legal obligations between themselves and another State, Nation or Government".² In practice the separate registration of agreements for the revision or prolongation of treaties was regarded as called for. But the view of the United Kingdom Government that the registration of certain financial arrangements between States as not called for was not opposed.³ And in 1921 an Advisory Committee of Jurists appointed to consider the matter regarded "technical regulations defining, without in any way modifying [another] instrument . . . or . . . only designed to enable such an instrument to be carried into effect" as outside the scope of Article 18.

16. In Article 102 of the Charter the term "agreement" was expressly adopted "in preference to the term "engagement" which may fall outside the strict meaning of the word 'agreement'".⁴ Nevertheless, the meaning of the term "agreement" as used in that Article is a wider one than is invariably conceded to the term "treaty", being expressly declared by Committee IV/2 of the San Francisco Conference to include "unilateral engagements of an international character which have been accepted by the State in whose favour such an engagement has been entered into".⁵ Resolution 97 (1) on the *Regulations to give effect to Article 102 of the Charter of the United Nations*, adopted by the General Assembly on 14 December 1946 reflect this interpretation, and declarations of acceptance of the Optional Clause of the Statute of the International Court of Justice, as well as declarations by new Members of the United Nations of acceptance of the obligations of the Charter are regarded as registrable thereunder.⁶ Indeed such instruments are registered *ex officio* by the United Nations as treaties or agreements to which the United Nations is a party in accordance with Article 4 (1) (a) of the Regulations. The same is the case with Trusteeship Agreements, notwithstanding the obscurity of the question as to who are the parties thereto.⁷

17. Existing draft conventions on the law of treaties employ the term "treaty" in a more or less extended sense. Thus article 1 of the Harvard Draft Convention⁸ extends to any "formal instrument of agreement by which two or more States establish a relation under international law between themselves". Likewise the Havana Convention on Treaties seems to employ the term as embracing all agreements between States which are recorded in writing and subject to ratification.

18. The present draft follows both the practice of

² *League of Nations Official Journal*, 1920, p. 155.

³ Draft Convention on the Law of Treaties (later referred to as Harvard Draft Convention) in Supplement to the *American Journal of International Law*, vol. 29, No. 4 (1935), p. 913.

⁴ U.N.C.I.O. Documents, vol. XIII, p. 705.

⁵ *Ibid.*

⁶ *United Nations Treaty Series*, vol. I, p. XVI.

⁷ O. Schachter, "The Development of International Law through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat", *British Year Book of International Law*, vol. 25 (1948), pp. 91, 129-131.

⁸ *Harvard Draft Convention on the Law of Treaties*, Comment, p. 687.

international organizations in the matter of registration and also existing drafts in giving a broad rather than a narrow meaning to the term "treaty". The implications of the meaning adopted are discussed by way of comment on the several phrases of article I.

(i) A "treaty" is an agreement...

19. As pointed out below, both writers and existing drafts tend to employ the term "treaty" in the sense of an instrument or document recording an agreement. This use must not, however, be allowed to conceal that the essence of a "treaty" lies in the agreement or *consensus* brought into existence by the act of its formal conclusion. For it is admitted that there is no absolute rule of law requiring that a treaty should be in writing.⁹ The present draft therefore defines a treaty as an agreement. And it includes within that definition an agreement effected by an exchange of notes or otherwise arrived at by some means other than the joining of the parties in the making of a single instrument.

20. Not every agreement, even between entities possessing capacity to make treaties, is, however, a treaty. At least within the meaning of the present draft the use of the term "treaty" is confined to the connotation of such agreements between international persons as establish relations under international law (i.e. create rights or obligations in international law) between the parties.¹⁰ International legal rights and obligations may of course arise otherwise than by agreement between a plurality of persons. They may thus arise by unilateral act, or as a result of an act to which the beneficiary of rights created by such act is a stranger. But there is a considerable division of opinion as to the extent to which international legal rights arising otherwise than *ex delicto* can be created by a truly unilateral act.¹¹ A possible explanation of the binding force of so-called unilateral declarations creative of rights against the declarant is to be found in the theory of presumed consent of the beneficiary.¹² If this theory be correct the categorization of such declarations as treaties, whether for the purposes of Article 102 of the Charter of the United Nations or otherwise, is permissible. If not, the confinement in the present draft of "treaties" to "agreements" serves sufficiently to exclude unilateral declarations. The formula adopted appears in any event to permit experience and practice to "aid in giving definition... to the kinds of treaty or agreement requiring registration under the Charter", as was recognized to be desirable by the Sixth Committee of the General Assembly in its report on the *Regulations to give effect to Article 102*.¹³

(ii) ... recorded in writing ...

21. Agreements between international persons do not indeed lack binding force merely because they are not in writing. Thus the binding nature of oral agreements has been recognized by the *Permanent Court of Inter-*

national Justice on several occasions.¹⁴ But it is not to be denied that a customary general form in which treaties are drafted and their provisions arranged has developed. The implication behind the registration provisions of Article 18 of the Covenant of the League of Nations and Article 102 of the Charter of the United Nations is that the "treaties" and "engagements" and the "treaties" and "agreements" to which these provisions respectively refer must be in writing. Modern writers, whilst not denying the validity of oral agreements, have tended to insist that "treaties" be in writing.¹⁵ Existing drafts on the law of treaties have prescribed the same rule.¹⁶

22. No other rule appearing practicable, the present draft is confined in its scope to agreements in writing and the term "treaty" is defined accordingly in the present draft as "an agreement recorded in writing".

23. The term "writing" is to be understood to include typewriting and printing and, indeed, any other permanent method of recording. But though, within the meaning of the present draft, it is required that an agreement should be recorded in writing to come within its scope, this must not be taken to imply that only a written instrument is a "treaty" for its purposes. For the recording of treaties is in practice required as evidence of their terms. If this evidence be provided by means of a writing, it would seem to be immaterial whether or not that writing purports to be an instrument. It may well be that "in the intercourse of sovereign States [not] every exchange of messages, some formal and some informal, should be deemed to result in a new and binding agreement as soon as the parties have reached the stage of affirming identical propositions".¹⁷ Nevertheless, a cursory examination of the *United Nations Treaty Series* reveals at once that it is the frequent practice of States to conclude binding agreements by means of exchanges of notes. And of recent years a practice has developed of drawing up *memoranda* of agreement, either signed or merely initialled by the negotiators. This practice is as yet confined to the common law countries and is clearly derived from domestic law.¹⁸

24. There appears to be no reason of either principle or convenience for excluding agreements evidenced either by exchange of notes or memoranda of agreement from the scope of a convention on the law of treaties. The present draft does not, therefore, follow the Harvard Draft Convention in confining the use of the term

¹⁴ *The Eastern Greenland Case, Publications of the P.C.I.J.*, Series A/B No. 53, pp. 91-92; *The Mavrommatis Case, ibid.*, Series A, No. 5, p. 37; *The Upper Silesia Case, ibid.*, Series A, No. 7, p. 13; *The Free Zones Case, ibid.*, Series A/B, No. 46, pp. 170, 172.

¹⁵ See the literature cited in the *Harvard Draft Convention* Comment, p. 731.

¹⁶ *Ibid.*, article 1 (a) and Comment, pp. 730-731.

¹⁷ *The Blonde and other ships, England, Appeal Cases* (1922) 1 AC 313, 321.

¹⁸ See the United States-United Kingdom Memorandum of Agreement relating to the Economic Fusion of the American and British Zones of Occupation in Germany, 1946, *United Nations Treaty Series*, vol. 7, p. 163; the Memorandum of Agreement relating to the Production and Marketing of Wheat, Washington 1942, *ibid.*, vol. 8, p. 237; and the Agreed Declaration Relating to Atomic Energy, *ibid.*, vol. 3, p. 123.

⁹ See further para. 21, *infra*.

¹⁰ See para. 25-32, *infra*.

¹¹ See the cases and literature cited in the *Harvard Draft Convention*, Comment, pp. 926-937.

¹² See U.N.C.I.O. Documents, vol. XIII, p. 705.

¹³ A/266, p. 2.

"treaty" to a "formal instrument of agreement": Article 1 (a). Nor does it follow other existing drafts by requiring that a "treaty" must *itself* be in writing.

(iii) ... *between two or more States or international organizations* ...

25. Both a State and an international organization are defined in Article 2 of the present draft.

26. This draft differs from any existing draft in recognizing the capacity of international organizations to be parties to treaties. That capacity was not indeed denied by the Harvard Draft Convention which, however, arbitrarily excluded from its scope any agreement to which any entity other than a State was a party. In so far as concerned the agreements of international organizations, this attitude was adopted "because of their abnormal character and the difficulty of formulating general rules which would be applicable to a class of instruments which are distinctly *sui generis*".¹⁹ It is now, however, impossible to ignore this class of agreements or to regard the existence as an abnormal feature of international relations. For the International Court of Justice has observed, of the United Nations, that "The Charter has not been content to make the Organization created by it merely 'a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends' (Article 1, para. 4). It has equipped that centre with organs, and has given it special tasks. It has defined the position of the Members in relation to the organization by ... providing for the conclusion of agreements between the Organization and its Members. Practice—in particular the conclusion of conventions to which the Organization is a party—has confirmed this character of the Organization ...".²⁰ The difficulty of finding rules common to the treaties of States and to those of international organizations is, moreover, not insuperable.

27. But the present draft follows others in so far as it is confined in its scope to agreements concluded between international persons.²¹

(iv) ... *which establishes a relation* ...

28. The present draft differs from the Harvard Convention in that it does not regard as treaties instruments which merely "seek to establish relations" under international law between the parties. The words quoted were employed in the latter draft in order to comprehend, firstly, "a treaty [which] might define or establish relationships as between the parties without necessarily creating rights or obligations for the parties" and, secondly "[Treaties] which have been negotiated and perhaps signed and even ratified by some States, yet which have not come definitively into force because they have not been ratified by a sufficient number of States, or if so, because the ratifications have not been exchanged or deposited".²²

29. As to the first category of "instruments" referred to, it is no doubt the case that States do on occasion conclude "agreements" which create neither rights nor obligations for the parties. But such "agreements", howsoever named, are not acts in the law and are therefore of no significance from the point of view of the law of treaties.

30. A draft of terms which are intended to be accepted as binding but which are not in fact accepted by the negotiating parties or which for some other reason never come into force, on the other hand, is of significance in the law of treaties. For that law is the system of rules governing both the negotiation and conclusion as well as the operation of treaties. And it is of course the case that a draft for an agreement is frequently termed a "treaty"; for its text will ordinarily be drawn up on the assumption that it will ultimately enter into force and will therefore employ the language appropriate to a binding agreement. A certain linguistic difficulty must, therefore, inevitably pervade the framing of rules for the conclusion of treaties. This is especially the case when the term "treaty" is used primarily to connote the instrument or document embodying a binding agreement rather than the agreement itself. In existing drafts, as well as in the literature of international law, this usage is very prevalent.²³ It is innocuous provided that it does not obscure the real nature of a treaty, which is a legal act or transaction, rather than a document. And the linguistic difficulty it creates can be avoided by the use, in reference to the text of a projected agreement, of some such expression as "draft treaty" or "*projet*". The confinement in the present draft of the term "treaty" to its strict meaning—an act in the law comparable to the contract of domestic law—renders any such device unnecessary.

(v) ... *under international law* ...

31. The purpose of this qualification is to exclude from the category of "treaties" in the sense of the present draft transactions between States or international organizations referable to the context of some other system of law, such as a domestic system. It is not, it is apprehended, possible to deny the international legal quality of transactions between international persons merely because the same transactions might be effected by other categories of persons, e.g. contracts of sale or carriage. But at the same time it is possible for international persons to contract, in the same manner as other categories of persons, under domestic law. And transactions of a private law nature do not acquire the character of treaties merely because the parties thereto are international persons.

(vi) ... *between the parties thereto*

32. It is indisputable that a treaty between States may expressly create rights for other persons, whether

¹⁹ *Harvard Draft Convention, op. cit.*, Comment, p. 692.

²⁰ *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pp. 174, 178-179.*

²¹ See further para. 34, *infra*.

²² *Harvard Draft Convention, op. cit.*, Comment, pp. 692-693.

²³ See appendices, *infra*. *Harvard Draft Convention*, article 1 (a); *Field's Code* § 188; *Bluntschli's Draft* § 418; *Fiore's Draft Code* § 744. Contrast, however, the Havana Convention, article 2.

international persons or lesser entities.²⁴ It is equally indisputable that an international person may have relations *ex contractu* with an entity other than another such person. If transactions of this type are not referable to any system of domestic law, it appears that they must be considered to be contracts of international law. They are not, however, treaties. And, notwithstanding that a treaty may create rights for others than the parties; it is of the essence of such an agreement that it shall create either rights or obligations between the parties. The present draft therefore incorporates this condition in the definition of a treaty which it employs.

Article 1. As the term is used in this Convention

...

(b) A "treaty" includes an agreement effected by exchange of notes.

Comment

33. Despite the great multiplication in recent years, to which the contents of the *United Nations Treaty Series* bear witness, of agreements arrived at by exchange of notes, existing drafts do not include such agreements within the meaning of the term "treaty" or within the scope of the "law of treaties". Their exclusion is indeed inevitable where the term "treaty" is used to connote, not an agreement, but an instrument or document the execution or drawing up of which effects an agreement.²⁵ No doubt a subsidiary reason for their exclusion is the susceptibility of the recognized form of an exchange of notes for purposes other than the conclusion of treaties, e.g., the interpretation of treaties.²⁶ But it would appear to be generally admitted that "agreements concluded in [the form of exchanges of notes] have the juridical force and effect of treaties" and "they are considered by many writers as falling within the category of treaties equally with protocols, arrangements, declarations and other international agreements designated by other names. They are often published in official treaty collections . . .".²⁷ They have, it is true, a peculiar form and because of this it is the case that in the past it was "difficult . . . to formulate a body of general rules which would apply equally to them and other instruments having a different form".²⁸ Having regard, however, to the circumstance that exchanges of notes require registration in accordance with Article 102 of the Charter, it is thought unrealistic to exclude them from the purview of the present draft. The manner in which the institution of ratification is here dealt with (as to which see especially article 9) and the definition of a "treaty" as an "agreement" rather than an instrument (see article 1 (a)), enables them to be included notwithstanding

the differences in form between exchanges of notes and other types of treaties.

Article 1.

...

(c) The term "treaty" does not include an agreement to which any entity other than a State or international organization is or may be a party.

Comment

34. The expressions "State" and "international organization", as used in the present draft, are defined in article 2. Examples of entities other than States or international organizations in this sense would be associations, companies, churches, commissions, provinces, cities, and members of federal unions not possessing the attributes of States. But it is not implied that agreements to which such entities, in addition to States or international organizations, are parties, lack binding force, or that their obligatory force is not derived from international law. Nor, of course, is it intended to exclude from the category of treaties dealt with in the present draft, agreements to which the nominal parties are heads of States or governments, or organs or officials of international organizations. Agreements between the component members of federal States and either foreign States or international organizations are, however, excluded.

35. The clause is based principally on article 1 (c) of the *Harvard Draft Convention*.

Use of certain other terms

Article 2. As the terms are used in this Convention

(a) A "State" is a member of the community of nations.

Comment

36. This clause of the present draft does not attempt a definition of a "State" but merely an explanation of the scope of the draft. No authoritative definition of a State appears to exist, but the International Law Commission did not consider that it was necessary to include one in the Draft Declaration on Rights and Duties of States.

37. As it is used in this Convention, the term "State" would clearly apply to all Members of the United Nations or of specialized agencies and all parties to the Statute of the International Court of Justice. It would also apply to the Vatican City State. But it would not apply to such entities as cantons or provinces of a federal State, completely lacking in international personality.

38. The clause is based principally on article 2 (a) of the *Harvard Draft Convention*.

Article 2. As the terms are used in this Convention

...

(b) An "international organization" is an association of States with common organs which is established by treaty.

Comment

39. The term "international organization" is an

²⁴ As to third States, see the *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Publications of the P.C.I.J., Series A, Nos. 22 and 24, Series A/B, No. 46; as to international organizations, see *Reparations for Injuries suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion*, I.C.J., Reports 1949, pp. 174, 178; and as to entities other than international persons, see *Advisory Opinion concerning the Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Publications of the P.C.I.J., Series B, No. 15, p. 17.

²⁵ See *Harvard Draft Convention, op. cit.*, Comment, p. 698.

²⁶ See Satow, *A Guide to Diplomatic Practice* (3rd ed.) para. 689.

²⁷ See *Harvard Draft Convention, op. cit.*, Comment, p. 698.

²⁸ *Ibid.*

ambiguous one. But as defined for the purposes of the present draft it would include the United Nations, all specialized agencies, and such regional organizations as the Organization of American States. It would not include such an institution as the Australia-New Zealand Affairs Secretariat which, though established by treaty, has parallel rather than common organs.²⁹

40. The requirement which the clause imposes that an international organization shall be established by treaty is derived from Article 57 of the Charter of the United Nations. The further requirement that an international organization shall have common organs rests upon no such authority but is derived from the inherent nature of treaties as joint expressions of the several wills of the parties, and from the circumstance that an entity without sovereign organs can have no will.

Chapter II. Capacity to make treaties

Capacity in general

Article 3. All States and international organizations have capacity to make treaties, but the capacity of some States or organizations to enter into certain treaties may be limited.

Comment

41. This Article deals exclusively with the rules of international law respecting capacity to make treaties. By that law capacity to make treaties is commonly said to be an attribute of the sovereignty of States. And it has been treated by the International Court of Justice as the principal evidence of the international personality of organizations of international.³⁰

42. As respects States, whilst in general international law imposes no limitations upon their treaty-making capacity, the capacity of a particular State to enter into any category or all categories of treaties may be limited by reason of its qualified status or its existing treaty obligations. Thus the Free City of Danzig, though held to be a State by the Permanent Court of International Justice, was subjected to certain limitations affecting both the extent and the manner of exercise of its treaty-making power.³¹ Likewise, a neutralized State is presumably incapable of concluding a treaty of offensive alliance. And, similarly, Article 20 (1) of the Covenant of the League of Nations, at least according to one construction, limited the capacity of the Members of the League to enter into engagements inconsistent with the terms of the Covenant.

43. As respects States also, their treaty-making capacity may appear to be limited by their constitutions. But it is an open question still whether such self-limitation results in any diminution of capacity under international law. The important question of the effect of constitutional provisions upon the exercise of a State's capacity to make

treaties is therefore dealt with in the present draft in a separate article, article 4.

44. In so far as concerns international organizations, their constitutions are of even greater influence upon their capacity to make treaties than is the case with States. For the primary source of such capacity in an organization is express provision in the constituent instrument. But it is not to be presumed that an international organization cannot make treaties simply because its constitution does not so provide in terms. Thus a treaty-making capacity was claimed for, and exercised by, the League of Nations notwithstanding that there was no mention of it in the Covenants.³² Both the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice regulated the question of their privileges and immunities by treaty notwithstanding that there was no express power so to do conferred by their respective Statutes. And Article 63 of the Charter, which provides for the bringing of specialized agencies into relationship with the United Nations by means of the conclusion of agreements, though it expressly empowers the Economic and Social Council to conclude agreements to this end, clearly contemplates a parallel capacity in the specialized agencies without regard to terms of their respective constituent instruments. But it is clear that the inherent treaty-making capacity of international organizations, which thus exists, is confined to capacity to make treaties compatible with the letter and spirit of their several constitutions.

45. To the extent that it relates to States, Article 3 is based principally upon article 3 of the Harvard Draft Convention.

Constitutional provisions as to the exercise of capacity to make treaties

Article 4. (1) The capacity of a State or international organization to make treaties may be exercised by whatever organ or organs of that State or organization its constitution may provide.

Comment

46. Whilst there is no absolute agreement as to the international legal effect of constitutional limitations on the treaty-making capacity of States or constitutional restrictions or rules as to its exercise, it is clear that the constitutions of many States contain provisions purporting to restrict or regulate the making of treaties. Article 2 (2) of the Constitution of the United States of America is the classic example of such a provision.

47. Equally, though a certain inherent treaty-making capacity may be claimed for international organizations, the constitutions of some organizations make express provision for the conclusion of certain types of treaties, and for the manner of their making. Thus article 43 (paragraph 1) of the Charter contemplates the making of agreements as to the contributions of Members to the forces and facilities to be placed at the disposal of the Security Council. By paragraph 3 of the same

²⁹ See *British Year Book of International Law*, vol. XXIII, (1946), pp. 476-482.

³⁰ *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1949, pp. 174, 179.

³¹ See *Treatment of Polish Nationals in Danzig*, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 44, pp. 23-25.

³² See in particular Fischer Williams, in *International Law Association, Thirty-Fourth Report* (Vienna, 1926), pp. 675, 686-690.

article the power to enter into such agreements on behalf of the United Nations is vested in the Security Council. By Article 63 (paragraph 1), on the other hand, the conclusion of agreements bringing specialized agencies into relationship with the United Nations is vested in the Economic and Social Council, subject to the approval of the General Assembly. The agreements in fact made in pursuance of the latter paragraph are expressed to be made between the United Nations itself, on the one hand, and the specialized agencies concerned, on the other. In respect of each there has also been concluded a "Protocol concerning . . . Entry into Force . . ." signed on the part of the United Nations, by the Secretary-General, and, on the part of the specialized agency concerned, by its chief executive officer, and reciting the approval of the principal agreement by the General Assembly and its negotiation by the Committee on Negotiations with Specialized Agencies of the Economic and Social Council and an appropriate delegation of the specialized agency concerned. Each principal agreement likewise provides for the conclusion of supplementary arrangements for its implementation between the Secretary-General and the chief executive officer of the specialized agency concerned.⁸³

48. In view of the division of opinion as to the international legal effect of restriction of capacity to make treaties or of regulation of its exercise in the constitutions of States, it is open to the draftsman of a code of the law of treaties to take up any one of three attitudes on the matter. He may either side with those who hold that "the State can speak with only one voice in international law" and adopt either expressly or impliedly the rule that the treaty-making capacity of a State resides in its Head and that any constitutional provision to the contrary is of no effect. No existing draft which has been considered in fact takes this attitude. Indeed most adopt the very opposite rule that the treaty-making capacity of a State is vested solely in the domestically competent organ.⁸⁴ But a third alternative is to adopt either of the views already outlined obliquely by providing simply that a treaty concluded by a constitutionally incompetent organ either does or does not bind a State.⁸⁵ A drawback to this third alternative is that not all constitutional provisions regulating the making of treaties expressly declare the State concerned not bound by a treaty made otherwise than in accordance with them.^{85a} Further, amongst the many writers who maintain that such a treaty has no international legal effect, a considerable number maintains no less that the State concerned may be responsible *quasi ex delicto* for an injury to another State resulting from reasonable reliance upon a representation of constitutional competence.⁸⁶

49. The manner in which the capacity of both States and international organizations to make treaties is sought

to be dealt with as a single whole in the present draft renders it impossible to adopt the third alternative method outlined above. For no doctrine of implied warranty of authority which may be applicable to States can be applied to international organizations without serious modifications.⁸⁷ It has been necessary, therefore, to decide between the recognition and the denial of the international legal significance of constitutional self-limitation upon treaty-making capacity. And, having regard to the prevalence and notoriety of provisions in the constitutions of States regulating the making of treaties, and to the existence of similar provisions in the constitutions of international organizations, notably the Charter of the United Nations, the former has been decided upon.

Article 4

...

(2) In the absence of provision in its constitution to the contrary, the capacity of a State to make treaties is deemed to reside in the Head of that State.

Comment

50. Notwithstanding that, as is apprehended, both the practice and theory of modern times justify the conclusion that international legal effect is to be attributed to constitutional limitations on the treaty-making capacity of States or on its exercise, it is clear that, where the constitution of a State is silent as to the organ competent to make treaties, capacity is to be presumed to reside in the Head. The present draft therefore makes express mention of this. And the term "Head", as here employed, must obviously be taken to include a supreme organ as well as a personal Head.

Article 4.

...

(3) In the absence of provision in its constitution to the contrary, the capacity of an international organization to make treaties is deemed to reside in its plenary organ.

Comment

51. If it is, at the least, unrealistic to deny effect to constitutional provisions respecting capacity to make treaties in the case of States, it is impossible to do so in the case of international organizations, which are in a sense but *traités organisés*, or living constitutions. At the same time, as has been pointed out above, the terms of the constitution of an international organization do not necessarily indicate where within that organization its inherent, or even its express, treaty-making capacity resides. But an international organization has no personal Head in the same sense that a State may have a personal Head. And it is clearly impossible to attribute its residuary or implied treaty-making capacity to the organization's chief executive officer. Nor does an international organization necessarily have a single supreme organ. Thus within the League of Nations the Council and the Assembly were co-ordinate. As respects the United Nations, though all three Councils are, along

⁸³ See E/1317.

⁸⁴ See appendices, *infra*: *Field's Code*, § 190; *Fiore's Draft Code*, § 751; *Havana Convention*, article 1.

⁸⁵ *Ibid.*: *Bluntschli's Draft Code*, § 404; *Harvard Draft Convention*, article 21.

^{85a} *Harvard Draft Convention*, *op. cit.*, Comment, pp. 993-995.

⁸⁶ *Ibid.*, article 21 and Comment, pp. 1008-1009.

⁸⁷ P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations* (New York, The Macmillan Company, 1948, p. 130).

with the General Assembly, designated as "principal organs" in Article 7, paragraph 1 of the Charter, it is to be noted that the treaty-making capacity of the Economic and Social Council provided for in Article 63 is exercisable only subject to the approval of the General Assembly. It is indeed clear that the General Assembly is supreme over the Economic and Social and the Trusteeship Councils in all respects. But the case is quite otherwise with the Security Council and, within its sphere, the latter, as appears from Article 12, paragraph 1, is supreme. Thus it would seem that in the United Nations there are two distinct "sovereign" organs, though of course both of them are merely supreme under the constitution which, as in every international organization, is the source of every capacity the organization possesses.

52. In view of the difficulty outlined it would appear reasonable to lay down as a general rule that, if its constitution neither expressly nor impliedly provides for the case, the capacity of an organization to make treaties resides in its plenary organ, wherein are represented the totality of States whose several sovereignty is the original source of all power of the organization. Such a rule has been applied in at least one case with respect to the United Nations. Thus, when it was provided in the Final Protocol to the International High Frequency Broadcasting Agreement of April 1949 that "The United Nations, should the Secretary-General of the United Nations accept this Agreement on behalf of the United Nations' telecommunications services, shall be regarded as a Party to the Agreement for the purposes of this Agreement", advice was taken by the department of the Secretariat concerned as to the capacity of the Secretary-General to accede to the agreement on behalf of the United Nations and, notwithstanding the conclusion that such capacity existed in view of the exclusively administrative character of the agreement itself and of the terms of the agreement whereby the International Telecommunication Union was brought into relationship with the United Nations, a report of the action of the Secretary-General on the matter was made to the General Assembly (information supplied by the Secretariat).

53. It is thought that the opening words of the clause — "In the absence of provision in its constitution to the contrary" — are sufficiently wide to cover a case where the constitution of an international organization implicitly rather than explicitly contemplates the exercise of treaty-making capacity by an organ other than the plenary organ. In this connexion it may be noted that whereas the text of Articles 57 and 63 of the Charter of the United Nations speak only of the conclusion by the Economic and Social Council of agreements with "specialized agencies", Committee II/3 of the San Francisco Conference stated that it was not intended to preclude that organ from entering into agreements, at its discretion, in order to bring "other types of inter-governmental agencies" into relationship with the United Nations.³⁸ The view is tenable that the wider treaty-making capacity implied by this statement is deducible from the general mandate of the Economic and Social Council which, in any event, is subordinate to the General Assembly in a

substantial measure: see especially Articles 62, paragraphs 1, 3; 63, paragraph 1 and 66, paragraph 3 of the Charter. But it may be noted that it was denied on behalf of the United Nations, in the course of the negotiations with the Universal Postal Union, that an international organization could be "brought into relationship" with the former otherwise than as a "specialized agency".³⁹

Exercise of capacity to make treaties

Article 5.

...

(1) In the absence of provision in its constitution to the contrary, the exercise of the capacity of a State or international organization either to negotiate or to conclude treaties may be delegated.

Comment

54. The more modern of existing drafts on the law of treaties do not deal with the topic of Full Powers although earlier drafts did so.⁴⁰ The League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law considered that the topic should be included in any draft to be undertaken.⁴¹ In view of the practical importance of the matter it is considered that it should be dealt with in the present draft. The first clause of article 5, however, is confined simply to a statement of the principle that the exercise of treaty-making capacity may be delegated. The words "either to negotiate or to conclude" are used advisedly in order to indicate the distinction between "full powers to negotiate" and "full powers to negotiate and/or sign", familiar in diplomatic practice. This distinction is emphasized and amplified in the second clause of the article.

Article 5.

...

(2) Delegation of the exercise of the treaty-making capacity of a State or international organization may be effected either

(a) Expressly, by the issue to representatives of full powers to negotiate, to negotiate and conclude, or to conclude a treaty or treaties; or . . .

Comment

55. The term "full powers" is a highly misleading one. The "powers" of a delegate to a diplomatic conference are frequently found not to be "full" in the sense that although they may authorize participation in the drafting of a projected treaty, they do not authorize such delegate to bind his State thereto, or even to attach his signature to the agreed text. Equally often "full powers" are so loosely drafted it may be a serious question whether they relate to the particular treaty it

³⁸ *Union Postale Universelle, Documents du Congrès de Paris* (1948), vol. ii, p. 200.

⁴⁰ See appendices, *infra*. *Field's Draft Code*, sections 192 (iii), 193, 195; *Bluntschli's Draft Code*, sections 405, 406, 409; *Fiore's Draft Code*, sections 753, 754, 755b.

⁴¹ League of Nations, Document C.47.M.24.1926.V.

³⁹ *U.N.C.I.O. Documents*, vol. X, pp. 272-273.

is intended that a delegate shall negotiate, sign or accept on behalf of his State. The result is that the question of credentials often occupies an undue amount of time and that depositories are required to undertake correspondence of a burdensome and avoidable character. It would appear, however, that this result could largely be excluded by the stricter observance of forms, upon the effect of which there is no disagreement. The purpose of this clause in the present draft is to re-state the well-recognized distinction between the different types of full powers in general use and to draw attention to the desirability of precise reference in them to the particular negotiations or treaties to which they are intended to relate.

Article 5.

...

(2)

...

(b) Implicitly, as a result of the investment of an individual or individuals with ministerial functions.

Comment

56. It would appear that a personal Head of State requires no full powers in order to negotiate or conclude a treaty. In so far as negotiation is concerned, such a Head of State is recognized by international law to possess the *jus repraesentationis omnimodae*. Thus President Wilson is described in the Preamble to the Treaty of Versailles as "acting in his own name and by his own proper authority". As to acceptance of a treaty so as to bind the State, when a Head of State is not the repository, or not the sole repository, of the treaty-making capacity, it is a serious question whether or not his independent and unconstitutional acceptance is effective in international law. Upon that question, the present draft takes the position that constitutional limitations on the powers of Heads of State are operative in the international sphere.⁴² This position perhaps involves acceptance of the thesis that a Head of State whose powers are constitutionally limited is a delegate of the treaty-making capacity of a State. But that thesis is also inherent in the traditional attribution to him of a *jus repraesentationis*. However, he needs no full powers in the ordinary sense of the term, so that the case is one of implied rather than express delegation.

57. Heads of State are not the only functionaries to whom international law appears to concede by implication from their offices power to make treaties on behalf of States. Thus it is said of a Foreign Minister that "His position at home is regulated by Municipal Law. But International Law defines his position regarding international intercourse with other States".⁴³ And the capacity of a Foreign Minister to bind the State by means of a declaration in the nature of a treaty made within the sphere of his proper functions was recognized by the Permanent Court of International Justice in the *Legal Status of Eastern Greenland Case*.⁴⁴

⁴² See paras. 46-49, *supra*.

⁴³ L. Oppenheim, *International Law* (London, Longmans, Green and Co., 1948), p. 682.

⁴⁴ *Publications of the P.C.I.J.*, Series A/B No. 53, pp. 73, 91.

58. It is apprehended that international law has now gone further in the attribution of implied authority to make treaties. Thus it has been not uncommon for other Ministers of States besides Foreign Ministers to negotiate treaties and to accept them as binding on behalf of States. This is especially the case with Secretaries or other Heads of Treasury Departments. Agreements concluded by such officials do not appear in general to be made in virtue of express full powers.

59. Similarly, in the case of international organizations, the conclusion of treaties of secondary importance appears to be within the general authority of their Secretaries-General or other chief executive officers. This circumstance appears to be recognized in so far as concerns the Secretary-General of the United Nations by the attribution to him in the agreements with the specialized agencies, to which the General Assembly has given approval, of capacity to enter into arrangements supplementary to such agreements.⁴⁵

60. The purpose of this clause in the present draft is to indicate the limits of implied authority to exercise the treaty-making capacity of States and international organizations. The terms "ministerial functions" which it employs must be understood to connote such functions as are commonly exercised by Ministers of States, by the Foreign Ministers or others, having concern with the foreign relations of States, or with any aspect of such relations.

Chapter III. The making of treaties

Authentication of texts of treaties

Article 6. The authentication of the text or texts of a treaty may be effected by

(a) The signature of the duly authorized representatives of the States or international organizations which have taken part in the negotiation of that treaty; or

(b) Incorporation in the Final Act or other record of a conference of such representatives, similarly authenticated; or

(c) Incorporation in the resolution of an organ of an international organization authenticated in whatever manner the constitution thereof may provide; or

(d) Other formal means.

Comment

61. If existing drafts do not provide in terms for the authentication of the records of treaties, this is because the process of authentication is commonly part of that of negotiation or conclusion, the same act serving more than one purpose. Thus when a treaty is signed by the negotiators subject to ratification the signatures affixed to its text serve both for the purpose of authenticating the latter as a correct record of the terms the several parties are willing to consider accepting as binding, and also as part of the process whereby the parties do in fact become bound by those terms. Likewise, in the case of a treaty binding on signature, its signature

⁴⁵ See paras. 47 and 52, *supra*.

on the part of any party constitutes both an act of authentication of its terms and an act of final acceptance of these terms.

62. In such cases as those treated in the foregoing paragraph it is not wholly correct to say that the signature of the text of a treaty on the part of one party alone constitutes an authentication of that text. Such signature is rather an act contributing to the authentication of the text in question, and the process of authentication is completed only when the text has been signed on behalf of the other negotiating parties also, or at least on behalf of a substantial number of them. The practice of authenticating treaties by multilateral signature may seem to be an unduly cumbersome process. Convenience might be held to render desirable its abandonment in favour of some simpler device in the same manner that the practice of exchanging ratifications between each and every party to a multipartite treaty has been abandoned in favour of deposit of instruments of ratification with a single depository. No doubt some very considerable simplification of the steps which lead finally to the conclusion of a binding treaty could be achieved. In some cases the number and complication of these steps is in truth wholly unnecessary. Thus the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, as a result of an ill-considered incorporation of formal clauses developed under the auspices of the League of Nations not for the simplification of the mechanics of treaty-making but, what is a different thing, for the encouragement of their rapid acceptance by States, provides for the adoption of its text by the General Assembly, its signature, ratification of signature, and the drawing up of a *procès-verbal* of entry into force. The Secretary-General of the United Nations is, moreover, required by its terms to communicate to parties or potential parties no less than seven different kinds of notifications. That official has also certain functions to perform in connexion with the calculation of the date of entry into force of the Convention. And he is charged with the furnishing to interested States of certified copies of its text and must of course, if it enters into force, register and publish it also.⁴⁶ It is difficult to believe that all these processes are necessary.

63. In recent years methods of authentication of the texts of treaties, other than that of signature on behalf of all or most of the negotiating parties have been devised. Thus the incorporation of unsigned texts of projected treaties in signed Final Acts of diplomatic conferences which may have negotiated more than one such text has been resorted to.⁴⁷ And a special procedure, namely, signature by the President of the International Labour Conference and Director or Director-General of the International Labour Office alone, has been applied for the authentication of (draft) international labour conventions since the first establishment of the International Labour Organization.⁴⁸ Treaties which have not been signed at all, all parties resorting instead to a process of accession, have not been

unknown.⁴⁹ The authentication of the texts of these agreements was effected by their incorporation in a resolution of the League Assembly or, as the case may be, of the General Assembly of the United Nations.

64. No doubt these innovations are largely attributable to the development of a quasi-legislative technique of elaboration of treaty texts, involving drafting by an expert body or organ of an international organization rather than by a diplomatic or negotiating conference of representatives of States. An early example of the employment of this technique was the drafting of the Statute of the Permanent Court of Justice by an Advisory Committee of Jurists appointed by the Council in pursuance of its duty, under Article 14 of the Covenant of the League of Nations, to "formulate and submit to Members of the League for adoption" plans for the Court. The achievement of the text of the Statute in this way led to an innovation in treaty-making practice of great importance. For, instead of being submitted to the Members of the League individually, the draft Statute was laid before the League Assembly and, after it had been amended to some extent in that body, there was then opened in connexion with it, by the Secretary-General of the League, a protocol of signature. This was, apparently, the first occasion on which the device of "opening" a treaty "for signature" was employed. The practice subsequently became common and was not confined to treaties drafted under the auspices of the League of Nations.⁵⁰

65. In the light of the developments referred to, it is thought useful to emphasize in the present draft the distinction between signature of the texts of treaties as a means of mere authentication and signature as the process, or part of the process, whereby a State or international organization accepts a treaty as obligatory; considered as a means of authentication, signature of negotiators is but one such means, though of course still that which is most common. It may therefore, as article 6 indicates, be dispensed with in favour of some other method of authentication of a treaty text. And it would appear in principle clear that, where some such other method is therein prescribed, it is superfluous to require the authentication of the text of a treaty by signatures. It has, however, to be borne in mind that signature by a party to a treaty may constitute, either alone or when followed by some act in the nature of ratification, the means whereby that party becomes bound by the treaty.⁵¹ As is there explained, there is no evidence whatever that signature as a method of conclusion, as distinct from authentication, of treaties is likely to decline in importance. On the contrary, it appears

⁴⁶ See General Act of 1928 (article 43), Hudson, *International Legislation*, vol. IV, p. 3207, the Revised General Act of 1949, *Official Records of the third session of the General Assembly, Part II, Resolutions*, p. 11; the General Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1946, *United Nations Treaty Series*, vol. I, p. 15; the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, *Official Records of the second session of the General Assembly, Resolutions*, p. 114.

⁴⁹ See, for instance, the "Convention for the Creation of an International Office of Chemistry", Hudson, *op. cit.*, vol. IV, p. 3207.

⁵¹ See further the Comment to article 8, *infra*.

⁴⁶ See A/760.

⁴⁷ See *Harvard Draft Convention, op. cit.*, Comment, pp. 734-735.

⁴⁸ See Treaty of Versailles, article 405.

to be increasing in importance. It might therefore appear that it would be more reasonable to discourage the unnecessary duplication of processes of authentication by a restriction of the use for this purpose of alternatives to signature rather than by restricting the employment of the latter. But it has to be borne in mind that, just as the requirement of signature in a treaty or treaty text may serve a dual purpose, so also may some alternative method of authentication. Thus, whilst the incorporation of the text of a treaty, which has been signed by negotiators, in a resolution of the General Assembly, is superfluous for purposes of authentication, the moral and political force of such a resolution is not to be ignored. Perhaps a more profitable field for economy in this regard might be that of depository functions or that of the registration of treaties. For there can be no doubt that stipulations for the preparation by depositories of certified texts of treaties and, as well, the processes of registration and publication in accordance with Article 102 of the Charter, lead to some duplication of effort. A prerequisite to any simplification, however, is the drawing of a clear distinction between the authenticatory value of any particular act and whatever other significance it may possess.

Acceptance of treaties in general

Article 7. (1) Within the meaning of this Convention a State or international organization has accepted a treaty when it has given its consent to be bound by that treaty.

Comment

66. Clause (1) of article 7 of the present draft is a purely mechanical provision. It relates to the term "acceptance" as used in the draft. That term is used to connote any and every means whereby a State or international organization agrees to be bound by a treaty. As to why the term "acceptance" has been employed in preference to any other, see paragraph 71 *infra*.

Article 7.

...

(2) A State or international organization may accept a treaty in any manner indicated in that treaty.

Comment

67. The methods whereby a State or international organization may accept a treaty, that is, participate in the making of a binding agreement have been largely confined in practice over a very long period of time to the three modes of signature, signature followed by ratification, and accession. Nevertheless, these are merely traditional methods of signification of the will of an international person and possess no greater validity than any other effective expression of will. Moreover, the three methods mentioned have not at all times possessed a constant connotation. Thus ratification has changed its meaning more than once. Originally ratification appears to have been a process of confirmation by a prince of his envoy's act, essential to the validity of the latter. During the eighteenth century, owing partly to the practice of insertion of promises of ratification in full powers, it became a purely formal, but still essential, process of adoption of the act of an envoy. But in the nineteenth century, largely because of the

growth of the constitutional State, ratification again became a material requisite to the binding force of treaties. The promise of ratification was replaced in full powers by the reservation of the requirement thereof, and ratification itself came to be a process of confirmation, not of the mere signature of an envoy, but of the entire text of a projected treaty agreed upon by negotiators. And in the early twentieth century express or implied waiver of ratification became so common that, though there was no denial that, where it was expressly stipulated for, it alone was the real act whereby consent to be bound by a treaty was given, the view was tenable that ratification was not required unless expressly stipulated for.⁵²

68. Similarly, whilst in former times accession was universally understood to be a single process whereby States which had not participated in the negotiation of the terms of a treaty became bound thereby, after their entry into force as between negotiating parties, various innovations of practice of the epoch of the League of Nations tended to impair the value of any such definition of the term. Thus, accession subject to ratification occurred and the League Assembly, by formal resolution, adjudged the practice to be admissible and to be one which should be neither encouraged nor discouraged.⁵³ Accession of States, strangers to their negotiation, to treaties not in force between the negotiating parties was likewise permitted.⁵⁴ And, conversely, there occurred signature and ratification of treaties by States not parties to their negotiation — a proceeding characterized by the League of Nations Committee for the Progressive Codification of International Law as "nothing more than an 'accession'".⁵⁵ And the practice of dispensing with signatures altogether, as to which see paragraphs 63 and 64 *supra*, tended to blur still further the outlines of the traditional conception of accession.

69. Changes in the significance of both ratification and accession reacted, too, upon the institution of signature, considered as a means of conclusion of treaties. Thus it was admitted by the Special Committee of the League Council set up in 1930 to consider means of expediting the signature and ratification of multipartite treaties "that the signature of an international convention on behalf of a country" indicated no more than "an intention on the part of the Government of that country to make a fresh examination of the question with a view to putting the convention in force so far as it [was] concerned".⁵⁶

70. Nor did the development of practice cease with the end of the League of Nations period. Since that time the process of destruction of the traditional distinctions between signatory and acceding parties to treaties has indeed continued. It has been materially accelerated by the employment, in a number of multipartite treaties of first importance, of the expressions "acceptance" and

⁵² See J. Mervyn Jones, *Full Powers and Ratification* (Cambridge University Press, 1946); *Harvard Draft Convention*, *op. cit.*, Comment to articles 6, 7, 8.

⁵³ League of Nations, *Records of the Eighth Assembly*, Plenary, p. 141.

⁵⁴ League of Nations, Document 8 A, 34262.

⁵⁵ *Ibid.* C.357.M.130.1927.V.

⁵⁶ League of Nations, *Official Journal*, 1930, p. 599.

"approval" to connote both ratification and accession as traditionally understood. And there are signs of a growing practice of according to potential parties to treaties a choice of means of becoming bound thereby. Thus there has appeared in connexion with multilateral treaties drafted under the auspices of the United Nations a clause, which, subject to minor variations, purports to enable an intending party to become bound by either

"(a) Signature without reservation as to acceptance; or

(b) Signature with reservation as to acceptance, followed by acceptance; or

(c) Acceptance." ⁵⁷

The form of this clause has not, as has been said, been always constant. The principal variant reads as follows:

(a) Signature without reservation as to approval; or

(b) Signature subject to approval followed by acceptance; or

(c) Acceptance." ⁵⁸

71. The reason for and utility of these innovations is not in every case immediately apparent but is discussed to some extent in the comments to articles 8 and 9 *infra*. They are nevertheless to be explained by the circumstance, which clause (2) of article 7 of the present draft is designed to make clear, that States or international organizations are limited in the choice of methods of becoming bound by treaties only by the common will of the parties, as expressed in the agreed terms of any particular projected treaty. Traditionally the methods of signature, ratification and accession have been employed. But recent practice has tended to depart from tradition and to render the methods referred to of imprecise connotation. The term "acceptance" is therefore used here to connote them all. That term is adopted from the common form clause now used in multipartite instruments concluded under the auspices of the United Nations. It is preferred to the alternative "approval" since the latter is used also to describe the means whereby the endorsement of draft treaties or treaties by organs of international organizations is effected. ⁵⁹

Article 7.

...

(3) Unless the contrary is indicated in a treaty, a State or international organization which has not taken

part in its negotiation may accept that treaty only with the consent of all the parties thereto or, in the case of a treaty which has not yet entered into force, generally, with the consent of all the States, or international organizations, taking part in its negotiation.

Comment

72. Though recent innovatory practices have tended to destroy the traditional distinctions between signatory and acceding parties to treaties, and between ratification and accession, the reality behind these distinctions remains. That is to say, no State or international organization is bound to enter into treaty relations with any other State or organization and, therefore, when two or more States or organizations have either concluded a treaty between themselves or have negotiated the terms of a projected treaty, a stranger to the negotiations is not entitled to become a party thereto unless all who participated in its negotiation consent. However, in the case of a treaty which has already entered into force in accordance with its provisions as between some of the parties to its negotiation, the consent of a negotiating party which has not become a contracting party is not requisite in order that a stranger to the negotiations may accede. And the requisite consents to accession may be given in advance in the negotiated terms of a projected treaty. Where they are not so given it would appear that they may still be given tacitly at some stage subsequent to the negotiation of the projected treaty. ⁶⁰

73. Clause (3) of article 7 reflects the rules stated in the foregoing paragraph. The term "accession" is not, however, used for reasons already indicated. ⁶¹ And the clause does not seek to restrict the liberty of acceptance of treaties by States or international organizations which have not taken part in their negotiation to stages subsequent to entry into force. For contemporary practice does not reveal that any rule of this sort can be laid down. In the first place, as has been indicated already, instances of treaties the terms of which dispense with signature altogether and so render every party in a sense an acceding party are not lacking. ⁶² And, secondly, the use of the standard clause providing that States or organizations may become bound by treaties by any of the methods of signature without reservation as to acceptance, signature with such reservation followed by acceptance, or bare acceptance perpetuates a practice of permitting the reckoning of acceding parties for the purpose of calculating a quorum requisite in the entry into force of a treaty which was inaugurated under the auspices of the League of Nations. ⁶³

74. The term "negotiation" as used in this clause must be understood to include the elaboration or approval of the terms of a projected treaty by an organ of an international organization.

75. As to what is meant by the "entry into force generally" of a treaty, see article 11 of the present draft.

⁵⁷ See A/713. Draft Protocol amending the International Convention on Economic Statistics, Article IV; the Convention on the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, 1948, Article 57; the International Convention for the Safety of Life at Sea, 1948, Article X (Cmd 7492); the Protocol amending the Agreement for the Suppression of the Circulation of Obscene Publications, Article 4; A/741, draft Protocol amending the International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic, 1948, Article 4.

⁵⁸ See the Protocol concerning the International Office of Public Health, article 5, *United Nations Treaty Series*, vol. 9, p. 66; the Constitution of the World Health Organization, article 6, *Ibid.*, vol. 14, p. 185; the Constitution of the International Refugees Organization, article 18, *Ibid.*, vol. 18, p. 3; and the Protocol amending the Agreements etc. on Narcotic Drugs, article VI, *Ibid.*, vol. 12, p. 179.

⁵⁹ Cf. e.g.: Resolutions of the General Assembly, 169 (II), 179 (II), 255 (III), 256 (III), 260 A (III); see also para. 66 *supra*.

⁶⁰ See *Harvard Draft Convention, op. cit.*, Comment, pp. 828-830.

⁶¹ See para. 71, *supra*.

⁶² See paras. 63-64, *supra*.

⁶³ See League of Nations, Document 8 A, 34262; also para. 68, *supra*.

*Acceptance by signature**Article 8.*

...

Unless the contrary is indicated in a treaty or otherwise expressly declared, the signature of the text or texts of a treaty by a representative of a State or international organization having authority to conclude that treaty constitutes an acceptance thereof by that State or organization.

Comment

76. Changes in the significance of the institution of ratification which have from time to time taken place have naturally resulted in changes in the significance of the signature of treaties. Since the end of the period of the League of Nations, signature has manifestly increased in importance as a method of acceptance of treaties. In recent years some instruments of first importance have become binding by signature alone. An example is the UNRRA Agreement.⁶⁴ That was indeed a treaty concluded under abnormal conditions with respect to a matter of some urgency. But it would appear to be clear that the use of bare signature as a method of acceptance is not confined to cases of urgency nor restricted to any category of treaties of secondary importance. The United Kingdom and other countries of the British Commonwealth have for many years pursued a practice of dispensing with anything in the nature of ratification, where other parties to a projected treaty are agreeable to its becoming binding on signature alone.⁶⁵ This tendency is not universal. Some States, and notably the Union of Soviet Socialist Republics, China and the Latin-American States, continue largely to stipulate that their treaties shall be ratified. But the adoption under the auspices of the United Nations of the common form clause providing that a State or international organization may become a party to a projected treaty by either bare signature, signature subject to acceptance, or bare acceptance has tended to enhance the importance of the first of these alternatives as a method of conclusion of treaties. The United Kingdom, and certain other States, habitually avail themselves of the first of these alternatives.

77. Notwithstanding that, considered as a means of authentication of the texts of projected treaties, signature has declined in importance, it is not possible to fail to accord to it in a draft convention on the law of treaties a place of first importance as a method of conclusion of treaties. In consequence the present draft treats of the matter in a separate article. This is framed on the basis that a treaty becomes binding on signature unless the contrary is stipulated. This formulation of the rule is the exact antithesis of that adopted in various other existing drafts.⁶⁶ But the difference between a rule that some process of confirmation of signature is

required unless the contrary is indicated or that no such process is required unless expressly stipulated for is slight. The latter formulation is believed to be the more convenient.

78. A signatory party to a projected treaty may clearly stipulate, however, that its signature shall not be taken to constitute a definitive acceptance of the negotiated terms. The common form clause which is used in multipartite instruments concluded under the auspices of the United Nations expressly provides to this end. And even where the formal clauses employed in the text of a treaty do not contemplate the case, any express declaration to that effect will exclude the attribution to mere signature of binding effect. Thus it is common for representatives of States to attach to their signatures such phrases as "ad referendum" or "subject to ratification (confirmation, approval)". These cases are provided for in Article 8 of the present draft by the words "unless the contrary is . . . otherwise expressly declared . . .".

79. Though both convenience and the trends of contemporary practice may render it desirable to lay down as a general rule that a treaty becomes binding on signature unless the contrary is indicated rather than the reverse, it is manifest that signature can commit a State or international organization only where it is effected in pursuance of authority in the individual signatory to produce this result. For this reason the words ". . . signature . . . by a representative . . . having authority to conclude [the treaty in question] . . ." are included in article 8. This phrase has to be interpreted in the light of the rules contained in article 5 as to the delegation of treaty-making capacity and, notably, in the light of the distinction there drawn between the various forms of so-called "full powers" and of the rule adopted with respect to the implied delegation of treaty-making capacity.

Acceptance by means of an instrument

Article 9. (1) Unless the contrary is therein indicated, a State or international organization which has not otherwise accepted a treaty may do so by the making of a formal instrument of acceptance.

Comment

80. The traditional alternatives to acceptance of treaties by bare signature are of course ratification, following prior signature, and accession. But the distinct character of these two alternative processes has in recent years been much obscured. Even their names have often been abandoned. As respects the majority of bipartite treaties this is not indeed the case. Such instruments, just as they are still very often expressly designated "treaties" rather than given any alternative name, where they provide for ratification, tend to do so in express terms and, where they contemplate the participation of third parties, commonly stipulate for "accession" *eo nomine*. Even here there are exceptions. Thus it would appear that in contemporary Polish practice the exchange of "instruments of approval" is sometimes stipulated for in bipartite instruments drawn up in the

⁶⁴ See notes thereon by Borchard, H. Wright and H. W. Briggs in the *American Journal of International Law*, vol. 38 (1944), pp. 637, 643, 650.

⁶⁵ See A. D. Mc Nair, *The Law of Treaties* (Oxford, the Clarendon Press, 1938), p. 86.

⁶⁶ See appendices, *infra*, in particular the *Havana Convention*, article 5 and the *Harvard Draft Convention*, article 7.

French or English language. The term "confirmation" instead of "ratification" is also sometimes found.

81. In so far as concerns the major multipartite treaties, which are so infrequently designated "treaties" in modern times, little remains of the traditional usages of practice in relation to ratification and accession except that a distinction continues to be drawn between mediate conclusion or acceptance by means of the signature of a representative with full or implied powers and immediate conclusion by means of some formal act, corresponding either to ratification or accession, performed otherwise than by such a representative. The terms "acceptance" and "approval" have thus come to connote both an immediate act following signature and an act in the nature of accession as traditionally understood. There is nothing inherently objectionable in developments of this sort, nor in the opening of treaties to signature by parties strangers to their negotiation, nor yet in the permitting of accession before entry into force, or in the dispensing with signatures altogether.⁶⁷ On the contrary, these variants of classical practice, as adopted in the common form clause used in multipartite instruments drafted under the auspices of the United Nations, appear to be highly convenient.⁶⁸ They would seem to permit, in conformity with the principle that sovereign States neither are nor must be allowed to become fettered by mere forms, a very desirable liberty to individual States to adopt whatever methods of accepting treaty obligations their constitutions or circumstances may indicate as necessary or desirable. In consequence there has been adopted in the present draft the somewhat bold expedient of dispensing with all mention of the words "ratification" and "accession" and of concentrating rather upon the distinction between the "mediate" conclusion or treaties by the signature or other act of representatives with full powers or like authority and "immediate" conclusion, by direct governmental acts. The term "acceptance" is employed to comprehend both methods.⁶⁹ And acceptance is subdivided into "acceptance by signature" and "acceptance by means of an instrument".⁷⁰ The latter must be understood to correspond to both the traditional methods of ratification and accession.

82. It will be noted that clause (1) of article 9 makes no distinction between an act of "immediate" acceptance (i.e. acceptance otherwise than through the act of a person to whom treaty-making capacity is delegated) following signature, and such an act not preceded by signature. The justification for this is that, unless signature constitutes acceptance, it is the act of "immediate" acceptance which alone binds the party concerned. A prior signature may well have significance for a different purpose, that is to say the authentication of the text of the treaty in question. Or it may, notwithstanding its ineffectiveness to bind the party concerned, be an essential prerequisite to an act of "immediate" acceptance by that party. But these possibilities are provided for, firstly, by the terms of article 6 of the present draft and, secondly, by the inclusion in article 9

(1) of the words "Unless the contrary is . . . indicated [i.e. in a treaty]", which govern and qualify the rule that a State or international organization may accept a treaty by the making of a formal instrument of acceptance.

Article 9.

. . .

(2) An instrument of acceptance must be communicated to such depository as a treaty may designate.

(3) If no depository is designated an instrument of acceptance or a copy thereof must be communicated, in the case of a treaty already in force generally, to every party to that treaty, and in the case of a treaty not yet in force generally, to every, or as the case may be to every other, State or international organization which may have taken part in the negotiation of that treaty.

Comment

83. Clauses (2) and (3) of article 9 merely indicate the admitted rule as to what is requisite to the effectiveness of an instrument of acceptance. Such an instrument is not ordinarily effective as from its making, but only from its communication to the other parties concerned.⁷¹ It requires to be communicated, in the case of a bipartite treaty, to the opposite party; in the case of a multipartite treaty, either to each and every other party to the treaty or to the negotiation thereof or, as it is usual to provide, to a depository State or organ of an international organization. The practice of designating a depository for a multipartite treaty is now so invariable that it is thought correct to regard communication to such a depository State instead of to the individual parties as the rule rather than the exception. Provision to this end in the present draft has the further advantage of facilitating the influencing of treaty practice by the regulation of the discharge of depository functions. Thus it would be possible, in the case of the Secretary-General of the United Nations, for the General Assembly to lay down regulations for the conduct of that official of any duties laid upon him as depository within the meaning of article 9 (2) of the draft.⁷²

Reservations to treaties

Article 10. (1) Unless the contrary is therein indicated or otherwise follows from the nature of that treaty, a State or international organization may accept a treaty subject to a reservation, that is to say a special term limiting or varying the effect of that treaty in so far as concerns the relations of that State or organization with one or more of the existing or future parties to the treaty.

Comment

84. The purpose of clause (1) of article 10 is, principally, to indicate the sense in which the word "reservation" is employed in the present draft. That word is used as meaning a special stipulation which has been agreed upon, between the parties to a treaty, limiting

⁶⁷ See paras. 63 and 68, *supra*.

⁶⁸ See para. 70, *supra*.

⁶⁹ See para. 71, *supra*.

⁷⁰ See article 8, *supra*.

⁷¹ See *Harvard Draft Convention, op. cit.*, Comment, pp. 742-743.

⁷² See further para. 7, *supra*.

or varying the effect to the treaty as it applies between a particular party and all or some of the remaining parties. It is not used to connote the mere proposal, by the State or international organization interested, of such a stipulation. For it is clear that no such proposal is of any effect unless it is consented to, expressly or impliedly, by other States or organizations concerned. As to the use of the term "reservation" in the sense of a mere proposal see the *Harvard Draft Convention*, article 13.

85. A reservation is commonly regarded as a term limiting the effects of a treaty as it applies between one party and the remaining parties; cf. *ibid.* Certainly it is rare to find an example of a special term proposed by a party the effect of which is to increase rather than diminish that party's obligations under the treaty. Where however, an article of a treaty which is reserved against is expressed negatively, this is the effect of a "reservation". Thus where a stipulation relating to the territorial application of a treaty is so framed as to permit States to "contract in" in respect of their colonies rather than to "contract out", cases of "negative reservations" may arise. For a remarkable example of a different sort, see the reservation of the Union of South Africa to Article XXXV of the General Agreement on Tariffs and Trade made on becoming a party to the Protocol of 24 March 1948.

Modifying Certain Provisions of the General Agreement.

As the article reserved against stipulates that the agreement "shall not apply" as between parties which have not concluded tariff negotiations with each other and which do not consent to its application, the effect of the reservation is to enlarge rather than restrict the obligations of South Africa.

86. But if what may be termed "negative reservations" are comparatively rare, proposals of so-called reservations of obscure import or of a completely empty character are common enough.⁷³ In relation to these a well-known rule of practice applies: they are to be treated as proposals of reservations proper. That is to say, they have no validity unless they are accepted by the then parties concerned.

87. What is at all events abundantly clear is that a reservation, though it may be proposed subsequently to the negotiation of the principal terms of a treaty, is part of the bargain between the parties and therefore requires their mutual consent to its effectiveness. If this be recognized, as it must be, there is no point in restricting the definition of a reservation to a special term of a limiting character. Its essence is that it is a term of a special or abnormal character: whether it limits, increases, or merely varies the obligations of the party proposing it, is wholly immaterial. For this reason the present draft defines a reservation as "a special term limiting or varying the effects of a treaty".

88. The same clause indicates incidentally the obvious consequence which results from the nature of a reservation as a part of the bargain between the parties to a treaty, that, just as the parties may in general agree upon any terms in the treaty, so they may admit any special term by way of reservation. But, in relation

to particular treaties, it may have been made clear in advance that the intending parties will not accept any reservation whatsoever. Clauses to this effect in texts of treaties are not uncommon.⁷⁴ For this reason article 10 (1) opens with the words "Unless the contrary is indicated . . .".

89. In the case of one class of treaties also—that of international labour conventions—it would appear that reservations are inadmissible although nothing to this effect is said in the texts thereof. This, it has been contended by the International Labour Office, results from the "peculiar legal character" which their mode of drafting, conclusion and application gives to labour conventions.⁷⁵ It is not to be denied that in practice reservations to labour conventions have not been admitted. But it is to be noted that the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law declined to commit itself to the theoretical explanation offered, which is indeed difficult of acceptance.⁷⁶ A more cautious but wholly sufficient explanation would be that the parties to the Constitution of the International Labour Organisation have, by becoming parties, in effect renounced the right to make what bargains they please within the sphere of operation of the organization, and have agreed only to make such equilateral bargains as its Constitution impliedly admits. And it is believed that this, and possibly similar, cases are sufficiently covered by the use of the words ". . . or otherwise follows from the nature of that treaty . . ." in the clause of the present draft now commented upon.

Article 10.

. . .

(2) Unless the contrary is indicated in a treaty, the text of a proposed reservation thereto must be authenticated together with the text or texts of that treaty or otherwise formally communicated in the same manner as an instrument or copy of an instrument of acceptance of that treaty.

Comment

90. It is commonly agreed that a proposal of a reservation must take the shape of a formal declaration and such a declaration is frequently "endorsed upon the original [text of the] treaty itself, usually above . . . the signature of the representative or representatives of the State on behalf of which the reservation is [proposed] . . ." or ". . . included in the instrument of ratification or of accession of a State . . .", or ". . . recorded in a separate formal instrument collateral to the treaty, such as a protocol or a *procès-verbal* of signature, a *procès-verbal* of the exchange or deposit of ratifications, a protocol of accession etc".⁷⁷ Article 10 (2) provides for the following of parallel procedures with respect to the modes of acceptance of treaties prescribed by the present draft. The liberty of parties to agree

⁷³ See M. O. Hudson, *International Legislation*, vol. I (Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1931), p. 11.

⁷⁴ League of Nations Document C.212.1927.V.

⁷⁵ *Ibid.*, C.266(2)1927.V.

⁷⁶ See *Harvard Draft Convention*, *op. cit.*, Comment, pp. 847-848.

⁷⁷ See *Harvard Draft Convention*, *op. cit.*, Comment, pp. 851-863.

upon some alternative method of proposing a reservation is preserved by the opening words "Unless the contrary is indicated in a treaty . . .".

91. It likewise appears to be the better view that, when a reservation is proposed in any of the traditional modes referred to, the State or international organization proposing it is not bound to repeat it at any subsequent stage in the making of the treaty concerned.⁷⁸ Article 10 (2) has been drafted on this assumption and is therefore to be understood to mean that a proposed reservation requires to be authenticated in but one of the fashions indicated.

92. Having regard to the contemporary practice of elaborating the texts of projected treaties within organs of international organizations, it is thought particularly important to lay down a clear rule that the text of a proposed reservation must be authenticated in formal fashion. For it would not appear that a statement made, for instance, in the General Assembly of the United Nations in the course of debate upon a projected treaty can constitute an effective proposal of a reservation which States subsequently accepting the treaty in question must be deemed also to accept.

Article 10.

. . .

(3) The acceptance of a treaty subject to a reservation is ineffective unless or until every State or international organization whose consent is requisite to the effectiveness of that reservation has consented thereto.

Comment

93. It being clear that a proposal of a reservation is ineffective to bind the States or organizations to whom it is proposed until they have consented to it, and it being frequently the case that such a proposal is made simultaneously with what purports to be an act of acceptance of the treaty concerned, it is necessary to emphasize in the present draft that such a purported acceptance is of no effect unless or until the necessary consents are forthcoming. What consents are necessary is indicated in clauses (4) and (5) of article 10. The purpose of clause (3) is merely to lay down the principle outlined. Its words "every State or international organization whose consent is requisite to the effectiveness of that reservation" have thus to be read subject to the clauses following. The clause has likewise to be read in the light of the circumstance that the necessary consents may be implied as well as express, and that they may have already been given before or simultaneously with the performance of the purported act of acceptance to which a proposed reservation is attached.

94. The principal cases in which consent to a proposed reservation may be implied are dealt with in the comments on the succeeding clauses of article 10. But it is proper here to emphasize that what is in every case requisite is the consent, express or implied, of each individual State or international organization concerned. The circumstance that the parties to a treaty or to the negotiation of a proposed treaty are all members of an

international organization or are otherwise combined in a quasi-collectivity does not, by itself, involve that a collective consent to a proposed reservation is sufficient to render the latter effective. Instances of such projected collective consent have not been lacking. Thus when the United States included in what purported to be an instrument of acceptance of the Constitution of the World Health Organization a reservation of its right of withdrawal from the organization upon the giving of a year's notice, the plenary organ of the Organization purported to accept the reservation by resolution. The depositary of the Constitution, the Secretary-General of the United Nations, found himself in this case able to regard the United States as having become a member of the Organization upon the date of the resolution referred to because, the Constitution making no mention of withdrawal from the Organization, it was possible to regard the so-called "reservation" and its "acceptance" as an inquiry and decision as to the interpretation of the Constitution, for which the Health Assembly is fully competent.⁷⁹ When, however, the Union of South Africa proposed a "Reservation" on purporting to become party to the "Protocol of 24 March 1948, Modifying Certain Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade", the Secretary-General, as depositary of both instruments, felt bound to notify the other States concerned of the proposed reservation and to request their views thereon.⁸⁰ A *procès-verbal* of signature was also drawn up reciting the understanding of the Government of South Africa that its signature would not have any legal effect until each such State has notified its acceptance of the proposed reservation. This action was taken notwithstanding that at their second session in September, 1948, the "Contracting Parties" between whom the General Agreement is provisionally in force and who possess a quasi-collective personality in accordance with the Protocol of Provisional Application, had invited South Africa to become party to the Protocol subject to a reservation to the same effect as that proposed by the latter State. For the view was held that such a collective consent, given by representatives of States not assembled for that particular purpose, did not bind each individual State concerned. It may be added that subsequently the Secretary-General agreed to regard the South African signature as effective after a "Declaration accepting the reservation . . . attached to the signature of the Union of South Africa . . ." had been adopted by the "Contracting Parties" at a later session. This declaration, like the invitation which preceded it, was indeed also a collective act. But, having been made after the question had been specifically raised with each individual State concerned, it could be taken as implying individual as well as collective consent in the reservation to which it related.

95. In the light of the considerations discussed in connexion with the above incidents, article 10 (3) is to be understood as requiring that the consent of a State or organization whose acceptance of a proposed reservation is requisite to its effectiveness, shall be the individual consent of that State or organization. Such

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 848-849.

⁷⁹ See *United Nations Treaty Series*, vol. 16, p. 364, note.

⁸⁰ See para. 85, *supra*.

individual consent may, however, be indicated by a process of participation in a collective act.

Article 10.

...

(4) Unless the contrary is indicated in the text of a treaty, a reservation proposed before the entry into force generally of a treaty is effective only if consented to expressly or impliedly by every State or international organization which may have taken part in the negotiation of that treaty, and a reservation proposed thereafter only if consented to by every one of the then parties to that treaty.

Comment

96. It follows from the nature of a reservation as part of the bargain between the parties, that it must in general be consented to by all the parties to the treaty in respect of which it is proposed. If, however, a proposed reservation relates to a projected treaty not yet in force there are naturally no "parties" to consent to it. In that case, as a term of the proposed bargain, the suggested special stipulation must be consented to by all States and international organizations which have taken part in the negotiation of the projected treaty. This last rule follows from the fact that the process of negotiation of multipartite treaties is in effect one of offer and acceptance: "In all conventions of this nature there are probably provisions which do not appeal much to certain signatories but which they are prepared to accept as a return for securing the acceptance of other provisions, to which they attach importance, by other parties of the convention. If, however, any party is entitled, without the consent of the other signatories, to pick out of the convention any provisions to which it objects and exclude them by means of a reservation from the obligations which it accepts, it is obvious, not only that the object of the convention might be defeated, but that the . . . other signatories are not in fact getting what they bargained for".⁸¹

97. The conception of the provisions of a projected treaty as an "entire offer" might be taken, in strict logic, to require that any reservation proposed thereto should be consented to by all the parties to their negotiation and all States or international organizations entitled in accordance with these provisions to accept the projected treaty. The same thesis could even be held to require that a reservation proposed to a treaty in force should be consented to by a State which participated in the negotiation of the terms of that treaty but which failed thereafter to accept these terms as binding upon it. But any such rule would clearly go further than either practice or convenience can be said to demand and would ignore the circumstance that very often consent to a proposed reservation is implied rather than express.

98. It is believed that the rule stated in clause (4) of article 10 reflects adequately the practice of States at the present time. A more detailed and comprehensive rule is indeed laid down in the *Harvard Draft Convention*, which calls, in the case of a projected treaty left

open for signature until a certain date, for the consent to any proposed reservation of "all other States which sign before the date fixed".⁸² In the case of a projected treaty such as the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, article XI of which, as implemented by the General Assembly's resolution 368 (IV) of 3 December 1949, contemplates its signature by States which are not Members of the United Nations (and which are therefore, on any construction, strangers to its negotiation), and article XIII of which provides that it shall not come into force until ratified or acceded to by twenty States, the rule quoted would require the consent of the non-member States concerned to a reservation proposed by a Member of the United Nations. If any such requirement were insisted upon, a position might be reached in which the Convention could never come into force because non-member States not themselves intending to proceed to ratification objected to reservations proposed by Member States and thereby prevented effective ratification by the latter. It is thus of interest to note that such reservations as have been proposed by Member States purporting to sign the Convention have merely been notified by the Secretary-General to the interested non-member States, whilst such (Member) States as have proceeded to ratification already have been further informed that it is the understanding of the Secretary-General that all States ratifying or acceding to the Convention will have accepted such reservations unless notification of objection is received before the date of entry into force (information supplied by the Secretariat).

99. It may be pointed out that the steps taken by the Secretary-General with respect to States which have already ratified the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide conform to the rule laid down in article 10 of the present draft inasmuch as the latter recognizes the well-known rule of practice that consent to a proposed reservation may be tacit as well as express. The principal cases in which such consent is to be presumed are dealt with in the succeeding clause. (As to the presumption of individual consent form participation in a collective act, see paras. 93-95 *supra*.) However, it is always competent to the parties to prescribe in a treaty a special procedure for the acceptance of reservations. Thus, for instance, the Protocol of the Convention on the Simplification of Customs Formalities substituted the consent of the Council of the League of Nations for that of the parties or intending parties.⁸³ Such a case is provided for by the opening words of article 10 (4): "Unless the contrary is indicated in the text of a treaty".

100. As to the meaning of the term "entry into force generally", which is employed in article 10 (4), see article 11 of the present draft.

Article 10.

...

(5) A State or international organization accepting a treaty impliedly consents to every reservation thereto of which that State or organization then has notice.

⁸¹ See appendices, *Harvard Draft Convention*, article 14 (b).

⁸² See M. O. Hudson, *International Legislation*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 1094, 1120.

⁸³ H. W. Malkin, "Reservations to multilateral conventions", *British Year Book of International Law*, vol. 7 (1926), p. 142.

Comment

101. It is generally admitted that if, for instance, a State is permitted to propose a reservation on signature of a treaty subject to ratification, such proposal need not be repeated on ratification and that any other signatory proceeding to ratification is to be presumed to consent to that proposal. It is likewise universally admitted that a State acceding to a treaty consents to such reservations as may already be in operation as between the then parties. Clause (5) of article 10 is designed to embrace these, and other, cases in which a party coming to a reservation already in operation, or at least already proposed, is to be presumed to consent thereto.

102. The clause has to be read in the light of the requirement of the present draft, stated in article 10 (2), that reservations must be proposed in formal fashion. It is thus not to be taken that a State or international organization has notice within the meaning of the clause, for instance, of a reservation to a projected treaty elaborated within the General Assembly when it has been merely declared in the course of debate that a particular State intends to propose a reservation to that treaty.⁸⁴

Entry into force and entry into operation of treaties

Article 11. (1) A treaty enters into force at such time as may be indicated in that treaty.

Comment

103. The principal purpose of article 11 (1), which states a very wide rule, is to emphasize the convenience of the practice, which has grown very much in recent years, of providing in a treaty as to when it shall come into force. In relation to that rule it seems desirable to point out the distinction between the date of entry into force of a treaty, the date, that is, when the negotiated terms become binding and when a projected treaty becomes a definitive treaty, and the date of entry into operation of its stipulations, or some of them. The latter date may well be posterior to the former. But, notwithstanding that the performance of the terms of a treaty may not be immediately required, the obligation to perform at whatever date may be indicated arises from the moment of the treaty's entry into force. See, further, article 11 (4).

Article 11.

...

(2) If there is therein no indication as to when it enters into force, a treaty enters into force generally, that is to say with respect to every State or international organization which may have accepted that treaty, as soon as every State or international organization which may have taken part in the negotiation thereof has accepted it.

Comment

104. The rule stated in article 11 (2) results from the nature of a treaty as an act of the common will of the parties which have taken part in its making. It leaves

untouched the position that a projected treaty may be so drafted that a single State or international organization accepting its terms may, by its acceptance, become bound to observe these terms notwithstanding that no other State or organization accepts them. In such a case an international legal obligation *quasi-ex contractu* arises, but there is not a true treaty.⁸⁵

105. Together with the clause next following, article 11 (2) establishes for the purposes of the present draft a distinction, well-known in practice, between the entry into force generally of a treaty and its entry into force as respects a State or international organization becoming a party at a later date. This distinction is relied on elsewhere in the draft.⁸⁶

106. The opening words of the clause, "If there is [in a treaty] no indication as to when it enters into force . . ." serve to permit the parties to provide in any particular case that a projected treaty shall enter into force generally, that is to say with respect to the States or organizations which may then have accepted it, when it shall have been accepted by a less number of parties than the totality of those taking part in its negotiation. In the case of multipartite treaties such provision is of course common.⁸⁷ Where provision to this effect is made, the distinction established in the present draft between entry into force generally and entry into force otherwise than generally must be understood as referring to entry into force in accordance with such provision and entry into force otherwise.

Article 11.

...

(3) Unless the contrary is therein indicated, a treaty enters into force, with respect to a State or international organization accepting that treaty after its entry into force generally, as soon as that State or organization has accepted it.

Comment

107. Article 11 (3) lays down a sufficiently well-known principle to need no comment. It may be observed, however, that a particular treaty may provide that, for some or all of its purposes, an acceptance effected after the date of its entry into force generally shall be deemed to operate retroactively to that date.⁸⁸

Article 11.

...

(4) Unless the contrary is therein indicated, every stipulation of a treaty enters into operation with respect to a party to that treaty as soon as the treaty enters into force with respect to that party.

Comment

108. Despite the distinction between the date of entry into force of a treaty and the date of its entry

⁸⁵ See M. O. Hudson, *International Legislation*, *op. cit.*, vol. 1, p. 1v.

⁸⁶ See article 10 (4), *supra*.

⁸⁷ See the case of the Genocide Convention, para. 98, *supra*.

⁸⁸ See Treaty of Versailles, final clause.

⁸⁴ See further para. 92, *supra*.

into operation, these are identical unless the contrary is agreed. It may be an express or implied term of the bargain between the parties that the stipulations of the treaty, or some of them, shall only operate as from a date subsequent to the conclusion of the treaty, that is, to the date of its entry into force. Likewise it may be a part of the bargain that such stipulations shall operate even before the date on which that bargain becomes binding. This is in effect the case with formal clauses, respecting acceptance, depositary functions, and entry into force itself which "are applicable before a treaty comes into force, in the sense that such provisions are

operative and must be complied with before the treaty can come into force".⁸⁹ It seems therefore desirable to emphasize in the present draft the general rule applicable, whilst providing, by means of the opening words of article 11 (4), "Unless the contrary is . . . indicated . . .", that express agreement or the nature of particular stipulations, e.g.: formal clauses, may exclude its operation.

⁸⁹ *Harvard Draft Convention, op. cit.*, Comment, p. 788.

APPENDICES

APPENDIX A

Harvard Draft Convention on the Law of Treaties

(Relevant articles)

Article 1. Use of the term "Treaty"

As the term is used in this Convention :

(a) A "treaty" is a formal instrument of agreement by which two or more States establish or seek to establish a relation under international law between themselves.

(b) The term "treaty" does not include an agreement effected by exchange of notes.

(c) The term "treaty" does not include an instrument to which a person other than a State is or may be a party.

Article 2. Use of certain other terms

As the terms are used in this Convention :

(a) A "State" is a member of the community of nations.

(b) A "signatory" of a treaty is a State on behalf of which the treaty has been signed.

(c) A "party" to a treaty is a State which is bound by the treaty.

Article 3. Capacity to make treaties

Capacity to enter into treaties is possessed by all States, but the capacity of a State to enter into certain treaties may be limited.

Article 4. Name given to a treaty

The international juridical effect of a treaty is not dependent upon the name given to the instrument.

Article 5. Form of a treaty

(a) Although a treaty, as the term is used in this Convention, must be a formal instrument, no particular form is required.

(b) In the absence of agreement upon a procedure which dispenses with the necessity for signature, a treaty must be signed on behalf of each of the States concluding it.

Article 6. Ratification

(a) As the term is used in this Convention, a ratification of a treaty is an act by which the provisions of the treaty are formally confirmed and approved by a State.

(b) A treaty may designate the organ of a State by which a ratification shall be executed by that State; in the absence of such a designation, a ratification may be executed by any authorized organ of the State.

Article 7. When ratification is necessary

The ratification of a treaty by a State is a condition precedent to its coming into force so as to bind that State

(a) When the treaty so stipulates; or

(b) When the treaty provides for ratification by that State and does not provide for its coming into force prior to such ratification; or

(c) When ratification was made a condition in the full powers of the State's representatives who negotiated or signed the treaty; or

(d) When the form or nature of the treaty or the attendant circumstances do not indicate an intention to dispense with the necessity for ratification.

Article 8. No obligation to ratify

The signature of a treaty on behalf of a State does not create for that State an obligation to ratify the treaty.

Article 9. Obligation of a signatory prior to the coming into force of a treaty

Unless otherwise provided in the treaty itself, a State on behalf of which a treaty has been signed is under no duty to perform the obligations stipulated, prior to the coming into force of the treaty with respect to that State; under some circumstances, however, good faith may require that pending the coming into force of the treaty the State shall, for a reasonable time after signature, refrain from taking action which would render performance by any party of the obligations stipulated impossible or more difficult.

Article 10. Date of coming into force

Unless otherwise provided in the treaty itself,

(a) A treaty which is not subject to ratification shall come into force upon signature.

(b) A treaty which contains provision for exchange or deposit of ratifications shall come into force upon such exchange or deposit of ratification by all the signatories.

(c) A treaty which is subject to ratification but which contains no provision for exchange or deposit of ratifications, shall come into force when it is ratified by all the signatories and when each signatory has notified its ratification to all other signatories.

The provisions of this article are limited by the provision of Article 17 of this Convention.

Article 11. Non-retroactive effect

Unless otherwise provided in the treaty itself, a treaty which comes into force subsequently to the time of signature shall not be deemed to have effect as from the time of signature.

Article 12. Accession

(a) As the term is used in this Convention, an accession to a treaty is an act by which the provisions of the treaty are formally accepted by a State on behalf of which the treaty has not been signed or ratified.

(b) Unless otherwise provided in the treaty itself, a State may accede to a treaty only after the treaty has come into force and only with the consent of all the parties to the treaty.

(c) A treaty may designate the organ of a State by which an accession shall be executed by that State; in the absence of such a designation, an accession may be executed by any authorized organ of the State.

(d) An accession becomes effective only when it is deposited or communicated in accordance with any stipulation in the treaty itself providing for the deposit or communication of accessions; in the absence of such a stipulation, an accession becomes effective only when it is notified to all the parties.

(e) When an accession becomes effective, the acceding State thereupon becomes a party to the treaty upon a basis of equality with other parties.

Article 13. Use of the term "reservation"

As the term is used in this Convention, a "reservation" is a formal declaration by which a State, when signing, ratifying or acceding to a treaty, specifies as a condition of its willingness to become a party to the treaty certain terms which will limit the effect of the treaty in so far as it may apply in the relations of that State with the other State or States which may be parties to the treaty.

Article 14. Reservations at time of signature

Unless otherwise provided in the treaty itself,

(a) If a treaty is signed by all the signatories on the same date, a State may make a reservation when signing only with the consent of all other signatories.

(b) If a treaty is open for signature until a certain date, a State may make a reservation when signing only with the consent of all other States which sign before the date fixed.

(c) If a treaty is open for signature at any time in the future, a State may make a reservation when signing, if it signs before the treaty has been brought into force, only with the consent of all the States which become signatories before the treaty is brought into force; if it signs after the treaty has been brought into force, only with the consent of all the States which have become signatories or parties prior to the time of signature by that State.

(d) If a State has made a reservation when signing a treaty, its later ratification will give effect to the reservation in the relations of that State with other States which have become or may become parties to the treaty.

Article 15. Reservations at time of ratification

Unless otherwise provided in the treaty itself,

(a) If a treaty is signed by all the signatories on the same date, a State may make a reservation when ratifying only with the consent of all other States which are signatories and of all the States which have acceded to the treaty prior to the ratification by that State.

(b) If a treaty is open for signature until a certain date, a State may make a reservation when ratifying only with the consent of all other States which become signatories before the date fixed and of all the States which have acceded to the treaty prior to the ratification by that State.

(c) If a treaty is open for signature at any time in the future, a State may make a reservation when ratifying, if it ratifies before the treaty has been brought into force, only with the consent of

all other States which become signatories before the treaty is brought into force; if it ratifies after the treaty has been brought into force, only with the consent of all other States which have become signatories or have acceded to the treaty prior to the ratification by that State.

(d) If a State has made a reservation when ratifying a treaty, the reservation has effect only in the relations of that State with other States which have become or may become parties to the treaty.

Article 16. Reservations at time of accession

Unless otherwise provided in the treaty itself,

(a) A State may make a reservation when acceding to a treaty only with consent of all the signatories to the treaty and of all States which have previously acceded to the treaty.

(b) If a State has made a reservation when acceding to a treaty, the reservation has effect only in the relations of that State with other States which have become or may become parties to the treaty.

Article 17. Registration and publication

(a) A treaty, the registration of which is required by Article 18 of the Covenant of the League of Nations, is not binding until so registered.

(b) A treaty, the registration of which is not required by Article 18 of the Covenant of the League of Nations, is not binding until it has been registered with or communicated to the Secretariat of the League of Nations, or until it has been officially published by one of the States which become parties in such manner that its contents may be known by States not parties or signatories.

(c) If such registration, communication or publication is effected within a reasonable time after the date on which the treaty would otherwise have come into force in accordance with Article 10 of this Convention, the treaty may be regarded as having been binding from that date.

Article 20. Pacta sunt servanda

A State is bound to carry out in good faith the obligations which it has assumed by a treaty (*pacta sunt servanda*).

Article 21. Treaties concluded by incompetent organs

A State is not bound by a treaty made on its behalf by an organ or authority not competent under its law to conclude the treaty; however, a State may be responsible for an injury resulting to another State from reasonable reliance by the latter upon a representation that such organ or authority was competent to conclude the treaty.

Article 23. Excuses for failure to perform

Unless otherwise provided in the treaty itself, a State cannot justify its failure to perform its obligations under a treaty because of any provisions or omissions in its municipal law, or because of any special features of its governmental organization or its constitutional system.

APPENDIX B

Convention on Treaties adopted by the Sixth International Conference of American States, Havana, 20 February 1928
(*Relevant articles*)

Article 1

Treaties will be concluded by the competent authorities of the States or by their representatives, according to their respective internal law.

Article 2

The written form is an essential condition of treaties.

The confirmation, prorogation, renewal or continuance, shall also be made in writing unless other stipulations have been made.

Article 3

The authentic interpretation of treaties, when considered necessary by the contracting parties, shall likewise be in writing.

Article 4

Treaties shall be published immediately after exchange of ratifications. The failure to discharge this international duty shall affect neither the force of treaties nor the fulfillment of obligations stipulated therein.

Article 5

Treaties are obligatory only after ratification by the contracting States, even though this condition is not stipulated in the full powers of the negotiators or does not appear in the treaty itself.

Article 6

Ratification must be unconditional and must embrace the entire treaty. It must be made in writing pursuant to the legislation of the State.

In case the ratifying State makes reservations to the treaty it shall become effective when the other contracting party informed of the reservations expressly accepts them, or having failed to reject them formally, should perform action implying its acceptance.

In international treaties celebrated between different States, a reservation made by one of them in the act of ratification affects only the application of the clause in question in the relation of the other contracting States with the State making the reservation.

Article 7

Refusal to ratify or the formulation of a reservation are acts inherent in national sovereignty and as such constitute the exercise of a right which violates no international stipulation or good form. In case of refusal it shall be communicated to the other contracting parties.

Article 8

Treaties shall become effective from the date of exchange or deposit of ratification, unless some other date has been agreed upon through an express provision.

Article 19

A State not participating in the making of a treaty may adhere to the same if none other of the contracting parties be opposed, its adherence to be communicated to all. The adherence shall be deemed final unless made with express reservation of ratification.

APPENDIX C

David Dudley Field's Draft Code^a
(*Relevant articles*)

TREATIES

188. The term "treaty", as used in this Code, means a written agreement between two or more nations for the performance or omission of an act creating, terminating, or otherwise affecting an international right or relation.

189. Any two nations can make a treaty.

190. The consent of a nation to a treaty can be signified with effect only in the form, and through the executive or other department, authorized by its law, or through its public minister duly empowered.

191. The executive or other department of a nation which is in a state of revolution, if such department is not in the peaceable possession of its powers, can make temporary treaties only.

192. Ratification of a treaty by a nation is necessary to render it binding thereon in the following cases only:

1. Where such ratification is therein expressly made a condition;
2. Where the treaty is concluded by the executive or other department of the nation, and ratification thereof is, in such cases, required by its law; or
3. Where the treaty is concluded through a public minister of the nation who is not authorized to dispense with such ratification, or who, being thus authorized, does not expressly dispense with the same.

193. A nation by whose public minister a treaty is concluded in conformity with his powers, is bound to ratify the same, if his powers contain an express agreement, authorized by the law of the nation, that it shall be ratified when so concluded; unless by the terms of the treaty its ratification is optional with such nation; or unless, before the time agreed on for its ratification, an event has occurred or been discovered which if occurring or discovered after its ratification would authorize such nation to rescind or refuse to perform it.

194. Where ratification is refused pursuant to the provision of the last article, notice of such refusal, stating the reasons thereof, must be forthwith given to the other parties to the treaty.

195. The negotiation of a treaty by a public minister not in accordance with his powers creates no obligation on the part of his nation to ratify it.

196. A treaty which is binding on a nation without ratification, is binding from the date of its signature, unless therein otherwise expressed.

197. A treaty which requires ratification binds the ratifying nation from the time of ratification, unless therein otherwise expressed.

INFORMAL COMPACTS

203. Compacts, other than treaties, may be made in writing between nations, without the formality of a treaty.

204. The consent of a nation to an agreement in writing, made on its behalf by a person not authorized, may be given expressly, or by acting under it as if duly concluded and ratified.

APPENDIX D

Bluntsehli's Draft Code
(*Relevant articles*)

(*Translated from French*)^b

TREATIES

1. *Conditions essential to and effects of treaties*

402

States, having independent personality, may by treaty regulate questions which are of special concern to them, and may in this way create among themselves a system of conventional law, in the restricted sense of the term.

^a From Field's *Outlines of an International Code*.

^b From Bluntsehli's *Le Droit international codifié*.

403

Every independent Power is presumed to have capacity to conclude international treaties. Nevertheless, in cases where the right of a State to bind itself by treaty is subjected to restrictions, this circumstance should be taken into account in the relationships of the States *inter se*.

404

A treaty is not binding on a State unless the persons who conclude it are authorized to represent the State.

404 A

In cases where the head of a State is required under the constitution to obtain the concurrence and assent of the representative bodies (Senate, Parliament, Federal Council, Chamber of Deputies), he is not under international law deemed to have capacity to bind the State by a treaty concluded without such concurrence and assent.

405

In cases where a person who has not received the necessary powers prepares and signs a treaty in the name of a State, that State is not bound by such treaty for so long as it has not ratified the treaty. The other party may withdraw from the treaty until such ratification, unless it has renounced that right.

406

When the State does not ratify the treaty concluded in its name by a person who has not received the necessary powers, the treaty should be deemed never to have existed.

407

A State which has derived some advantage from a treaty concluded in its name by a person who was not authorized to represent it should, if the treaty fails to be ratified, and to the extent to which circumstances permit, make restitution of such advantage as it has received without consideration.

408

A State is deemed to retain its free will even if it is compelled by weakness or necessity, to consent to a treaty dictated to it by a stronger State.

409

Nevertheless, if the persons who represent the State on the occasion of the signature of a treaty are not in possession of their free will, either owing to mental derangement or their inability to appreciate the significance of their acts, or because they are subjected to violence or to grave and immediate threats, then, in such circumstances they are not capable of entering into binding commitments in the name of their government.

410

The obligation to respect treaties rests upon conscience and the sentiment of justice. The respect for treaties is one of the necessary bases of the political and international organization of the world.

Consequently, treaties which infringe general human rights or the necessary principles of international law shall be null and void.

411

Treaties which:

- (a) Introduce, extend or protect slavery (Articles 360 *et seq.*);
- (b) Deny all rights to aliens (Articles 381 *et seq.*);
- (c) Are inconsistent with the principle of the freedom of the seas (Articles 370 *et seq.*);
- (d) Provide for persecution by reason of religious opinion; are repugnant to recognized human rights and therefore void.

412

Treaties the object of which is to:

- (a) Establish the domination of one Power over the whole world;
 - (b) Eliminate by violence a viable State which does not threaten the maintenance of peace;
- are repugnant to international law and therefore void.

413

Treaties the intention of which is to abrogate or alter the constitution or laws of a State do not necessarily constitute a violation of international law, if they have been concluded by the representatives of the State concerned; but in certain cases they shall be unenforceable and inoperative.

414

Treaties the content of which is incompatible with treaties previously concluded with other States are void to the extent that their application is opposed by the State whose prior rights are threatened.

415

Every State should respect even onerous conditions as well as undertakings which, if enforced, would be damaging to its prestige. A state may, however, consider as void any treaties incompatible with its existence or development.

416

The validity of treaties is independent of the form of government of the contracting States, or of their religion or that of their representatives.

2. Form of treaties

417

Declarations made by a State, even if made to another State, do not constitute treaties unless:

- (a) They clearly evince the intention to enter into an obligation;
- (b) The other State accepts the promise embodied in the declaration.

418

Agreement on certain points by a number of States in the course of negotiations merely constitutes a draft treaty, which is not binding on any of the parties.

419

Signature of the final protocol or the special instrument containing the treaty by the accredited envoys or agents of the contracting States is binding on the States represented, when given unconditionally and without reservations. Nevertheless, in certain circumstances the treaty may be regarded as subject to ratification, even if this has not been explicitly stated.

420

An unjustified refusal to ratify a treaty may, according to the circumstances, be considered as improper or highly damaging to a State's credit, and may jeopardize the friendly relations previously existing between the contracting parties, but such refusal may never be treated as a violation of the law, even if the person responsible for the negotiations acted within the terms of his powers and signed the treaty in conformity with his instructions.

421

When a treaty is ratified, its effect, failing agreement to the contrary, is retroactive to the date of signature of the final protocol by the envoys or agents of the contracting States.

422

Treaties may be concluded in any form that may be used to express the intentions of the contracting States.

423

When the treaty is to be drawn up in writing, the parties may either jointly sign a protocol, or draw up an instrument in several copies, each bearing the signatures of the accredited agents or of the sovereigns of the different contracting States, or transmit to the State upon which the treaty confers certain rights a declaration signed by the representatives of the States which contract certain obligations towards that State.

424

It is not necessary to bring treaties to the knowledge of the public in order to render them valid and enforceable, although the publicity of a treaty is a guarantee of its execution.

APPENDIX E

Fiore's Draft Code^c (Relevant articles)

TITLE 2

TREATIES AND THE CONDITIONS FOR THEIR VALIDITY

Treaties in general

744. Any convention between two or more States, drawn up in writing and concluded with a view thereby to create an obligation or to annul or modify one already subsisting, is called a *treaty*.

745. Treaties may be divided into *named* and *unnamed*.

The former are those which by international law are designated by a particular name, derived from the subject-matter of the agreement. Such are treaties of commerce, territorial cession, extradition and the like.

Unnamed treaties are those concluded for different objects, not subsumed under a specific name, but which, nevertheless, affect certain political or social interests of States. They are more commonly called conventions.

746. Whatever the denomination of a written act concluded by the sovereignty of the State to declare its will to bind itself, the resulting international obligation with all its effects should be considered as subsisting whenever the act complies with the substantial conditions necessary to its validity.

Requirements for the validity of a treaty

747. The conditions necessary to the validity of a treaty are:

- (a) The capacity of the parties;
- (b) Reciprocal consent, legally expressed;
- (c) A lawful and attainable object, according to the principles of international law.

Capacity to conclude a treaty

748. Any State which enjoys rights of sovereignty must be deemed capable, in principle, of concluding a treaty and thus contracting legal obligations and acquiring rights with respect to the other contracting party, subject, however, to the limitation set forth in rule 739. (Invalidity of obligations contrary to a rule of international "common" law.)

This capacity, furthermore, may be possessed by associations to which international personality has been attributed (see rule 81) within the limits, nevertheless, of the purposes for which personality was recognized and is considered as subsisting.

749. The power to conclude treaties may be attributed to States not fully possessed of international personality, when, by the constitutional law governing their union, this power is reserved to them for certain specific objects.

750. In a State, constituted under the form of a federated State or of a confederation, the power of the individual States to conclude treaties must be determined by their international personality, as fixed in the constitutional compact.

Persons competent to conclude treaties

751. Only persons having the power to negotiate and conclude a treaty under the constitutional law of the State should be deemed competent to negotiate a treaty in the name of the State.

752. When, by the constitutional law of a State, the Executive is given the power to negotiate treaties, reserving to another governmental body a final assent to their definitive conclusion, the rules of the constitution govern the competency of the various parties in the conclusion of treaties.

753. Plenipotentiaries may be considered as properly delegated to represent the State to negotiate and conclude a treaty, when they are provided with official full powers, conferred upon them for that purpose. They should be exhibited to the other party, who should take cognizance of them. Conventions concluded within the limits of the full powers officially exhibited should be regarded as legally concluded.

754. Secret instructions given to the plenipotentiary delegated to conclude a treaty cannot have any legal force to modify in its international effects the full powers officially communicated to the other contracting party.

In case the plenipotentiary has concluded a treaty within the limits of the full powers exhibited, but contrary to the secret instructions of his government, he would incur personal responsibility to his government, which might justifiably punish the delinquency in conformity with its municipal law, but could not affect, in any way, the legal value of the international obligation contracted by virtue of the instructions contained in the full powers of its agent.

Ratification of treaties

755. Ratification must be considered essential to making a treaty final and perfect:

- (a) When required by the constitutional law of the State to make the treaty binding upon it;
- (b) When the plenipotentiaries who negotiated and concluded the treaty have made its validity dependent upon its ratification by the sovereign they represent or by the proper authorities.

Outside of these cases a treaty concluded by a plenipotentiary and signed by him without reserving ratification, by virtue of the full powers conferred on him and duly exhibited to the other party, and within the strict limits of his powers, must be considered as final and perfect from the day of its signature.

Consent required for the validity of a treaty

756. Treaties concluded between States must be freely assented to. Assent is not valid if given by mistake, extorted by violence or obtained by fraud.

757. The consent cannot be considered as lacking freedom when the treaty is assented to under pressure of a hostile power which has occupied part of the State territory, threatening the invaded State with greater disaster if the proposed conditions should not be accepted.

758. Duress resorted to by one party to a treaty against another is a ground for nullity only when it constitutes true physical violence, or when the person who signed the treaty was compelled to do so through external constraint which deprived him of all deliberation and freedom of judgement.

759. Fraud may be deemed a ground for the nullity of treaties only when the fraudulent methods resorted to by one of the parties were such as to mislead the other party as to the object of the convention.

^c From Fiore's *International Law Codified*.

Lawful subject-matter of treaties

760. No State may by a treaty engage to do anything contrary to positive international law or to the precepts of morals or universal justice. No State may by treaty absolutely renounce its fundamental rights, enumerated in rule 62.

761. A lawful subject-matter of contracts between States should be considered to be only such as concerns the public interests of the State and may be regarded as within the conventional power of the contracting parties, according to the principles of "common" law.

762. An engagement which violates, to the injury of another State, an obligation previously contracted by treaty with one of the parties, cannot constitute the object of a convention.

763. Anything implying a violation of the constitutional law of either contracting party cannot constitute a lawful subject-matter of a treaty. But a subject-matter not in harmony with the municipal law of one of the contracting parties may be covered by a treaty, provided the contracting party has not conditioned the legal force of the treaty upon a change in its municipal law.

Extrinsic requirements, including form

764. International treaties should be drawn up in writing, and do not acquire perfect form until they have been subscribed by all the parties to them.

765. An agreement upon certain articles of a treaty, even when drawn up in writing and signed by the contracting parties, cannot be considered a perfect reciprocal obligation with respect to the clauses adopted, independently of the final conclusion and signature of the treaty.

When, however, the clauses agreed to and subscribed are considered as a preliminary convention, concluded in order to establish the reciprocal obligations of a *status quo*, they should be regarded as perfect and valid until the conclusion of the final treaty or of a formal declaration that the parties consider themselves freed from any previous engagement.

766. When, in the negotiation of a treaty, a reciprocal agreement is reached on various distinct points, principal or accessory but related, and this agreement has been drawn up in writing and signed by the contracting parties, the engagements assumed do not acquire binding legal force until the treaty is finally concluded and agreement established on all the separate parts which constitute the treaty as a whole.

767. The form of the reciprocal agreement concluded between the contracting parties may vary according to the degree of importance of the object of the convention. We may, therefore, consider as sufficient a diplomatic exchange of two declarations written and subscribed by persons duly authorized, or of two cartels, notes, or manifestoes, properly subscribed.

768. An agreement relating to particular matters concluded by persons competent to contract international obligations will be valid, even though not drawn up in writing, but concluded verbally, on condition, however, that the agreement may be proved without difficulty, and that evidence thereof may be readily adduced.

APPENDIX F

Draft of the International Commission of American Jurists,
Rio de Janeiro, 1927
(*Relevant articles*)

Article 1

Treaties will be concluded by the competent authorities of the contracting States according to their internal law, or by their duly authorized representatives.

Article 2

Treaties must be in writing. The confirmation, prorogation, renewal, reestablishment, or continuance must observe the same form, unless other stipulations have been made.

Article 3

The interpretation of treaties, when the contracting parties consider it necessary, must likewise be in writing.

Article 4

Treaties shall be published immediately after the exchange of ratifications.

Article 5

Treaties are obligatory and in force only after ratification by the contracting States, even though this condition be not stipulated in the full powers of the negotiators nor appear in the treaty itself.

Article 6

Ratification must be unconditional and must embrace the entire treaty. It must be dispatched in writing in conformity with the constitution of the State.

In case the ratifying State makes reservations in the treaty, it shall become effective when the other contracting party, informed of the reservations, expressly accepts them.

In international conventions celebrated between different States, a reservation made by one of them in the act of ratification affects only the clause in question and the State to which it refers.

Article 7

A refusal to ratify is a right of States and can not be considered an unfriendly act. The refusal shall be communicated to the other contracting parties.

Article 8

The terms of a treaty are in effect from the date of exchange of ratifications, unless some other date has been agreed upon. Even in the latter event private rights remain safeguarded.

DRAFT CODE OF OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND

DOCUMENTS A/CN.4/19 and Add. 1 and 2

Replies from Governments to Questionnaires of the International Law Commission

CONTENTS*

	<i>Page</i>
NOTE BY THE SECRETARY-GENERAL	249
. . .	
PART II. REPLIES FROM GOVERNMENTS CONCERNING A DRAFT CODE OF OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND	
1. France	250
2. Poland	250
3. Union of South Africa	250
4. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	250
5. United States of America	251
6. Netherlands	251
7. Pakistan	253

Note by the Secretary-General

1. In accordance with Article 18 of its Statute (annexed to General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947), the International Law Commission decided at its first session to undertake the codification of three topics of international law, namely, (i) the Law of Treaties, (ii) Arbitral Procedure, and (iii) the Regime of the High Seas. In implementation of this decision and in conformity with Article 19, paragraph 2 of its Statute, the Commission further decided to request all Governments of Members of the United Nations to furnish it with texts of laws, decrees, judicial decisions, treaties, diplomatic correspondence and other documents relevant to each of these topics.

2. Also the Commission, having been entrusted by the General Assembly, in virtue of resolution 177 (II) of 21 November 1947, with the preparation of "a draft code of offences against the peace and security of mankind", deemed it necessary also to request the Governments to express their views concerning what offences, apart from those defined in the Charter and judgment

of the Nürnberg Tribunal, should be comprehended in that draft code.

3. Accordingly, the Secretary-General, by letter LEG 291/01/YLL of 11 July 1949, communicated the Commission's requests to all Governments of Members of the United Nations.

4. By 23 March 1950, the Secretary-General had received replies from the Governments of Canada, Costa Rica, Denmark, France, Israel, the Netherlands, Philippines, Poland, Union of South Africa, the United Kingdom and the United States.

5. The texts of the replies from Governments concerning topics for codification (Part I), as well as the views expressed on what offences should be comprehended in a draft code of offences against the peace and security of mankind (Part II), are reproduced herein.

6. Relevant materials submitted in the form of books, pamphlets, or lengthy treaty texts are not reproduced, but are held available for reference.

7. Replies received after 23 March 1950 will be reproduced as addenda to the present document.

* Part I contains the replies concerning topics for codification: A. Law of Treaties; B. Arbitral Procedure; and C. Regime of the High Seas. These replies will be found with the documents relating to each item.

Part II

REPLIES FROM GOVERNMENTS CONCERNING A DRAFT CODE OF OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND

I. France

[Text original en français]

Ministère des affaires étrangères

Paris, le 28 février 1950

...

Par la même lettre, vous avez bien voulu également me demander quels crimes il convenait de faire figurer dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, préparé par la Commission du droit international, outre ceux que définissent le statut et le jugement de Nuremberg.

J'ai l'honneur de vous faire savoir que le Gouvernement français estime ne pouvoir répondre de façon précise à la question posée avant la formulation préalable des principes de Nuremberg par la Commission du droit international qui doit énumérer et définir les crimes prévus par le Statut de la Cour et le jugement de Nuremberg. Les progrès incessants de la technique excluent, d'ailleurs, une énumération limitative des crimes contre la paix et contre la sécurité de l'humanité.

Sous réserve des observations précédentes, le Gouvernement de la République propose, à l'égard de ces crimes :

1) De confirmer, en ce qui concerne les principes généraux du droit pénal international :

a) La primauté du droit international sur le droit interne,

b) La responsabilité pénale de l'individu en droit international, sans écarter pour autant celle de l'Etat;

2) A l'égard des crimes contre la paix, d'affirmer le caractère criminel de la guerre d'agression et d'exclure ainsi pour l'avenir toute possibilité d'invoquer l'exception tirée du principe de la légalité des délits et des peines;

3) Par rapport aux crimes de guerre, d'attacher des sanctions pénales aux prescriptions des accords internationaux réglementant la guerre terrestre, maritime et aérienne et d'entreprendre l'unification des codes de justice militaires;

4) Pour les crimes contre l'humanité, de réprimer comme tels toute extermination de collectivité humaine et d'individus pour cause de nationalité, de race, de religion, d'appartenance à une catégorie politique ou sociale, etc., et de réaliser ainsi, en temps de paix aussi bien qu'en temps de guerre, la protection pénale des civils dont les conventions conclues à Genève, sous les auspices du Comité international de la Croix-Rouge, le 12 août dernier, marquent un heureux développement.

De plus, en vue d'assurer la répression des crimes contre la paix et contre la sécurité de l'humanité, le Gouvernement français préconise, une fois de plus, l'institution d'une Cour pénale internationale.

2. [Poland *

[Original text: English]

Delegation of Poland
to the United Nations

7 January 1950

...

At the same time, the Delegation of Poland encloses texts of laws and decrees concerning "a draft code of offences against the peace and security of mankind", and expresses the opinion that the efficient fight against the above-mentioned offences must stress the prevention of those crimes because criminal repression alone cannot give satisfactory results, neither in the material nor in the moral sphere. Such prevention should be envisaged as broadly as possible and should punish not only acts directed immediately toward the commission of the crime, but should also counteract any activity which creates favourable conditions for the commission of those crimes and, therefore, must be from this point of view treated as a preparatory act.

For these reasons the Polish Government is of the opinion that one of the most essential elements of the future code should be the prevention and suppression not only of incitement to war or to the perpetration of other offences against the peace and security of mankind contained in the future code, but also of all other forms of spreading nationalistic, racial or religious hatred.

The penalties of the future code should embrace also all such acts as the elaboration of plans for a war of aggression, planning of the use of weapons of mass destruction and fomenting of chauvinistic tendencies directed toward the disturbance of peaceful and friendly relations between nations.

Finally, the Delegation of Poland encloses a list of juridical publications printed in Poland and having for its subject crimes against the peace and security of mankind.

3. Union of South Africa

[Original text: English]

Permanent Delegation of the Union of
South Africa to the United Nations

13 March 1950

...

and with reference to his letter LEG 291/01/YLL of 11 July 1949 ... has the honour to state that the Union Law Advisers ... have no comment to offer on paragraph 2 thereof.

4. United Kingdom of Great Britain
and Northern Ireland

[Original text: English]

United Kingdom Delegation
to the United Nations

6 September 1949

...

It is further the opinion of His Majesty's Government that is cannot usefully express any view as to what

* See second communication in section A, printed under the item: "Law of treaties".

offences should be comprehended in the Code of Offences against the Peace and Security of Mankind until the International Law Commission has prepared a draft and circulated it to governments.

5. United States of America

[Original text: English]

United States Mission
to the United Nations
6 January 1950

The United States Representative to the United

Nations presents his compliments to the Secretary-General of the United Nations and has the honour to refer to his note LEG 291/01/YLL, dated 11 July 1949, transmitting the request of the International Law Commission that it be furnished with certain documents and information.

...

With reference to numbered paragraph two of the above-mentioned note from the Secretary-General, it is the view of this Government that the crimes of genocide and piracy might properly be included in the proposed draft code of offences against the peace and security of mankind.

DOCUMENT A/CN.4/19 Add. 1

Addendum to replies from Governments

6. Netherlands

[Original text: English]

Netherlands Delegation
to the United Nations
28 March 1950

I have the honour to refer to your letter of 11 July 1949, LEG. 291/01/YLL concerning *inter alia* a draft code of offences against the peace and security of mankind.

Acting upon your request to give their view on this matter, my Government appointed a Commission, consisting of the following members:

President:

Professor Dr. J. P. A. François, Senior Adviser to the Netherlands Ministry for Foreign Affairs.

Members:

Dr. J. W. Frederiks, General Chairman of the Council for Monuments;

Dr. J. P. Hooykaas, Advocate General to the High Court of Justice;

Dr. B. H. Kazemier, Senior Adviser to the Netherlands Ministry of Justice;

Madame C. A. Kluyver, Director at the Netherlands Ministry for Foreign Affairs;

Miss Dr. G. H. J. van der Molen, Professor at the Protestant University of Amsterdam;

Dr. M. W. Mouton, Member of the Special Court of Appeal;

Dr. B. V. A. Röling, Professor at the University of Groningen;

Dr. A. M. Baron van Tuyll van Serooskerken, President of the Criminal Court at Haarlem.

Secretary:

Dr. H. J. Eversen, Official of the Netherlands Ministry for Foreign Affairs.

This Commission made up a draft "Code of Offences against the Peace and Security of Mankind", which

I have the honour herewith to submit to you, together with an explanatory note, concerning these Netherlands proposals, which contains the views of the Netherlands Government on this important matter and which I hope may prove to be of some use.

ANNEX

Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind¹

A. Crimes against peace

[1. Waging of a war of aggression or of a war in violation of international treaties, agreements or assurances.]

2. Acts committed on the territory of a State in violation of a rule of international law or of the domestic law of that State and directed against the independence or the territorial integrity of another State.

3. The following acts committed on the territory of a State and directed against the interests of another State:

(1) Any wilful act causing death or serious bodily or mental harm or loss of liberty to:

(a) The Head of the State, a person exercising the prerogatives of the Head of the State, their hereditary or designated successors;

(b) The wives or husbands of the above-mentioned persons;

(c) Persons charged with public functions or holding public positions when the act is directed against them in their public capacity;

(2) Wilful destruction of, or damage to, public property or property devoted to a public purpose belonging to or subject to the authority of the State;

(3) Any wilful act calculated to endanger the lives of a part of the population.

4. The following acts if they should endanger the interests of another State:

(a) The transfer, sale or distribution of arms, munitions or explosives to any person who does not hold such licence or make such declaration as may be required by domestic legislation;

(b) Exportation of arms, munitions or explosives without such licence as may be required by domestic legislation.

¹For articles 1 and 7 between brackets, see para. 9 of the explanatory note.

5. The following acts if they should endanger the interests of another State:

(a) Any fraudulent manufacture or alteration of passports or other equivalent documents;

(b) Obtaining such documents by means of false declarations or documents;

(c) Wilfully using any such documents which are forged or falsified or were made out for a person other than the bearer.

6. The following acts committed on the territory of a State and directed against the credit of another State:

(a) Any fraudulent making or altering of currency;

(b) The fraudulent uttering of counterfeit currency.

[7. Violations of international regulations on limitation and reduction of armaments and on manufacture of arms.]

8. Diffusion in bad faith of evidently false publications likely to endanger the relations with another State.

9. Insult of another State with the intent to raise public contempt or hatred against this State.

B. War crimes

10. Violations of the laws or customs of war.

C. Crime against humanity

11. The following acts committed with the intent to destroy or enslave, in whole or in part, a national, ethnical, racial, political or religious group as such:

(a) Killing members of the group;

(b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;

(c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;

(d) Imposing measures intended to prevent births within the group;

(e) Forcibly transferring children of the group to another group;

(f) Confining or deporting members of the group;

(g) Other acts causing loss of liberty to members of the group.

12. Denial of the right to a fair and regular trial to a person charged with a penal offence if such a denial is based on the fact that such a person belongs to a national, ethnical, racial, political or religious group.

13. Other persecutions of a national, ethnical, racial, political or religious group as such in violation of a rule of international law or of the domestic law of the State where the crime is committed.

14. Diffusion in bad faith of evidently false publications about a national, ethnical, racial, political or religious group as such.

15. Insult of a national, ethnical, racial, political or religious group as such with the intent to raise public contempt or hatred against such group.

D. Planning, preparation, etc.

16. (a) Incitement to any of the foregoing crimes.

(b) Planning or preparation of any of these crimes.

(c) Wilful participation in any of these crimes.

(d) Attempt to commit any of these crimes.

17. (a) Propaganda of a war of aggression or of a war in violation of international treaties, agreements or assurances.

(b) Propaganda of one of the other foregoing crimes.

Explanatory note concerning the Netherlands proposals for a Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind

1. In general the Netherlands is of the opinion that it is useful that the United Nations has undertaken the codification of international penal law and that attempts are being made to draw up a code that is acceptable to the greatest number of States.

2. The Netherlands Government have the opinion that the code should mainly be limited to the *jus constitutum*, that is to say to acts which at the present moment already constitute offences according to international law. Only then shall *jus constituendum* be included in the code, when the matter has ripened to such a degree that acceptance by the General Assembly of the United Nations of the rules concerned might be considered the last impetus to cause the acts to be recognized as punishable offences by the majority of States.

3. The Netherlands Government are of the opinion that apart from the question whether in the long run not only persons but also States shall be indictable, it is certainly not opportune at this moment to include the indictment of States as *jus constitutum* in the code.

4. The Netherlands Government have the opinion that the code shall apply both in war-and in peace-time, unless the text provides otherwise.

5. The Netherlands Government have confined themselves to "offences against the peace and security of mankind" and have not given too wide an interpretation to this conception. They have not therefore included offences such as piracy, traffic in women and children or illicit traffic in narcotic drugs, with regard to which offences it is doubtful whether they come under this category.

6. With a view to forming a clear and systematic picture of the offences to be included in the code, the Netherlands Government have the opinion that not only such offences shall be included in the code which do not come under the Nürnberg principles, but that also such offences which are mentioned in the principles of Nürnberg shall be repeated in the code.

7. According to the Charter of Nürnberg, the "crimes against humanity" are only then prosecutable when committed in execution of or in connexion with the crimes against peace as mentioned in the Charter of Nürnberg. The Netherlands Government are of the opinion that the crimes against humanity to be enumerated in the code shall under all circumstances be punishable.

8. The reply to the question what crimes shall be indictable according to the code to be drawn up, will also depend on the standpoint taken with respect to the manner of implementation, that is to say: prosecution, judgement and punishment.

9. With respect to the implementation, in its most appropriate form, distinction should be made between that which is the final objective in view in this respect and that which might be accepted at the present moment. The final objective should be the establishment of an international tribunal, before which tribunal persons who have committed indictable offences according to the code shall be tried, and the obligation of the States to give up the accused residing within their territory for trial and possible punishment, and, failing this, the possibility to force the States thereto. With regard to the question as to what may be achieved at the present moment, two standpoints may be taken.

On the one hand, the standpoint that at present the establishment of an international tribunal for the judgement of the offences of the code is already possible, exclusively, however, for the judgement of indictable acts which the States have undertaken to bring before this tribunal, it being understood that after the establishment of the tribunal each State separately shall enumerate the offences with regard to which it is willing to accept the jurisdiction of the tribunal.

On the other hand, the view may be held — and the Netherlands Government are inclined to accept this standpoint — that the

States as a whole have not as yet reached such a degree of solidarity that they would entrust an international tribunal with these trials. Hereby the question of compulsory inclusion of the offences of the code in domestic penal law is a matter of foremost consideration while it is also assumed that, upon agreement, smaller groups of States may already be willing to accept jurisdiction of an international tribunal at the present moment.

The Annex contains a draft code. If the second view is held, the offences mentioned in articles 1 and 7 cannot be included in the domestic penal law since these offences can only be committed by a Government. It is not impossible, however, that in the future these crimes might be included in a code intended for a smaller group of States by which jurisdiction in criminal cases by an international tribunal is accepted.

DOCUMENT A/CN.4/19 Add. 2

Addendum to replies from Governments

7. Pakistan

[Original text: English]

Ministry of Foreign Affairs
and Commonwealth Relations
Karachi
24 March 1950

The Minister of Foreign Affairs and Commonwealth Relations presents his compliments to the Secretary-General of the United Nations and has the honour to say that the Government of Pakistan have the following comments to offer on the offences to be comprehended in the draft code of offences against the peace and security of mankind.

The crimes defined in the Charter of the Nürnberg

Tribunal include the killing of hostages. This implies that the taking of hostages is as legitimate as the taking of prisoners. The Government of Pakistan are of the view that the taking of hostages (i.e. living pledges for the good behaviour of third parties) is barbaric and should be included in the draft code of offences. They are further of the view that the crime of genocide as well as the attempt to overthrow another government by disruption from within should be included in the draft code of offences. They also suggest that the word "war" needs to be defined since the days when it meant physical violence are now long past and its instruments are manifold and operate in manifold spheres. In other words the term covers now not only a conflict carried on by means of the effective and engagement of armed forces but also by other means.

DOCUMENT A/CN.4/25

Report by J. Spiropoulos, Special Rapporteur

[Original Text: English]

[26 April, 1950]

CONTENTS

	Page
PREFACE	255
I. INTRODUCTION	255
A. Correspondence between Justice Biddle and President Truman	255
B. Resolutions of the United Nations concerning the Draft of Offences against the Peace and Security of Mankind	256
C. The Problems of the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind before the International Law Commission	257
D. Replies of Governments to the questionnaire circulated by the International Law Commission	257
II. TASK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION	257
A. Meaning of the term "Offences against the Peace and Security of Mankind"	257
(a) Correspondence between Justice Biddle and President Truman	257
(b) Discussion of the Draft Code in the United Nations Organs	257
(c) Request of the General Assembly to the International Law Commission to indicate in the Draft Code the place to be accorded to the Nürnberg principles	258
(d) Special question	258
(e) Conclusion	259

	<i>Page</i>
B. The phrase "indicating clearly the place to be accorded to" the Nürnberg principles ..	259
III. THE SUBJECTS OF CRIMINAL RESPONSIBILITY UNDER THE DRAFT CODE	260
A. Individuals, Subjects of Criminal Responsibility under International Law	260
B. Organizations, Subjects of Criminal Responsibility under International Law	260
C. States, Subjects of Criminal Responsibility under International Law	261
IV. THE ACTS TO BE CHARACTERIZED BY THE DRAFT CODE AS CRIMES UNDER INTERNATIONAL LAW	261
Crime No. I	261
Crime No. II	262
Crime No. III	262
Crime No. IV	263
Crime No. V	263
Crime No. VI	263
Crime No. VII	263
Crime No. VIII	263
Crime No. IX	263
V. OTHER ACTS PUNISHABLE UNDER THE DRAFT CODE	267
VI. RULES CONCERNING CRIMINAL RESPONSIBILITY UNDER THE DRAFT CODE	268
A. General Rules of Responsibility	268
B. Particular Rules of Responsibility	270
(a) Effect of command of the law on criminal responsibility under the Draft Code	270
(b) Effect of Superior Order on criminal responsibility under the Draft Code	270
(c) Effect of official position of the perpetrator of a crime under the Draft Code ..	272
(d) Reprisals and criminal responsibility under International Law	273
(e) General principles of penal law	274
VII. IMPLEMENTATION OF THE CODE	275
A. Implementation by an International <i>Ad Hoc</i> Tribunal	275
B. Implementation by a Permanent International Criminal Tribunal	276
C. Implementation by Municipal Courts	276
VIII. INTERNATIONAL CONTROL OF THE EXECUTION OF THE CODE BY THE PARTIES TO IT	277
APPENDIX	277
TEXT OF A DRAFT CODE OF OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND SUGGESTED AS A WORKING PAPER FOR THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION	277
Basis of Discussion No. 1	277
Basis of Discussion No. 2	278
Basis of Discussion No. 3	278
Basis of Discussion No. 4	278
Basis of Discussion No. 5	278
Basis of Discussion No. 6	278
Basis of Discussion No. 7	278

Preface

The present paper has been written at the request of the International Law Commission which, by General Assembly resolution 177 (II) of 21 November 1947 had been directed to "prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind". In submitting it to the Commission, we wish to present some explanatory observations.

1. There were two methods of approaching our subject: one was to elaborate a text with detailed substantive and procedural provisions, an "ideal" draft, similar to the penal codes of municipal law, without paying any regard to the question whether such a draft would have any chance of obtaining the approval of the governments. The other consisted in the elaboration of a text which, based on a realistic approach to our task, could serve as a useful basis of discussion at an international conference. We did not hesitate as to the choice. The General Assembly, directing the International Law Commission to prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind, could have in mind but the second method of approach.

2. The task entrusted to us by the Commission differs essentially from the work of those of our colleagues who have undertaken to codify existing rules of international law. Our work is, to a large extent, of a speculative nature. The difficulties we have been faced with consisted less in the collection and elaboration or the existing material than in the choice among several solutions of the various problems which we have encountered. The determining factor in this choice was the chance which each of the solutions would have of receiving the approval of the governments.

3. We tried to base our suggestions as much as possible on international practice. As to the substantive provisions of the text suggested by us (crimes, rules concerning liability, etc.), apart from the Nürnberg Charter, we have been able to find precedents in the Charter of the United Nations and in the Draft Declaration on Rights and Duties of States elaborated by the International Law Commission at its first session. From the non-official texts we should like to mention "The Plan for a World Criminal Code" drawn up by Mr. V. V. Pella to be used as a basis for the work of the International Association of Penal Law, the Inter-Parliamentary Union and International Law Association.

4. With regard to the implementation of the penal provisions to be established by the draft Code, we felt that we could not ignore the important precedent created by the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948. Whether one could go further than this convention in the present code, is a question which will be decided upon by the International Law Commission on the occasion of the discussion of a special report, since this question is closely connected with the problem of the eventual establishment of an International Criminal Court.

5. Our paper has not been confined to stating abstract reflections on the inherent value of the various answers to many questions arising out of the drafting of the code. Nor has it been limited to suggestions of

a general character. It aspires to give to the International Law Commission a working paper which will help the Commission in accomplishing its task. The experience of the first session of our Commission has convinced us that the only way of expediting our work is to base our discussion from the very beginning on texts. To meet this practical need the dogmatical part of our manuscript is supplemented by a draft code of offences against the peace and security of mankind in the form of "bases of discussion".

6. Finally, we want to add that the time at our disposal did not permit us to present as rich a material as we should have wished. Nor are all the problems appearing in this report examined in all their details. We felt that only after knowing the opinion of the Commission on the different subjects examined should we be in a position to decide which of them required further investigation.¹

7. In concluding our observations, we wish to express the hope that the concept of a code of offences against the peace and security of mankind, first expressed in the correspondence between Justice Biddle and President Truman, and endorsed by the United Nations General Assembly, will bear its fruit and that the international community is destined to have its penal code, which, when realized, will constitute a milestone in the development of international law.

I. Introduction

A. CORRESPONDENCE BETWEEN JUSTICE BIDDLE AND PRESIDENT TRUMAN

8. The idea of a "code of offences against the peace and security of mankind" was expressed, though not under this title, for the first time in the correspondence between Justice Biddle, American member of the Nürnberg Tribunal, and President Truman on the occasion of the termination of the trial before the Nürnberg Tribunal.²

9. In his report to President Truman of 9 November 1946 Justice Biddle suggested that the time had now come to "set about drafting a code of international criminal law". He also felt that the time seemed opportune for advancing the proposal that the United Nations "reaffirm the principles of the Nürnberg Charter in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind". Such actions would, according to him, not only "perpetuate the vital principle that war of aggression is the supreme crime" but in addition "afford an opportunity to strengthen the sanctions against lesser violations of international law and to utilize the experience of Nürnberg

¹ On this occasion we should like to mention that the *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London, 1948 (foreword by Lord Wright), as well as the *Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, London, 1947-1949 (hereafter cited: *Law Reports*) and particularly vol. XV of these reports (prepared by Mr. G. Brand), have proved to be of great help.

² See United States Department of State Bulletin, vol. 15 (1946), pp. 954-957.

in the development of those permanent procedures and institutions upon which the effective enforcement of international law ultimately depends".

10. In his reply to the above report President Truman expressed the view that "that tendency will be fostered if the nations can establish a code of international criminal law to deal with all who wage aggressive war". "The setting up", he continued, "of such a code as that which you recommend is indeed an enormous undertaking but it deserves to be studied and weighed by the best legal minds the world over. It is a fitting task to be undertaken by the governments of the United Nations. I hope that the United Nations, in line with your proposal, will reaffirm the principles of the Nürnberg Charter in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind".

B. RESOLUTIONS OF THE UNITED NATIONS CONCERNING THE DRAFT CODE OF OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND.

11. In accordance with the above-mentioned view of President Truman, the United States delegation on 15 November 1946 submitted to the United Nations the following proposal to be adopted as a resolution of the General Assembly:

"The General Assembly,

"Recognizing the obligation laid upon it by Article 13, paragraph 1, subparagraph (a) of the Charter, to initiate studies and make recommendations for the purpose of encouraging the progressive development of international law and its codification; and . . .

"Directs the Assembly Committee on the Codification of International Law created by the Assembly's resolution of . . . to treat as a matter of primary importance the formulation of the principles of the Charter of the Nürnberg Tribunal and of the Tribunal's judgment in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind or in an International Criminal Code."^{2a}

12. The United States proposal was referred to the Sixth Committee which, in its turn, referred it to its Sub-Committee 1 which was charged with the question of the codification of international law. The report, containing a draft resolution, presented by the Sub-Committee was, in substance, approved by the Sixth Committee and submitted to the General Assembly.

13. At its 55th plenary meeting on 11 December 1946, the General Assembly adopted the following resolution (95 (1)):

"The General Assembly,

"Recognizes the obligation laid upon it by Article 13, paragraph 1, subparagraph (a), of the Charter, to initiate studies and make recommendations for the purpose of encouraging the progressive development of international law and its codification; . . .

"Affirms the principles of international law recog-

nized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal;

"Directs the Committee on the codification of international law established by the resolution of the General Assembly of 11 December 1946, to treat as a matter of primary importance plans for the formulation, in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind, or of an International Criminal Code, of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal."

14. The Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, after having studied the matter, submitted to the General Assembly a recommendation according to which the International Law Commission to be created should be invited to prepare:

(a) A draft Convention incorporating the principles of international law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and sanctioned by the judgment of that Tribunal; and

(b) A detailed draft plan of general codification of offences against the peace and security of mankind in such a manner that the plan should clearly indicate the place to be accorded to the principles mentioned in (a).

15. The Committee expressed at the same time the opinion, placed on record, that the above task would not preclude the International Law Commission from drafting in due course a code of international penal law.³

16. The report of the above Committee was submitted to the second session of the General Assembly which referred it to its Sixth Committee. The Sixth Committee, after a general discussion at its 39th meeting on 29 September 1947 referred the report to its Sub-Committee 2 which was concerned with the question of the development of international law and its codification.

17. The Sub-Committee, having considered the report of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification decided that the task of the formulation of the Nürnberg principles and of the drafting of the code should be entrusted to the International Law Commission to be created.

18. The report of the Sub-Committee was adopted subject to slight modifications by the Sixth Committee.

19. Finally, the General Assembly at its 123rd meeting on 21 November 1947, adopted the following resolution (177 (1)):

"The General Assembly,

"Decides to entrust the formulation of the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal to the International Law Commission, the members of which will, in accordance with resolution 174 (II), be elected at the next session of the General Assembly; and

"Directs the Commission to

"(a) Formulate the principles of international law

^{2a} A/C.6/69.

³ A/AC.10/52.

recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in judgment of the Tribunal, and

"(b) Prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind; indicating clearly the place to be accorded to the principles mentioned in sub-paragraph (a) above."

C. THE PROBLEMS OF THE DRAFT CODE OF OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND BEFORE THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION.

20. The question of the draft code of offences against the peace and security of mankind came before the International Law Commission at its 30th meeting on 31 May 1949.⁴ The Commission first examined the nature of the task entrusted to it. The view was accepted that the elaboration of the draft code was a matter of "progressive development of international law". In accordance with this view, the Commission decided that in conformity with article 16 of its statute a questionnaire should be circulated to governments inquiring what offences, apart from those defined in the Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal, should, in view of the governments, be comprehended in the draft code.

21. At its 33rd meeting on 3 June 1949 the Commission appointed Mr. J. Spiropoulos special rapporteur and directed him to prepare for the next session of the Commission a working paper on the draft code of offences against the peace and security of mankind.⁵

D. REPLIES OF GOVERNMENTS TO THE QUESTIONNAIRE CIRCULATED BY THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION.

22. During the preparation of the present report, replies to the questionnaire of the International Law Commission regarding the draft code from the governments of France, Poland and the United States were forwarded to the special rapporteur by the Secretariat of the United Nations.⁶

II. Task of the International Law Commission

A. MEANING OF THE TERM "OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND".

23. The International Law Commission which, as already stated, was directed to prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind, considered it necessary to begin its work by defining its task. This definition primarily involved the interpretation of the term "draft code of offences against the peace and security of mankind". In order to determine the true meaning of this term, due regard should be paid to its origin and the following declarations, opinions, resolutions and facts connected with it:

(a) *Correspondence between Justice Biddle and President Truman.*

24. In his report to President Truman, Mr. Biddle, expressing the opinion that it seemed opportune to advance the proposal that the United Nations "reaffirm the principles of the Nürnberg Charter in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind", adds that such action would, in his opinion, not only perpetuate the vital principle that war of aggression is the supreme crime but also in addition "afford an opportunity to strengthen the sanctions against lesser violations of international law".

25. In his reply President Truman speaks of a code which would deal with "all who wage aggressive war".⁷

26. At the outset it should be observed that both phraseologies are restrictive. After a closer scrutiny, however, the one used by President Truman seems to be more so, inasmuch as he connects the crimes to be included into the code with the notion of "aggressive war", whereas the terms used by Justice Biddle allow a somewhat wider interpretation since he speaks also of "lesser violations" of international law. All the same it should be borne in mind that the term "lesser violations" of international law must also be interpreted as having a very restrictive sense inasmuch as the violations of international law to which it refers are not "lesser" violations in an objective sense of the word but "lesser violations" of the law *with respect to* "aggressive war", which is, the supreme international crime.

(b) *Discussion of the Draft Code in the United Nations Organs.*

27. The United States proposal of 15 November 1946 requested the General Assembly to direct the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification to treat as a matter of primary importance the formulation of the principles of the Charter of the Nürnberg Tribunal and of the Tribunal's judgment "in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind or in an international criminal code". As it appears from the above passage, the proposal distinguishes between two contemplated codes: the "code of offences against the peace and security of mankind" and the "international criminal code". It contains however no criteria on which this distinction should be based.

28. The United States proposal was referred to the Sixth Committee which, in its turn, referred it to its Sub-Committee. Both these organs together with the General Assembly accepted the proposal, subject to some modifications, which, however, shed no light on the difference between the two codes.

29. Very important, in this respect, is the discussion which took place in the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification. The French representative, Mr. Donnedieu de Vabres, who took a leading part in the discussion, made a distinction between the two codes on the following basis: The first

⁴ See *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, Part I, 30th meeting.

⁵ *Ibid.*, 33rd meeting.

⁶ These replies together with replies from governments subsequently received by the Secretariat are reproduced in A/CN.4/19, A/CN.4/19/Add.1, and A/CN.4/19/Add.2.

⁷ See United States *Department of State Bulletin*, vol. 15 (1946), pp. 954-957.

code (code of offences against the peace and security of mankind) would concern crimes which he characterized as "*crimes interétatiques*",⁸ while the international criminal code would be concerned "with every crime in which there was an international element, and should regulate what law should apply to crimes committed abroad or by foreigners, and whether extradition should be allowed or not, for extradition was really a part of criminal international law".⁹ This latter code "would contain the classic criminal international law . . .". "All the subject matters which would be regulated in this code were already provided for in the municipal legislation of the various countries. The only novelty would be that now there would be an international code on these subjects".¹⁰ According to Mr. Donnedieu de Vabres, the Nürnberg principles were something different and would find their place only in the code which would contain what he called "*crimes interétatiques*" and which in his view would be the subject matter of a codification of offences against the peace and security of mankind.

30. Along the lines of the above ideas a Sub-Committee, headed by Mr. Donnedieu de Vabres, submitted a report which made a clear distinction between the Nürnberg principles and the codification of offences against the peace and security of mankind, on the one hand, and the international criminal code, on the other. The report of the Sub-Committee reads as follows:

"A. The International Law Commission should be invited to prepare:

"1. A draft convention incorporating the principles of international law as recognized by the Statute of the Tribunal of Nürnberg and sanctioned by the judgment of that Tribunal, in order to give to these principles a binding force for all.

"2. A detailed plan of general codification of crimes against peace and security of mankind in such a manner that the plan should clearly indicate the place to be accorded to the principles mentioned in paragraph 1.

"B. Whereas the resolution of the General Assembly of 11 December 1946 concerns both the general codification of crimes against peace and security of mankind and an international criminal code, the Sub-Committee is of the opinion that the Rapporteur should stress in his report that the above-mentioned task does not preclude the I.L.C. from drafting, either at the same time or at a later date, a code that would regulate the concerted repression by States of offences bearing an international character."¹¹

31. In its report the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification recommended that the International Law Commission should be invited to prepare a draft convention incorporating the Nürnberg principles together with "a detailed draft plan of general codification of offences against the

peace and security of mankind" in such a manner that the plan should clearly indicate the place to be accorded to these principles. The Committee, furthermore recorded its opinion that this task "would not preclude the I.L.C. from drafting in due course a code of international penal law".¹²

32. The above report of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification was examined by the Sixth Committee of the General Assembly at its second session as well as by Sub-Committee 2 of the Sixth Committee. The Sub-Committee decided at its 15th meeting to adopt the passage in the report covering the invitation addressed to the International Law Commission to prepare a draft convention incorporating the Nürnberg principles and a detailed plan of general codification of offences against the peace and security of mankind. The passage of the report concerning the code of international penal law was not decided upon. Since then, this latter code is not mentioned in any subsequent reports or resolutions. The words "a detailed draft plan of general codification" were replaced at the 17th meeting of the Sub-Committee by the words "draft code", and the text adopted read that the International Law Commission should prepare "a draft code of offences against the peace and security of mankind, indicating clearly the place to be accorded to" the Nürnberg principles,¹³ a formula which figures also in General Assembly resolution 177 (II).

(c) *Request of the General Assembly to the International Law Commission to indicate in the draft code the place to be accorded to the Nürnberg principles.*

33. The fact that the Nürnberg principles concern crimes which the classical theory of international law qualifies as "*crimes interétatiques*" and that these principles refer to acts connected with war, militates in favour of the view that it was not the intention of the General Assembly that the Nürnberg principles should find their place in the context of principles which in substance would differ essentially from the category of crimes provided for by the charter of the Nürnberg Tribunal.

(d) *Special question.*

34. Prior to any conclusion as to the intention of General Assembly resolution 177 (II) when speaking of "offences against the peace and security of mankind", we should dispose of the question of whether under this term we are to understand two separate categories of offences, namely, acts affecting the "peace" and acts affecting the "security of mankind". In our view there can be no doubt that both terms express the same idea. The term "peace and security of mankind" is a correlative to the expression "international peace and security" contained in the Charter of the United Nations. Both expressions refer to the same offences, i.e., to offences against peace. The contrary view would overlook the fact that any offence against "peace" is necessarily also an offence against the "security of mankind".

⁸ A/AC.10/SR.18, p. 15.

⁹ A/AC.10/SR.19, p. 2.

¹⁰ A/AC.10/SR.20, p. 9.

¹¹ A/AC.10/SR.20, p. 2.

¹² A/AC.10/52.

¹³ A/C.6/180/Rev.1.

(e) *Conclusion.*

35. The above-mentioned declarations, discussions, resolutions, facts and considerations lead to the *positive* conclusion that the "code of offences against the peace and security of mankind" is intended to refer to acts which, if committed or tolerated by a State, would constitute violations of international law and involve international responsibility. The main characteristic of the offences in question is their highly *political* nature. They are offences which, on account of their specific character, normally would affect the international relations in a way dangerous for the *maintenance of peace*.

36. From the same declarations, discussions, etc., follows *negatively* that the draft code to be elaborated by the International Law Commission cannot have as its purpose questions concerning conflicts of legislation and jurisdiction in international criminal matters. Consequently, such topics as piracy (*delicta juris gentium*), suppression of traffic in dangerous drugs (opium), in women and children (white slave traffic), suppression of slavery, of counterfeiting currency, protection of submarine cables, etc., do not fall within the scope of the draft code with which we are concerned here.

B. THE PHRASE "INDICATING CLEARLY THE PLACE TO BE ACCORDED TO" THE NÜRNBERG PRINCIPLES.

37. By General Assembly resolution 177 (II), the International Law Commission was directed to prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind "*indicating clearly the place to be accorded to*" the Nürnberg principles. The question therefore arises: in what manner will this indication be made?

38. The Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification in its report to the General Assembly had recommended that the International Law Commission should be invited to prepare a "detailed draft plan" of codification of offences against the peace and security of mankind in such a manner that the plan should clearly indicate the place to be accorded to the Nürnberg principles. In Sub-Committee 2 of the Sixth Committee of the second session of the General Assembly, the term "plan" was replaced by that of "code". Mr. Kernkapp and Mr. Amado drew the attention of the Sub-Committee to the fact that the place to be accorded to the Nürnberg principles could be indicated in a *plan* of codification but not in a draft *code*. On the contrary, Mr. Beckett, United Kingdom delegate, considered that this place could be indicated just as well in a code by leaving a blank chapter for these principles. The Sub-Committee took no further action on this matter.

39. In our opinion the International Law Commission must be considered free to give this problem the solution it thinks most appropriate. As to the best way to be followed we think that the place to be accorded to the Nürnberg principles can be indicated either in the report on the code or in the comments or footnotes accompanying the respective provisions of the code. Finally, as to the various "Nürnberg principles" themselves, we feel that they should find their place in the *context* of the principles and crimes to be set up by the draft code. A separate enumeration of them under a particular

chapter would destroy the unity or the system of the code. Perhaps it will be no exaggeration to say that, from a technical point of view, it would be almost impossible to separate the Nürnberg principles from the context of the other principles of the code.

40. Be that as it may, the indication of the place to be accorded to the Nürnberg principles in the draft code cannot be made at *this* stage because in the first place the formulation of the Nürnberg principles has not yet reached its final shape, and secondly, because we do not yet know what offences against the peace and security of mankind the International Law Commission will wish to comprise finally into the draft code. Only after the accomplishment of the above tasks of the Commission, the place to be accorded to the Nürnberg principles in the draft code can be finally determined.

41. While the answer to be given to the question discussed above in paragraphs 38-40 is, from a legal point of view, of minor importance, another aspect of the subject, i.e., the question whether the International Law Commission should consider itself bound to incorporate in the code the Nürnberg principles as they stand, *without* any appreciation of them, is of the greatest importance and deserves the full attention of the Commission.

42. Very significant in this connexion are the following statements made in the Sixth Committee of the fourth session of the General Assembly during the discussion of the report of the International Law Commission:

(a) Mr. Röling (Netherlands) remarked that: "whereas the first task appeared to be the very restricted one of extracting and formulating clearly the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal, the second task—that of indicating clearly the place to be accorded to those principles in a draft code of offences against the peace and security of mankind—would seem to require evaluation of, and final judgment on, the principles in question. The Commission, in paragraph 30 of its report, however, appeared to take the view that the words "indicating clearly the place to be accorded" meant that the Nürnberg principles must be automatically inserted in the draft code. The Netherlands delegation was strongly opposed to that interpretation; in its opinion, those words could even be taken to mean that some of the Nürnberg principles should not be included in the draft code at all, if the Commission did not find them worthy of inclusion".¹⁴

Mr. Röling recalled that "the Nürnberg trials had been followed by the Charter and trials of the Tokyo Tribunal and by judgments of national tribunals, as well as by publications by authoritative international lawyers, all of which differed on important points of substance from the principles laid down at Nürnberg. The Commission must be able to take all those facts into account in evaluating the Nürnberg principles and deciding on the place to be assigned to them in the draft code: if the

¹⁴ Official Records of the Fourth Session of the General Assembly, Sixth Committee, Summary Records of Meetings 20 September-29 November 1949, p. 114.

Commission felt that it could not do so under resolution 177 (II), it should request an extension of its terms of reference, a request which the Netherlands delegation would heartily support".^{14a}

(b) Mr. Petren (Sweden) stated that "his Government like many others was anxious to see the completion of a draft code on the subject, the weight and importance of which his Government fully realized. His delegation assumed that the Commission's recommendations to the General Assembly on that subject would lead to the preparation of a draft convention which would then be submitted to Governments for their views. In that connexion, his delegation hoped that the opinion expressed by the representative of the Netherlands would be taken into consideration".¹⁵

43. The above statements of the delegates of the Netherlands and Sweden seem to us very pertinent. The Charter of the International Military Tribunal at Nürnberg offered, at that time, a solution *ad hoc* to the problem of the trial of the major European war criminals. The principles adopted by the London Conference of 1945 (which prepared the Charter of the Tribunal) cannot be now incorporated in the draft code without any further appreciation by the International Law Commission. In this connexion it might be useful to remember what M. Nikitchenko, Soviet delegate at the London Conference, endorsing a view expressed by the French representative, Professor Gros, stated: "I think", he said "that it is not our task to try to draft a code which would be applied at all times and under all circumstances".¹⁶

44. We do not deny that the International Law Commission ought to be very reluctant in throwing overboard, some years only after the Nürnberg trial, principles on the basis of which a great number of prominent Germans have been tried and executed. Yet, if the International Law Commission is convinced that one or more of the Nürnberg principles, for whatever reasons, should not be incorporated in the draft code, or, at least, not without some modifications, the Commission should not hesitate to act accordingly.

45. In conclusion the phrase "indicating clearly the place to be accorded to" the Nürnberg principles cannot be interpreted as having the meaning that the "incorporation" of the Nürnberg principles in the code will be a mechanical process. Their incorporation in the draft code by the International Law Commission entails "appreciation" of them.

III. The subjects of criminal responsibility under the Draft Code

A. INDIVIDUALS, SUBJECTS OF CRIMINAL RESPONSIBILITY UNDER INTERNATIONAL LAW

46. That individuals are the subjects of the crimes to be comprehended in the draft code does not need any

elucidation. The criminal responsibility of individuals in international law is an underlying principle in both the Charter of Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal. But it is questionable whether, besides the international responsibility of the individuals, a parallel penal responsibility of *organizations* and States should be established.

B. ORGANIZATIONS, SUBJECTS OF CRIMINAL RESPONSIBILITY UNDER INTERNATIONAL LAW

47. From a general theoretical point of view it is debatable whether organizations (abstract entities), as such, can be subjects of penal responsibility. From the point of view, however, of international practice, the precedent of the Nürnberg trial is decisive. The first paragraph of article 9 of the Charter of the International Military Tribunal reads as follows:

"At the trial of any individual member of any group or organization the Tribunal may declare (in connection with any act of which the individual may be convicted) that the group or organization of which the individual was a member was a criminal organization".

48. *Prima facie*, this provision, if taken separately, might seem to establish the penal responsibility of organizations. However, the Charter attaches no penal sanction to the declaration of criminality. The only consequence of the declaration of criminality is, according to article 10 of the Charter, that

"the competent national authority of any signatory shall have the right to bring individuals to trial for membership therein [i.e. in a group or organization declared criminal by the Tribunal] before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned."

49. As it appears from the foregoing provision, the effect of the declaration of criminality of an organization was only to make individual members of the organization responsible for its reprehensible activity. No responsibility of the organization as such was established.

50. Moreover, the Nürnberg Tribunal applied the above provision of the Charter with certain reluctance and restrictively. None of the indicted organizations was declared criminal as a whole, only groups within them, composed of persons who either had directly participated in the commission of crimes referred to in article 6 of the Charter or had solidarized themselves with these criminal activities by becoming or remaining members of the organization. In other words, the Court did not impose a collective responsibility based solely on membership in any such organization.¹⁷

¹⁷ The following passages of the judgment are also characteristic. The Court, stressing that in virtue of article 9 of the Charter it was vested with discretion as to whether it would declare any organization criminal, added: "This discretion is a judicial one and does not permit arbitrary action, but should be exercised in accordance with well-settled legal principles, one of the most important of which is that *criminal guilt is personal*, and that mass punishment should be avoided. If satisfied of the criminal guilt of any organization or group this Tribunal should not hesitate to declare it to be criminal because the theory of "group criminality" is new, or because it might be unjustly applied by some

^{14a} *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 118.

¹⁶ *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, London, 1945, Department of State Publication 3080, Washington 1949 (hereafter cited: *Report R. Jackson*), p. 382.

Conclusion

51. In our opinion the question whether organizations within a State shall be subjects of international penal responsibility ought to be answered *negatively*. The grounds for the answer are provided by the fact that the various municipal laws, with rare exceptions, do not establish the penal responsibility of legal persons, and by the position taken, in this respect, by the Nürnberg Tribunal.

52. Finally, it should be added that from a practical point of view, the lack of criminal responsibility in this regard is met, to a satisfactory extent, by the application of the notions of conspiracy and complicity. The pronouncements of the Nürnberg Tribunal to this effect seem to us decisive and must be fully endorsed (see footnote 17).

C. STATES, SUBJECTS OF CRIMINAL RESPONSIBILITY UNDER INTERNATIONAL LAW

53. In theory the question whether there should be established a criminal responsibility of States under international law has been much debated. International practice, on the other hand, provides no precedent for such responsibility. During the Second World War, when the Allies expressed their determination to punish "German atrocities" (Moscow Conference, 1943, "Declaration on German atrocities", 30 October 1943), there was no mention of punishment of the German State as such. The above declaration was confined to expressing the determination of the Allies to punish "German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for, or have taken a consenting part in atrocities, massacres and executions" in the countries overrun by German forces.

54. Similarly, at the London Conference of 1945 (engaged in the drafting of Charter of the International Military Tribunal forming the basis on which the major war criminals were tried), no attempt was made to establish the criminal responsibility of the German "Reich". Moreover, at the Conference session of 19 July 1945, the Russian delegate Nikitchenko speaking on the merits of a French proposal regarding the definition of "crimes", stated that the Russian delegation favoured the formula of the French delegation "first of

all, because it provide(d) not for the responsibility of States or any social organisms but for the responsibility of *persons*".¹⁸ This view was shared by the United States delegate Jackson who, speaking before the Conference on a formula defining the "crimes", said that he agreed entirely "that the formula should look . . . to the responsibility of *persons*, rather than of States".¹⁹

55. Very definite in this respect is also the opinion of the Nürnberg Tribunal. The Court, expressing itself on the subject of criminal responsibility under international law in connexion with the provision of the Charter concerning organizations, declared as "a well-settled" legal principle of greatest importance, that "*criminal guilt is personal*".²⁰ Even more absolute is the following pronouncement of the Court: "Crimes against international law are committed *by men, not by abstract entities*, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced".²¹

Conclusion

56. Following international practice up to this time, and particularly in view of the pronouncements of the Nürnberg Tribunal, the establishment of the criminal responsibility of States—at least for the time being—does not seem advisable.²²

IV. The acts to be characterized by the Draft Code as "Crimes under International Law"

CRIME No. I

The use of armed force in violation of international law and in particular the waging of aggressive war.

57. (a) While the Charter of the Nürnberg Tribunal, with respect to the use of armed force by the State, declares illegal only the "waging of a war of aggression", Crime No. I, going further, declares punishable *any* use of armed force, provided that such use constitutes a violation of international law.

(b) "Aggressive war" is covered by the "use of armed force in violation of international law". It is only on account of the gravity of the crime of "war" (which has been called the "supreme" international crime) and for emphasis that this crime is mentioned expressly.

(c) The Nürnberg Charter, defining the "crimes against peace", speaks of "planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances". "Planning, preparation and initiation" are not mentioned in the text suggested above since they are all covered by the acts declared punishable in Section V below (other

subsequent tribunals. On the other hand, the Tribunal should make such declaration of criminality so far as possible in a manner to insure that innocent persons will not be punished." (*Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, United States Government Printing Office, Washington, 1947, pp. 85-86). In another passage of the findings, the Court explaining the characteristics of criminal organizations said: "A criminal organization is analogous to a criminal conspiracy in that the essence of both is co-operation for criminal purposes. There must be a group bound together and organized for a common purpose. The group must be formed or used in connection with the commission of crimes denounced by the Charter. Since the declaration with respect to the organizations and groups will, as has been pointed out, fix the criminality of its members, that definition should exclude persons who had no knowledge of the criminal purposes or acts of the organization and those who were drafted by the State for membership, unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by article 6 of the Charter as members of the organization. Membership *alone* is not enough to come within the scope of these declarations." (*Ibid.*, p. 86).

¹⁸ Report R. Jackson, p. 298.

¹⁹ *Ibid.*, p. 299.

²⁰ *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, p. 85.

²¹ *Ibid.*, p. 53.

²² It might be remembered that the limitation of criminal responsibility to individuals, in no way affects the traditional responsibility of States, under international law, for reparation, a topic which is independent of the question of criminal responsibility.

acts punishable under the draft code). The inclusion of the phrase "or a war in violation of international treaties, agreements or assurances" seemed to us superfluous.

(d) A very serious question in connexion with the crime under discussion is whether a *definition* of "aggressive war" would not be necessary. At the London Conference of 1945 the American delegation submitted the following definition of "aggression" with a view to having a definition of this crime included in the Nürnberg Charter:

"An aggressor, for the purposes of this Article, is that State which is the first to commit any of the following actions:

- "1. Declaration of war upon another State;
- "2. Invasion by its armed forces, with or without a declaration of war, of the territory of another State;
- "3. Attack by its land, naval, or air forces, with or without a declaration of war, on the territory, vessels, or aircraft of another State;
- "4. Naval blockade of the coasts or ports of another State;
- "5. Provision of support to armed bands formed in its territory which have invaded the territory of another State, or refusal, notwithstanding the request of the invaded State, to take in its own territory, all the measures in its power to deprive those bands of all assistance or protection.

"No political, military, economic or other considerations shall serve as an excuse or justification for such actions; but exercise of the right of legitimate self-defence, that is to say, resistance to an act of aggression, or action to assist a State which has been subjected to aggression, shall not constitute a war of aggression".²³

58. For the above text, the American delegation later substituted a new text reading as follows:

"An aggressor, for the purposes of this Article, means that State which is first to commit any of the following actions:

- "1. Declaration of war upon another State.
- "2. Invasion by its armed forces, with or without a declaration of war, of the territory, of another State.
- "3. Attack by its land, naval, or air forces, with or without a declaration of war, on the territory, vessels or aircraft of another State.

"No political, military, economic or other considerations may serve as an excuse or justification for such actions, but exercise of the right of legitimate self-defence, that is to say, resistance to an act of aggression or action to assist a State which has been subjected to aggression, shall not constitute a war of aggression".²⁴

59. The American initiative was met with the opposition of the Russian delegate, particularly, who reasoned as follows: "When people speak about aggression, they

know what that means, but, when they come to define it, they come up against difficulties which it has not been possible to overcome up to the present time".²⁵ The American initiative remained without practical result.

60. For the reasons offered by the Russian delegate at the London Conference we suggest that the International Law Commission abstain from any attempt at defining the notion of "aggression". Such an attempt would prove be a pure waste of time.

61. The text of Crime No. I envisages the case of a *State action* and, consequently, the criminal responsibility under international law of persons acting on behalf of the State. However, nothing excludes the responsibility of private persons if such a responsibility can be construed on the basis of the punishable acts mentioned in Section V below (other acts punishable under the draft code).

CRIME No. II

The invasion by armed gangs of the territory of another State.

62. This text envisages an action of persons operating not as organs of the State but purely as members of a gang. Whereas, under Crime No. I, a soldier, when employed in a military action, is exempted from criminal responsibility under international law (it is in this way that the various military tribunals, including the Nürnberg Tribunal, have interpreted the "crime against peace"), according to the definition of Crime No. II *any person*, member of an armed gang, shall be considered as criminally responsible and consequently punished. This difference of treatment is justified. In the case of State action it would go beyond any logic to consider the simple soldier as criminally responsible for a State action which has been decided and directed by the government while, in the case of armed gangs, the participation in them, as a general rule, will result from the free decision of the persons—members of the gang.

CRIME No. III

The fomenting, by whatever means, of civil strife in another State.

63. As a rule, fomenting of civil strife in another State is carried out through State action. In this case the State officials connected with such fomenting shall be considered responsible. If, on the other hand, the fomenting be due to private activities, the responsibility of the State officials of the State from which these private activities emanate will result from their *failure* to prevent or repress such fomenting by private activities. See below, Section VI (Rules concerning criminal responsibility under the draft code). The fomenting of civil strife is prohibited by article 4 of the Draft Declaration on Rights and Duties of States drafted by the International Law Commission, which reads as follows:

"Every State has the duty to refrain from fomenting civil strife in the territory of another State, and to

²³ Report R. Jackson, p. 294.

²⁴ *Ibid.*, p. 375.

²⁵ *Ibid.*, p. 328.

prevent the organization within its territory of activities calculated to foment such civil strife.”^{25 a}

CRIME No. IV

Organized terroristic activities carried out in another State.

64. This crime may be the result of positive State or private activity. Terroristic activities of single persons without any organized connexion between them do not fall within the scope of Crime No. IV though the acts in question may constitute crimes under municipal law. In order that these activities be considered as a crime under the draft code, it is necessary that the acts to which the above text refers be effectuated on a more or less large scale by an *organized* group of individuals. Only under these conditions can terroristic acts be considered as affecting *peace*. Example: A political party organizes terroristic acts to be perpetrated in another State.

CRIME No. V

Manufacture, trafficking and possession of weapons the use of which is prohibited by international agreements.

CRIME No. VI

The violation of military clauses of international treaties defining the war potential of a State, namely, clauses concerning:

- (a) *The strength of land, sea and air forces.*
- (b) *Armaments, munitions and war material in general.*
- (c) *Presence of land, sea and air forces, armaments, munitions and war material.*
- (d) *Recruiting and military training.*
- (e) *Fortifications.*

CRIME No. VII

The annexation of territories in violation of international law.

CRIME No. VIII

1. *The commission of any of the following acts committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:*

- (a) *Killing members of the group.*
- (b) *Causing serious bodily or mental harm to members of the group.*
- (c) *Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part.*
- (d) *Imposing measures intended to prevent births within the group.*
- (e) *Forcibly transferring children of the group to another group.*

2. *The commission of any the following acts in so far as they are not covered by the foregoing paragraph:*

Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against a civilian population or persecutions on political, racial or religious grounds when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or war crimes as defined by the Charter of the International Military Tribunal.

65. The definition of the first paragraph of Crime No. VIII is taken from the Genocide Convention while the definition of the second paragraph of this crime is taken from article 6 (c) of the Nürnberg Charter (crimes against humanity). The distinction between these two crimes is not easy to draw. The military tribunals have discussed this subject at length. The outcome of these discussions is reported in the *Law Reports*, vol. XV, p. 138, to be the following:

“While the two concepts may overlap, genocide is different from crimes against humanity in that, to prove it, no connexion with war need be shown and, on the other hand, genocide is aimed against groups whereas crimes against humanity do not necessarily involve offences against or persecutions of groups.”

66. Any attempt to include these two crimes in the draft code under any other form than the one suggested here will create considerable difficulties. That genocide cannot be omitted from the draft code should not be questioned. On the other hand, paragraph 2 of Crime No. VIII which constitutes the crime against humanity of the Nürnberg Charter should, in view of General Assembly resolution 177 (II), as far as possible also be included in the draft code. Perhaps it would be preferable to incorporate in the draft code only the crime of genocide, since governments might be very reluctant to accept the inclusion in the code of the acts constituting the crime against humanity as defined by the Nürnberg Charter.

CRIME No. IX

Violations of the laws or customs of war.

67. This crime is comprised in article 6 (b) of the Nürnberg Charter. In reality it does not affect the peace and security of mankind and, consequently, from a purely theoretical point of view, it should have no place in the draft code. Nevertheless, as we have seen, it figures among the crimes enumerated in the Nürnberg Charter. It is only on account of this connexion that we suggest its inclusion in the draft code.

68. Serious difficulties arise with regard to the definition of this crime.

(a) The first problem which has to be solved in this connexion is whether *every* violation of the laws or customs of war is to be considered as a crime under the code or whether only acts of a certain gravity should be classified as such.²⁶

^{25a} Report of International Law Commission Covering its First session 12 April - 9 June 1949 (G.A. Official Records: Fourth Session. Supplement No. 10 (A/925), p. 8. Also in *Yearbook of the International Law Commission, 1949*, part. II.

²⁶ Article II, 1 (b) of the Control Council Law No. 10 could be interpreted as supporting the latter view, since it defines war crimes as “atrocities or offences against persons or property constituting violations of the laws or customs of war” (*Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, 31 January 1946, p. 50). However, there are violations of the laws of war which do not affect “persons or property” and which are of minor importance.

In our view *any* violation of the laws and customs of war should be considered as a crime under international law.

(b) The second problem is whether one should enumerate all war crimes *exhaustively* or whether one should confine himself to a *general definition* of war crimes to which one would eventually add an indicative list of crimes.

International practice.

69. *The Commission on the Responsibility of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties* created in 1919 by the Preliminary Peace Conference of Paris which had been directed to report upon the facts as to the breaches of the laws and customs of war committed by the forces of the German Empire and their Allies during the 1914-1918 war compiled the following list of crimes or group of crimes:

1. Murders and massacres; systematic terrorism.
2. Putting hostages to death. 3. Torture of civilians.
4. Deliberate starvation of civilians. 5. Rape. 6. Abduction of girls and women for the purpose of enforced prostitution. 7. Deportation of civilians. 8. Internment of civilians under inhuman conditions. 9. Forced labour of civilians in connexion with the military operations of the enemy. 10. Usurpation of sovereignty during military occupation. 11. Compulsory enlistment of soldiers among the inhabitants of occupied territory. 12. Attempts to denationalize the inhabitants of occupied territory. 13. Pillage. 14. Confiscation of property. 15. Exaction of illegitimate or of exorbitant contributions and requisitions. 16. Debasement of currency and issue of spurious currency. 17. Imposition of collective penalties. 18. Wanton devastation and destruction of property. 19. Deliberate bombardment of undefended places. 20. Wanton destruction of religious, charitable, educational and historic buildings and monuments. 21. Destruction of merchant ships and passenger vessels without warning and without provision for the safety of passengers and crew. 22. Destruction of fishing boats and of relief ships. 23. Deliberate bombardment of hospitals. 24. Attack on and destruction of hospital ships. 25. Breach of other rules relating to the Red Cross. 26. Use of deleterious and asphyxiating gases. 27. Use of explosive or expanding bullets and other inhuman appliances. 28. Directions to give no quarter. 29. Ill-treatment of wounded and prisoners of war. 30. Employment of prisoners of war on unauthorized works. 31. Misuse of flags of truce. 32. Poisoning of wells²⁷

70. *The United Nations War Crimes Commission* established during the Second World War accepted in principle the list drawn up by the Commission of 1919 and confined itself to completing it. We quote from the *History of the United Nations War Crimes Commission*, pp. 170-172, the following statement with regard to decisions of this Commission on the question of the definition of war crimes:

"The question of defining the concept of war crimes *stricto sensu* arose in the earliest stages of the Commission's activities. It arose in direct connexion with its terms of reference and the scope of its competence.

"... Many questions as to ways and means of carrying out the assignment were discussed, and, among them, the question of what should be considered a war crime. The question was raised by the British member, later the first Chairman of the Commission, Sir Cecil Hurst. He pointed out that there was a choice between two courses. One was to draw up a list of war crimes, as had previously been done by several bodies, and in particular by the 1919 Commission on Responsibilities. The alternative was to attempt a general definition of the concept, for example, that it consisted in violations of the laws of war. Opinions in favour of the first course prevailed ...

"The subject was referred to a Sub-Committee ... Considering the drawing up of a list of war crimes, the Sub-Committee deprecated the compiling of an extensive and binding list, and suggested that this be done as a general guide only, leaving freedom to effect further developments in the light of facts and evidence. It proposed the adoption of the list prepared by the 1919 Commission on Responsibilities ...

"... From 2 December 1943 the list of the 1919 Commission on Responsibilities was implemented as a working instrument, and the fact recognized that it had not the effect of preventing acts lying outside its scope to be treated as war crimes, or of binding governments to regard as a war crime every act contained therein. In other words, it was recognized that there were or at least might be war crimes not included in the body of the violations of the laws and customs of war as envisaged at the time of the elaboration of the 1919 Commission's list.

"Soon after the list was adopted, proposals were submitted to the Legal Committee for its extension to cover other violations.

"In April 1944 the Polish representative suggested that the practice of taking hostages, as exercised by the Nazi authorities, as well as other acts committed with the result of humiliating and degrading inhabitants of occupied territories, should be recognized as separate war crimes ...

"The Legal Committee submitted its opinion to the Commission on 9 May 1944. In its report it recommended that the following acts should be regarded as a war crime:

"(a) Indiscriminate mass arrests for the purpose of terrorizing the population, whether described as taking of hostages or not;

"(b) Acts, violating family honour and rights, the lives of individuals, religious convictions and liberty of worship, as provided for in Article 46 of The Hague Regulations.

"It suggested further that this extension be effected on the basis of the Preamble to the 4th Hague Convention of 1907, which reads as follows: 'Until a more complete code of the Laws of War can be drawn up, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not covered by the rules adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and governance of the principles of the law of nations, derived from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and from the dictates of the public conscience.

²⁷ *American Journal of International Law*, vol. 14 (1920), pp. 114-115.

"This statement was taken as evidence that the field of war crimes was not limited to the violations of the laws of war as embodied in The Hague conventions, and that extensions had consequently a legal basis whenever required in the light of new facts and circumstances. The Commission accepted the above recommendation of the Legal Committee and added indiscriminate mass arrests to the list of the 1919 Commission on Responsibilities. As regards the second type of offences, it declared that the above quoted Preamble would at any time be taken into account and make possible the extensions suggested. As a consequence, the principle was adopted that the Commission was not bound by the said list of war crimes and that it was to proceed in all cases on the basis of general sources of international law and general principles of penal law."

71. The *Charter of the International Military Tribunal* at Nürnberg speaks generally of "violations of the laws or customs of war" enumerating, as examples, the following violations:

"Murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity." (Article 6 (b).)

72. Identical in substance is the enumeration of war crimes in *Control Council Law No. 10* (Art. II, 1 (b)).²⁸ The *Charter of the Military Tribunal for the Far East* speaks simply of "violations of the laws or customs of war" (Article 5 (b)).

73. The municipal laws on war crimes vary as to the system of definition of war crimes. The *British Royal Warrant* of 14 June 1945 (Regulation 1) provides that "war crime" means a violation of the laws and usages of war committed during any war in which His Majesty has been or may be engaged at any time since 2 September 1939.²⁹ Article 1, paragraph 1, of a *French Ordinance* of 28 August 1944 concerning the suppression of war crimes and applicable to Metropolitan France, to Algeria and the Colonies runs as follows:

"Enemy nationals or agents of other than French nationality who are serving the enemy administration or interests and who are guilty of crimes or delicts committed since the beginning of hostilities . . . shall be prosecuted by French military tribunals and shall be tried in accordance with the French laws in force, and according to the provisions set out in the present Ordinance, where such offences even if committed at the time or under the pretext of an existing state of war, are not justified by the laws and customs of war".³⁰

74. Article 1 of the *French Ordinance No. 20* of 25 November 1945, which establishes the jurisdiction of

Military Government Tribunals in the *French Zone of Germany* reads as follows:

"Military Government Tribunals are competent to try all war crimes defined by international agreements in force between the occupying Powers whenever the authors of such war crimes, committed after 1 September 1939, are of enemy nationality or are agents, other than Frenchmen, in the service of the enemy, and whenever such crimes have been committed outside of France or territories which were under the authority of France at the time when the crimes were committed."³¹

75. Section 3 of the *Australian War Crimes Act* of 1945 provides, *inter alia*, that in the Act

"unless the contrary intention appears . . . 'war crime' means:

"(a) a violation of the laws and usages of war; or

"(b) any war crime within the meaning of the instrument of appointment of the Board of Inquiry appointed on the third day of September, one thousand nine hundred and forty-five, under the National Security (Inquiries) Regulations (being Statutory Rules, 1941, No. 35, as amended by Statutory Rules, 1941, Nos. 74 and 114 and Statutory Rules, 1942, No. 273)

"committed in any place whatsoever, whether within or beyond Australia during any war".³²

76. The instrument of appointment referred to provided for the setting up of a Board of Inquiry to investigate war crimes committed by enemy subjects and, on the matter of definition states that, for the purposes of the inquiry envisaged

"the expression 'war crime' includes the following:

(i) Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing. (ii) Murder and massacres — Systematic terrorism. (iii) Putting hostages to death. (iv) Torture of civilians. (v) Deliberate starvation of civilians. (vi) Rape. (vii) Abduction of girls and women for the purpose of enforced prostitution. (viii) Deportation of civilians. (ix) Internment of civilians under inhuman conditions. (x) Forced labour of civilians in connexion with the military operations of the enemy. (xi) Usurpation of sovereignty during military occupation. (xii) Compulsory enlistment of soldiers among the inhabitants of occupied territory. (xiii) Attempts to denationalize the inhabitants of occupied territory. (xiv) Pillage and wholesale looting. (xv) Confiscation of property. (xvi) Exaction of illegitimate or exorbitant contributions and requisitions. (xvii) Debasement of the currency and issue of spurious currency. (xviii) Imposition of collective penalties. (xix) Wanton devastation and destruction of property. (xx) Deliberate bombardment of undefended places. (xxi) Wanton destruction of religious, charitable, educational and historic buildings and monuments. (xxii) Destruction of merchant ships and

²⁸ *Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, 31 January 1946, p. 50.

²⁹ *Law Reports*, vol. I, p. 105.

³⁰ *Ibid.*, vol. III, p. 93.

³¹ *Ibid.*, vol. III, p. 101.

³² *Ibid.*, vol. V, p. 94.

passenger vessels without warning and without provision for the safety of passengers and crew. (xxiii) Destruction of fishing boats and of relief ships. (xxiv) Deliberate bombardment of hospitals. (xxv) Attack and destruction of hospital ships. (xxvi) Breach of other rules relating to the Red Cross. (xxvii) Use of deleterious and asphyxiating gases. (xxviii) Use of explosive or expanding bullets and other inhuman appliances. (xxix) Directions to give no quarter. (xxx) Ill-treatment of wounded and prisoners of war, including—(a) transportation of prisoners of war under improper conditions; (b) public exhibition or ridicule of prisoners of war; and (c) failure to provide prisoners of war or internees with proper medical care, food or quarters. (xxxi) Employment of prisoners of war on unauthorized work. (xxxii) Misuse of flags of truce. (xxxiii) Poisoning of wells. (xxxiv) Cannibalism. (xxxv) Mutilation of the dead.”³³

77. The *Chinese Law* of 24 October 1946 concerning war criminals enumerates in its article III the following acts which it characterizes as war crimes in a narrower sense:

“1. Planned slaughter, murder or other terrorist action. 2. Killing hostages. 3. Malicious killing of non-combatants by starvation. 4. Rape. 5. Kidnapping children. 6. Enforcing collective torture. 7. Deliberate bombing of non-defended areas. 8. Destroying freighters or passenger boats without previous warning and without regard to the safety of passengers and crew. 9. Destroying fishing boats and relief ships. 10. Deliberate bombing of hospitals. 11. Attack or sinking of hospital ships. 12. Use of poison gas or bacteriological warfare. 13. Employment of inhuman weapons. 14. Ordering wholesale slaughter. 15. Putting poison on food or drinking water. 16. Torturing of non-combatants. 17. Kidnapping females and forcing them to become prostitutes. 18. Mass deportation of non-combatants. 19. Internment of non-combatants and inflicting on them inhuman treatment. 20. Forcing non-combatants to engage in military activities with the enemy. 21. Usurpation of the sovereignty of the occupied territory. 22. Conscription by force of inhabitants in the occupied territory. 23. Scheming to enslave the inhabitants of occupied country or to deprive them of their status and rights as nationals of the occupied country. 24. Robbing. 25. Unlawful extortion or demanding of contributions or requisitions. 26. Depreciating the value of currency or issuing unlawful currency notes. 27. Indiscriminate destruction of property. 28. Violating Red Cross regulations. 29. Ill-treating prisoners of war or wounded persons. 30. Forcing prisoners of war to engage in work not allowed by the International Convention. 31. Indiscriminate use of the armistice flags. 32. Making indiscriminate mass arrests. 33. Confiscation of property. 34. Destroying religious, charity, educational, historical constructions or memorials. 35. Malicious insults. 36. Taking money or property by force or extortion. 37. Plundering of historical artistic or other cultural treasures. 38. Other acts violating the law or usages of war, or acts whose

cruelty or destructiveness exceeds their military necessity, forcing people to do things beyond their obligation, or acts hampering the exercise of legal rights.”³⁴

Conclusions

78. With international practice as a background, we can now proceed to the solution of the problem we are dealing with here, namely, the definition of war crimes. In connexion with the draft code, the view has been expressed that one should set up an *exhaustive* enumeration of all acts which would constitute war crimes. However, the realization of this view would pre-suppose an authoritative *interpretation* of existing international treaties referring to the laws of war as well as a *codification* of the customs of war. The real question which confronts us, in connexion with this view, is therefore whether such an interpretation and codification is, at present, possible.

79. In our opinion such an undertaking would meet with the most serious difficulties, since there are deep divergencies of opinion on very important subjects concerning the laws and customs of war. One example will suffice to illustrate these difficulties: article 6 (b) of the Nürnberg Charter and paragraph 1 (b) of article II of the Control Council Law No. 10 declare without any qualification the “*killing* of hostages” as a “war crime”. In contradiction to this the Tribunal in the *Hostages Trial* held that, subject to a number of conditions, the killing of reprisal victims or hostages, in order to guarantee the peaceful conduct in the future of the population of occupied territories, was *legal*.³⁵

80. In *Kesselring's Trial*, the Judge Advocate expressed the opinion that there was

“nothing which makes it absolutely clear that in no circumstances—and especially in the circumstances which I think are agreed in this case—an innocent person properly taken for the purpose of a reprisal cannot be executed”.³⁶

81. In the *High Command Trial* the Tribunal, which examined facts concerning reprisal killings in occupied territories, similar to those proved in the *Hostages Trial*, found it “unnecessary to approve or disapprove the conclusions of the law [announced in the judgment delivered in the latter trial] as to the permissibility of such killings”. Consequently, it confined itself to pronouncing that the killings proved to have taken place, would not fall within the field of what was permissible according to the judgment in the *Hostages Trial*.³⁷

82. In our opinion the codification of the rules of war constitutes an *undertaking per se* which cannot be entered upon *within the framework* of the code of offences against the peace and security of mankind. To embark on such a venture now will render the attainment of our present goal, namely, the drafting and adoption

³⁴ *Ibid.*, vol. XIV, pp. 153-154. It should be observed that this list is in many respects wider in scope than the terms used in the 1919 list of war crimes.

³⁵ *Ibid.*, vol. VIII, pp. 76-88.

³⁶ *Ibid.*, vol. VIII, p. 85. Cf. pp. 12-13 and 83.

³⁷ *Ibid.*, vol. XV, p. 180.

³³ *Ibid.*, vol. V, pp. 94-96.

by the governments of such a code in the near future, illusory. What the Commission can do, in our opinion, is to adopt a general definition of the above crimes, leaving to the judge the task of investigating whether, in the light of the recent development of the laws of war, he is in the presence of "war crimes". However, we do not object to adding a list of violations of the rules of war to the general definition, provided, however, that this list does not exhaust the acts to be considered as "war crimes".

V. Other acts punishable under the Draft Code

83. That responsibility under international law cannot be limited to the crimes as defined above is beyond any doubt. The difficulty, therefore, in this regard is what further acts should be considered as punishable. A precedent of decisive character, in our opinion, is provided by the *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* of 1948. This convention, apart from the crime of genocide, declares as punishable: conspiracy to commit genocide, direct and public incitement to commit genocide, attempt to commit genocide and complicity in genocide. We therefore suggest that the example of the above convention be followed here with the addition that *preparatory* acts, too, should be included in the list of the acts to be declared punishable.

84. Consequently, it is suggested that the text to be adopted should declare as punishable:

(a) Any one of the acts declared as crimes under international law by the draft code.

(b) Conspiracy to commit any one of these acts.

(c) Direct and public incitement to commit any one of these acts.

(d) Attempt to commit any one of these acts.

(e) Preparatory acts to any one of these acts.

(f) Complicity in any one of these acts.

85. *International practice* offers a number of examples where international responsibility has been accepted with regard to the acts listed above.

(a) *Conspiracy*: apart from the Genocide Convention, responsibility for conspiracy is recognized by the Nürnberg Charter, by the Charter of the International Military Tribunal for the Far East, and by Control Council Law No. 10. However, the provision of the Nürnberg Charter of interest here, as well as the corresponding provisions of the other two texts, declare punishable only conspiracy to commit "crimes against peace", not conspiracy to commit "war crimes" or "crimes against humanity". Generally speaking, there seem to be few examples of trials where the notion of conspiracy has been applied, because for the most part the notion of "common design" has been applied instead, though this notion does not coincide absolutely with conspiracy. Nevertheless, as it is reported in *Law Reports*, vol. XV, p. 90, war crime trials involving charges referring to conspiracy are not altogether missing. We quote from the above publication the following passage of interest here:

"Article 265 of the *French Code Pénal* provides that 'Any association formed, whatever its duration or

the number of its members, and any undertaking arrived at for the purpose of preparing or committing crimes against persons or against property, constitutes a crime against the public peace'. This provision, *inter alia*, was relied upon in the trial of Henri Georges Stadelhofer by a French Military Tribunal at Marseilles, 15 April 1948; in finding him guilty of the crime of *association de malfaiteurs*, among other offences, the Tribunal gave an affirmative answer to the question whether he, a German national, was guilty, during time of war, of 'having formed with various members of the German Gestapo an association with the aim of preparing or committing crimes against persons of property, without justification under the laws and usages of war'. A further example of a French prosecution for conspiracy is the trial of Horst Hebestreit, once chief of the S.D. at St. Girons. In the trial of Albert Raskin by a French Military Tribunal at Lyon, 16 January 1947, the only charge was that of *association de malfaiteurs*, the accused being found guilty and sentenced to two years' imprisonment. His offence was that of having taken part in the work of German units which exercised police functions in France."³⁸

(b) *Incitement* to commit a war crime which, however, was not committed, has been considered by Military Courts as punishable. The trials in question were concerned with the giving of unlawful orders, which were not executed. Thus, for instance, Brigadeführer Kurt Meyer was found guilty on charges including one according to which "in violation of the laws and usages of war [he] incited and counselled troops under his command to deny quarter to Allied troops."³⁹

(c) *Attempt* to commit a crime under international law has been characterized as punishable by several *municipal enactments* on war crimes. Thus, for instance, article 4 of the *Norwegian Law* of 13 December 1946 on the punishment of foreign war criminals provides that

"the attempted commission of any crime referred to in Article No. 1 of the present law is subject to the same punishment as an accomplished act. Complicity is likewise punishable."⁴⁰

Article 13 (1) of the *Yugoslav Law* of 25 August 1945 on the punishment of war criminals and traitors says that

"an attempt to commit acts outlined in this law shall be punishable as a complete criminal act".⁴¹

The same principle is established by the *Dutch war crimes laws*.⁴² The above principle has also been applied by *French Military Courts*.

(d) *Preparatory acts* are declared punishable by the Nürnberg Charter, the Charter of the International Military Tribunal for the Far East and by the Control Council Law No. 10 in the case of aggressive war or war in violation of international treaties, agreements or assu-

³⁸ *Ibid.*, vol. XV, pp. 90-91.

³⁹ *Ibid.*, vol. XV, p. 133.

⁴⁰ *Ibid.*, vol. XV, p. 89. For an application of this provision, see *Ibid.*, vol. VI, p. 120.

⁴¹ *Ibid.*, vol. XV, p. 89.

⁴² *Ibid.*, vol. XI, pp. 97-98.

rances. The great importance of the crimes to be established by the draft code, renders advisable the declaration that the preparatory acts to these crimes are punishable.

(e) The culpability for *complicity* in the commission of one of the acts declared as international crimes by the draft code does not need any comment.

VI. Rules concerning criminal responsibility under the Draft Code

A. GENERAL RULES OF RESPONSIBILITY

86. As we have seen in the preceding paragraphs, subjects of international criminal responsibility are individuals. It remains now to be determined whether with regard to this responsibility any distinction based on the official status, etc., of the individuals is to be made. The general principle is that *any* individual, whether acting in an official position or as a private person, may become the subject of international criminal responsibility. The crimes listed above — with the exception of those which presuppose a State action — can be committed either by State organs or by private persons. Thus, for instance, the fomenting of civil strife in a foreign country might be the result of activities of State organs, acting either on behalf of the State or independently, as well as the result of activities of a private organization. Yet, even in the case of crimes committed through State action, such as the waging of aggressive war, the responsibility of private persons may be involved if for instance their actions are covered by one of the punishable acts enumerated in Section V, above. From this it follows that the rule establishing responsibility for crimes under international law ought to be drafted in a *general* way, without distinction as to the position occupied by the individual or the capacity in which he acted.

87. We therefore suggest the following text:

"Any person, whether acting in an official capacity or as a private individual, who commits an act which constitutes a crime under international law, is responsible therefor and liable to punishment."

88. In the case of persons invested with public authority (civil or military) the question arises whether their responsibility should be limited only to cases of *positive* criminal actions or whether it should also comprise the cases of *failure* to act (crime of omission). In the latter case this responsibility would find its parallel in the international (civil) responsibility of States for the conduct of their organs. As a State is internationally responsible for unlawful acts and omissions of its organs, so would its organs be criminally responsible for the same acts and omissions. Thus, to mention an example, in the case of armed gangs invading the territory of another State, we would have to distinguish the following responsibilities:

(a) The *traditional* international (civil) responsibility of the State in the event of its organs having supported the gangs (positive acts or omissions).

(b) The *criminal* responsibility under international law of the *public officials* for positive help given to the gangs of for their eventual *failure* to suppress their activities.

88a. The *criminal* responsibility under international law of all private persons responsible for the crime of armed gangs invading the territory of another State (participation in the gangs, incitement, etc.). The above thesis that public officials must be considered as criminally responsible under international law for *omissions* does not result from theoretical considerations; it is based on the recent practice from which we mention the following examples quoted from *Law Reports* vol. XV, pp. 67-68.

88b. Article 4 of the *French Ordinance* of 28 August 1944 concerning the suppression of war crimes, provides that:

"Where a subordinate is prosecuted as the actual perpetrator of a war crime, and his superiors cannot be indicted as being equally responsible, they shall be considered as accomplices in so far as they have organized or *tolerated* the criminal acts of their subordinates."

89. In a similar manner, article 3 of the Law of 2 August 1947, of the *Grand Duchy of Luxembourg* on the suppression of war crimes, reads as follows:

"Without prejudice to the provisions of Articles 66 and 67 of the *Code Pénal*, the following may be charged, according to the circumstances, as co-authors or as accomplices in the crimes and delicts set out in Article 1 of the present law: superiors in rank who have *tolerated* the criminal activities of their subordinates, and those who, without being the superiors in rank of the principal authors, have aided these crimes or delicts."

90. Article IX of the *Chinese Law* of 24 October 1946 governing the trial of war criminals States that:

"Persons who occupy a supervisory or commanding position in relation to war criminals and in their capacity as such have not fulfilled their duty to *prevent* crimes from being committed by their subordinates shall be treated as the accomplices of such war criminals."

91. A special provision was also made in the *Netherlands* relating to the responsibility of a superior for war crimes committed by his subordinates. The Law of July 1947 adds, *inter alia*, the following provision to the Extraordinary Penal Law Decree of 22 December 1943:

"Article 27 (a) (3): Any superior who deliberately *permits* a subordinate to be guilty of such a crime shall be punished with a similar punishment as laid down in paragraphs 1 and 2."

92. A similar provision is contained in article 9 of the *Netherlands East Indies Statute Book Decree* No. 45 of 1946 which reads:

"He whose subordinate has committed a war crime shall be equally punishable for that war crime, if he has *tolerated* its commission by his subordinate whilst knowing, or at least must have reasonably supposed, that it was being or would be committed."

93. Finally, it might be mentioned that the *Greek Constitutional Act* No. 73 "Re punishment and trial of war criminals, etc.", contains the following provision:

"When a subordinate is charged as principal of a

war crime and his superiors in the hierarchy cannot be punished also as principals in accordance with articles 56 and 57 of the Penal Law, the said superiors are considered as accessories, if they have organized the criminal act or have *tolerated* the criminal act of their subordinate."

94. The jurisdiction of the *Military Tribunals* established after the Second World War for the trial of war criminals has been exercised on the same lines. The principle that a duty rests on a commander to prevent his troops from committing crimes, and that the *omission* to fulfill this duty would give rise to liability, is illustrated by a number of trials, of which three trials by United States Military Commissions in the Far East and various trials by Australian Military Courts are described or referred to in *Law Reports*, vol. IV, pp. 86-87. See also *Ibid.*, vol. XV, p. 65.

95. The judgment of the majority of the United States Supreme Court on the *Yamashita Case* includes the following passage:

"It is urged that the charge does not allege that petitioner has either committed or directed the commission of such acts, and consequently that no violation is charged as against him. But this overlooks the fact that the gist of the charge is an unlawful breach of duty by petitioner as an army commander to control the operations of the members of his command by "permitting them to commit" the extensive and widespread atrocities specified. The question then is whether the Law of War imposes on an army commander a duty to take such appropriate measures as are within his power to control the troops under his command for the prevention of the specified acts which are violations of the Law of War and which are likely to attend the occupation of hostile territory by an uncontrolled soldiery, and whether he may be charged with personal responsibility for his *failure* to take such measures when violations result."⁴³

96. During the *Belsen Trial* the Judge Advocate, speaking of the allegations regarding camp chief Kramers' actions at Belsen, said that he did not think it mattered very much whether he acted wilfully or merely with culpable neglect. There was no charge against Dr. Klein of any deliberate acts of cruelty, and it was for the Court to consider whether Klein had a fair opportunity to do anything with regard to the conditions in Belsen and whether he so failed to act that a Court would have to find him guilty of the charge. What had to be decided was whether, at the time when he was really responsible and could improve matters, he failed either deliberately or in a culpable way deserving of punishment to do what he should have done.⁴⁴

97. In the judgment of the *High Command Trial* it was stated that a high commander "has the right to assume that details entrusted to responsible subordinates will be legally executed". Criminal responsibility does not automatically attach to him for all acts of his subordinates. There must be an unlawful act on his part or

a failure to supervise his subordinates constituting criminal negligence on his part. Later the Tribunal stated explicitly that "the commander must have knowledge of these offences and acquiesce or participate or criminally neglect to interfere in their commission". A similar test was applied to offences committed by units taking orders from other authorities: "The sole question then as to such defendants in this case is whether or not they knew of the criminal activities of the Einsatzgruppen or the Security Police and S. D. and neglected to suppress them" ⁴⁵

98. The judgment of the *Tokyo Trial* includes an interesting passage on responsibility for offences against prisoners of war which is significant as showing that the International Military Tribunal for the Far East also was willing to postulate a *duty* on the part of a superior to *find out* whether offences were being committed by his subordinates:

"In general the responsibility for prisoners held by Japan may be stated to have rested upon: 1. Members of the Government; 2. Military or naval officers in command of formations having prisoners in their possession; 3. Officials in those departments which were concerned with the well-being of prisoners; 4. Officials, whether civilian, military or naval, having direct and immediate control of prisoners.

"It is the duty of all those on whom responsibility rests to secure proper treatment of prisoners and to prevent their ill-treatment by establishing and securing the continuous and efficient working of a system appropriate for these purposes. Such persons fail in this duty and become responsible for ill-treatment of prisoners if:

"(1) They fail to establish such a system;

"(2) Having established such a system, they fail to secure its continued and efficient working.

"Nevertheless, such persons are not responsible if a proper system and its continuous efficient functioning be provided for, and conventional war crimes be committed, unless:

"(1) They had knowledge that such crimes were being committed, and having such knowledge they *failed* to take such steps as were within their power to prevent the commission of such crimes in the future, or,

"(2) They are at fault in *having failed* to acquire such knowledge."⁴⁶

99. In the *Hostages Trial* it is said, *inter alia*:

"We must assert again, in view of the defendants' statement that the responsibility for the taking of reprisal measures rested with the divisional commanders and the Croatian Government, that a corps commander must be held responsible for the acts of his subordinate commanders in carrying out his orders and for acts which the corps commander *knew* or ought to have known about."⁴⁷

⁴³ *Ibid.*, vol. XV, p. 66.

⁴⁴ *Ibid.*, vol. XV, p. 67.

⁴⁵ *Ibid.*, vol. XV, p. 70.

⁴⁶ *Ibid.*, vol. XV, pp. 72-73.

⁴⁷ *Ibid.*, vol. XV, p. 76.

Conclusion

100. In view of the above practice, we suggest the adoption of the following principle:

Any person in an official position, whether civil or military, who fails to take the appropriate measures in his power and within his jurisdiction, in order to prevent or repress punishable acts under the draft code shall be responsible therefor under international law and liable to punishment.

B. PARTICULAR RULES OF RESPONSIBILITY

(a) *Effect of command of the law on criminal responsibility under the draft code.*

101. The concept that command of the law may be taken into consideration in mitigation of punishment is found in certain municipal laws on war crimes. The following two questions arise with regard to the above concept:

(a) Does the fact that a crime under international law has been committed on command of municipal law deprive this act of its criminal character?

(b) Must the fact that an act, constituting a crime under international law, was commanded by municipal law have any influence in determining the penalty to be imposed?

102. With regard to the first question there can be no doubt that command of municipal law does not affect the *criminal* character of an act which is a crime under international law. It seems therefore hardly necessary to introduce into the code a rule to this effect.

103. The answer, however, to the second question is not devoid of difficulties. Moreover, international practice on this point does not afford any great help. The Charter of the Nürnberg Tribunal does not contain any rule permitting mitigation of punishment in the event of a criminal act being commanded by municipal law. Such a rule is only established in the case of criminal acts committed in execution of superior orders. On the other hand, there is nothing in the Charter of the Nürnberg Tribunal prohibiting the judge from taking into account the command of municipal law.

104. The Draft Convention on Genocide, elaborated by the Secretary-General of the United Nations contained the following article V:

"Command of the law or superior orders shall not justify genocide."⁴⁸

In an explanatory note to this text it was said:

"In certain cases, of course, a command of the law or superior orders may constitute extenuating circumstances. That is a question for the judge."⁴⁹

105. This provision was later excluded by the *Ad Hoc* Committee of the Economic and Social Council, and when introduced as an amendment by the Soviet Union in the Sixth Committee of the General Assembly, it was rejected. The final text of the Genocide Convention

does not contain any article prohibiting the command of municipal law from being taken into account in the determination of the punishment.

106. Finally, it should be added that the effect of command of the law on criminal responsibility under international law is expressly stated in certain municipal laws on war crimes. Thus the Greek Constitutional Act No. 73 "Re punishment and trial of war criminals, etc," provides in article 3:

"Laws, decrees or regulations of enemy authorities, orders or authorizations issued by these authorities or authorities dependent on them may be taken into consideration by the Court in determining the responsibility of authors of war crimes only in mitigation of punishment and in accordance with the attempt rules."

Conclusion

107. Though we are of the opinion that the rule eventually to be established should permit the judge to consider command of the law both as a defence and in mitigation of punishment, the experience gained from the discussions on the Genocide Convention makes it seem doubtful whether a provision to the above effect would have any chance of being adopted by the governments.

(b) *Effect of superior order on criminal responsibility under the draft code.*

108. This topic is connected in substance with the foregoing problem.

(i) *International practice*

109. The question of the effect of superior order is one of those which in general are dealt with in the various manuals of military law. The solution given to this problem by the older manuals is that superior order constitutes an absolute defence.

110. The *British Manual of Military Law* provided that

"Members of the armed forces who commit such violations of the recognized rules of warfare as are ordered by their government or by their commander are not war criminals and cannot therefore be punished by the enemy." (Chapter XIV, paragraph 443.)⁵⁰

111. The *United States Basic Field Manual* ran as follows:

"Individuals of the armed forces will not be punished for these offences in case they are committed under orders or sanction of their government or commanders. The commanders ordering the commission of such acts, or under whose authority they are committed by their troops, may be punished by the belligerent into whose hands they may fall." (Article 347.)⁵¹

112. The above view was abandoned towards the end of the Second World War in favour of a more severe conception. It was feared that the above provisions of

⁴⁸ E/447, p. 36.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Law Reports*, vol. I, p. 18.

⁵¹ Cf. *Ibid.*, vol. I, p. 31.

the said manuals would permit a great number of Axis war criminals to escape punishment under the pretext that they had acted pursuant to "superior order".

113. The new text introduced into the *British Manual* in April 1944 reads as follows:

"The fact that a rule of warfare has been violated in pursuance of an order of the belligerent government or of an individual belligerent commander does not deprive the act in question of its character as a war crime; neither does it, in principle, confer upon the perpetrator immunity from punishment by the injured belligerent. Undoubtedly, a court confronted with the plea of superior orders adduced in justification of a war crime is bound to take into consideration the fact that obedience to military orders, not obviously unlawful, is the duty of every member of the armed forces and that the latter cannot, in conditions of war discipline, be expected to weigh scrupulously the legal merits of the order received. The question, however, is governed by the major principle that members of the armed forces are bound to obey lawful orders only and that they cannot therefore escape liability if, in obedience to a command, they commit acts which both violate unchallenged rules of warfare and outrage the general sentiment of humanity."⁵²

114. Similar is the new text of the *United States Manual* which in November 1944 replaced the older provision:

"Individuals and organizations who violate the accepted laws and customs of war may be punished therefor. However, the fact that the acts complained of were done pursuant to order of a superior or government sanction may be taken into consideration in determining culpability, either by way of defence or in mitigation of punishment. The person giving such orders may also be punished."⁵³

115. The *Charter of the Nürnberg Tribunal*, article 8, establishes the following rule:

"The fact that the defendant acted pursuant to order of his government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires."

116. This rule is a combination of an American and a Soviet proposal, submitted to the London Conference.

117. In the *American draft* of 14 June 1945 which was submitted to the Embassies of the United Kingdom, the Soviet Union and the Provisional Government of France at Washington in order to serve as a basis of discussion at the scheduled London Conference, the provision concerning superior order reads as follows:

"In any trial before an International Military Tribunal the fact that a defendant acted pursuant to order of a superior or government sanction shall not constitute a defence per se, but may be considered either in defence or in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires."⁵⁴

118. In an *aide-mémoire* of 14 June 1945 the *Soviet Government* submitted that the provision concerning the effect of superior command should be drafted as follows:

"The fact that the accused acted under orders of his superior or his government will not be considered as justifying the guilt circumstance."⁵⁵

119. The final text of article 8 of the Charter of the Nürnberg Tribunal as it stands today is that of the British draft of 23 July 1945.⁵⁶

120. The discussion on the above provision at the London Conference was very short. We quote from *Report R. Jackson*, pp. 367-368, the following:

"General Nikitchenko: . . . I do not propose any change but would like to point out two considerations. Would it be proper really in speaking of major criminals to speak of them as carrying out some order of a superior? This is not a question of principle really, but I wonder if that is necessary when speaking of major criminals.

"Sir David Maxwell Fyfe: There are two points: first, they have already said they were just doing what Hitler said they should do; and secondly, in international law, certainly in some cases superior orders were a defence, but in the sixth and seventh edition of Oppenheim it appears that they aren't a defence. If we don't make it clear, we may have some trouble on it.

"General Nikitchenko: There is a misunderstanding. I wasn't against disallowing orders of a superior as a defence, but I thought that in regard to major criminals it would be improper to say that superior orders could be used in mitigation of punishment.

"Sir David Maxwell Fyfe: It seems to me difficult. Suppose someone said he was threatened to be shot if he did not carry out Hitler's orders. If he wasn't too important, the Tribunal might let him off with his life. It seems to be a matter for the Tribunal. In one of the German cases on trial which were such a farce after the last war they did say that superior orders were no defence but could be taken into account on mitigation. That has been the general rule on superior orders in international law books.

"General Nikitchenko: If the other heads of the delegations consider it best, we have no intention of pressing it. In general, it should be considered in mitigation; we think it is proper.

"Mr. Justice Jackson: Of course, that was put in when we were considering trial of organizations, which would reach thousands of people who are not major criminals but would be reached through major criminals. And if you are going to get members of the Gestapo and S.S. through the conviction of the organization, it would be quite unfair if you would not take into consideration in fixing punishment the degree of real responsibility that they had. I think it would be a useful provision if we are to try organizations.

"Judge Falco: Leave it. Is it necessary to indicate to the Tribunal the reason for mitigation? If we say

⁵² *Ibid.*, vol. I, p. 18.

⁵³ *Ibid.*, vol. I, p. 32.

⁵⁴ *Report R. Jackson*, p. 58.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 62.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 352.

simply that orders are not a defence, it would seem to be left to the Tribunal to say that they may be a mitigation.

"Mr. Justice Jackson: That is about what we proposed originally—not an absolute defence but a mitigation.

"Sir David Maxwell Fyfe: The important part is that it should not be an absolute defence.

"Judge Falco: That is the important part. Must we add that that is the reason for the Tribunal to consider mitigation?"

121. As it appears from the above discussion all the members at the conference agreed that superior order could *not* be an absolute defence but that it might be considered only in mitigation of punishment.

122. The rule of article 8 of the Charter, according to which superior order is no defence, was applied in the same way by the Nürnberg Tribunal. Thus, the Court, rejecting the argument of the defence to the effect that there could not be any responsibility as most of the defendants acted under the orders of Hitler, declared the provision of article 8 to be "in conformity with the law of all nations".⁵⁷

123. The solution given to the question of superior order by the *Charter of the International Military Tribunal for the Far East* is the same as that of article 8 of the Charter of the Nürnberg Tribunal. Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal for the Far East reads as follows:

"Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires."

124. From the above, it is evident that the answer as to the effect of superior order on the responsibility for crimes under international law can hardly be considered as easy. If, on the one hand, there is unanimity as to the fact that superior order might be taken into account for mitigation of punishment, on the other hand, no accord exists as to whether superior order might be a defence or not.

(ii) *From the point of view of dogmatic consideration*

125. The question of the effect of a superior order can only arise if the perpetrator of the unlawful act under international law, though mentally opposed to the order given to him, executed it because of the pressure exerted on him on account of the military or other discipline to which he was submitted. Actually, this was the main argument of the defendants in the war crime trials. They alleged that if they had not obeyed they would have been shot or otherwise punished.⁵⁸

126. The Charter of the Nürnberg Tribunal and the

Charter of the International Military Tribunal for the Far East do not admit superior order as a defence. Should the draft code endorse the example of the above two charters?

127. Another way of solving this problem would be to avoid any rule on this matter. This solution was adopted in the case of the Genocide Convention. The draft convention elaborated by the Secretary-General of the United Nations originally contained a particular provision to the effect that superior order could not justify genocide. This provision was omitted by the *Ad Hoc* Committee and an attempt by the Soviet delegation to introduce it again during the discussion of the above draft convention in the Sixth Committee of the General Assembly was defeated, the majority of this Committee considering that such a rule would be too rigid and that it could not be reconciled with the principles of criminal law applied in several countries.

Conclusion

128. Though it is not agreeable to depart, a few years only after the Nürnberg trial from a rule established by the Nürnberg Charter, we do not hesitate to suggest a solution which would not exclude superior order as a defence. Undoubtedly, from a purely dogmatical point of view, the principle adopted by the Nürnberg Tribunal might be absolutely correct. Yet, we have the feeling that public opinion would hardly give its approval to such a rigid rule. If necessary, in order to facilitate the adoption of the draft code by governments, one could envisage the possibility of omitting in the draft code any rule regarding the matter.

(c) *Effect of official position of the perpetrator of a crime under the draft code*

129. According to classical international law a State organ, acting as such, is, in principle, not responsible for his activities under international law (exception: war crimes). According to the new conception, this principle is not applicable if the action of the organ constitutes a "crime under international law". This conception is expressed in article 7 of the Nürnberg Charter as follows:

"The official position of defendants, whether as heads of State or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment."

130. The *revised draft of agreement* of 30 June 1945 submitted by the American delegation to the London Conference contained the following rule:

"Any defence based upon the fact that the accused is or was the head or purported head or other principal official of a State is legally inadmissible and will not be entertained."⁵⁹

131. The Soviet draft of 2 July 1945 contained the following text:

"The official position of persons guilty of war crimes, their position as heads of States or as heads

⁵⁷ *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, p. 53.

⁵⁸ *Law Reports*, vol. XV, p. 157.

⁵⁹ *Report R. Jackson*, p. 124.

of various departments shall not be considered as freeing them from or in mitigation of their responsibility." ⁶⁰

132. The text elaborated by the *Drafting Subcommittee*, 11 July 1945 reads as follows:

"The official position of defendants, whether as heads of State or responsible officials in various departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment." ⁶¹

133. The final text of article 7 of the Nürnberg Charter, as it stands, is the one of a draft submitted by the British delegation on 23 July 1945.⁶²

134. The rule according to which the official position of the perpetrator of an international crime does not free him from responsibility, is also found in article 6 of the Charter of the International Military Tribunal for the Far East. Its wording is as follows:

"Neither the official position, at any time, of an accused, nor . . . shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires."

135. The principle that the official position of the perpetrator does not free him from responsibility under international law has also been laid down in a number of municipal enactments concerning trials of war criminals. Thus the *Chinese Law* of 24 October 1946, governing the trial of war criminals provides in its Article VIII that the fact that the crimes were committed as a result of official duty or in pursuance of governmental policy shall not exonerate war criminals.⁶³ Again article 4 of the Law of 2 August 1947 of the *Grand Duchy of Luxembourg* on the suppression of war crimes lays down that:

"In no instances can the application of the laws mentioned in Article 1 be set aside under the pretext that the authors or co-authors of, or the accomplices in, the offences set out therein acted in the capacity of an official, a soldier, or an agent in the service of the enemy" ⁶⁴

136. In view of the above practice, there can be no doubt as to the necessity of expressing the above principle in the draft code. What could be doubtful, *prima facie*, is whether the fact that the perpetrator of a crime under international law acted in an official position, could be considered in *mitigation* of punishment.

137. Article 6 of the *Charter of the International Military Tribunal for the Far East* accepts the view that the official position may be considered in mitigation of punishment. This, however, is taking us too far, since the simple fact that a person acted in an official capacity cannot affect his personal responsibility under international law and particularly after the substitution of

personal responsibility for State responsibility, which has been the great achievement of the Nürnberg Charter.

138. The question of mitigation of punishment, therefore, should be limited to cases where the perpetrator, acting in an official position, obeyed superior orders.

(d) *Reprisals and criminal responsibility under international law*

139. A very serious question which deserves careful consideration by the International Law Commission is whether the international responsibility for a crime under international law ceases, if the criminal act has been committed in connexion with the exercise, by a government, of the right of reprisals. In this connexion the fear has been expressed that the acknowledgment of such a plea would seriously affect the authority of the code to be drafted.

140. In the practice of the last war, a certain confusion surrounded the use of the term "reprisal", since this term was also used to justify the "taking and killing" of hostages, etc., in occupied countries. It seems, therefore, necessary to begin with a clear definition of this term.

141. By "reprisals" in international law, one understands the commission by a State of a violation of international law (reprisal) in reply to a preceding violation of this law on the part of another government and in order to induce the latter to stop its unlawful actions. With this meaning of the term "reprisals" in mind, we can now approach the question whether a person in an official position (only organs of States are entitled to exercise the right of reprisals) who commits an international crime may be declared free from responsibility on the ground that his act was committed in the exercise of the right of reprisals. For instance: a government, as a reprisal, issues to the commanders of submarines an order to attack and sink merchant vessels in violation of the respective rules of international law, an action which, if not committed as a reprisal, would constitute a *war crime*. Could the commanders of the submarines, acting under the above orders, be freed from responsibility on the ground that the order given by their government was covered by the exercise of the right of reprisals? In spite of the serious fears which have been expressed for the authority of the code to be drafted, in the event of its acknowledging the plea of reprisals, we cannot see how the plea of reprisals could not be admitted.

142. The right of reprisals is a *right* as long as it is exercised in conformity with international law and we cannot conceive how we could consider a person responsible for his actions if by these very actions he only contributes to the implementation of this right. As long as the right of reprisals exists in international relations — and any attempt to abolish it, in connexion with the code, would be a pure waste of time — an act carried out in the exercise of this right cannot be considered as involving international responsibility.

143. The question of criminal responsibility for violations of international law in the form of reprisals did not arise during the trials of the war criminals of the last war. This was mainly due to the paucity of trials

⁶⁰ *Ibid.*, p. 180.

⁶¹ *Ibid.*, p. 197.

⁶² *Ibid.*, p. 352.

⁶³ *Law Reports*, vol. XV, p. 161.

⁶⁴ *Ibid.*

in which allegations were made of the use of illegal methods of conducting hostilities during the last world war.⁶⁵

144. Some comments on the question of reprisals as a defence can be found in the records of the London Conference of 1945. The American delegation, in its "Redraft of Definition of Crimes" of 25 July 1945, after having enumerated the various acts characterized as "crimes", added a last paragraph reading as follows:

"No political, military, economic or other consideration may serve as an excuse or justification for any such action..."⁶⁶

145. During the discussion in the conference session of 25 July 1945, the French delegate, Professor Gros, attacked the above passage saying, *inter alia*:

"We have criticized the American draft on two things: one, it covers all violations—it is an article which gives jurisdiction for all war criminals, not only the major; and two, in the last paragraph it wants to *dispose of the whole question of reprisals*. The question of reprisals in international law is one existing for the last 500 years and you cannot wipe it out in just one word. That is the real reason we cannot go on the American draft."⁶⁷

146. There was no further discussion on this particular subject in the conference but the fact remains that the above-mentioned paragraph of the American draft was withdrawn.

Conclusion

147. On the basis of the above reflections, we conclude that there cannot be any doubt that the plea of reprisals must be admitted, provided the reprisals are legal, i.e., are exercised in conformity with international treaties and customary law. The answer to the question, however, whether a specific provision to this effect should be included in the code is more than doubtful. Personally, we think it wise to omit any reference to the plea of reprisals. It goes without saying that the right of reprisals, which is a fundamental right, cannot be abolished without a positive rule expressly providing for its abolition.

(e) General principles of penal law

148. The trial of crimes under international law involves the question of the applicability, of various general principles which are recognized and applied in municipal law. These general principles cover the questions whether a mistake of law or of fact may constitute a defence, whether vagueness, uncertainty or obsolescence of the law may serve as a good plea, whether the existence of duress has as a consequence the exemption from punishment, whether self-defence is a good plea, whether the knowledge of the character of an act as a crime is necessary for the punishment of the perpetrator of such an act, etc.

149. In the war crime trials after the last world war

these questions have been dealt with on the basis of application, by analogy, of the relevant rules in force in domestic penal law, although some deviations from these rules have sometimes proved necessary on account of the particularity of some of the problems of international law.

(i) As to *ignorance of the law*, which is not regarded as an excuse under municipal law, there has been some tendency to admit that an alleged war criminal cannot be expected to have been quite as well aware of the position of international law as of that of his own municipal law.⁶⁸

Thus, for instance in the *Scuttled U-Boats* case, the Judge Advocate in concluding his summing up, advised the Court in the following way:

"In my view, if the accused *did not have any knowledge of these terms* [he meant the terms of the act of surrender of the German armed forces in the Northwest region of Germany, which can be compared to a law in domestic law] and he did believe honestly that he had an order of this kind, and that he carried it out; well, then, gentlemen, you will be entitled to acquit him."⁶⁹

In the judgment delivered in the *High Command Trial* we find the following passage:

"Military commanders in the field with far-reaching military responsibilities cannot be charged under international law with criminal participation in issuing orders which are not obviously criminal or which they are not shown to *have known* to be criminal under international law. Such a commander cannot be expected to draw fine distinctions and conclusions as to legality in connection with orders issued by his superiors. He has the right to presume, in the absence of specific knowledge to the contrary, that the legality of such orders has been properly determined before their issuance. *He cannot be held criminally responsible for a mere error in judgment as to disputable legal questions.*"⁷⁰

(ii) According to the practice in trials of war crimes a *mistake of fact* may constitute a defence, just as it may in trials before domestic courts. Thus, for instance, in the trial by a *British Military Court* at Hamburg of Carl Rath and Richard Thiel, 23-29 January 1948, the Judge Advocate advised the court that it would be a good defence to the charge of having unlawfully executed certain Luxembourg nationals if an accused could show that he had *honestly believed* that he was participating in a lawful execution upon someone who was lawfully conscripted into the German army and had been sentenced to death.⁷¹

(iii) The plea of alleged *vagueness, uncertainty or obsolescence* of the law was put forward in the *Peleus Trial* and in the *Flick, I. G. Farben and Krupp Trials*. The United States Military Tribunal which conducted the *I. G. Farben Trial* showed a willingness to admit that changing international custom may render a rule of law obsolete and so take away its obligatory nature: "As

⁶⁵ *Law Reports*, vol. XV, p. 177.

⁶⁶ *Report R. Jackson*, p. 374.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 381.

⁶⁸ See *Law Reports*, vol. XV, p. 182.

⁶⁹ *Ibid.*, vol. I, p. 70.

⁷⁰ *Ibid.*, vol. XV, p. 183.

⁷¹ *Ibid.*, vol. XV, p. 184 (footnote). See further examples, *ibid.*

custom is a source of international law, customs and practices may change and find such general acceptance in the community of civilized nations as to alter the substantive content of certain of its principles". "Technical advancement in weapons and tactics used in the actual waging of war" may have rendered obsolete or inapplicable certain rules relating to "the actual conduct of hostilities and what is considered legitimate warfare".⁷² Similarly, the judgment delivered in the *Flick Trial* stated that certain specified technical developments occurring since 1907

"make plain the necessity of appraising the conduct of defendants with relation to the circumstances and conditions of their environment. Guilt, or the extent thereof, may not be determined theoretically or abstractly. Reasonable and practical standards must be considered."⁷³

(iv) A considerable number of war crime trials contain statements regarding the validity of the plea of *duress*.

In the judgment delivered in the *Krupp Trial* it is said with regard to the plea of duress that:

"the question is to be determined from the standpoint of the honest belief of the particular accused in question The effect of the alleged compulsion is to be determined not by objective but by subjective standards."⁷⁴

In the *Einsatzgruppen Trial* we find the following pronouncement:

"Let it be said at once that there is no law which requires that an innocent man must forfeit his life or suffer serious harm in order to avoid committing a crime which he condemns No court will punish a man who, with a loaded pistol at his head, is compelled to pull a lethal lever."⁷⁵

Some *municipal laws* on war crimes also contain provisions concerning the case of duress. As it is also stated in *Law Reports*, vol. XV, p. 174, the general view in the after-war practice seems to be that duress may prove a defence if (1) the act charged was done to avoid an immediate danger both serious and irreparable; (2) there was no other adequate means of escape; (3) the remedy was not disproportionate to the evil.

(v) That *knowledge* of the criminal character of an act was a prerequisite for punishment has been recognized in various trials.

Thus, the Tribunal which conducted the *I. G. Farben Trial*, commenting on the findings of the Nürnberg Tribunal as to Kaltenbrunner, Frank, Frick, Streicher, and others, said:

"From the foregoing it appears that the International Military Tribunal approached a finding of guilty of any defendant under the charges of participation in a common plan or conspiracy or planning and waging aggressive war with great caution. It made findings of guilty under Counts I and II only where the evidence of both knowledge and active participation was conclusive. No defendant was convicted

under the charge of participating of participating in the common plan or conspiracy unless he was, as was the defendant Hess, in such close relationship with Hitler that he must have been informed of Hitler's aggressive plans and took action to carry them out or attended at least one of the four secret meetings at which Hitler disclosed his plans for aggressive war."⁷⁶

150. With the above practice in mind, we can now approach the question whether it would be advisable to include in the code any provision dealing with the above principles. In our opinion the task of elaborating general principles of penal law to be applied in trials of crimes under international law must be left to the tribunals. Moreover, it might be remembered that principles of municipal law are *ipso iure* applicable in trials of crimes under international law in so far as they are "general principles of law", in the meaning of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice.

VII. Implementation of the Code

151. General Assembly resolution 177 (II) which directed the International Law Commission to prepare the draft code of offences against the peace and security of mankind does not contain any guidance as to whether the code must contain rules concerning the implementation of its provisions. Neither does the history of the above resolution. Consequently, the International Law Commission must be considered free to give to this problem the solution it thinks most appropriate.

152. Three ways of implementation of the provisions of the code can be envisaged: Implementation by an international *ad hoc* tribunal, implementation by a permanent international criminal tribunal and, finally, implementation by the municipal courts of the parties to the code.

A. IMPLEMENTATION BY AN INTERNATIONAL Ad Hoc TRIBUNAL

153. The Nürnberg Tribunal constitutes an historic example of this kind of implementation. If the International Law Commission should adopt such an implementation of the proposed code, the code could be confined to a list of acts, characterized as criminal under international law, supplemented by some principles concerning liability.

154. The limitation of the code to a list of offences only has been considered as very unsatisfactory. In our opinion, the adoption of a list of offences supplemented by rules considering liability would be a considerable progress in the development of international law, which will have considerable practical value. Undoubtedly, no one can claim that this is the ideal solution to be aimed at. Yet, if a far-reaching code should prove unobtainable under the present circumstances, to reject the obtainable alternative of a code limited to a list of offences would be tantamount to an unrealistic approach to the problem of the code of offences against the peace and security of mankind and its importance in international life.

⁷² *Ibid.*, vol. XV, p. 185.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, vol. X, p. 148.

⁷⁵ *Ibid.*, vol. VIII, p. 91.

⁷⁶ *Ibid.*, vol. X, p. 34. See further examples, *ibid.*, vol. XV, p. 142.

155. It is very widely known that at Nürnberg a serious objection made by the defence against the legitimacy of that trial — and which has greatly impressed public opinion — was the plea that the acts for which the defendants were accused were not punishable under "existing" international law ("*nullum crimen sine lege*"). Such a plea would not be possible in the future with respect to acts declared punishable previous to the trial, by a tribunal *ad hoc*, of persons for such acts. A realistic approach to the problem of the code of offences against the peace and security of mankind cannot ignore this aspect of the question.

B. IMPLEMENTATION BY A PERMANENT INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL

156. This implementation presupposes the existence of an international judicial organ having competence in criminal matters. The examination of the desirability and possibility of creating such an organ, constituting the subject of a special report to be examined by the Commission, lies beyond the scope of our present task.

157. However, some remarks may be made in connexion with the possibility of bringing perpetrators of crimes under the code before an international court. In order to answer this question it will be necessary to consider the *substance* of the crimes established by the draft code. That in the case of "aggressive war", the perpetrators of this crime could not be brought before an international judicial organ as long as the aggressor is not defeated and the perpetrators have not been captured, needs no further explanation. In fact, it would be very unrealistic to believe that a State, waging aggressive war, would extradite its public officials in order that they might be tried by an international court. The same applies to any other crime included in the draft code which is committed by State organs, pursuant to orders of their government.

158. However, some of the crimes in question might be perpetrated by *private* persons. Would this alter the situation now discussed? If these crimes — for instance, invasion of another country by armed gangs, commission of organized terroristic acts in another country, manufacture of weapons the use of which has been prohibited by international agreement, etc., — are committed at the instigation of the government, or tolerated by it, the probability of having the perpetrators of the above acts brought before an international judicial organ for trial would not be much greater than in the case of criminal State activities (aggressive war). If one does not want to close his eyes to realities, the crimes listed in the draft code cannot as a rule be committed in an organized State unless the acts in question are at least tolerated by the government. It is only when the criminal acts have been committed *against* the will of the government concerned, that trials before an international judicial organ would, in theory at least, be possible. The qualification "in theory at least" is due to the fact that a trial in the above case presupposes that States would accept to extradite their own nationals and that a government would have the courage to extradite persons whom public opinion might consider as national heroes.

159. In view of the above situation we think that, under the present organization of the international com-

munity, which does not possess *executive organs* for the arrest, against the will of the governments concerned, of perpetrators of international crimes, it would be very unrealistic to envisage seriously the possibility of having persons, responsible for international crimes, brought before an international criminal court with the rare exception of cases of crimes committed *against* the will of the governments. These exceptions, however, again presuppose that government will agree to the extradition of their nationals, such agreement being anything but certain.

160. Be it as it may, to above reasoning regarding the possibility of trials of perpetrators of crimes under the draft code by an international judicial organ should not be taken as an *a priori* refutation of the concept of an international organ of permanent character for the trial of persons having committed crimes established by the draft code. Independently of the *possibility* of having perpetrators of international crimes brought before an international court, there may be serious reasons of another nature supporting strongly the establishment of such an international criminal organ.

16. First of all, a judgment *in absentia* is not absolutely devoid of practical value. Furthermore, we must take into account that the existence of an international criminal court might have also have *preventive* effects. As a matter of fact, as long as a government is not *determined* to commit, through its organs or private persons, acts prohibited by the draft code, the fear of a trial before an international organ, even *in absentia*, will not remain without effect.

C. IMPLEMENTATION BY MUNICIPAL COURTS

162. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide offers an important precedent for the punishment of perpetrators of international crimes by municipal courts. Article V of this convention contains the obligation of the contracting parties to "provide effective penalties" for the crime of genocide and article VI establishes the obligation to try persons charged with genocide "by a competent tribunal" of the State on the territory of which the acts were committed.

163. Consequently, the question arises: can the above example of the genocide convention be followed here? That in the case of State activities (aggressive war, etc.) a trial of public officials before the municipal courts of their own country would be practically impossible needs no further explanation. The same must be accepted as applying more or less to the cases of crimes committed by private persons, who have been incited by the government to commit them, or with respect to acts tolerated by the Government. It is only when the government (a realist may ask: what about public opinion?) disapprove of the commission of crimes under the draft code that a trial before municipal courts does not risk to degenerate into a farce.

164. Though the categories of crimes, the trial of which may be entrusted to municipal courts, will be *very limited* in practice, such cases might really exist. With respect to our draft code the existence of such cases militates in favour of the adoption of the system of implementation accepted by the Genocide Convention.

Moreover, this convention constitutes a precedent which, in our opinion, is bound to influence the future development of international law.

165. As regards the particular problem of the form which the implementation of the code by municipal courts should take, we suggest the solutions adopted by the Genocide Convention. It is only after long discussions and concessions from all parts that the provisions of the above convention have been accepted. They represent, in our opinion, the *maximum* that governments would be inclined to accept, at least for the time being.

166. The above suggestion entails the following:

(a) That the parties to the code would have to undertake to enact the necessary legislation giving effect to the provisions of the code and in particular to provide "effective penalties" for persons responsible under the code.

(b) The parties to the code would have to undertake to try persons responsible under the code by the competent tribunals of the State in the territory of which the criminal act was committed.

(c) The parties to the code would have to undertake not to consider as political crimes, for the purpose of extradition, acts declared punishable by the code, as well as pledge themselves, in such cases, to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force.

VIII. International control of the execution of the code by the parties to it

167. On this matter, too, the Genocide Convention constitutes, in our opinion, a *decisive* precedent. We do feel that it would be of great value to have in the code a provision which would correspond to article IX of the Genocide Convention and, according to which any party to the code would have the right to bring before the International Court of Justice, by unilateral action, any dispute relating to the interpretation, application of fulfilment of the code, including disputes relating to the responsibility of a State for acts declared punishable by the code.

168. As we have already stated, the chance of having serious trials of crimes under the code in the event of a government being in any way implicated in them is more than weak. However, the fear of the control by the International Court of Justice of the implementation of the code by the municipal courts is a factor which, under certain conditions, will not remain ineffective. Undoubtedly, a government, determined to commit or tolerate an act punishable under the code, will, under one pretext or another refuse to observe the provision of the code establishing the obligatory jurisdiction of the Court. Yet, such a conduct would constitute a violation of the code by the government concerned, a fact which would necessarily expose that government to the censure of public opinion.

169. An eventual decision of the International Court of Justice declaring that a government has failed to "prevent or punish" a crime under the code, or the fact that a government refuses to appear before the Court or does not allow an inquiry on its territory, etc.,

can not be without importance, particularly if the *situation* created as a consequence of the failure of a government to fulfil its obligation under the code is brought before the *United Nations organs*.

APPENDIX

Text of a Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind suggested as a working paper for the International Law Commission

Basis of discussion No. 1

The parties to the code declare that the acts mentioned below are crimes under international law which they undertake to prevent and punish :

Crime No. I The use of armed force in violation of international law and, in particular, the waging of aggressive war.

Crime No. II The invasion by armed gangs of the territory of another State.

Crime No. III The fomenting, by whatever means, of civil strife in another State.

Crime No. IV Organized terroristic activities carried out in another State.

Crime No. V Manufacture, trafficking and possession of weapons the use of which is prohibited by international agreements.

Crime No. VI The violation of military clauses of international treaties defining the war potential of a State, namely, clauses concerning;

- (a) The strength of land, sea and air forces.
- (b) Armaments, munitions and war material in general.
- (c) Presence of land, sea and air forces, armaments, munitions and war material.
- (d) Recruiting and military training.
- (e) Fortifications.

Crime No. VII The annexation of territories in violation of international law.

Crime No. VIII 1. The Commission of any the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such :

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

2. The commission of any of the following acts in so far as they are not covered by the foregoing paragraph :

Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against a civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion

with any crime against peace or war crimes as defined by the Charter of the International Military Tribunal.

Crime No. IX Violations of the laws or customs of war. [namely, . . .]

- Crime No. X*
- (a) Conspiracy to commit any of the acts enumerated under Crimes I - IX.
 - (b) Direct and public incitement to commit any of the acts under Crimes I - IX.
 - (c) Preparatory acts to commit any of the acts under Crimes I - IX.
 - (d) Attempt to commit any of the acts under Crimes I - IX.
 - (e) Complicity in any of the acts under Crimes I - IX.

Basis of discussion No. 2

1. Any person, whether acting in an official capacity or as a private individual, who commits any of the acts mentioned in Basis of discussion No. 1 shall be responsible therefor under international law and liable to punishment.

2. Any person in an official position, whether civil or military, who fails to take the appropriate measures in his power and within his jurisdiction, in order to prevent or repress acts punishable under this code shall be responsible therefor under international law and liable to punishment.

Basis of discussion No. 3

[The fact that a person acted under command of the law or pursuant to superior order may be taken into consideration either as a defence or in mitigation of punishment if justice so requires.]

Basis of discussion No. 4

The parties to the code undertake to enact the necessary legislation giving effect to the provisions of the present code and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of any of the acts declared punishable by the code.

Basis of discussion No. 5

1. The parties to the code undertake to try by a competent tribunal persons having committed on their territory any of the acts declared punishable by the present code.

2. The foregoing provision does not affect the penal jurisdiction possessed by States under their municipal law.

Basis of discussion No. 6

1. The acts declared punishable by the present code shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition.

2. The parties to the code pledge themselves to grant extradition for perpetrators of crimes under this code in accordance with their laws and treaties in force.

Basis of discussion No. 7

The parties to the code accept the jurisdiction of the International Court of Justice for disputes between them relating to :

(a) The interpretation, application or fulfilment of the present code;

(b) The responsibility of a State under international law for any of the acts declared punishable under the present code.

A dispute may be brought before the Court at the request of anyone of the parties to the code.

DOCUMENT A/CN.4/39

Mémoire présenté par le Secrétariat

[Texte original en français]

[24 novembre 1950]

NOTE DU SECRÉTARIAT

Ce mémorandum a été préparé par le professeur Vespasien V. Pella, président de l'Association internationale de droit pénal, à la demande du Secrétariat. Le Secrétariat n'entend assumer aucune responsabilité quant aux opinions exprimées par l'auteur, mais considère que la documentation contenue dans ce mémorandum peut présenter un intérêt pour le Rapporteur spécial de la Commission du droit international et les autres membres de la Commission dans leurs travaux relatifs à la préparation d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

TABLE DES MATIERES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	281
Idéologie de la Charte	281
Difficultés rencontrées dans l'élaboration du mémorandum	281
Acceptions différentes du terme "droit pénal international"	282
Projets et études non officiels pouvant servir à l'élaboration d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	282

TABLE DES MATIERES

	<i>Pages</i>
Les travaux officiels d'entre les deux guerres. Conférence de la paix, Société des Nations, Conférence du désarmement	283
L'Organisation des Nations Unies	284
La Déclaration universelle des droits de l'homme	286
Travaux de l'Association internationale de droit pénal, de l'International Bar Association et du Bureau international pour l'unification du droit pénal	286
Questions préliminaires et méthodes à suivre pour l'élaboration du Code	286
La Commission du droit international a à faire œuvre de création. Adaptation des principes de Nuremberg à la structure du Code. Incrimination d'autres actes nuisibles à la paix et à la sécurité de l'humanité	287
Principales questions que pose la préparation d'un projet de code	287
L'esprit qui doit présider à l'élaboration du Code	288
 PREMIÈRE PARTIE — LE CRIME INTERNATIONAL	 289
Crime international, crime de droit commun, crime politique	289
Le droit pénal commun	289
Le droit pénal national politique	290
Le droit pénal international classique ou le droit pénal international privé	291
Concept traditionnel du crime international. Responsabilité civile de l'Etat. Exclusion de la responsabilité internationale de l'individu	291
Les soi-disant crimes mondiaux ou universels	292
Le droit pénal international nouveau ou le droit pénal interétatique	293
La définition du droit pénal international	294
Liaison entre le droit pénal international et le droit international public	294
Dénominations de cette discipline nouvelle	295
Crime international ou crime contre la paix et la sécurité de l'humanité	295
Définition du crime international	295
Caractère indivisible de la notion de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité	296
Extension du droit par la prévision dans le Code de tous les actes dirigés contre la paix et la sécurité de l'humanité	298
Question de l'incrimination par le Code des actes qualifiés crimes de guerre et crimes contre l'humanité dans le Statut de Nuremberg	299
La protection pénale internationale de certains droits fondamentaux de l'homme	300
Question du caractère politique des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	301
La guerre civile et les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	302
Propositions faites entre les deux guerres en vue de l'adoption d'un code pénal international	303
Propositions faites après la seconde guerre mondiale	304
Nécessité du Code	305
Structure du Code	306
 DEUXIÈME PARTIE. — PRINCIPES GÉNÉRAUX CONCERNANT L'EXERCICE DE LA RÉPRESSION	 307
Application universelle du Code	307
De la primauté du droit pénal international et de la règle <i>non bis in idem</i>	310
Légalité des incriminations et des sanctions	311
Les sujets actifs des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Personnes physiques. Etats	315
La responsabilité pénale de l'Etat. Arguments pour et contre	315
Réponses au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association	319
La responsabilité des personnes juridiques autres que les Etats	320
Formules à proposer	320
Application des principes généraux	322
Exclusion de l'impunité fondée sur la situation officielle de l'accusé	322
Question de l'ordre supérieur	323
Question de l'admission d'excuses absolutoires	327
Question des crimes à prévoir dans le Code et application des principes généraux du droit	328
Contrainte. Désistement volontaire. Repentir actif. Réparation du préjudice	328

TABLE DES MATIERES

	<i>Pages</i>
Etat de nécessité	329
Consentement de la victime	330
Définition des crimes contre la paix et question de la légitime défense	330
Définition générale de l'agresseur. Formule générale	331
Définition rigide	332
Définition intermédiaire	333
Présomptions de légitime défense	333
 TROISIÈME PARTIE. — DES DIVERS CRIMES INTERNATIONAUX. LISTE QUE DONNERAIT LE CODE	 334
Observations préliminaires	334
L'invasion du territoire d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat	334
L'attaque par les forces terrestres, navales ou aériennes d'un Etat du territoire, des navires ou des aéronefs d'un autre Etat	334
L'attaque par un Etat du territoire d'un autre Etat au moyen d'engins se trouvant déjà sur le territoire de ce dernier Etat	334
L'établissement par un Etat d'un blocus naval des côtes ou des ports d'un autre Etat	335
L'annexion franche ou déguisée du territoire d'un Etat en violation du droit international	335
Le fait de donner assistance à un Etat agresseur	335
Le refus de prêter assistance à l'Organisation des Nations Unies qui a entrepris une action pour maintenir la paix et la sécurité internationales	335
La conclusion de traités à caractère offensif ou de tout arrangement en vue d'assurer le concours d'un Etat à un autre Etat dans l'éventualité où ce dernier commettrait une agression	335
Le fait de la part d'un Etat de donner appui à des bandes armées qui, formées sur son territoire, auraient envahi le territoire d'un autre Etat, ou le refus, malgré la demande de l'Etat envahi, de prendre sur son propre territoire toutes les mesures en son pouvoir pour priver lesdites bandes d'aide et protection	336
Le fait de provoquer la guerre civile dans un autre Etat ou de favoriser l'un des partis en lutte ..	336
La déclaration de guerre	337
La menace du recours à la force	337
Mobilisations effectuées dans un but d'intimidation ou pour préparer une agression internationale ..	337
Question de la responsabilité des individus faisant partie de la force armée de l'agresseur	337
Le fait de ne pas soumettre un différend aux organes compétents des Nations Unies dans les cas prévus par la Charte	338
Le recrutement de contingents supérieurs à ceux autorisés et constructions stratégiques interdites ..	338
La fabrication, le commerce, la détention et l'entraînement à l'emploi d'armes de guerre interdites par les accords internationaux	338
L'admission par un Etat dans ses forces armées des déserteurs de terre, de mer et de l'air d'autres Etats	339
La violation des immunités diplomatiques	339
Le fait de la part d'un agent diplomatique d'abuser des privilèges qui lui sont accordés pour commettre des actes attentatoires à l'ordre public international ou des infractions au droit international dirigées contre l'Etat auprès duquel il est accrédité	339
Les actes de terrorisme affectant les relations internationales	340
La propagande de guerre	341
La diffusion de nouvelles fausses ou déformées ou de faux documents sachant qu'ils nuisent aux relations internationales	343
La pression en faveur de la guerre	345
L'outrage à un Etat étranger	345
Cas où les infractions mentionnées aux paragraphes 123-135 pourraient être réprimées par les législations nationales	346
Le crime contre l'humanité, à savoir l'extermination ou la persécution d'une population ou d'un élément de population pour des raisons de race, de nationalité, de religion, d'opinions politiques ou autre fondée sur des critères analogues par l'emploi d'un des moyens suivants : homicide intentionnel, torture, traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, ainsi que la déportation ou la détention illégale	346
Définitions données aux crimes contre l'humanité	348
Question de l'introduction du crime de génocide dans le Code	351
Violations des lois et des coutumes de la guerre	351

TABLE DES MATIERES

	<i>Pages</i>
La distinction entre les crimes militaires internationaux et les crimes de droit commun commis en territoire occupé	352
Difficulté d'introduire dans le Code une liste complète des violations des lois et des coutumes de la guerre	352
Nécessité de s'en tenir pour le moment à une formule générale	353
Les crimes de guerre et le problème des représailles	353
Autres crimes à prévoir dans le Code	354
La falsification de monnaies et de billets de banque, favorisée ou tolérée par un Etat et portant atteinte au crédit d'un autre Etat	354
La falsification de passeports ou autres documents équivalents	355
Le fait de céder, de vendre ou de distribuer des armes, munitions ou explosifs en violation d'une législation nationale	355
Abus dans l'exercice des pouvoirs de police en haute mer	355
Le fait pour un Etat de favoriser l'esclavage ou des pratiques analogues	355
Cas qui ne devraient pas être prévus dans le Code	356
Problème du complot et des organisations criminelles	356

APPENDICE

Critères pour la classification des crimes à prévoir dans le Code	357
Question de la rédaction de textes sous la forme d'un avant-projet de code	357
L'extradition des personnes accusées de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	358
Quelques questions de procédure	358
Mise en œuvre du Code	358
Rôle réservé à la Cour internationale de Justice	361

INTRODUCTION

IDÉOLOGIE DE LA CHARTE

1. Dans son ouvrage : *La Morale internationale* qui fut son chant du cygne, Nicolas Politis rappelait que la philosophie grecque a fixé à jamais comme condition nécessaire du bonheur individuel et collectif le sens de la mesure, le devoir de modération.

Dans ce memorandum, nous observerons le sens de la mesure en n'envisageant que des solutions qui répondent aux exigences de l'actuelle communauté internationale appelée à se développer sur la base des principes d'ordre et de justice. Par ailleurs, nous essaierons de dégager des méthodes capables d'assurer la protection pénale de la paix et de la sécurité de l'humanité en partant de ce que l'on pourrait appeler la « super-idéologie » qui inspire la Charte des Nations Unies.

Celle-ci a voulu assurer aux peuples une *vie paisible au sein de la communauté internationale* fondée sur une organisation d'une large et solide infrastructure morale, lorsqu'elle a proclamé, dans son préambule, que les peuples « doivent pratiquer la tolérance et vivre en paix les uns avec les autres », qu'ils doivent « unir leurs forces pour maintenir la paix et la sécurité internationales », et enfin qu'ils doivent « accepter des principes et instituer des méthodes garantissant qu'il ne sera point fait usage de la force des armes, sauf dans un intérêt commun ».

On ne ferait pas cependant preuve du sens de la mesure si dans le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité on envisageait seulement des solutions anodines. De telles solutions créeraient de dangereuses illusions en servant l'hypocrisie et en satisfaisant tout au plus certains préjugés issus eux-mêmes d'une atmosphère saturée de passions et de méfiance.

2. Les développements qui vont suivre représentent une contribution à l'étude de certaines règles de conduite s'imposant aux groupes sociaux appelés « Etats » dans le domaine spécial de la défense, par le droit pénal, de la sécurité de l'humanité. Dès le début, nous tenons à préciser que du respect de ces règles dépend l'avènement de l'*esprit communautaire international* qui seul peut être générateur d'organisations interétatiques stables, et, partant, d'une paix réelle et durable.

DIFFICULTÉS RENCONTRÉES DANS L'ÉLABORATION
DU MÉMORANDUM

3. A la différence d'autres questions de droit international au sujet desquelles on trouve une *bibliographie* déjà établie selon des critères destinés à faciliter les recherches, par contre en ce qui concerne les questions formant l'objet du présent memorandum, il n'y a pas de bibliographie précise. Les éléments de cette bibliographie sont tellement éparpillés que leur recherche évoque la recherche d'« une épingle dans une botte de foin ».

ACCEPTIONS DIFFÉRENTES DU TERME
« DROIT PÉNAL INTERNATIONAL »

4. Les difficultés des études dans ce domaine sont dues également aux différentes acceptions du terme « droit pénal international ».

Il existe en outre une très grande confusion en ce qui concerne la notion même du *crime international*.

Le Président de l'American Society of International Law, le juge Manley O. Hudson, avait raison, lorsqu'en pensant à ces sujets, il affirmait à la session d'avril 1949 de ladite société qu'il s'agit en réalité d'un développement du droit international « dans un domaine qui n'est pas toujours bien connu ».

Le même point de vue fut exprimé le 27 juin 1949 par M. Ernest A. Gross, alors Secrétaire d'Etat adjoint et actuellement représentant des Etats-Unis à l'Organisation des Nations Unies, qui déclara à Washington, aux membres de l'United Nations League of Lawyers que « la conception du droit pénal international dans l'esprit du juriste moyen et même dans celui du juriste supérieur à la moyenne est des plus confuses et des plus incertaines »¹.

Rappelons que le juriste soviétique P. S. Romachkine constata lui aussi « que le droit pénal international, comparé aux autres sciences juridiques, est la science dont l'objet et le nom même sont des plus discutés »².

Il suffit d'ailleurs de lire l'article saisissant et très complet du D^r Yuen-li Liang concernant la question de la juridiction criminelle internationale telle qu'elle s'est présentée en 1948 à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, pour se rendre compte des hésitations et des tâtonnements, voire même des contradictions qui apparaissent lorsqu'on traite de pareilles questions dans certaines réunions internationales³.

PROJETS ET ÉTUDES NON OFFICIELS POUVANT SERVIR A
L'ÉLABORATION D'UN CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX
ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

5. A la différence de la juridiction criminelle internationale qui a fait l'objet de certains projets entre les deux guerres ou de certaines propositions pendant la seconde guerre mondiale⁴, on ne trouvait lors de la première session de la Commission du droit international qu'un seul projet visant *l'ensemble des questions* que soulève l'élaboration d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, à savoir le *plan d'un code répressif mondial* élaboré en 1935.

Ce plan avait son origine dans les diverses études faites par nous-même à partir de 1919 et qui servirent de base à nos propositions présentées en 1924 à la Conférence interparlementaire de Berne⁵. Ces propositions furent ensuite développées en 1925 dans notre ouvrage *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* et résumées sous la forme d'un texte de 18 articles ayant pour titre : Principes fondamentaux d'un *code répressif des nations*. Ces textes, publiés dans le quotidien *le Temps* du 8 mai 1925, figurèrent en annexe à la résolution adoptée en octobre 1925 par la Conférence interparlementaire de Washington⁶.

En outre, on relève que, par la résolution ci-dessus, l'Union interparlementaire décida de « procéder à l'élaboration d'un avant-projet de code répressif des nations ».

A cette fin, elle chargea sa commission juridique composée de MM. La Fontaine (Belgique), président; Schücking (Allemagne); Carl R. Chindblom (Etats-Unis d'Amérique); Holger Andersen (Danemark); Paul Bastid (France); Llewellyn Jones (Grande-Bretagne); Gratz (Hongrie); Di Stefano-Napolitani (Italie); Takeo Sakiyama (Japon); Norem (Norvège); Heemskerk (Pays-Bas); Makowski (Pologne); V. V. Pella (Roumanie), rapporteur; K. G. Westman (Suède); Studer (Suisse); Medinger (Tchécoslovaquie), d'étudier la question.

Après de nombreuses réunions tenues notamment à Genève (août 1926 et 1929, avril 1931 et 1932) et à Londres (juillet 1930), la Commission adopta des conclusions relatives à un Code répressif des nations et chargea le rapporteur de préparer le plan de ce code. A ce plan rédigé par nous, on donna pour titre « Plan d'un Code répressif mondial », parce qu'il était destiné à faire partie du « Plan général de Code de droit mondial » élaboré au nom de l'Union interparlementaire par le sénateur La Fontaine⁷.

De son côté, l'Association internationale de droit pénal avait pris, en 1929, la décision de procéder à l'élaboration d'un statut pénal international. Elle constitua à cet effet une commission composée de MM. Carton de Wiart, Bewes, Donnedieu de Vabres, Givanovitch, Mercier, Pella, Rappaport, Roux et Sassarath. Cette commission a tenu, sous la présidence du conseiller Caloyanni, plusieurs réunions de 1929 à 1935 à la Faculté de droit à Paris.

Enfin, l'International Law Association avait également décidé d'entreprendre des travaux dans ce domaine.

En vue de coordonner leurs efforts, ces trois institutions internationales choisirent un seul et même rapporteur en notre personne⁸.

C'est donc pour donner suite à la mission qui nous avait été confiée par l'Union interparlementaire, l'International Law Association et l'Association internationale de droit pénal que nous achevâmes, en mars 1935, le plan

¹ Voir aussi l'article d'Ernest Gross, « Les Nations Unies et le développement du droit criminel international », *Revue internationale de droit pénal*, 1950, n° 1, p. 5 et suiv.

² Voir « La notion et les sources du droit pénal international », dans la revue *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, Moscou, n° 3, 1948.

³ Voir *American Journal of International Law*, vol. 43 (1949), p. 478-486.

⁴ Pour les projets concernant la juridiction criminelle internationale, voir l'intéressant mémorandum du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies : *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale* (Publication des Nations Unies, n° de vente : 1949 V. 8), ainsi que notre étude remise le 2 juin 1949 aux membres de la Commission du droit international et ayant pour titre « Vers une juridiction criminelle internationale ».

⁵ *Compte rendu de la XXII^e Conférence*, 1924, p. 328 et suiv.

⁶ Voir le texte, dans *l'Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 75-79.

⁷ Voir *Bulletin interparlementaire*, (1926), n° 4, p. 103, et (1932), n° 4, p. 144 et suiv. Voir également *Procès-verbaux de la Commission juridique de l'Union interparlementaire* et tout spécialement celui du 27 août 1929, p. 3-10.

⁸ Voir *Revue internationale de droit pénal*, 1935, p. 138.

d'un code répressif mondial. Ce plan, précédé d'un rapport, fut publié en 1935 par l'Association internationale de droit pénal⁹.

Le plan fut publié à nouveau en 1946, (avec de très légères adjonctions) en annexe à notre ouvrage *La guerre-crime et les criminels de guerre*¹⁰.

6. Dans le titre premier du plan, divisé en quatre chapitres, sont formulés les principes généraux du code envisagé : questions concernant l'application du droit répressif mondial, la définition de l'infraction internationale et ses sujets actifs, les éléments et circonstances de l'infraction internationale, et enfin la participation. Le titre deuxième est consacré à la nature des infractions. Il contient une énumération des infractions pouvant être commises par les Etats, par des personnes juridiques autres que les Etats et par les individus. Le titre troisième traite des questions de procédure, questions qui se trouvent d'ailleurs développées dans le projet de statut d'une juridiction criminelle internationale élaboré par nous, en 1928, au nom de l'Association internationale de droit pénal. On y trouve tout ce qui concerne l'action publique internationale, l'action en réparation du préjudice causé par une infraction internationale, l'exercice et l'extinction de ces actions, la compétence, l'instruction, le jugement et enfin les voies de recours¹¹. Le titre quatrième du plan énumère les sanctions pénales et les mesures de sûreté applicables aux Etats, aux individus et aux personnes juridiques autres que les Etats. Le dernier chapitre du titre quatrième est consacré à l'exercice et à l'extinction du droit d'exécution des sanctions.

7. Il y a lieu d'indiquer que, pour la documentation en vue de l'élaboration d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, on trouvera parfois des éléments dispersés dans les divers projets, résolutions ou études concernant la création d'une juridiction criminelle internationale lorsqu'ils traitent de la compétence d'une telle juridiction.

On peut enfin mentionner quelques textes dans les divers projets de code international ou dans les projets dits de code pénal international qui, en réalité, sont consacrés à des problèmes de « droit pénal international classique ».

En effet, le but principal de ces projets qui traitent du droit pénal international n'est pas d'organiser les conditions de la répression des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, mais plutôt de régler des problèmes ayant trait à l'application de la loi pénale nationale dans l'espace, en indiquant notamment les conditions d'application des lois pénales d'un Etat aux crimes et délits commis en dehors de son territoire et en fixant éventuellement les règles de la collaboration des autorités des divers pays en vue de la répression par l'un de ces pays.

LES TRAVAUX OFFICIELS D'ENTRE LES DEUX GUERRES.
CONFÉRENCE DE LA PAIX, SOCIÉTÉ DES NATIONS, CONFÉRENCE DU DÉARMEMENT

8. Dans les travaux préparatoires de la Conférence

de la paix de 1919 et dans ceux du Comité consultatif des juristes de 1920, ainsi que dans certaines dispositions du Traité de Versailles, on trouvera certains éléments dispersés et des qualifications bien souvent vagues, pouvant eux aussi servir comme éléments d'appréciation en vue de l'élaboration d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

9. Pour ce qui est de la Société des Nations, on constate que la pression des faits, qui bien souvent vont plus vite que les idées, l'obligea à aborder certains problèmes relatifs à la protection pénale de la paix. Elle essaya d'organiser une collaboration des Etats en vue de prévenir et réprimer certains crimes de nature à troubler les relations internationales.

Il s'agit de crimes, tels que le faux-monnayage et le terrorisme, dirigés contre un Etat et qui ont été commis avec l'assentiment ou la tolérance d'un autre Etat.

Certains gouvernements, dénonçant un tel assentiment ou une telle tolérance de la part d'un Etat dans la perpétration du crime, saisirent la Société des Nations. Les travaux de cette dernière aboutirent aux Conventions du 29 avril 1929 pour la répression du faux-monnayage, et du 16 novembre 1937 pour la répression du terrorisme.

10. Rappelons également les textes proposés en 1933 par le Comité juridique de la Conférence du désarmement. Etant donné que ces textes sont très peu connus et qu'ils peuvent, eux aussi, présenter un intérêt pour l'incrimination de divers actes en tant que crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, nous en reproduisons ci-dessous les dispositions en attirant tout spécialement l'attention sur celles des articles 2 et 3 :

Textes proposés par le Comité juridique¹²

« Article premier

« Les Hautes Parties contractantes conviennent, dans la mesure des possibilités prévues par leur droit public, d'envisager l'adoption des règles constitutionnelles consacrant l'obligation de ne pas recourir à la force comme instrument de politique nationale et de ne rechercher la solution de tout différend ou conflit que par des moyens pacifiques.

« Les Hautes Parties contractantes membres de la Société des Nations prennent le même engagement pour ce qui est des stipulations du Pacte de la Société des Nations.

« Article 2

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre les mesures législatives leur permettant de réprimer :

« 1. La préparation et l'exécution sur le territoire

¹² Ces textes se trouvent dans le document Conf. D.C.G. 142 du 12 juin 1933. Ce document est intitulé : « Questionnaire et textes proposés par le Comité juridique ». Les textes ont été élaborés par le Comité juridique (séances des 9 et 10 juin 1933) en prenant pour base notre avant-projet (voir addendum au document Conf. D.C.G. 142). Ces textes sont précédés d'un questionnaire sur les différents points qui ont retenu plus particulièrement l'attention du Comité au cours de la discussion.

⁹ Voir *Revue internationale de droit pénal*, 1935, p. 348 et suiv.

¹⁰ Voir p. 145-156.

¹¹ Voir le projet de statut reproduit dans *l'Histoire du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 80-93.

de l'Etat d'actes dirigés contre la sûreté d'une puissance étrangère.

« 2. La propagande directe et publique pour engager l'Etat à commettre le premier, et en violation de ses engagements internationaux, l'une des actions suivantes : a) déclaration de guerre à un autre Etat; b) invasion par ses forces armées, même sans déclaration de guerre, du territoire d'un autre Etat; c) attaque par ses forces terrestres, navales ou aériennes, même sans déclaration de guerre, du territoire, des navires ou des aéronefs d'un autre Etat; d) blocus naval des côtes ou des ports d'un autre Etat; e) appui donné à des bandes armées qui, formées sur son territoire, auraient envahi le territoire d'un autre Etat ou refus, malgré la demande de l'Etat envahi, de prendre sur son propre territoire toutes les mesures en son pouvoir pour priver lesdites bandes de toute aide ou protection.

« 3. La participation ou l'aide donnée à des bandes armées qui, formées sur le territoire de l'Etat, auraient envahi le territoire d'un autre Etat.

« 4. La diffusion de fausses nouvelles ou de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers, lorsque la diffusion aura troublé les relations internationales et qu'elle aura été faite de mauvaise foi.

« 5. L'outrage commis à l'égard d'un Etat étranger et qui consiste à lui attribuer de mauvaise foi des faits manifestement inexacts qui suscitent contre lui la haine ou le mépris public.

« 6. Les actes contraires aux interdictions établies par les articles... de la Convention. (Ce texte devrait être complété en envisageant notamment le cas de personnes qui, contrairement aux engagements de l'Etat, se seraient rendues coupables de fabrication ou de commerce privés d'armes et matériel de guerre, ainsi que de la préparation, dans les conditions interdites par la Convention, de la guerre chimique, incendiaire ou bactérienne, etc.)

Article 3

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent en outre :

« 1. A empêcher l'activité d'organisations qui se rendraient coupables d'un des actes prévus dans l'article 2 et à les traiter comme les organisations ayant un but illicite au sens de la législation interne.

« 2. A introduire dans leur législation les dispositions nécessaires permettant de donner effet aux dispositions éventuelles de la Convention ayant trait aux immunités. »

L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

11. Par son rapport du 9 novembre 1946 adressé au Président des Etats-Unis, M. Francis Biddle, juge américain au Tribunal international de Nuremberg, recommandait que l'Organisation des Nations Unies réaffirme les principes du Statut de Nuremberg dans le cadre d'une *codification générale des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*. Le président Truman fit sienne

cette recommandation, et, le 15 novembre 1946, la délégation des Etats-Unis présentait à l'Assemblée générale des Nations Unies une résolution invitant les Nations Unies « à traiter comme un sujet de la plus haute importance l'élaboration des principes reconnus dans le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, qui figureront dans la codification générale des crimes commis contre la paix et la sécurité de l'humanité ou dans un code de droit criminel international ».

Par une *résolution unanime du 11 décembre 1946*, l'Assemblée générale invita la Commission chargée de la codification du droit international « à considérer comme une question d'importance capitale les projets tendant à formuler, dans le cadre d'une codification générale des crimes commis contre la paix et la sécurité de l'humanité ou dans le cadre d'un code de droit criminel international, les principes reconnus dans le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal ».

Pour éviter tout malentendu, la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification, réunie à Lake Success, du 12 mai au 17 juin 1947, a établi la distinction entre : a) un projet détaillé de plan de codification générale des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, projet qui devrait être établi de telle façon qu'il indique la place qu'on doit accorder aux principes de droit international reconnus par le Statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce tribunal, et b) le code criminel international.

Enfin, par une dernière *résolution 177 (II) du 21 novembre 1947*, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de charger la Commission du droit international de : « a) formuler les principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour; et de b) préparer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, indiquant clairement la place qu'il convient d'accorder aux principes mentionnés au sous-paragraphe a ci-dessus »¹³.

12. Lors de sa première session (Lake Success, 12 avril-9 juin 1949), la Commission du droit international discuta à la séance du 31 mai 1949¹⁴ la question d'un projet de code contre la paix et la sécurité de l'humanité.

M. Koretsky déclara que « la lutte contre le crime de même que l'élaboration d'un code pénal constituent l'une des fonctions fondamentales des gouvernements et toute intervention dans de telles questions, de la part d'un organe international, équivaldrait à une violation des droits souverains des Etats ». En conséquence, M. Koretsky estima « que le moment n'est pas venu pour la Commission de s'occuper de l'élaboration d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, question qui n'est pas de sa compétence ».

M. Manley O. Hudson fit remarquer « que la Commission ne saurait mettre en doute la nécessité d'un code des crimes que l'Assemblée générale l'a chargée de préparer ».

¹³ Sur l'ensemble de ces questions, voir *Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg* (publication des Nations Unies, n° de vente : 1949. V. 7), p. vii, 1-36.

¹⁴ A/CN.4/SR.30.

M. Spiropoulos, dans son exposé démontra que « la Commission doit s'attacher à déterminer ce qui devrait être considéré comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il se peut qu'il y ait d'autres crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que ceux qu'énumère le Statut de Nuremberg ». M. Spiropoulos indiqua ensuite, à titre d'exemple, certains actes figurant dans le plan d'un code répressif mondial (voir par. 5 et 6 ci-dessus) et demanda que les gouvernements soient consultés sur la question de savoir quels sont les actes qui devraient figurer dans le projet de code.

Il faut également signaler que, dans son rapport adressé à l'Assemblée, la Commission a constaté que « la formulation des principes de Nuremberg semble si étroitement liée à la préparation d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qu'il serait prématuré pour la Commission de présenter ces principes en une forme définitive avant que la rédaction du projet de code ne soit plus avancée »¹⁵.

13. Les débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale en octobre 1949 présentent également un intérêt particulier pour la question de la préparation du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Rappelons l'intervention de M. Rölöng, représentant des Pays-Bas à la Sixième Commission¹⁶ :

« En ce qui concerne la formulation des principes de Nuremberg et la rédaction d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (A/925, paragraphes 24 à 31 inclus), M. Rölöng fait observer que la première tâche, qui semble consister à isoler et à formuler clairement les principes de droit international reconnus par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg, est fort restreinte; au contraire, la seconde, qui consiste à « indiquer clairement la place qu'il convient d'accorder » à ces principes dans un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, semble exiger une appréciation des principes en question et un jugement définitif à leur sujet. Toutefois, ainsi qu'elle l'indique dans le paragraphe 30 de son rapport, la Commission semble interpréter les mots « indiquant clairement la place qu'il convient d'accorder » comme signifiant que les principes de Nuremberg seront automatiquement introduits dans le projet de code. La délégation des Pays-Bas s'oppose fermement à cette interprétation; elle considère que l'on pourrait même comprendre par ces mots que les principes de Nuremberg ne devraient pas figurer dans le projet de code au cas où la Commission du droit international estimerait qu'ils ne le méritent pas.

« M. Rölöng rappelle que le procès de Nuremberg a été suivi du procès de Tokyo, devant un tribunal ayant également son statut, et de jugements de tribunaux de divers pays ainsi que des publications de juristes éminents spécialistes du droit international; toutes ces manifestations révélaient des interprétations différentes quant au fond d'aspects importants des principes élaborés à Nuremberg. La Commission doit

pouvoir tenir compte de tous ces éléments lorsqu'elle jugera de la valeur des principes de Nuremberg et décidera de la place qu'il convient de leur accorder dans le projet de code; si elle considère que la résolution 177 (II) ne lui permet pas d'en tenir compte, elle devra demander un élargissement de son mandat; la délégation des Pays-Bas appuierait de tout son cœur une telle demande. »

Ce point de vue pourrait par ailleurs être envisagé aussi à la lumière de l'opinion dissidente du juge néerlandais au Tribunal de Tokyo¹⁷.

Dans le mémorandum du Secrétaire général ayant pour titre : « Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg »¹⁸, on trouve le passage suivant :

« M. Rölöng (Pays-Bas) a déclaré que « la préparation militaire en vue d'un conflit probable n'est pas nécessairement un complot en vue d'une agression » et a estimé en outre que le Tribunal n'aurait pas dû rendre un jugement sur des infractions censées avoir été commises avant le début de la deuxième guerre mondiale. »

Rappelons également le point de vue exprimé par M. Petren, représentant de la Suède, toujours à la séance du 13 octobre 1949 de la Sixième Commission de l'Assemblée : « Le Gouvernement suédois tient tout particulièrement, comme beaucoup d'autres gouvernements d'ailleurs, à ce que soit élaboré un projet de code en la matière; il reconnaît pleinement, en effet, le poids et l'importance qu'aurait un tel code. La délégation suédoise suppose qu'à la suite des recommandations que la Commission a faites à cet égard à l'Assemblée générale, un projet de convention sera préparé et soumis à l'approbation des divers gouvernements; elle espère qu'il sera tenu compte, à cette occasion, des vues exposées par le représentant des Pays-Bas¹⁹. »

Pour ce qui est de la valeur internationale des principes de Nuremberg, il y a lieu de mentionner le point de vue exposé par sir Hartley Shawcross à la séance du 12 octobre 1949 de la Sixième Commission. En ce qui concerne la formulation des principes de Nuremberg, sir Hartley a déclaré : « L'attitude du Royaume-Uni n'a pas varié à cet égard; les principes sont d'ores et déjà formulés dans le jugement de Nuremberg et ils font déjà partie du droit international sans que soit pour cela nécessaire l'approbation de la Commission du droit international. » Cependant, la nécessité d'une formulation des principes de Nuremberg a été réaffirmée par M. Koretsky à la même séance de la Sixième Commission :

« Si certains Etats, dont l'URSS, insistent pour que les principes de Nuremberg soient formulés, ce n'est pas qu'ils négligent l'importance du jugement de Nuremberg, c'est qu'ils veulent donner à ces principes le caractère d'une loi générale, leur conférer plus d'autorité et plus d'effet. Le représentant du Royaume-Uni,

¹⁷ Voir l'opinion du juge néerlandais Rölöng (texte miméographié, 12 novembre 1948, 249 p.). Ce remarquable document représente en outre un aperçu critique sur l'ensemble des problèmes juridiques et sur les questions de fait posés au procès de Tokyo, et contient d'intéressantes observations sur le jugement de Nuremberg.

¹⁸ A/CN.4/5, p. 92-93.

¹⁹ A/C.6/SR.160, p. 18.

¹⁵ A/925, p. 5.

¹⁶ A/C.6/SR.160, p. 7 et 8.

au contraire, semble vouloir leur laisser définitivement le caractère d'une loi spéciale issue de l'accord d'un nombre limité d'Etats²⁰. »

Nous avons fait les deux citations ci-dessus parce qu'elles marquent l'opposition de deux thèses qu'on ne saurait ignorer lorsqu'on traitera du problème de l'incorporation des principes de Nuremberg dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

14. Il faut encore mentionner un principe d'une exceptionnelle importance proclamé par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, et qu'on devra prendre en considération lorsqu'on établira les méthodes à suivre pour l'élaboration du projet de code. Il s'agit du principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. En effet, la Déclaration contient à l'article 11, paragraphe 2, la disposition suivante :

« Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis. »

Quelle application devra-t-il être fait de ce principe en droit international ?

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL, DE L'INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ET DU BUREAU INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PÉNAL

15. Dans le désir d'offrir tous les éléments d'appréciation nécessaires à la solution des multiples problèmes que soulève l'élaboration d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, l'Association internationale de droit pénal et l'International Bar Association ont décidé d'étudier en commun la question sur la base d'une très large consultation de leurs groupes nationaux et de certaines personnalités particulièrement représentatives des divers systèmes juridiques du monde. Ces deux organisations ont reçu de nombreuses réponses²¹.

16. Le Bureau international pour l'unification du droit pénal procède actuellement à une vaste étude des divers codes de justice militaire en vue d'élaborer des projets qui unifieraient si possible les dispositions concernant la répression des crimes de guerre.

On ne saurait sous-estimer l'importance d'une telle œuvre pour l'élaboration des dispositions sur les crimes de guerre à introduire dans le projet de code. Nous tenons d'ailleurs à rappeler que cette mission du Bureau consistant à proposer aux législateurs nationaux des dispositions destinées à appuyer, pour diverses questions, une éventuelle codification du droit pénal international a

fait l'objet de l'exposé présenté par nous le 18 mai 1946, à Nuremberg, aux juges, procureurs généraux et membres des délégations des quatre grandes puissances près du Tribunal militaire international, à l'occasion d'une réunion de criminalistes que présidait M. Francis Biddle, juge délégué des Etats-Unis audit tribunal. C'est dans le même but que la huitième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, qui s'est tenue à Bruxelles en juillet 1947, a préparé des textes sur le crime contre l'humanité, en vue de leur introduction dans le droit interne des Etats.

QUESTIONS PRÉALABLES ET MÉTHODES A SUIVRE POUR L'ÉLABORATION DU CODE

17. On ne peut chercher à déterminer le contenu d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sans se poser au préalable certaines questions. De leur solution dépend en effet la méthode à suivre.

Il ressort à la fois des débats de la Sixième Commission lors des différentes sessions de l'Assemblée et des travaux de la Commission du droit international que les principes du Statut et du jugement de Nuremberg sont considérés comme faisant déjà partie du droit international.

Cependant, selon la doctrine classique, les règles du droit international résultent de la volonté commune des Etats et aucune obligation ne saurait être imposée à ceux-ci sans leur consentement exprès.

La première question qui se pose est celle de savoir si les principes de droit international consacrés par le Statut et le jugement de Nuremberg représentent des règles d'une valeur universelle ou des règles s'imposant seulement aux Etats qui ont participé à l'élaboration du Statut et ont été représentés au tribunal ?

Le jugement de Nuremberg, dans la mesure où il diffère du Statut en ce qui concerne les principes de droit international, est-il obligatoire pour tous les Etats qui ont adhéré au Statut conformément à l'article 5 de l'Accord de Londres du 8 août 1945 ?

Quelle est la valeur des principes et du jugement de Nuremberg pour les Etats qui n'ont pas adhéré au Statut ? Sont-ils pour eux *res inter alios acta* ?

Est-ce que le fait de la part de l'Assemblée générale des Nations Unies d'avoir, par sa résolution unanime du 11 décembre 1946, confirmé les principes de droit international inclus dans le Statut et le jugement de Nuremberg, peut être considéré comme ayant renforcé la valeur desdits principes et leur avoir donné une portée universelle qu'ils n'auraient pas déjà possédée ? La résolution de l'Assemblée est-elle constitutive de droit international ? Et si elle l'est, qu'a-t-elle créé ? Ne pourrait-on pas affirmer, en combinant la résolution du 11 décembre 1946 avec celle du 21 novembre 1947, qu'il s'agit en réalité d'une confirmation de principes, que l'Assemblée n'entendit pas indiquer en laissant ce soin à la Commission du droit international ?

Peut-on au contraire soutenir que, s'agissant d'une confirmation globale des principes de Nuremberg par l'Assemblée, la Commission n'a plus à discuter de l'opportunité de ces principes, mais qu'elle doit simplement leur trouver des formules dites de « législation internationale » ? Par exemple, le principe expressément considéré

²⁰ A/C.6/SR.159, p. 24.

²¹ Elles émanent, dans l'ordre de leur réception de MM. Graven, Lacconia, Donnedieu de Vabres, Biddle, sir David Maxwell Fyfe, Dautricourt, Podesta Costa, Telford Taylor, Schönke, Givanovitch, Schlyter, Strahl, Simson, Sack, Sottile, Bouzat, Herzog, Loney Rey, Hurwitz, Smith, Bulyong, Yotis, Treadwell, von Verdross et de lord Oaksey.

par le jugement de Nuremberg comme « *une idée fondamentale du Statut* » — à savoir que « les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'Etat dont ils sont ressortissants » — peut-il être éliminé par la Commission ? Ce principe a-t-il été ou non confirmé par l'Assemblée ? D'autres questions de la même nature viennent à l'esprit quand on compare les textes adoptés en première lecture par la Commission avec ceux qu'ont présentés certains de ses membres, notamment MM. Alfaro et Scelle.

Par ailleurs, sans entrer dans l'examen des diverses controverses concernant les lacunes du droit conventionnel, de la coutume et des principes généraux du droit en matière de répression internationale des actes criminels consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg, on peut rappeler la thèse selon laquelle ce jugement doit être considéré comme constitutif de droit international étant donné qu'il a appliqué des principes juridiques qui, comme on l'a dit, « *devraient faire règle en droit international comme par exemple le droit naturel ou la raison humaine* », et cela indépendamment du fait que le Tribunal a préféré invoquer des principes considérés, *selon lui*, comme déjà existants en droit international.

LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL A A FAIRE ŒUVRE DE CRÉATION. ADAPTATION DES PRINCIPES DE NUREMBERG A LA STRUCTURE DU CODE. INCRIMINATION D'AUTRES ACTES NUISIBLES A LA PAIX ET A LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

18. Sans vouloir prendre position pour telle ou telle thèse, relative aux questions ci-dessus indiquées, un fait est cependant certain : la solution de tous ces problèmes se trouvera dans une très large mesure facilitée et certains de ces problèmes cesseront de se poser lorsqu'on parviendra à adopter un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. En préparant ce code, la Commission n'aura pas à rechercher si tel ou tel principe du Statut et du jugement de Nuremberg est ou non *un principe existant du droit international*. Elle n'aura plus à résoudre — ainsi que nous le ferons ressortir dans nos développements ultérieurs — de nombreuses divergences, particulièrement délicates *en matière répressive* où il n'est pas très facile de fixer une ligne de démarcation entre le droit international d'aujourd'hui et celui de l'avenir. La Commission fera œuvre de création et non pas de constatation, elle étendra le domaine du droit international pour y comprendre de nouveaux sujets considérés comme essentiels pour la défense, par le droit pénal, de la paix et de la sécurité de l'humanité. En bref, son œuvre entrera dans le cadre du développement progressif du droit international.

L'Assemblée générale, dans le paragraphe *b* de sa résolution 177 (II) du 21 novembre 1947, ayant donné pleine liberté à la Commission du droit international d'apprécier *la place qu'il convient d'accorder* dans le Code en question aux principes de Nuremberg, il est évident que la Commission ne sera nullement tenue d'introduire purement et simplement dans ce code les textes qu'elle aura préalablement établis conformément au paragraphe *a* de la même résolution.

La Commission pourra amender, s'il paraît nécessaire,

lesdits textes, elle pourra rechercher et proposer de nouvelles formules, elle pourra adapter les principes de Nuremberg à la structure qu'elle aura donnée au projet de code et doter la communauté internationale d'un monument législatif apportant une solution d'ensemble de caractère harmonieux.

C'est *l'esprit* et non pas *la lettre* de Nuremberg qui compte dans cette œuvre. Le jugement de Nuremberg doit, indépendamment de sa valeur juridique, politique et philosophique, devenir générateur d'institutions nouvelles. Il doit constituer non seulement la consécration de certains principes de droit international déjà confirmés par l'Assemblée générale des Nations Unies et que la Commission a été chargée de formuler, mais également une première étape dans la voie qui mène à la protection, par le droit pénal, de la paix et de la sécurité de l'humanité.

19. Qu'il s'agisse des principes du Statut et du jugement de Nuremberg (même si on est d'accord pour les considérer comme étant désormais des principes du droit international) ou qu'il s'agisse de principes permettant d'incriminer d'autres actes que ceux visés dans lesdits Statut et jugement, on ne saurait oublier que, dans ce domaine nouveau du droit international, c'est *l'aspect pénal* qui prédomine.

A ce sujet, nous reproduisons ci-dessous la réponse du professeur Graven, président de la Cour de Cassation de Genève :

« Rien ne nuit davantage à l'autorité de la justice — et plus encore en matière pénale internationale où elle est si fragile et cherche ses voies — qu'une loi incertaine ou même pas du tout appliquée. On peut affirmer que tant que cette loi précise, exhaustive et obligatoire pour tous n'existera pas, *la justice internationale sera mise en échec ou niée*. Cela ne veut pas dire que celle-ci existera nécessairement quand existera la loi qui doit servir de base, mais elle n'existera certainement pas tant que cette loi fera défaut. Les instigateurs de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité doivent savoir, comme le disait M. Trygve Lie, Secrétaire général des Nations Unies, dans son rapport à l'Assemblée, en décembre 1946, « qu'il y a désormais des lois pour punir les crimes internationaux ».

PRINCIPALES QUESTIONS QUE POSE LA PRÉPARATION D'UN PROJET DE CODE

20. Nous consacrerons, tenant compte de ce qui précède, une partie de notre étude à la question du *crime international*. On connaît la confusion qui existe à ce sujet. Le crime international a été conçu de façons diverses et contradictoires.

Il faudra ensuite établir la différence qui existe d'une part, entre le *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* et, d'autre part, le *Code de droit pénal international* dont la rédaction pourrait être entreprise en temps utile par la Commission du droit international²².

On pourra ainsi faire ressortir les traits essentiels du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, et « l'isoler », par une étude plus serrée, des autres crimes dits internationaux.

²² *Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg*, p. 26.

21. On devra également étudier par rapport aux nouvelles tendances qui se font jour en droit pénal, si le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est un *crime politique* ou un *crime de droit commun*.

On devra aussi envisager la question fondamentale de savoir si une action solidaire de tous les Etats ne s'impose pas contre les personnes qui ont pris une part directe à la perpétration de crimes considérée comme étant dirigée contre la paix et la sécurité de l'humanité, notamment contre les personnes qui ont préparé ou exécuté une agression internationale ou des actes constituant des violations du droit de la guerre. En pareils cas, en effet, il ne s'agit pas d'actes dirigés contre tels ou tels gouvernements et portant atteinte à un régime politique déterminé, mais d'actes ébranlant le fondement même sur lequel repose la communauté internationale, c'est-à-dire d'actes mettant en danger la coexistence pacifique des peuples.

La question du caractère politique à reconnaître aux crimes visés par le code en question présente un intérêt particulier dans certains cas de *guerres civiles*. Il y a en effet des troubles intérieurs dont les conséquences sont limitées au territoire de l'Etat où ils se sont produits. Il y en a d'autres affectant l'ordre public international.

22. Il faudra fixer la portée de l'expression « paix et sécurité de l'humanité ».

Est-ce que cette expression suppose une *notion indivisible* ou au contraire laisse-t-elle la possibilité de concevoir *deux catégories de crimes* : d'une part, les crimes contre la paix et d'autre part, les crimes contre la sécurité de l'humanité ?

23. Il faudra aussi déterminer la place à réserver dans le Code aux *principes généraux concernant la répression des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*.

On devra ainsi traiter du principe *nulla poena sine lege* en droit international, de la primauté du droit pénal international, de la règle *non bis in idem*.

24. On devra aussi s'occuper des *sujets actifs du crime international*, c'est-à-dire des personnes susceptibles de commettre des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

En ce qui concerne les notions d'*imputabilité* et de *responsabilité internationales*, on devra résoudre le problème complexe, que soulève, en droit pénal international, le cas de l'individu agissant en tant qu'organe de l'Etat et quelquefois même en tant que simple sujet de l'Etat.

En outre, on devra traiter, dans un but pratique, de la possibilité d'appliquer aux individus poursuivis pour crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité les dispositions générales pour l'exercice de la répression contenues dans leurs lois nationales ou dans la loi de l'Etat sur le territoire duquel le crime a produit ses effets. On sera ainsi amené à prévoir les *dérogations* auxdites dispositions, dérogations qui devront en tous cas être indiquées dans le Code international. Nous pensons, en premier lieu, à des dérogations dans les cas de l'ordre du supérieur et de la situation officielle de l'agent.

25. Pour ce qui est de la nature des crimes, nous référant aux considérations sommairement exposées sous les paragraphes 18 et 19 ci-dessus, on devra considérer les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes

contre l'humanité et indiquer la forme en laquelle ils devront être introduits dans le Code.

Etant donné enfin que le questionnaire adressé par la Commission aux gouvernements envisage la possibilité de l'*existence d'autres crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que ceux visés par le Statut et le jugement de Nuremberg*²³ et que d'autre part la Sixième Commission de l'Assemblée, lors de sa session de 1949, n'a formulé aucune objection à ce sujet, il y aura lieu d'*énumérer l'ensemble des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*.

26. L'étude à faire ne serait évidemment pas complète si l'on ne s'occupait pas, ne fût-ce que brièvement, de la question des *peines* et des *mesures de sûreté*.

Doit-on prévoir, comme dans les lois nationales, des peines pour chacun des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et envisager un système général de mesures de sûreté ?

Doit-on au contraire, dans un but de simplification, assimiler chacun des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité à tel ou tel crime prévu par les lois nationales de tous les Etats (assassinat, mutilation, coups et blessures, pillage, etc.) et déterminer ensuite la loi nationale pour l'application de la peine ?

Faut-il au contraire maintenir le système du Statut de Nuremberg (art. 27) qui laissait au juge la liberté de prononcer la peine de mort ou toute autre peine qu'il aurait estimée juste ?

Toutes ces questions doivent être considérées aussi à la lumière des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme²⁴.

27. L'étude d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne serait pas complète si on laissait de côté la question de la *mise en œuvre d'un tel code*.

Sans consacrer de longs développements au problème de la création d'une *juridiction criminelle internationale* (problème qui forme d'ailleurs l'objet d'études distinctes) on ne saurait cependant le passer sous silence.

L'ESPRIT QUI DOIT PRÉSIDER A L'ÉLABORATION DU CODE

28. A la lumière de l'expérience acquise au cours d'une vie consacrée à l'étude des aspects interétatiques du droit pénal, nous croyons devoir, en terminant cette introduction, insister sur l'esprit qui doit présider à l'élaboration d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Les conditions psychologiques favorables à l'adoption d'instruments internationaux d'une pareille importance sont complexes. Elles exigent la confiance dans les rapports entre Etats.

Toutefois, si on ne pense qu'au climat politique du moment et si, entreprenant une œuvre d'une telle envergure, on se demande à chaque instant si telle ou telle proposition sera ou non acceptable pour tel ou tel Etat,

²³ A/CN.4/19, p. 1.

²⁴ Voir par. 14 ci-dessus.

il va de soi qu'on n'arrivera jamais à doter la communauté internationale d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité digne de ce nom. On n'arrivera même pas à élaborer un projet susceptible d'être adopté dans un climat plus favorable.

Première partie

LE CRIME INTERNATIONAL

CRIME INTERNATIONAL, CRIME DE DROIT COMMUN, CRIME POLITIQUE

29. Pour avoir une notion précise du *crime international* qui, à notre avis, est le *crime contre la paix et la sécurité de l'humanité*, il est nécessaire de prendre une vue d'ensemble des actes qui sont l'objet de la répression dans le monde actuel.

On peut distinguer trois catégories : les *crimes de droit commun*, les *crimes politiques* et les *crimes internationaux*, l'expression de « crime » étant ici un terme générique.

Une telle division correspond d'ailleurs aux différents aspects de la morale, cette dernière pouvant être considérée comme un corps de règles supérieures destinées à assurer l'harmonie dans l'ensemble des rapports sociaux.

En premier lieu la morale représente un ensemble de préceptes destinés à assurer l'harmonie dans les rapports entre individus. C'est la *morale sociale élémentaire*.

En second lieu, la morale représente un ensemble de préceptes destinés à assurer l'harmonie dans les rapports entre les citoyens et leur propre Etat. C'est la *morale politique*.

En troisième lieu, la morale représente un ensemble de préceptes qui tendent à assurer la paix et l'harmonie entre Etats. C'est la *morale internationale*.

Par rapport à l'idée d'ordre qui forme l'élément essentiel de toute collectivité organisée, nous aurons donc l'*ordre social* en général, l'*ordre politique* de chaque Etat pris séparément et l'*ordre international*.

Le droit pénal, ensemble des règles destinées à protéger par la répression l'ordre qui doit régner dans toute la société, comprendra donc : a) Le *droit pénal commun*; b) Le *droit pénal politique national*; c) Le *droit pénal international* ²⁵.

A ces trois catégories du droit pénal correspondent, à beaucoup d'égards : la *criminalité de droit commun*, la *criminalité politique* et la *criminalité internationale*.

LE DROIT PÉNAL COMMUN

30. Il comprend l'ensemble des règles relatives à la répression des faits qui troublent la paix et l'ordre dans tout Etat civilisé.

Ainsi, on ne voit pas une organisation sociale dont les membres ne seraient pas tenus de respecter la vie humaine, la personnalité humaine et le droit de propriété individuel ou collectif.

L'assassinat, le brigandage, le vol, l'escroquerie, par exemple, sont punis partout. Le concept d'immoralité qui s'attache à eux ne varie pas d'un peuple à un autre. Le concept du crime de droit commun s'est unifié chez les peuples civilisés, en fonction de l'uniformité des principes de la morale sociale élémentaire.

Si l'on considère les causes de la criminalité de droit commun, on se rend compte que des facteurs spéciaux comme le climat et la race, qui diffèrent d'un peuple à l'autre, ont une influence secondaire comparativement aux facteurs généraux biologiques et sociaux qui sont à peu près les mêmes dans tous les Etats civilisés. Par conséquent, en ce qui concerne la répression, le criminel de droit commun n'est pas considéré en tant que citoyen d'un certain Etat, mais en tant qu'être inadapté aux conditions générales et permanentes de la vie sociale ²⁶.

C'est pourquoi on constate dans la doctrine pénale un courant puissant qui considère les infractions de droit commun non comme de simples violations des lois d'un certain Etat, relevant de la seule compétence des juridictions de cet Etat, mais comme des actions à caractère antisocial qui offensent le sens moral universel et qui par suite, pourraient être réprimées par tous les Etats dont les lois punissent de pareilles infractions ²⁷.

Par conséquent, le criminel de droit commun pourrait en principe être jugé sur le territoire où il a été appréhendé, quels que soient sa nationalité et le lieu où il aura commis l'infraction, de même qu'un individu contagieux ou incurable peut être isolé ou hospitalisé à l'endroit où il est découvert, sans que les autorités s'occupent de savoir s'il est étranger ou non, s'il a contracté la maladie dans le pays ou hors de ses frontières.

Il y a déjà longtemps, le grand criminaliste italien Garofalo s'est préoccupé de l'élaboration d'un « Code pénal international » ²⁸ pour la répression des délits

²⁵ Cf. Garofalo, *La solidarité des nations dans la lutte contre la criminalité*, p. 2; Pella, « Proposition adressée à la Société des Nations en vue de l'organisation d'un système général d'élimination des criminels dangereux et des délinquants d'habitude », *Revue internationale de droit pénal*, 1924, n° 2.

²⁶ Cf. Garofalo, *op. cit.*, p. 3; Travers, *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, t. 1^{er}, p. 75.

²⁷ A notre avis, l'expression juste serait celle d'un *Code pénal universel*.

Le Code pénal international aura un objet tout à fait différent, ainsi que nous l'exposerons au cours de nos développements qui suivent.

A ce sujet nous partageons le point de vue de Saldana, à savoir que « depuis le premier tiers du XIX^e siècle, on agit en Europe l'idée d'un code pénal universel. C'est d'abord le projet de G. de Grégory (*Projet de code pénal universel*, Paris, Videcoq éditeur, 1832). Ce sont des préceptes empruntés à tous les codes pénaux de l'époque. Puis c'est von Betz, dans son discours, *Das Forum delicti commissi und der Ort der Tat*, qui, en 1886, a essayé de systématiser à grands traits le droit pénal universel. Toutefois, l'auteur ne présente pas son travail sous la forme de code. Harburger aussi, au Congrès pénitentiaire international de 1900, a tenté un effort semblable, bien qu'il se soit limité au droit pénal positif de l'Autriche et de l'Italie (voir *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XX, p. 588-612). On peut signaler enfin, *Le projet de code socialiste*, de L. Deslinières, qui, au titre XIII, a un schéma de code pénal universel, sous la rubrique *La loi pénale* (Paris, Giard et Brière, 1908). Cet auteur ne fait que simplifier le code pénal français de 1810. Voir Saldana, *Enquête internationale précédant l'ouvrage de V. V. Pella, La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, p. CXXXVII.

²⁸ Ce droit ne doit pas être confondu avec la discipline juridique ayant reçu la même dénomination et qui forme l'objet de nos développements sous le paragraphe 32.

présentant un caractère général d'immoralité, qu'il avait dénommés délits naturels.

LE DROIT PÉNAL NATIONAL POLITIQUE

31. Il concerne la répression des actes illicites dirigés contre la forme du gouvernement et l'ordre politique d'un Etat déterminé. En général, cette répression intéresse seulement l'Etat en question.

Il s'agit là d'une conception postérieure à la Révolution française. Sous l'ancien régime, les criminels politiques inculpés de lèse-majesté (*Crimen Majestatis*) étaient très sévèrement punis.

Sous l'influence des principes individualistes qui conquièrent les esprits dans la première moitié du XIX^e siècle, la notion du crime politique a eu un grand rayonnement. Partant de la France, elle s'est imposée, non seulement en Belgique, mais encore dans de nombreux pays de l'Europe méridionale et de l'Amérique latine. Les Etats de l'Amérique latine ont même adopté une pratique hautement humanitaire consistant à donner asile aux réfugiés politiques dans les légations ou ambassades, en dépit de l'opinion dominante contestant l'exterritorialité de tels locaux.

Le régime, en quelque sorte privilégié, réservé aux criminels politiques est dû à de nombreuses raisons sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'étendre. L'activité des criminels politiques n'ébranle pas les bases de l'organisation sociale dans son ensemble.

Dans l'immense majorité des cas, les auteurs de crimes politiques ne visent qu'à donner à leur Etat une autre structure; à cet effet, ils cherchent à s'emparer du pouvoir pour appliquer leurs doctrines politiques.

On a dit que les crimes politiques ne comportent pas la même intention criminelle que les crimes de droit commun. Ils sont l'œuvre, non point des individus, mais du parti auquel ils appartiennent. Pour la perpétration de tels actes, les individus jouent le rôle d'instruments plutôt que d'agents²⁹.

Quelle que soit leur gravité, les crimes politiques n'ont pas les mêmes caractères permanents et généraux d'immoralité des crimes de droit commun. L'immoralité qu'on leur attribue varie dans l'espace selon les conceptions politiques régnantes en un pays donné et, dans le temps, suivant les courants politiques qui dominent aux diverses époques.

La conception du crime politique est encore en relation avec la réussite ou l'échec de ses auteurs. C'est pourquoi on a distingué les révolutions qui ont échoué (révolutions-crimes) et les révolutions qui ont réussi et dont l'effet est de faire passer la légalité politique du côté de ceux qui auraient été considérés comme des criminels en cas d'échec. Le criminel potentiel devient un homme d'Etat auquel sont confiées les destinées de la nation. C'est cette idée qu'exprimait Balzac par la bouche d'un de ses personnages : « Les conspirateurs vaincus sont des brigands, victorieux ils sont des héros ».

Sous réserve des crimes qui, tout en étant considérés comme politiques, mettent en danger l'ordre international, il est évident que la communauté internationale, ainsi que les Etats étrangers, n'ont pas à s'immiscer dans les conflits intérieurs entre groupements politiques d'un pays, même si ces conflits sont générateurs de crimes politiques.

Etant donné que les crimes politiques ne heurtent pas les principes sur lesquels repose l'organisation de la Société, la collaboration des autres Etats à la répression de ces crimes serait injustifiée.

Le principe général de la *non-collaboration des Etats à la répression des crimes politiques* découle aussi de l'idée de souveraineté de chaque Etat considéré individuellement. La solution des problèmes de politique intérieure de chaque Etat concerne exclusivement cet Etat. Si un Etat étranger ou la communauté des nations intervenait normalement dans la répression des crimes politiques, il en résulterait une immixtion constante de l'étranger dans les luttes politiques intérieures des Etats, ce qui constituerait une violation de leur souveraineté.

Par là se justifie le principe de la non-extradition des délinquants politiques considéré à bon droit comme un hommage indirect rendu à la souveraineté des Etats. Ce principe est consacré, même par des pays qui, comme l'Angleterre, ne connaissent pas la notion juridique du crime politique comme tel.

Quoiqu'on ait observé, à la suite des bouleversements politiques, sociaux et économiques qui furent la conséquence des deux guerres mondiales, une tendance dans certains pays à traiter sans ménagement les criminels politiques, et une tendance dans d'autres pays à s'en tenir moins strictement dans la pratique aux conceptions individualistes qui affaiblissent la défense de l'Etat, nul ne saurait contester qu'une différence fondamentale existe entre la criminalité politique et la criminalité de droit commun. Cette différence subsiste malgré la tendance à tout envisager sous l'angle de l'intérêt de la Société-Etat et à considérer ainsi tout crime comme un acte dirigé contre l'organisation étatique elle-même³⁰.

²⁹ Voir Pella, « La répression des crimes contre la personnalité de l'Etat », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 33, 1930, chap. II, III, IV et V; Hammerich, « Rapport général sur la définition du délit politique », *Actes de la VI^e Conférence internationale pour l'unification du droit pénal*, publiés par Goll, Pella, Ingwersen et Sachs, Copenhague, 1935, p. 61 et suiv.; Donnedieu de Vabres, *Principes modernes du droit pénal international*, p. 262 et suiv.; Aloisi, « Définition du délit politique par rapport à l'extradition », *Actes de la Conférence de Copenhague* (ci-dessus cités), p. 83 et suiv.; Roux, « Observations sur la définition du délit politique », *Ibid.*, p. 103 et suiv.; Grivaz, *Nature et effets du principe de l'asile politique*, p. 302 et suiv.; Plassard, *Evolution de la nature juridique des attentats à la sûreté extérieure de l'Etat*, p. 39 et suiv.; Lombroso, « Les bienfaits du crime », *Nouvelle revue*, 1^{er} juillet 1895, p. 87 et suiv.; *La funzione sociale del delitto, L'uomo delinquente*, (5^e édit. 1897), t. III, p. 288 et suiv., 439 et suiv., 600, 611 et suiv.; *Le crime, causes et remèdes* (Paris, Reinwald, 1899), p. 269 et suiv., 394 et suiv., 528 et suiv., 535 et suiv.; Lombroso et Laschi, *Le crime politique et les révolutions*, (2 vol. Paris, Alcan 1891); Ferri, « Criminalité atavique et criminalité évolutive », *Sociologia criminale*, (4^e édit., 1900), n^o 53, p. 546; Garçon, *Le droit pénal*, p. 125 et suiv.; Proal, *La criminalité politique*; Rolin, « Des infractions politiques », *Revue de droit international*, t. XIV, p. 417 et XVI, p. 147; Tarde, « Le délit politique », *Etudes pénales et sociales*, p. 87 et suiv.

³⁰ J. Reuben Glark, *Proceedings of the American Society of International Law*, (Third annual Meeting), 1909, p. 98.

LE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL CLASSIQUE
OU LE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL PRIVÉ

32. Aussi bien pour la répression des crimes de droit commun que pour celle des crimes politiques, l'application territoriale de la loi pénale ne peut suffire. C'est pourquoi les Etats ont pris, sur le plan national, des dispositions pour réprimer tous les faits même commis à l'étranger qu'ils jugent nécessaires de réprimer en vue de protéger un ensemble d'intérêts de plus en plus complexes et variés.

Chaque Etat a été ainsi amené à déterminer la compétence « de ses juridictions pénales vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles — lois de fond et lois de forme — par rapport au lieu et aux personnes qu'elles régissent, et l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers ».

Telle est la définition du droit pénal international sous ses formes classiques, donnée par le professeur Donnedieu de Vabres³¹.

Tout en reconnaissant que les termes « droit pénal international » sont d'un usage ancien, nous contestons que cette discipline juridique, conçue de la façon indiquée ci-dessus, fasse partie en réalité du droit international. Il s'agit, en effet, de règles internes relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace³² : C'est pourquoi Liszt avait parfaitement raison lorsqu'il affirmait qu'une telle discipline juridique ne fait pas partie du droit international³³.

Pour les mêmes raisons, certains auteurs ont douté de l'existence même d'un droit international³⁴.

Rappelons l'opinion de M. Bustamante selon laquelle cette discipline ferait partie du droit international privé. A son avis, elle pourrait être qualifiée de droit pénal international privé. Il ne peut s'agir, selon cet auteur, d'un droit pénal protégeant les relations internationales car « l'application possible de plus d'une loi pénale au même délit..., la compétence multiple pour certains actes délictueux au point de vue juridictionnel, ne supposent pas nécessairement des relations directes entre les Etats,

ni entre ceux-ci et la communauté juridique internationale »³⁵.

Nous avons nous-mêmes consacré de longs développements au déclin progressif du droit pénal classique³⁶.

Quoi qu'il en soit, le droit pénal international classique constitue, dans l'immense majorité des cas, le fruit d'actions unilatérales des Etats. Chaque Etat, comme on l'a dit, régit d'après ses lois et sa jurisprudence ses rapports de droit pénal avec l'étranger³⁷.

Les problèmes du droit pénal international classique ont fait l'objet des travaux d'importants congrès, conférences ou groupes de recherche. A cet égard, nous nous bornerons à citer les travaux de la première Conférence internationale pour l'unification du droit pénal³⁸ et du Harvard Research³⁹.

CONCEPT TRADITIONNEL DU CRIME INTERNATIONAL. RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ETAT. EXCLUSION DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'INDIVIDU

33. Dans un passé assez récent, de nombreux juristes ont soutenu que les violations du droit international ne pouvaient être commises que par des Etats. Selon ces auteurs, de telles violations n'étaient génératrices de responsabilité que dans le cas de la violation d'une convention.

On a ensuite admis la conception selon laquelle l'Etat, pouvant être coupable de certains délits par malice ou par négligence, devait réparer les dommages.

Il s'agit d'un concept s'apparentant à celui des *délits et quasi-délits civils* que connaissent de nombreuses législations internes.

L'Etat serait civilement responsable des actes coupables de ses agents⁴⁰.

Strupp affirmait notamment qu'on doit considérer comme délit international tout acte émanant d'un Etat qui est

³¹ Voir *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, p. 926; pour l'effet des jugements étrangers voir Pella, *Des incapacités résultant des condamnations pénales en droit international*, Paris 1920.

³² Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, p. 4-6, et 464; Fœlix, *Traité de droit international*, revu par Demangeat, t. II, par. 540; Fiore, *Traité de droit pénal international*, traduction française; Despagnet et de Boeck, *Cours de droit international public*, p. 363; Tobar y Borgono, *Du conflit international au sujet des compétences pénales*; Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, t. II, par. 930, p. 429; Bar, *Lehrbuch des internationalen Privat und Strafrechts*, p. 4; Hegler, *Prinzipien des internationalen Strafrechts*; Kohler, *Internationales Strafrecht*, 1917; Germann, *Die Bestimmungen über das internationale Strafrecht im Schw. Vorentwurf*, 1908 (thèse Leipzig, 1918); Haenni, *Das stellvertretende Strafrecht der Schweiz* (thèse, Zurich, 1932).

³³ Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Berlin, 1908) Cf. Meili, *Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts*, 1910, p. 8.

³⁴ Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 1, n° 81; d'Amelio, « Sul concetto di diritto penale internazionale », dans le volume du cinquantenaire de la *Rivista penale*, Città di Castello, 1926.

³⁵ Bustamante y Sirven, *Droit international public*, traduction Paul Goulé, t. IV, p. 14.

³⁶ Pella, *Criminalité collective des Etats et droit pénal de l'avenir* (2° éd.), p. 165 et suiv.

³⁷ Certains aspects du droit pénal international classique ont été évoqués à la Commission du droit international lors de sa première session. S'agissant tout spécialement de la compétence nationale en matière de crimes commis à l'étranger par des étrangers, MM. Manley O. Hudson et Vladimir Koretsky ont fait observer avec raison que cette question n'a aucun rapport, ni avec les principes de Nuremberg, ni avec le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Voir A/CN.4/SR.5, p. 11.

³⁸ *Actes de la 1^{re} Conférence internationale pour l'unification du droit pénal*, publiés par Rappaport, Pella et Potulicki, Varsovie, 1927. Travaux de la 1^{re} Commission, sur le droit pénal international, p. 59 et suiv., séance plénière, p. 116 et suiv., résolutions, p. 131 et suiv., ainsi que les rapports et les extraits des textes législatifs sur ces matières, p. 137 et suiv.

³⁹ « Jurisdiction with respect to crime », *American Journal of International Law*, vol. 29, (1935) [Supplément], p. 435 et suiv. De tels problèmes ont formé également l'objet de la Convention de La Havane de 1928 (Code Bustamante). Voir aussi *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international*, mémorandum du Secrétaire général, [publication des Nations Unies, n° de vente : 1948 V.1 (1)].

⁴⁰ Jellinek, *System des subjektiven öffentlichen Rechts*, 1892, p. 249.

contraire au droit international et cause un préjudice aux droits d'un autre Etat. Il ajoutait en outre, que les actes dont l'auteur n'est pas un Etat, n'intéressent en aucune façon le droit international⁴¹.

Au Comité chargé, en 1920, par le Conseil de la Société des Nations de préparer un projet pour l'établissement de la Cour permanente de justice internationale, M. Ricci-Busatti exprimait des doutes sur la portée de l'expression « délit contre le droit des gens universel ». Selon lui, il n'était pas possible de distinguer, dans les rapports entre Etats, entre un droit civil et un droit pénal, ainsi que cela se fait dans le droit national⁴².

Au procès de Nuremberg, on a de même invoqué le concept traditionnel du crime international, concept excluant toute responsabilité pénale internationale de l'individu. L'avocat de Seyss-Inquart a réaffirmé la thèse selon laquelle seuls les Etats et non les individus, pouvaient être rendus coupables d'un « crime international »⁴³. L'avocat de Ribbentrop a déclaré pour sa part que « les hommes d'Etat sont chargés de veiller aux intérêts de leurs peuples. Si leur politique échoue, le pays pour le compte duquel ils agissent doit en supporter les conséquences, et c'est l'histoire qui portera sur ces hommes un jugement. Mais, au point de vue juridique, ils ne sont responsables qu'envers leur propre pays des actes dont on accuse celui-ci, actes considérés comme des violations du droit international. Le pays étranger, lésé par ces actes, ne peut rendre responsable l'individu qui les a commis »⁴⁴.

Si l'on compare ces conceptions dépassées avec celles qui sont généralement admises aujourd'hui, on est frappé par l'évolution rapide qu'a subie le droit. Le crime international qui était considéré comme entraînant une responsabilité exclusive de l'Etat, en raison des dommages causés à la personne et aux biens des étrangers, est devenu générateur d'une responsabilité pénale des individus agissant au nom de l'Etat, voire même d'une responsabilité pénale internationale⁴⁵.

LES SOI-DISANT CRIMES MONDIAUX OU UNIVERSELS

34. En partant de considérations tout à fait différentes de celles indiquées ci-dessus, on a qualifié de crimes internationaux certains crimes de droit commun nécessitant, pour des raisons particulières, une coopération des Etats afin d'assurer la punition des coupables.

A ce sujet, on doit d'abord mettre dans une catégorie à part la *piraterie du droit des gens*.

Commise en haute mer, c'est-à-dire dans un lieu ne relevant de la souveraineté d'aucun Etat, la répression de la piraterie ne pouvait pas être assurée en vertu du principe de la territorialité. Comme la piraterie mettait en péril la sécurité des transports maritimes et était par conséquent « une source de dangers pour les navires de toutes les nations »⁴⁶, tous les Etats devaient accepter la coutume de l'universalité de la répression.

Quels que soient les principes en vertu desquels elle est réprimée, la piraterie n'en reste pas moins un *crime de droit commun*. C'est un brigandage en haute mer⁴⁷.

Dans une autre catégorie, on peut envisager certains crimes de droit commun faisant ou devant faire l'objet de conventions internationales destinées à organiser une collaboration étroite des divers Etats en vue de la prévention et de la répression de ces crimes.

Ces crimes de droit commun sont caractérisés par le fait que leur perpétration se prolonge sur le territoire de plusieurs Etats⁴⁸ ou qu'ils lèsent des intérêts communs à un grand nombre d'Etats. Tels sont l'esclavage, la traite des femmes et des enfants, le trafic des stupéfiants, la mise en circulation et le trafic des publications obscènes, la rupture et la détérioration des câbles sous-marins, les infractions graves en matière de communication radio-électrique, notamment la transmission ou la mise en circulation de signaux de détresse faux ou trompeurs, le faux-monnayage, la falsification des papiers de valeur ou des instruments de crédit, les actes de barbarie et de vandalisme capables de faire courir un danger commun.

Une coopération plus étroite des nations s'impose pour la répression de ces crimes. Certains d'entre eux sont un résultat du progrès technique qui facilite la formation et l'action d'associations internationales de malfaiteurs. Ainsi qu'on l'a remarqué, l'activité de ces associations est favorisée par le fait que leurs membres de différentes nationalités se procurent les uns aux autres des informations, des moyens d'action et des lieux de refuge. Un front commun des Etats est nécessaire pour mettre en échec ces malfaiteurs, entraînés à franchir les frontières, et leurs crimes dont la répression est bien souvent entravée par le particularisme des législations nationales⁴⁹.

⁴⁶ Kenny, *Esquisse du droit criminel anglais*, p. 398.

⁴⁷ Pour l'ensemble de la question, voir Pella, « La répression de la piraterie », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 15 (1926), p. 149 et suiv.

⁴⁸ C'est pourquoi, déjà en 1905, Feuilletoy, considérant les crimes internationaux sous cet angle spécial, avait proposé au Congrès national français de droit pénal l'adoption d'une résolution selon laquelle doit être qualifiée « crime ou délit international toute action criminelle de droit commun qui aura été préparée, consommée ou facilitée, ou qui aura produit effet dans des pays différents, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents ».

⁴⁹ Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, p. 927. Voir aussi Bouzat, *Traité de droit pénal*, n° 1622. En faisant la distinction entre les infractions essentiellement internationales et les infractions exceptionnellement internationales, cet éminent auteur considère les infractions essentiellement internationales comme des violations des règles du droit des gens « puisque la justice pénale internationale est destinée à assurer, par des moyens répressifs, le respect de l'ordre public international ». Selon le même auteur, les infractions exceptionnellement internationales ne nécessitent pas, à elles seules, l'organisation d'une justice pénale internationale « puisque les systèmes répressifs internes permettent déjà de les poursuivre ».

⁴¹ Strupp, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, 1928, p. 152 et suiv. « Das Völkerrechtliche Delikt », dans Stier-Somlo, *Handbuch des Völkerrechts* (1920), vol. III, partie 3, p. 217.

⁴² *Procès-verbaux des séances du Comité consultatif de juristes*, 1920, p. 503. cités dans l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 10.

⁴³ *Nazi Conspiracy and Aggression*, suppl. B, p. 850 (traduction non officielle) citée dans le *Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg*, p. 41.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 186, cité dans le document A/CN.4/5, p. 42. Sur cette question voir aussi la très intéressante étude du professeur Glaser, « L'acte d'Etat et le problème de la responsabilité individuelle » (*Revue de droit pénal et de criminologie*, 1950-1951, n° 1).

⁴⁵ Manley O. Hudson, A/CN.4/SR.6, p. 8.

Le professeur Donnedieu de Vabres avait raison lorsque, dans la réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association (voir par. 15), il affirmait que de tels délits n'ont pas un caractère international essentiel. Il ajoutait en outre — et nous partageons entièrement son point de vue — que « ce n'est pas une vue systématique, une conception unitaire qui a présidé à la naissance de la catégorie des délits du droit des gens. Celle-ci s'est formée au fur et à mesure de l'émotion causée dans un public, de plus en plus étendu, par des crimes retentissants ».

Dans une autre réponse à ce même questionnaire, de tels crimes sont qualifiés à juste titre, par le professeur Thomas Givanovitch, d'*infractions internationales improprement dites*. Selon lui, si on voulait, dans chaque Etat, réunir ces crimes dans un code à part, ce serait un code criminel national spécial vis-à-vis du code criminel national général, mais non pas un code criminel international dans le véritable sens de ce terme.

Pour notre part, dès 1926, nous avons fait valoir, au premier Congrès international de droit pénal, que les crimes ci-dessus indiqués n'affectent pas les bonnes relations entre les Etats⁵⁰. Ils ne sont pas de nature à constituer un danger pour la paix et la sécurité de la communauté internationale. Leur répression peut être assurée au moyen des législations internes en appliquant, si besoin, le principe de l'universalité de la répression.

Si l'on attribuait à de pareils actes un véritable caractère international, tout délit de droit commun pourrait devenir un délit du droit des gens du seul fait qu'il ferait l'objet d'une convention internationale ou qu'il serait considéré comme tel par une ou plusieurs législations nationales. Notre point de vue⁵¹ s'est trouvé confirmé par certaines interventions à la Commission du droit international, lors de sa première session. M. Amado, rapporteur, a déclaré que les « crimes dits internationaux, tels que la piraterie, la traite des blanches, etc., n'ont un caractère international que parce que leur répression a été organisée sur le plan international, mais qu'ils ne sont pas, à proprement parler, des crimes internationaux »⁵².

LE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL NOUVEAU OU LE DROIT PÉNAL INTERÉTATIQUE

35. En 1924, nous avons soulevé, devant la Conférence interparlementaire de Berne, la question de la création d'une discipline juridique nouvelle, d'un droit pénal international ayant pour mission de garantir efficacement les rapports pacifiques entre nations⁵³. Nous disions que « les gnerres d'agression commises au cours des siècles passés, si on les conçoit au point de vue de la notion nouvelle du crime international, se présentent

comme des manifestations évidentes de criminalité collective »⁵⁴. Notre point de vue ayant été retenu, la Commission juridique de l'Union interparlementaire, à Paris, en avril 1925⁵⁵, et la Conférence interparlementaire à Washington, au mois d'octobre de la même année, adoptèrent une résolution constatant d'une part « la possibilité d'une criminalité collective des Etats » et affirmant d'autre part « que cette criminalité doit être étudiée au point de vue scientifique, afin de déterminer les lois naturelles qui la régissent et d'établir les moyens destinés à la prévenir et à la réprimer »⁵⁶.

Cette résolution avait l'avantage de faire correspondre le droit pénal international nouveau à une forme de criminalité à bien des égards différente⁵⁷ de la criminalité de droit commun et de la criminalité politique.

Tout en nous gardant de généralisations trop rapides fondées sur l'analogie entre les moyens de protection de l'ordre social à l'intérieur des Etats et les moyens de défense de l'ordre international, nous avons constamment affirmé qu'on ne devait pas négliger les enseignements de l'histoire qui témoigne de la fonction et des vertus pacificatrices du droit pénal à l'intérieur des organisations sociales. Pourquoi les vertus intimidantes et exemplaires de la sanction pénale ne pourraient-elles pas produire leurs effets également sur le plan international ? Pourquoi la contrainte psychologique que représente la simple existence de cette sanction, et qui constitue un motif antagoniste contrebalançant l'attrait néfaste du mal, ne jouerait-elle que dans les rapports entre individus, à l'intérieur des Etats, et disparaîtrait-elle dans les rapports internationaux formant l'objet du droit international public ?

Sous une forme différente, la même idée se dégage d'un passage du rapport adressé le 17 octobre 1946 par le juge Jackson au Président des Etats-Unis. Se référant au Statut et au jugement de Nuremberg, le juge Jackson affirmait notamment :

« Il serait bien entendu excessif de prétendre que des accords ou des jugements de ce genre puissent rendre impossible la guerre d'agression ou la persécution des minorités, de même qu'il serait excessif de prétendre que nos lois fédérales rendent le crime fédéral impossible. Mais il n'est pas douteux qu'ils renforcent les citadelles de la paix et de la tolérance. Les quatre nations par l'intermédiaire de leurs représentants au

⁵⁴ Même compte rendu, p. 330.

⁵⁵ Voir les procès-verbaux des séances tenues à Paris, par la Commission pour les questions juridiques (séances du 27 avril 1925, p. 7, et du 28 avril, p. 5) communiqués aux membres de l'Union interparlementaire par la circulaire n° 3 du 23 juin 1925.

⁵⁶ *Compte rendu de la XXIII^e Conférence interparlementaire* (Washington-Ottawa, 1925), p. 24 et suiv., p. 79 et suiv. Voir le texte aussi dans *l'Histoire du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 75 et suiv.

⁵⁷ Sur cette question, voir la 2^e édition de notre ouvrage : *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, notamment les développements des pages 3-154 consacrées à la description de cette criminalité, à ses causes, aux lois naturelles qui la régissent, à la solution préventive, ainsi qu'à la fonction et au fondement de la répression. Voir également, sur la même question, et avec de nouveaux développements, la 3^e édition, publiée en 1931, à Madrid : *La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del porvenir*, p. 74-201.

⁵⁰ *Actes du premier Congrès international de droit pénal* (Bruxelles, 1926), p. 597 et suiv.

⁵¹ Voir notre ouvrage : *La guerre-crime et les criminels de guerre*, p. 32.

⁵² A/CN.4/SR.26, p. 5.

⁵³ Pella, *Exposé sur la criminalité de la guerre et la création d'un droit répressif des nations*, débat général, séance du 25 août [Compte rendu de la XXII^e Conférence interparlementaire, (Berne-Genève, 1924), p. 335].

Tribunal ont énoncé des normes de conduite qui apportent un nouvel espoir aux hommes de bonne volonté et dont les futurs hommes d'Etat ne s'écarteront pas à la légère ⁵⁸. »

Dans un article ayant pour titre : « La notion et les sources du droit pénal international », M. Romachkine considérait lui aussi que « la condamnation de l'agression et des agresseurs représente non seulement une punition sévère pour l'agression passée, mais encore un avertissement menaçant tous les instigateurs de nouvelles agressions et de nouvelles guerres contre les peuples pacifiques ⁵⁹ ».

On pourrait relever de nombreuses autres déclarations du même genre. Nous nous bornerons à rappeler le point de vue exprimé par M. Spiropoulos à la Commission du droit international, à savoir que cette Commission a pour tâche de dégager les principes du Statut et du jugement de Nuremberg et de les proclamer « en guise d'avertissement aux agresseurs éventuels ⁶⁰ ».

LA DÉFINITION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

36. On a affirmé que, jusqu'à ce jour, « il n'existe pas de définition scientifique du droit pénal international. Dans presque toutes ces définitions, les problèmes se réduisent à la compétence judiciaire et à l'extradition des criminels ou à l'effet des lois pénales dans l'espace » ⁶¹.

Qu'on les accepte ou non, rappelons toutefois certaines définitions qui ont été données de cette discipline nouvelle.

En 1925, nous proposons pour le droit pénal international plusieurs définitions, les unes ayant un caractère plutôt philosophique, les autres un caractère juridique.

Nous considérons ce droit comme *la traduction, dans le domaine des lois positives internationales, des mesures d'ordre répressif préconisées par la politique criminelle internationale*.

Nous donnions également une autre définition qui comprenait aussi bien le droit pénal international que sa procédure, à savoir : *le droit pénal international est la totalité des règles de fond et de forme qui président à l'exercice de la répression des actions commises par les Etats ou les individus, de nature à troubler l'ordre public international et l'harmonie entre les peuples*.

Nous définissions enfin cette discipline juridique comme *la branche du droit public international qui détermine les infractions, qui établit les peines et qui fixe les conditions de la responsabilité pénale internationale des Etats et des individus* ⁶².

En 1937, Bustamante, se référant à nos définitions ci-dessus mentionnées, définissait lui-même cette discipline nouvelle comme « l'ensemble des principes qui régissent

— dans la communauté juridique internationale, comme partie des droits et devoirs de la communauté même et de ses membres — les infractions délictuelles des personnes juridiques internationales, ainsi que la forme et la mesure de leur répression et punition » ⁶³.

M. Romachkine, se demandant quels sont les rapports visés par le droit pénal international et considérant que « le droit pénal international régit les rapports entre les gouvernements, rapports qui se forment au cours de leurs luttes coordonnées contre les crimes et délits internationaux », définissait le droit pénal international comme « une branche indépendante du droit qui contient les dispositions déterminant et régissant la responsabilité pour les crimes et délits internationaux, ainsi que les conditions de l'assistance judiciaire des Etats entre eux, dans la lutte contre les crimes et délits internationaux prévus par la législation internationale » ⁶⁴.

A la lumière des dernières expériences dans ce domaine et en tenant compte des développements qui suivront, on pourrait, selon nous, considérer le droit pénal international nouveau (ou droit pénal interétatique) comme *la discipline qui, en vue de la défense de l'ordre international, détermine les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, prévoit leurs sanctions et fixe les conditions de la responsabilité des individus, des Etats et des autres personnes juridiques*.

LIAISON ENTRE LE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

37. La question de savoir si le droit pénal international fait partie du droit international public ou s'il constitue une discipline indépendante présente un intérêt plutôt théorique.

M. Bustamante ⁶⁵ et le professeur Chargorodsky entre autres adoptent le point de vue antérieurement exprimé par nous, selon lequel le droit pénal international, dans l'acception nouvelle de cette expression, fait partie du droit international public ⁶⁶.

Le professeur Donnedieu de Vabres reconnaît, lui aussi, la liaison très étroite entre cette discipline nouvelle et le droit international public ⁶⁷.

Au contraire, M. Romachkine considère « que le droit pénal international ne constitue point une partie du droit pénal, du droit international public ou du droit international privé, mais bien une branche distincte et indépendante de droit qui exige une étude aussi indépendante que le droit pénal, le droit civil, le droit international public et le droit international privé » ⁶⁸.

A notre avis, si l'on se réfère aux *principes juridiques*

⁵⁸ *International Conference on Military Trials*, Londres 1945 (Department of State Publication n° 3080, Washington, 1949, p. 439).

⁵⁹ « K voproçou o poniatii i istotchnikah mejdounarodnogo ougolovnogo prava », *Sovetskoe goçoudarstvo i pravo* (L'Etat soviétique et le droit, mars 1948, n° 3, p. 22).

⁶⁰ A/CN.4/SR.26, p. 4.

⁶¹ Romachkine, *op. cit.*, p. 23.

⁶² Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, p. 172 et suiv.

⁶³ Bustamante y Sirven, *Droit international public* (traduction Paul Goulé), t. IV, p. 12 et suiv.

⁶⁴ Romachkine, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁵ Bustamante y Sirven, *op. cit.*, p. 13 et suiv.

⁶⁶ Cf. Chargorodsky, « Nekotorie voprosi mejdounarodnogo ougolovnogo prava », (Quelques problèmes du droit pénal international), *Sovetskoe goçoudarstvo i pravo* (L'Etat soviétique et le droit, 1947, n° 3).

⁶⁷ Donnedieu de Vabres, « La codification du droit pénal international », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 1, p. 22.

⁶⁸ Romachkine, *op. cit.*, p. 27.

fondamentaux qui ont permis aux Nations Unies de poursuivre, de juger et de punir, à Nuremberg et à Tokyo, les grands criminels de guerre, il nous semble qu'il est bel et bien question de principes de droit international public et cela sans que soit exclue l'application de certaines règles inspirées du droit pénal interne des Etats.

S'agissant pour l'avenir de renforcer par des sanctions pénales certaines normes destinées à assurer la coexistence pacifique des Etats et selon les termes de la Charte des Nations Unies de « réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix »⁶⁹, il va de soi qu'en tout cas, le droit pénal international nouveau est plus près du droit international public que toute autre discipline juridique.

DÉNOMINATIONS DE CETTE DISCIPLINE NOUVELLE

38. Il faut une dénomination qui évite toute confusion avec le droit pénal international classique. Nous proposons en 1925 l'appellation de *droit pénal interétatique*, que de nombreux auteurs ont adoptée par la suite. A cet égard le professeur Donnedieu de Vabres dit que « les mots droit pénal interétatique ont l'avantage de respecter l'autonomie et l'individualité du droit pénal international dans son acception traditionnelle. La distinction du droit pénal international considéré dans ses formes classiques et du droit pénal interétatique a autant de raison d'être que celle du droit international privé et du droit international public à laquelle elle correspond. Le premier contient la sanction pénale de rapports privés, le second la sanction pénale de rapports de droit public »⁷⁰.

Il est évident que lorsqu'on arrivera à un ordre juridique institutionnalisé, la meilleure dénomination de cette discipline nouvelle sera celle de « droit pénal supranational »⁷¹.

Bustamante considérant pour sa part, que « dans le droit international public ne peuvent et ne doivent entrer que les actes ou omissions dont le responsable est une personne juridique internationale », avait adopté la dénomination de « *droit international public pénal* »⁷².

Rappelons également la dénomination de *droit international pénal*, établie par opposition à celle de « droit pénal international ». Quoiqu'elle fasse ressortir la différence entre les notions couvertes par l'une ou l'autre de ces deux disciplines, nous considérons cependant qu'une telle dénomination prête à confusion dans le langage courant, vu que les deux expressions ne se distinguent que par une simple interversion de mots.

Rappelons également l'appellation de *droit pénal universel* que propose M. Dautricourt (Belgique) dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association. Ce droit serait « la science des principes et des lois qui

pourraient garantir l'ordre public universel par la définition et la sanction des infractions à cet ordre »⁷³.

CRIME INTERNATIONAL OU CRIME CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

39. Il y a lieu maintenant de préciser en quoi consiste le *crime international* dans le véritable sens de cette expression, et de voir si le terme *crime contre la paix et la sécurité de l'humanité* ne couvre pas les mêmes domaines.

De même que, pour protéger *l'existence de l'individu*, la loi pénale réprime tous les faits délictueux dirigés contre la vie humaine, contre l'intégrité corporelle, la santé, etc., de même que pour protéger *l'existence de l'Etat*, la loi pénale incrimine tous les faits dirigés contre l'indépendance ou l'intégrité de l'Etat y compris les institutions qui régissent la vie politique, économique et sociale, de même la loi pénale, pour protéger *l'existence paisible de la communauté internationale*, doit réprimer tous les faits qui mettent en danger les relations pacifiques entre les Etats.

On ne saurait évidemment considérer comme crime international toute violation du droit international, de même que, sur le plan interne, on ne considère pas comme un crime (dans le sens générique de cette expression) toute violation de la loi nationale. La sanction pénale est un moyen exceptionnel employé pour la défense d'intérêts majeurs dont le respect ne pourrait être efficacement assuré sans ce moyen.

C'est avec raison que le mémoire du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, en commentant le jugement de Nuremberg, dit : « Un crime international est quelque chose de plus qu'une simple violation du droit international. La nécessité d'établir une distinction entre ce qui est illégal et ce qui est criminel aux termes du droit international, se comprend aisément. Sans cette distinction toute violation du droit international serait considérée comme un acte criminel dont l'auteur pourrait être puni »⁷⁴.

DÉFINITION DU CRIME INTERNATIONAL

40. Dans notre rapport de 1925, destiné à la Conférence interparlementaire de Washington, nous considérons comme crime international toute action ou inaction qui violerait les conditions fondamentales du maintien de l'ordre international⁷⁵.

Dans le même esprit, le professeur Scelle considère que « tout acte qui trouble l'ordre public international est un crime en vertu du droit international »⁷⁶.

En envisageant la plupart des actes internationalement dangereux, nous donnons, en 1925, au crime international, une autre définition embrassant l'ensemble des questions de fond et de forme que soulève la répression de ce crime.

⁶⁹ Art. 1, par. 1 de la Charte des Nations Unies.

⁷⁰ Donnedieu de Vabres, *Droit pénal approfondi*, p. 2 et suiv.

⁷¹ Voir notre communication à l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut de France, *Fonctions pacificatrices du droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix*, 17 février 1947, p. 15.

⁷² Bustamante y Sirven, *op. cit.*, p. 14.

⁷³ Voir du même auteur un intéressant projet dans la *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1949-1950, n° 6, p. 625 et suiv.

⁷⁴ Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 48.

⁷⁵ Pella, *La criminalité de la guerre d'agression*, p. 12.

⁷⁶ A/CN.4/SR.26, p. 8.

Nous regardions le crime international comme une *action ou une inaction sanctionnée par une peine prononcée et exécutée au nom de la communauté des Etats* ⁷⁷.

Bustamante, se référant aux différentes définitions précédemment données par nous du crime international, définissait lui-même ce crime. Nous indiquons ci-dessous les éléments essentiels de sa définition. Le crime international serait, selon lui, une « *lésion notoire et consciente au moyen d'une action ou omission causée par une personne juridique internationale sans autorité légale, à n'importe quel droit de toute autre personne juridique internationale, droit reconnu et protégé par des règles juridiques ou des conventions internationales* » ⁷⁸.

Rappelons également certaines définitions plus récentes du crime international qui furent données à la lumière des expériences de la seconde guerre mondiale.

Dans notre ouvrage, *La guerre-crime et les criminels de guerre* ⁷⁹, nous considérons comme crime international toute action ou inaction, internationalement dangereuse du fait qu'elle a contribué soit à la préparation ou à l'exécution d'une guerre interdite, soit à la violation des lois et coutumes de la guerre, soit à la création de situations de nature à troubler les relations pacifiques entre les Etats, soit enfin à une politique nationale offensant l'universalité du sentiment humain.

Dans le même ouvrage ⁸⁰, nous donnions une définition synthétique des crimes internationaux, en les considérant comme des faits dirigés contre les biens juridiques de haute valeur que représente pour les Etats la raison d'être de la paix internationale, ou plus précisément comme des faits dirigés contre les intérêts fondamentaux d'ordre moral et matériel, qui imposent l'établissement et le maintien de relations pacifiques entre les membres de la communauté internationale.

Traitant du crime international, le professeur Trainine estimait que la profonde originalité de ce crime réside dans le fait qu'il constitue « une atteinte à la liaison entre les divers Etats et les divers peuples, liaison sur laquelle reposent les rapports internationaux. Le crime international vise à saper, à diminuer, à rompre cette liaison » ⁸¹.

Pour sa part, M. Romachkine s'attache aux mêmes conceptions lorsqu'il considère que « l'atteinte aux fondements de la communauté internationale prévue par un acte international doit être considérée comme crime ou délit international » ⁸².

D'autres auteurs, tout en mettant au premier plan le criminel de guerre et en le définissant, ont, par là même, fourni des éléments essentiels destinés à préciser le caractère du crime international. Nous rappelons à ce sujet la définition donnée par M. Sheldon Glueck, professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université Harvard :

« Les criminels de guerre sont des individus, quelle que soit leur situation militaire politique — qui, pour la préparation directe dans les domaines militaire, politique, économique ou industriel de la poursuite d'une guerre, ont, dans l'exercice de leurs fonctions, commis des actes contraires a) aux lois et aux coutumes de la guerre licite ou b) aux principes de droit pénal généralement reconnus par les Etats civilisés; ou qui ont incité ou poussé à commettre, ou ordonné ou conseillé de commettre ou conspiré en vue de commettre des actes de cette nature; ou encore, qui, sachant que de tels actes allaient être commis et ayant légalement le devoir et le pouvoir de les empêcher, ne l'ont pas fait » ⁸³.

De tout ce qui précède, il apparaît que les crimes internationaux ont, dans la grande majorité des cas, un caractère *sui generis*. Exception faite de certains cas où de simples particuliers peuvent agir de leur seule initiative, dans la grande majorité des cas, les crimes internationaux, lorsqu'ils sont commis par des individus, impliquent l'exercice du droit de commander. Ils sont presque toujours couverts par l'autorité de l'Etat, parce qu'ils émanent d'organes exprimant la volonté de l'Etat.

C'est pourquoi le problème de la répression efficace des crimes internationaux, dans le sens nouveau de cette expression, n'a pu, en général, être résolu jusqu'à présent que par le moyen de la guerre. La répression, en effet, était assurée par les Etats qui, à la suite d'une guerre victorieuse, avaient la faculté soit de charger de cette répression leurs propres juridictions ou une *juridiction internationale ad hoc*, soit d'imposer à l'Etat vaincu l'obligation de punir lui-même certains crimes.

Par ailleurs, si l'on considère le sens dans lequel l'expression « crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité » a été employée, on se rend compte qu'il s'agit précisément des faits visés par la plupart des définitions précitées du crime international.

Cette expression consacrée par les résolutions 95 (I) du 11 décembre 1946 et 177 (II) du 21 novembre 1947 de l'Assemblée générale des Nations Unies a, en plus, l'avantage d'éviter toute confusion entre le crime international proprement dit et les crimes improprement dénommés internationaux (voir par. 34).

CARACTÈRE INDIVISIBLE DE LA NOTION DE CRIME CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

41. On s'est demandé si l'expression « crime contre la paix et la sécurité de l'humanité » a un caractère générique, et exprime une *notion indivisible*, ou s'il faut, au contraire, considérer cette appellation comme embrassant deux crimes distincts : les crimes contre la paix d'une part, et les crimes contre la sécurité de l'humanité d'autre part.

Nous estimons que c'est la première interprétation qu'il faut adopter.

Rappelons, à titre d'exemple, certains précédents.

Pour ce qui est de l'expression *paix et sécurité* on la trouve dans les Accords de Yalta, du 11 février 1945.

⁷⁷ Voir notre ouvrage : *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, p. 175.

⁷⁸ Bustamante y Sirven, *op. cit.*, vol. IV, p. 25.

⁷⁹ Voir p. 35.

⁸⁰ Voir p. 50.

⁸¹ Trainine, *La responsabilité pénale des hitlériens*, p. 57.

⁸² Romachkine, *op. cit.*, p. 26.

⁸³ Sheldon Glueck, « Justice for war criminals », *American Mercury*, mars 1945.

Elle figure également dans l'Acte de Chapultepec, du 3 mars 1945. Cette expression est constamment employée dans la Charte des Nations Unies.

Il y a lieu également de rappeler la tendance à considérer la guerre comme *un crime contre le genre humain*.

On trouve déjà cette expression dans le préambule d'une résolution adoptée, le 18 février 1928, par la VI^e Conférence panaméricaine⁸⁴. M. Henry Stimson employait des termes presque semblables lorsqu'il déclarait que « la guerre est indivisible ». Rappelons enfin les paroles du président Truman à la 34^e séance plénière de l'Assemblée générale des Nations Unies : « Le fait de préparer, de déclencher et de mener une guerre d'agression est un crime envers l'humanité⁸⁵. »

De la combinaison des expressions « paix et sécurité » d'une part, et « guerre crime contre l'humanité » d'autre part, est née l'expression « crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ».

Le caractère indivisible de cette notion est nettement affirmé par M. Biddle, ex-juge américain au Tribunal international de Nuremberg. Or, comme nous l'avions indiqué plus haut (par. 11), c'est M. Biddle lui-même qui a employé cette expression dans son rapport du 9 novembre 1946, adressé au Président des États-Unis, rapport qui fut générateur des résolutions précitées de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui emploient la même expression.

Dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, M. Biddle déclare que : « J'estime que l'expression « paix et sécurité de l'humanité » est indivisible et qu'il ne faut pas la dédoubler. »

Citons, dans le même sens, les réponses suivantes :

« J'estime que le terme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité englobe, d'une part, la guerre d'agression, d'autre part, les crimes de guerre et les crimes de lèse-humanité. » (Professeur H. Donnedieu de Vabres.)

« J'incline à considérer ces deux ordres de faits comme constituant une unité; il ne convient pas de les séparer. » (Professeur Adolf Schönke.)

« Les actes qui doivent être considérés comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont, pour employer une formule générale et tout à fait concrète, les actes illicites que l'on peut juridiquement apprécier, qui vont à l'encontre du libre développement des initiatives de l'individu ou des États et que répriment à des fins sociales des normes de droit pré-établies. » (Juge Alfredo Lacconia.)

« Il n'est pas possible de distinguer nettement entre les crimes contre la paix et les crimes contre la sécurité de l'humanité. C'est pourquoi les deux notions couvrant en pratique les mêmes actes sont indivisibles et il faut les remplacer par le concept unique d'ordre public universel. » (Juge Joseph Y. Dautricourt.)

Une note en apparence divergente, résulte des réponses ci-dessous. Sir David Maxwell Fyfe dit :

« J'estime que l'expression « paix et sécurité de l'humanité » ne constitue pas nécessairement un tout indivisible. Il me semble que l'on peut menacer ou troubler la sécurité de l'humanité sans guerre. On pourrait citer, par exemple, l'Anschluss allemand avec l'Autriche en 1937 et peut-être aussi certains exemples plus récents. Mais la question dépend nécessairement du sens que l'on attribue aux mots « paix » et « sécurité ». »

Le professeur Jean Graven déclare :

« Il nous paraît nécessaire de distinguer les deux biens qu'on entend protéger, en s'efforçant de les définir juridiquement, ou du moins en déterminant et définissant séparément les crimes contre l'un et l'autre, qu'on entend réprimer. La première condition d'une règle internationale, si l'on veut qu'elle s'applique sans soulever d'interminables et peut-être insolubles controverses juridiques et contestations, c'est sa clarté. Toute possibilité de confusion des notions fondamentales, qui risque plus qu'en tout autre domaine d'être exploitée, doit être écartée dans la mesure où peut se faire à la base même de ses dispositions. En bref, les crimes contre la *paix* de l'humanité nous paraissent devoir être limités aux actes qui sont de nature à entraîner ou entraînent une « agression » ou des « hostilités » au sens du droit des gens. Cela est aussi conforme au sentiment populaire et à la langue, pour qui la « paix », au sens propre, est « la situation d'un État qui n'a aucune guerre à poursuivre et à soutenir » et qui vit en état de « concorde » avec autrui. Les crimes contre la *sécurité* de l'humanité sont plus particulièrement ceux qui sont de nature à entraîner ou entraînent des « désordres », des « troubles » et portent atteinte à la « tranquillité » publique; le terme sécurité est aussi, d'après le sens habituel, synonyme d'une telle « tranquillité d'esprit » et de fait d'un sentiment interne de « confiance », soit d'un homme, soit d'une collectivité, soit d'un État. »

Ainsi que nous l'avons déjà dit, l'expression « crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité » est un terme générique qui vise tous les crimes internationaux, dans le sens nouveau de cette notion. Il s'agit, en réalité, d'un ensemble d'intérêts qui n'étaient, jusqu'à présent, qu'imparfaitement protégés par le droit en général, et qui, en tout cas, ne faisaient pas l'objet d'une protection pénale organisée.

Il faut bien préciser que l'adoption de l'expression générale « crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité » n'exclut, en aucune façon, l'incrimination distincte de tels ou tels actes couverts par cette dénomination générale.

C'est de ce point de vue que nous envisageons les réponses de sir David Maxwell Fyfe et du professeur Graven, et nous ne manquerons pas d'en tenir compte dans la partie de ce memorandum consacrée aux incriminations à introduire dans le Code.

Citons enfin, deux autres réponses, qui contiennent des précisions quant à la portée de cette expression :

« L'expression « paix et sécurité de l'humanité » correspond à un concept unique de la même manière

⁸⁴ Bustamante y Sirven, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁵ Cité par M. Biddle, dans l'article : « Le procès de Nuremberg », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 1, p. 19.

que l'expression « loi et ordre public ». Toutefois, cela n'empêche pas de reconnaître que ce concept englobe diverses catégories d'infractions. De même que l'on peut distinguer l'assassinat, le viol, l'incendie volontaire et le vol qualifié dans le concept « loi et ordre public » de même l'on peut et l'on doit reconnaître diverses catégories dans le concept de « paix et sécurité de l'humanité ». Ainsi, certains actes peuvent être criminels parce qu'ils sont commis avec l'intention délibérée de provoquer la guerre (« crimes contre la paix ») tandis que d'autres actes peuvent être criminels à cause de leur caractère d'atrocité (génocide, etc.) même s'ils n'ont pas été commis avec l'intention de précipiter la guerre. » (Le Général de brigade Telford Taylor.)

« L'expression « la paix et la sécurité de l'humanité » est indivisible. Dans la pratique, il peut arriver que certains faits concrets déterminés portent atteinte dans un cas donné à la paix ou à la sécurité; toutefois, il n'est pas possible de préciser à l'avance que ces faits, d'une manière générale, auront tel ou tel effet. Cependant, il est indubitable que les conséquences sont les mêmes parce que la paix est conditionnée par la sécurité. » (Professeur L. A. Podesta Costa.)

EXTENSION DU DROIT PAR LA PRÉVISION DANS LE CODE DE TOUS LES ACTES DIRIGÉS CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

42. Avec raison M. Manley O. Hudson, président de la Commission du droit international à sa première session, affirmait en cette qualité à la séance du 31 mai 1949 que ladite Commission, tout en n'ayant pas de fonctions d'ordre politique, avait à régler « une question qui exige une extension du droit. Jusqu'ici, à part les principes proclamés à Nuremberg, il existe peu de crimes contre la paix et l'humanité qui soient bien définis »⁸⁶.

Une question importante relative au crime contre la paix au sens étroit du mot est celle de savoir si l'on doit viser, sous des qualifications spéciales, les actes préparatoires d'une agression internationale, et les actes de nature à conduire à une rupture de la paix.

La réponse, selon nous, doit être affirmative si l'on tient compte de l'Article 1, paragraphe 1 de la Charte des Nations Unies.

Dès 1925, dans le point 2 de nos principes fondamentaux d'un code répressif des nations qui se trouvent en annexe à la résolution adoptée par la Conférence interparlementaire de Washington, nous avons prévu le texte suivant :

« La répression doit être étendue non seulement au fait matériel de la déclaration d'une guerre d'agression, mais encore à toutes les actions individuelles ou collectives qui tendent à la préparation ou au déclenchement d'une pareille guerre⁸⁷. »

Dans l'enquête précédant la deuxième édition de notre ouvrage : « La criminalité collective des Etats et le droit

pénal de l'avenir », Henri La Fontaine affirmait lui aussi que les crimes internationaux « ne consistent pas uniquement dans les violences diverses qui constituent la guerre proprement dite. Ils exigent toute une série d'actes qui tendent à l'élaboration de la guerre dans les esprits et dans les faits »⁸⁸.

C'est dans le même sens que se prononçait M. Hammarskjöld, président du Comité d'experts de la Société des Nations, pour la codification progressive du droit international. Il observait notamment qu'il ne s'agit pas seulement d'envisager, dans un code pénal international, la proscription de la guerre. Il faut viser aussi certains cas graves qui peuvent se présenter en temps de paix. Et le grand juriste suédois faisait, il y a un quart de siècle, une remarque qui est aujourd'hui d'une brûlante actualité. Il disait que « si nulle guerre n'imité la paix, on se trouve parfois vis-à-vis de situations, de faits et de gestes dits pacifiques, mais qui ressemblent singulièrement à la guerre »⁸⁹.

Après la seconde guerre mondiale, les mêmes points de vue ont été défendus par de nombreux juristes qui ont traité de ces problèmes.

Rappelons, entre autres, l'opinion exprimée, en 1946, par M. Barcikowski, premier Président de la Cour suprême de Pologne. En demandant la création d'une cour pénale internationale permanente, ainsi que l'élaboration d'un code pénal international, M. Barcikowski estimait que « l'atteinte armée à la souveraineté d'un pays doit être l'objet d'une poursuite judiciaire, mais elle n'en doit pas être le seul, car la poursuite doit atteindre aussi les préparatifs qui se rapportent à la tentative de les exécuter et le chantage armé par lesquels commencent presque toutes les guerres. Hitler fut le maître dans ce dernier domaine, puisque, plus de deux ans, il tint les hommes les nerfs tendus »⁹⁰.

Le professeur Donnedieu de Vabres reconnaissait lui aussi qu'on ne saurait se limiter à la guerre d'agression. Il faudrait envisager également « les autres violations de la loi internationale qui, susceptibles de troubler la paix, seraient, dans la mesure du possible, prévues par un Code pénal international »⁹¹.

Il en fut de même lors des discussions préliminaires qui eurent lieu à la Commission du droit international. M. Kerno, secrétaire général adjoint des Nations Unies, affirmait avec raison que l'« Assemblée, par ses résolutions concernant la confirmation des principes de Nuremberg, a désiré que la rédaction de ces principes soit, si possible, améliorée, grâce à une formulation nouvelle donnée par la Commission »⁹². Se ralliant au point de vue de M. Kerno, M. Amado, rapporteur de la Commission à sa première session, pensait également que l'« Assemblée générale a confié un travail technique à la Commission, mais, pour réaliser un tel travail, celle-ci

⁸⁶ Voir enquête, p. LXXXIV.

⁸⁷ Avant-propos de l'enquête ci-dessus mentionnée, p. VII.

⁸⁸ Barcikowski, « Les Nations Unies et l'Organisation de la répression des crimes de guerre », *Revue internationale de droit pénal*, n° 3-4, 1946, p. 298.

⁸⁹ Donnedieu de Vabres, « De l'organisation d'une juridiction pénale internationale », *Revue internationale de droit pénal*, 1949, n° 1, p. 3.

⁹⁰ A/CN.4/SR.27, p. 7.

⁸⁶ A/CN.4/SR.30, p. 10.

⁸⁷ *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 76.

doit analyser et faire œuvre constructive et non pas se borner à copier servilement »⁹³.

Par ailleurs, M. Cordova déclarait que « la Commission ne devrait pas seulement enregistrer les principes proclamés par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Elle devra, pour ne citer qu'un exemple, étudier la question des opérations agressives qui, de l'avis du Tribunal, ne constituent pas des guerres d'agression »⁹⁴.

A notre avis, il faudrait concevoir l'incrimination, en tenant compte des termes mêmes de l'Article 14 de la Charte des Nations Unies, et envisager « les situations résultant d'une infraction aux dispositions de la Charte où sont énoncés les buts et les principes des Nations Unies ».

De toutes ces situations, il faudrait retenir en premier lieu celles résultant de la violation par les Etats de leurs devoirs fondamentaux, tels qu'ils ont été formulés dans l'article 9 du projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats adopté par la Commission du droit international.

Si l'on compare les crimes internationaux prévus dans les *Principes d'un Code répressif des nations*, texte élaboré en 1925 pour l'Union interparlementaire⁹⁵, et dans le *Plan d'un Code répressif mondial* publié en 1935 (voir par. 5 et 6), aux violations des devoirs des Etats, tels que ceux indiqués à l'article 9 du projet de déclaration⁹⁶, on constatera qu'il existe de nombreux éléments communs. Ces derniers peuvent fournir la substance d'une partie du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Ce point de vue a été affirmé à la première session de la Commission du droit international, par M. Sandström. A son avis, « le rapporteur devrait examiner les crimes qui peuvent être jugés comme tels au regard du droit international. Cette question a déjà été étudiée par des criminalistes renommés et des groupes d'experts. D'autre part, les violations de certaines dispositions du projet de déclaration des droits et des devoirs des Etats peuvent également être considérés comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité »⁹⁷.

QUESTION DE L'INCRIMINATION PAR LE CODE DES ACTES QUALIFIÉS CRIMES DE GUERRE ET CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ DANS LE STATUT DE NUREMBERG

43. La question la plus délicate est celle de savoir si on peut faire entrer dans la notion du *crime contre la paix et la sécurité de l'humanité* les crimes de guerre

proprement dits et certains crimes contre l'humanité, tels que ceux visés dans le Statut et le jugement de Nuremberg.

Il s'agit là d'un problème délicat. On ne doit pas oublier le but final qui est la création d'un ordre juridique dans lequel la guerre constituerait un crime international. En outre, il faut préciser que le recours à la force en cas de légitime défense ou de participation à une action commune contre l'agresseur ne pourrait être considéré comme une guerre proprement dite.

A la lumière de cette conception nouvelle de la criminalité de la guerre, on peut se demander si la fameuse division du droit international public en *droit de la paix* et en *droit de la guerre* ne doit pas disparaître. Au premier abord, il paraît inconcevable d'admettre encore un *droit de la guerre*, c'est-à-dire un *droit du crime*. En d'autres termes, la guerre cessant d'être une institution légale, et constituant un crime, n'est-il pas paradoxal de la réglementer ?

En partant de ces considérations, on ne saurait ne pas adopter la judicieuse opinion exprimée par M. Yuen-li Liang, secrétaire de la Commission du droit international, à savoir que « la Commission devrait exclure le droit de la guerre de ses sujets de codification, car la Charte a nettement condamné la conception antérieure de la guerre considérée comme une calamité naturelle créant une situation dans laquelle les deux parties en présence, placées sur le même pied, jouissaient de droits égaux »⁹⁸.

Ce point de vue a été d'ailleurs confirmé aussi par M. Biddle dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association :

« J'estime que cette question est des plus importantes. A mon avis, il est inutile de s'efforcer de qualifier les crimes de guerre et d'en donner une nouvelle définition. Je dis cela parce que je crois que toute votre argumentation devrait porter contre la guerre elle-même et non pas se borner à tenter de rendre la guerre plus respectable, ce qui s'est révélé tellement vain lorsque l'on a voulu faire respecter, dans un monde moderne en guerre, des lois sur la guerre sous-marine rédigées un peu comme des règles de bridge. »

On a cependant affirmé qu'il y a des cas où, même sous le régime de la Charte, la question d'un *droit de la guerre* peut se poser. C'est en premier lieu le cas où le Conseil de sécurité n'ayant pas été en mesure de prendre une décision au sujet d'un conflit armé qui aurait éclaté, chaque Membre de l'Organisation des Nations Unies recouvre finalement⁹⁹ sa liberté d'action.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ A/CN.4/SR.17, p. 11.

⁹⁵ Voir le texte dans *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 76 et suiv.

⁹⁶ Selon cet article « tout Etat a le devoir de s'abstenir de recourir à la guerre comme instrument de politique nationale, et de s'abstenir de toute menace ou emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout autre Etat, soit de toute autre manière incompatible avec le droit ou l'ordre public international ». Voir le projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats, adopté par la Commission du droit international, dans le *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa première session, Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, supplément n° 10 (A/925)*, p. 9.

⁹⁷ A/CN.4/SR.30, p. 11.

⁹⁸ A/CN.4/SR.6, p. 17.

⁹⁹ Ainsi que le faisait pertinemment remarquer M. Berenstein dans un article intitulé « La Charte des Nations Unies et le Pacte de la Société des Nations » [publié par la revue du Dr Hans Wehberg *Die Friedenswarte* (n° 5-6, 1945)] en de tels cas la guerre demeure, selon la Charte, en principe interdite. Toutefois, si, théoriquement, la fissure de l'Article 15 du Pacte de la Société des Nations n'existe plus dans la Charte des Nations Unies, pratiquement elle réparaît, car rien dans la Charte n'empêche, en présence de l'impuissance du Conseil de sécurité, chaque Membre des Nations Unies d'agir comme il le jugera nécessaire dans l'intérêt de la paix, du droit et de la justice.

Cette liberté peut se manifester, soit par une intervention armée, ou par toute autre intervention en faveur de l'un ou l'autre des belligérants, soit par l'adoption d'une politique de neutralité.

A la Commission du droit international, M. Spiropoulos affirmait pour sa part que, sous le régime de la Charte, « la guerre est malheureusement possible : elle pourrait être le résultat d'une décision du Conseil de sécurité, elle pourrait encore naître d'un conflit entre deux Etats et entraîner tous les autres Etats. Il faudra bien qu'en pareil cas le droit de la guerre s'applique ». M. Spiropoulos rappelait en outre que, « malgré l'engagement de n'avoir pas recours à la guerre pris par les signataires du pacte Briand-Kellogg, il a bien fallu appliquer le droit de la guerre à la deuxième guerre mondiale »¹⁰⁰.

Tout en reconnaissant que c'est à l'abolition de la guerre que l'on doit aboutir, il faut cependant reconnaître que des opérations militaires comportant les mêmes actes matériels que la guerre restent possibles, soit qu'un Etat, en violation du droit, recoure à la guerre, soit qu'un Etat, exerce la légitime défense, soit que l'on procède à l'application de sanctions ou à des opérations de police internationale.

Si dans le cas d'une agression on parvient à désigner l'agresseur, on verra aux prises, d'une part, la communauté internationale qui réagira contre l'agresseur et, d'autre part, l'agresseur qui sera mis hors la loi. Qu'il s'agisse de l'Etat agresseur ou des Etats qui s'efforcent de le mettre en échec, tous ces Etats sont tenus de respecter certaines règles d'humanité.

En droit pénal interne, si la légitime défense est un fait justificatif, c'est à condition que les limites de la légitime défense ne soient pas dépassées, en d'autres termes, qu'il n'y ait pas d'*excès de défense*. On n'a pas, en effet, le droit de réagir « par n'importe quel moyen, d'infliger n'importe quel mal à son agresseur ».

Le droit interne punit les agents de la force publique qui commettent certains abus dans l'exercice de leurs fonctions. Par exemple, il n'est pas permis à un agent qui procède à l'arrestation d'un malfaiteur de se livrer sur lui à des actes de cruauté.

De même, les Etats qui se livreraient à des actes contraires aux principes d'humanité en porteraient la responsabilité, même s'ils se trouvaient en état de légitime défense ou s'ils participaient à une action commune

pour le maintien ou pour le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales.

D'autre part, si l'agresseur commet des actes barbares, sa culpabilité est double : en dehors de l'acte initial d'agression qui engage une première fois sa responsabilité, il porte la responsabilité d'autres crimes spéciaux qui doivent entraîner une aggravation des sanctions qu'appelle son acte initial.

En pareilles circonstances, il ne s'agit plus d'un droit inhérent à la guerre considérée comme une institution légale. On se trouve en réalité devant un droit nouveau comportant des *aggravations* dans la situation de l'Etat agresseur et des *restrictions* dans l'activité des puissances réagissant contre l'agresseur. Sans un pareil droit, le recours légitime ou illégitime à la force se transformerait toujours en massacres, pillages et destructions indignes du genre humain. Conçus sous cet angle, les actes ayant reçu jusqu'à présent la qualification de *crimes de guerre proprement dits*, sont, sans aucun doute, des crimes contre la sécurité de l'humanité.

L'Assemblée générale des Nations Unies, quand elle a chargé la Commission du droit international de trouver la place qu'il convient d'accorder aux principes du Statut et du jugement de Nuremberg dans le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir par. 11), a, par là même, envisagé l'introduction sous une forme ou sous une autre, des crimes de guerre dans un tel code. En effet, les principes de la répression des crimes de guerre ressortent aussi bien du Statut que du jugement de Nuremberg. Il en est de même pour tous les crimes contre l'humanité perpétrés en liaison avec la préparation ou pendant la guerre elle-même.

LA PROTECTION PÉNALE INTERNATIONALE DE CERTAINS DROITS FONDAMENTAUX DE L'HOMME

44. Une autre question qui se pose concernant le champ d'application de la notion de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est celle de savoir si, sous une telle qualification générale, on peut faire entrer les atteintes graves aux droits de l'homme et à ses libertés fondamentales.

Nous répétons ce que nous avons affirmé dans nos interventions à la réunion d'avril 1949 de l'American Society of International Law, à savoir que la *protection internationale des droits de l'homme et la protection de la paix internationale forment un tout indivisible*. Chercher à les séparer, c'est méconnaître les tristes expériences qui ont conduit à la seconde guerre mondiale, c'est oublier que la protection des droits de l'homme a constitué l'un des buts de guerre des Alliés, c'est enfin restreindre d'une manière singulière la portée de la Charte des Nations Unies. Pour résoudre le problème malgré sa difficulté, il faut partir de la conception que les droits de l'homme, que la Charte protège d'une façon générale, ont une valeur essentielle.

Les Etats n'ont pas à conférer à l'homme des droits fondamentaux, étant donné que l'Etat lui-même est une création humaine. Il ne faut donc pas confondre la protection d'un droit avec sa création, ni croire qu'un droit, même méconnu ou étouffé, cesse d'exister. C'est une erreur de croire que l'ordre juridique est limité par le droit positif interne et la souveraineté de l'Etat, ce qui exclurait toute action sur le plan international pour

¹⁰⁰ A/CN.4/SR.6, p. 13.

Nous laissons de côté la question de l'efficacité et du contenu du droit de la guerre. Un Etat agresseur qui s'expose aux risques formidables qu'implique le déclenchement d'une guerre n'a qu'une préoccupation, celle de *vaincre*. S'il est persuadé que la victoire peut être obtenue ou hâtée par l'emploi de telle ou telle arme de combat que le droit international interdit, il est fort peu probable qu'il hésite à enfreindre cette interdiction. Ce ne sont pas des interdictions de cet ordre qui ont empêché les Etats agresseurs, lors de la seconde guerre mondiale, de recourir à la guerre chimique ou bactérienne, mais c'est uniquement la crainte de représailles. Il en serait de même pour toute nouvelle arme de guerre efficace qui serait l'objet d'une interdiction. Il est toujours à craindre qu'en désespoir de cause, l'un des belligérants n'ait recours aux armes interdites qu'il croit susceptibles de lui procurer la victoire et dans ce cas l'autre belligérant agirait de même à titre de représailles.

L'effort principal doit tendre par conséquent à une organisation internationale capable de prévenir et de réprimer efficacement le recours à la guerre.

la défense des droits de l'homme qui sont des impératifs de la conscience humaine ¹⁰¹.

On pourrait invoquer de nombreuses autorités à l'appui de la thèse de l'indivisibilité de la protection internationale des droits de l'homme et de la défense de la paix.

Rappelons le discours du président Truman, prononcé le 24 octobre 1949, lors de la pose de la pierre angulaire du bâtiment des Nations Unies. Il déclarait, en effet, « que d'amères expériences ont appris aux Nations que le mépris des droits de l'homme est le commencement de la tyrannie et, trop souvent, le commencement de la guerre ».

Rappelons également l'opinion de M. H. Laugier, secrétaire général adjoint à l'Organisation des Nations Unies, selon laquelle « toute violation délibérée et systématique des droits de l'homme dans un pays est une menace à la paix du monde et que, par conséquent, elle ne peut être couverte par la souveraineté nationale ». M. Laugier déclarait, en outre « que toute communauté humaine universelle, rassemblée pour maintenir la paix, doit avoir pour objectif de défendre les droits de l'homme dans le monde, de promouvoir leur respect partout dans l'univers, d'intervenir pour réprimer leur violation » ¹⁰².

La violation de certains droits fondamentaux de l'homme a une gravité exceptionnelle. Comme le dit M. Aroneanu, « supposant que la guerre puisse être à jamais bannie en tant que crime international », il ne serait pas surprenant que, si des mesures efficaces n'étaient pas prises, « bientôt les statistiques nous démontrent qu'en temps de paix, il tombe plus de victimes qu'en temps de guerre, que le crime contre l'humanité coûte plus à l'humanité civilisée que tout autre événement international » ¹⁰³.

Les violations des droits de l'homme qui sont toujours regrettables ne sauraient cependant être toutes considérées comme des crimes internationaux. Seules seraient pour le moment érigées en crimes internationaux les violations des droits de l'homme d'une gravité particulière qui, à ce titre, représentent des crimes contre l'humanité.

Les considérations qui avaient déterminé l'insertion des crimes contre l'humanité dans le Statut du Tribunal de Nuremberg ont une valeur permanente.

Dans ces limites, notre avis est que, du seul fait qu'un individu est victime d'une violation des droits de l'homme internationalement reconnus, des rapports directs s'établissent entre lui et la communauté internationale.

QUESTION DU CARACTÈRE POLITIQUE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

45. Cette question, qui a déjà été l'objet de développements sommaires (voir par. 21), présente un intérêt particulier. Il s'agit, en effet, de savoir si le régime, en

quelque sorte privilégié, réservé aux délinquants politiques (voir par. 31), doit être également assuré aux personnes coupables de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ¹⁰⁴.

Pour ce qui est tout spécialement des crimes contre la paix, le Traité de paix de Versailles les considérait comme ayant un caractère politique du moment où l'article 227 dudit Traité prévoyait que l'ex-Empereur d'Allemagne devait être jugé « sur motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations ». Ce point de vue est exprimé aussi par la communication des puissances alliées, du 15 janvier 1920. En demandant au Gouvernement des Pays-Bas la livraison de Guillaume II, lesdites puissances faisaient ressortir le « caractère spécial de la demande qui vise non pas une accusation juridique, mais un acte de haute politique internationale ... ».

Le Gouvernement néerlandais, pour sa part, tout en repoussant avec énergie « tout soupçon de vouloir couvrir de son droit souverain et de son autorité morale des violations des principes essentiels de la solidarité des nations », faisait valoir qu'il ne pouvait « reconnaître pour un devoir international de s'associer à l'acte de haute politique internationale des puissances. Si, dans l'avenir, il était institué par la Société des Nations une juridiction internationale compétente pour juger, dans les cas d'une guerre, des faits qualifiés de crimes et soumis à des sanctions par un statut antérieur aux actes commis, il appartiendrait aux Pays-Bas de s'associer à ce nouveau régime » ¹⁰⁵.

Tenant compte de la nature des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et considérant le mal qu'ils causent, on ne peut aujourd'hui les traiter comme des crimes politiques.

La sixième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, tenue à Copenhague en 1935, avait donné la définition suivante des délits politiques :

« 1. Sont délits politiques les infractions dirigées contre l'organisation et le fonctionnement de l'Etat, ainsi que celles dirigées contre les droits qui en dérivent pour le citoyen ¹⁰⁶. »

Or, les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne portent pas atteinte à l'ordre d'un Etat déterminé; ils portent atteinte à l'ordre international.

¹⁰⁴ Le problème a été amplement discuté après la première guerre mondiale. On s'est demandé si l'on devait reconnaître le caractère politique aux actes ayant déterminé la demande d'extradition de l'ex-Empereur d'Allemagne Guillaume II, adressée par les Alliés aux Pays-Bas. Voir notamment sur cette question : Garner, « Punishment of offenders against the laws and customs of war » *American Journal of International Law*, 1920, p. 70 et suiv.; de Lapradelle et Larnaude, « Examen de la responsabilité pénale de l'ex-Empereur d'Allemagne » *Journal de droit international (Clunet)*, 1919, p. 131; Mérignhac, « De la responsabilité des actes criminels commis au cours de la guerre 1914-1918 » *Revue de droit international (belge)*, 1920, p. 37 et suiv.; R. Floyd Clarke, « The Status of the Kaiser under International Law » *American Law Review*, 1919, p. 401; Simons, « L'extradition de l'ex-Empereur Guillaume et la Hollande », *Journal de droit international (Clunet)*, 1919, p. 954.

¹⁰⁵ *Livre orange* (néerlandais), juin 1919 - avril 1920, p. 12 et suiv.

¹⁰⁶ *Actes de la VI^e Conférence internationale pour l'unification du droit pénal*, publiés par Goll, Pella, Ingwersen et Sachs (Copenhague, 1935), p. 417.

¹⁰¹ Voir *Proceedings of the American Society of International Law, Forty-third Annual Meeting*, 1949, p. 73 et suiv.

¹⁰² Discours prononcé le 22 février 1950 à New-York à l'American Civil Liberties Union.

¹⁰³ Aroneanu, « Le crime contre l'humanité et la juridiction pénale internationale », *Revue de droit international (Sottile)*, 1950, n° 2.

Ce point de vue est exprimé notamment par le professeur L. A. Podesta Costa, dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal. Le juriste argentin déclare, en effet, que les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne peuvent avoir un caractère politique car « tout délit politique est dirigé contre l'Etat auquel appartient l'agent qui commet le délit, et non contre l'humanité ou contre les Etats étrangers ».

Quel que soit le mobile qui a inspiré les auteurs des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, si l'on considère les conséquences incalculables de ces crimes, on doit — en reprenant et adaptant une formule de l'Institut de droit international — les traiter comme les crimes les plus graves tels que l'assassinat, le meurtre, l'empoisonnement, les mutilations et les blessures graves, volontaires et préméditées, les attentats aux propriétés par incendie, explosion, inondation, ainsi que les vols graves, notamment ceux qui sont commis à main armée et avec violence ¹⁰⁷.

Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont particulièrement odieux. Ils apparaissent, sur le plan international, comme une combinaison de nombreux crimes que les codes de toutes les nations punissent très sévèrement. Ils comportent notamment des assassinats en masse et des destructions énormes. Ces crimes sont généralement prémédités, préparés et exécutés avec un sang-froid et une perversité qui en font des *super-crimes*, c'est-à-dire les plus monstrueux et les plus dégradants des actes qu'on puisse imaginer. Ces super-crimes supposent la combinaison d'un grand effort d'intelligence et d'une grande puissance industrielle. De tels crimes peuvent transformer des pays entiers, sinon la terre elle-même, en un vaste charnier et un lieu de désolation.

Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne peuvent être excusés, ni bénéficier d'un régime de répression adoucie, quels que soient les mobiles qui aient pu les inspirer.

Le professeur Jean Graven (Suisse), dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, refusait lui aussi tout caractère politique aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Ces crimes « aussi bien d'après la théorie objective ou matérielle, par leurs éléments de fait, que d'après la théorie subjective ou intentionnelle, par la culpabilité grave qu'ils impliquent, sont des crimes parmi les plus dangereux, et souvent même parmi les plus abjects et les plus atroces. Leurs auteurs ne doivent pas être tenus pour des « héros » (selon une aberration malheureusement trop commune), mais comme des malfaiteurs publics et des « criminels », et l'on a justement parlé, depuis les hécatombes et les atrocités du dernier conflit mondial, des « grands criminels de guerre ».

Et même si l'on considère que la plupart de ces crimes sont commis au nom ou avec la tolérance de l'Etat en tant qu'*entité politique*, il s'agit en réalité, ainsi que

l'affirmait M. Antoine Sottile dans sa réponse au même questionnaire, « de l'exercice criminel de la souveraineté, d'un abus de souveraineté qui n'a rien de commun avec les principes régissant les délits politiques dans le sens classique du droit pénal et du droit international. Il ne peut donc être question que de méthodes criminelles d'exercice de la souveraineté étatique ».

Rappelons enfin qu'à la Commission du droit international le point de vue consistant à exclure les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la catégorie des crimes politiques a été affirmé par MM. Alfaro et Koretsky. Tous les deux ont estimé que les criminels de guerre ne doivent jamais jouir des privilèges accordés aux délinquants politiques ¹⁰⁸. Et M. Scelle a précisé, pour sa part, que dans ce domaine il ne s'agit plus de relations entre Etats, mais d'une question superétatique ¹⁰⁹.

LA GUERRE CIVILE ET LES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

46. Un problème extrêmement délicat est celui de savoir si le fait d'avoir préparé ou déclenché une guerre civile, ou d'en avoir pris la direction, doit être considéré dans tous les cas comme un crime politique.

Tenant compte des formes nouvelles que peut prendre le recours à la force dans les rapports internationaux, il n'est pas exclu qu'une guerre civile ne soit en réalité qu'une forme camouflée d'agression internationale. Un Etat peut, en effet, par le moyen d'organisations constituées principalement de ressortissants d'un autre Etat, se rendre coupable d'attaques contre cet Etat. Quoiqu'ayant l'apparence d'actions venant de l'intérieur, ces attaques n'en constituent pas moins un crime contre la paix internationale. Toutes les règles concernant la répression de ce crime peuvent être applicables.

Par ailleurs, il est possible qu'un Etat, usant de méthodes d'intimidation ou profitant de conjonctures favorables, réussisse à s'assurer directement ou indirectement le contrôle des leviers de commande d'un autre Etat. Sans insister sur les considérations qu'on a fait valoir pour démontrer la *légitimité de la résistance à l'oppression*, on doit, en tout cas, reconnaître que le recours à la force en vue de mettre fin à de telles situations représente du point de vue international une action qui s'apparente à la légitime défense ¹¹⁰.

Il se peut enfin que, pendant une guerre civile, soient commis des actes qui blessent la conscience humaine et qui seraient considérés comme des violations des lois et des coutumes de la guerre s'ils étaient commis dans un conflit armé international.

On comprendrait difficilement pourquoi de tels actes seraient exclus de la catégorie des crimes politiques, s'ils étaient commis au cours d'une guerre internationale et

¹⁰⁸ A/CN.4/SR.16, p. 18.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 19.

¹¹⁰ Ce serait, en effet, très mal comprendre la raison d'être du droit de légitime défense que de vouloir le transformer en un moyen de protection des gouvernements qui ne seraient que les bénéficiaires d'actes manifestement contraires au droit international perpétrés par un autre Etat.

¹⁰⁷ Voir l'article 13 des règles sur l'extradition élaborées par l'Institut de droit international, en 1892, à sa session de Genève.

pourquoi ils rentreraient dans cette catégorie s'ils étaient commis pendant une guerre civile ¹¹¹.

Ce point de vue est confirmé par les Conventions de Genève signées le 12 août 1949. L'application de ces conventions s'étend aux conflits armés ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des parties contractantes ¹¹².

PROPOSITIONS FAITES ENTRE LES DEUX GUERRES
EN VUE DE L'ADOPTION D'UN CODE PÉNAL INTERNATIONAL

47. Sitôt après la première guerre mondiale on avait reconnu, d'une manière indirecte, la nécessité d'un tel Code.

En 1919, la Commission dite « des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions », en envisageant l'ensemble des actes qui avaient conduit à la première guerre mondiale ou qui en avaient accompagné le début, affirmait qu'il serait désirable que des sanctions pénales fussent prévues pour des violations aussi graves des principes les plus élémentaires du droit international ¹¹³.

Au Comité consultatif des juristes institué en 1920 par la Société des Nations, lorsqu'on discutait la question de la création d'une Haute Cour de justice internationale appelée à juger les crimes contre l'ordre public international et le droit des gens universel, M. Fernandes (Brésil) avait lui aussi suggéré qu'il soit procédé à la définition des crimes et à la fixation des peines de manière à rendre possible l'activité d'une telle cour. La définition du droit matériel à appliquer par cette Haute Cour avait été aussi demandée par M. Loder (Pays-Bas) ¹¹⁴.

La nécessité d'un droit matériel à appliquer par la Cour a été encore affirmée par M. La Fontaine, rapporteur de la Troisième Commission de l'Assemblée de la Société des Nations en 1920 ¹¹⁵. La Commission elle-même a considéré dans son rapport à l'Assemblée qu'un droit matériel devrait être établi afin que la juridiction criminelle internationale puisse fonctionner ¹¹⁶.

On note que, dans tous ces cas, la question d'un droit matériel n'a été posée que d'une façon incidente, à propos du fonctionnement d'une juridiction criminelle internationale.

A la Société des Nations, un seul Etat Membre posa directement la question d'un code pénal international. Dans une lettre du 23 décembre 1927, adressée au Secrétaire général de la Société des Nations, le Gouvernement roumain exprimait l'espoir de voir adopter un code pénal international ¹¹⁷.

La question d'un droit pénal international nouveau tel qu'aujourd'hui les Nations Unies l'envisagent, fut portée devant la 22^e Conférence interparlementaire tenue à Berne et à Genève en août 1924 ¹¹⁸.

Un projet ayant pour titre *Principes fondamentaux d'un Code répressif des Nations* a été présenté par nous-même, en avril 1925, à la Commission juridique de l'Union interparlementaire réunie à Paris. Il fut publié dans le quotidien français *Le Temps* du 8 mai 1925. Ce projet est annexé à la résolution adoptée en octobre 1925, par la Conférence interparlementaire de Washington ¹¹⁹.

Concernant ce projet, le professeur Saldana disait :

« A la différence du Code pénal international commun, pour les délits communs et pour les individus de tous les pays, il est possible d'avoir un Code pénal international qui atteindrait les Etats et aussi les individus, mais seulement et uniquement en vue de réprimer les attentats contre l'ordre public international et les infractions du droit des gens universel ¹²⁰. »

Le professeur suisse André Mercier, membre de l'Institut de droit international, écrivait :

« Dire que la guerre d'agression est un crime, c'est proclamer la nécessité d'un code pénal international définissant tous les éléments, objectifs et subjectifs, de ce crime — ainsi que ceux qu'il entraîne trop souvent avec lui — précisant les conditions d'imputabilité, déterminant le genre de peines et mesures de sûreté applicables tant à l'Etat qu'aux individus. Et le complément indispensable d'un tel code, c'est une loi de procédure pénale internationale, organisant les autorités d'instruction et de jugement, fixant les compétences, réglant l'exercice de l'action publique et assurant l'exécution des jugements. C'est une œuvre de grande envergure, qu'il s'agit d'entreprendre sans retard si l'on veut chercher à assurer le développement de la communauté des Etats dans la paix par le droit ¹²¹. »

Certaines idées du projet de 1925 se retrouvent dans la résolution proposée par le professeur Donnedieu de

¹¹¹ Cf. la loi française de 1927 sur l'extradition. Selon cette loi, les actes commis au cours d'une insurrection ou d'une guerre civile, par l'un ou l'autre des partis engagés dans la lutte et dans l'intérêt de sa cause, pourront donner lieu à l'extradition s'ils constituent des actes de barbarie odieuse et de vandalisme défendus suivant les lois de la guerre, et seulement lorsque la guerre civile a pris fin. Voir Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation comparée*, p. 1002. Voir également Pella, « Observations sur le projet de loi français sur l'extradition », *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1925, p. 129 et suiv.

¹¹² Voir l'article 3 ayant la même rédaction dans les quatre Conventions de Genève, à savoir : la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; la Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre; la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

¹¹³ Voir *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 53.

¹¹⁴ Voir *Procès-verbaux des séances du Comité consultatif des juristes*, 1920, p. 503-504. Voir aussi *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 10.

¹¹⁵ Société des Nations, *Actes de la Première Assemblée*, 1920, séances des Commissions, 10^e séance de la Troisième Commission, p. 329.

¹¹⁶ Société des Nations, *Actes de la Première Assemblée*, 1920, séances plénières, p. 764.

¹¹⁷ Société des Nations, document A.15, 1928.V.

¹¹⁸ Voir notre exposé sur la criminalité de la guerre (*Compte rendu de la Conférence*, p. 332 et suiv.).

¹¹⁹ Voir le texte dans le *Compte rendu de la Conférence*, p. 79 et suiv., ainsi que dans l'*Historique du problème de la Juridiction criminelle internationale*, p. 75 et suiv. Ce projet fait l'objet de longs développements dans notre ouvrage sur la criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir.

¹²⁰ Voir enquête précédant notre ouvrage : *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (opinion Saldana), p. CXXXVII.

¹²¹ Voir enquête du même ouvrage (opinion Mercier), p. CX.

Vabres et par nous-même comme rapporteurs généraux du premier Congrès international de droit pénal tenu à Bruxelles en 1926 et adoptée par ledit Congrès ¹²².

C'est en s'inspirant du même projet de 1925 et en envisageant l'ensemble des questions qui devraient aujourd'hui être réglées dans un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que fut achevé, en 1935, le plan d'un code répressif (voir par. 5). Dans l'exposé des motifs accompagnant ce plan, on précisait qu'en « réprimant la majorité des faits prévus dans l'annexe de la résolution votée par la Conférence de Washington, on parviendra précisément à atteindre les actes de « politique personnelle, spontanée et indépendante » constituant la guerre interdite, d'après le projet français du 21 avril 1928, c'est-à-dire la guerre « en tant qu'instrument de politique nationale », qui se trouve condamnée dans le Pacte Briand-Kellogg, signé à Paris le 27 août 1928 » ¹²³.

PROPOSITIONS FAITES APRÈS LA SECONDE GUERRE MONDIALE

48. Après la seconde guerre mondiale, les propositions visant l'adoption d'un code pénal international se multiplièrent ¹²⁴.

Ce phénomène fut, à certains égards, un effet des procès de Nuremberg et de Tokyo. On considérait notamment comme regrettable le fait que les crimes les plus graves, à savoir les crimes contre la paix, n'avaient pas été définis antérieurement. Des opinions dissidentes avaient été formulées à ce sujet, au jugement de Tokyo. Le juge Pal (Inde) était d'avis qu'en l'absence d'une définition internationale reconnue de la notion d'agression, tout procès comme celui qui s'était déroulé devant le

Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient n'était que le procès du vaincu par le vainqueur ¹²⁵.

Les organisations non gouvernementales ont pris nettement position en faveur d'un code visant les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Nous citerons l'Association internationale de droit pénal, le Bureau international pour l'unification du droit pénal, l'Union interparlementaire et le Mouvement national judiciaire français.

Dès 1946, nous réaffirmions au nom de l'Association internationale de droit pénal que « sur le plan international, des travaux doivent être entrepris d'urgence par les Nations Unies, afin d'aboutir à la création d'une juridiction criminelle internationale et à la mise en vigueur d'un *code pénal de la communauté internationale* » ¹²⁶. Cette expression était employée pour éviter toute confusion avec le *droit pénal international classique*. Une telle confusion n'est d'ailleurs plus possible maintenant que l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté l'expression « code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ».

La même année, le Congrès international du Mouvement national judiciaire français, réunissant les juristes de 24 pays parmi lesquels les Etats-Unis, la France, la Grande-Bretagne et l'Union soviétique, adoptait à l'unanimité une résolution demandant « que pour l'avenir la répression des crimes contre l'humanité s'insère d'urgence dans un *Code pénal international* et que soit constituée, à bref délai, une juridiction pénale internationale » ¹²⁷.

En 1947, le Bureau international pour l'unification du droit pénal, lors de sa huitième Conférence internationale tenue à Bruxelles, discuta divers rapports sur le crime contre l'humanité. Dans un de ces rapports, le professeur danois Stephen Hurwitz affirmait que « dans l'intérêt de l'évolution future du droit, il est extrêmement souhaitable qu'il soit établi un *Code pénal international* et une juridiction criminelle internationale pour le traitement des crimes mentionnés ci-dessus » ¹²⁸. La Conférence adopta à l'unanimité une recommandation en vue de l'inclusion des crimes contre l'humanité dans un *Code pénal international* ¹²⁹.

En 1948, l'Union interparlementaire à sa 37^e Conférence, tenue à Rome, adopta une très importante résolution sur les principes de la morale internationale, résolution dans laquelle elle affirmait, d'une part, « que les rapports entre les peuples doivent être régis par les mêmes principes que les rapports entre individus », et, d'autre part, que « la collectivité des Etats doit adopter, aussitôt que possible, un *Code pénal international* et instituer une Cour pénale internationale pour la punition des crimes

¹²² Voir le texte de la résolution dans les *Actes du Congrès*, p. 634 et 635, et dans le document A/CN.4/7 Rev. 1, p. 79 et 80. C'est du même projet que s'inspirèrent également les professeurs Saldana et Levitt dans leurs textes concernant la répression de certains crimes contre l'ordre international. Voir le projet de Saldana dans les *Actes du premier Congrès international de droit pénal*, tenu à Bruxelles en 1926, p. 637 et suiv., et le projet de Levitt dans la *Revue internationale de droit pénal*, 1929, n° 1, p. 33 et suiv.

Sur cette même question, voir Pella « La criminalité de la guerre et les illusions de la paix » *Revue internationale de droit pénal*, 1931, n° 1, p. 75. Dans cette étude nous rappelions de nouveau qu'il « faut penser sérieusement à l'élaboration d'un Code pénal des nations dont l'application serait confiée à une Cour criminelle internationale ».

Signalons enfin qu'en 1937, le professeur italien Cosentini publia un projet de code pénal international. Ce projet ne vise pas les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. C'est en réalité un projet de code pénal national destiné à servir de modèle aux législateurs des différents pays.

¹²³ Voir Pella, « Plan d'un Code répressif mondial » (rapport précédant le plan) *Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 354, ainsi que notre étude : « Le Pacte Briand-Kellogg et ses conséquences sur le droit international et le droit interne des Etats », *Académie diplomatique*, 1930.

¹²⁴ On peut même signaler que, dès mars 1945, le professeur Sheldon Glueck, tout en affirmant que la « préexistence d'un *code pénal international* n'est pas nécessaire pour le fonctionnement d'une cour criminelle internationale dans le cas des criminels de guerre de la guerre actuelle », reconnaissait cependant qu'il « serait désirable que plus tard les nations du monde se réunissent en une assemblée pour donner des définitions spécifiques aux crimes internationaux ». (Voir Sheldon Glueck, « Justice for War Criminals », *American Mercury*, mars 1945).

¹²⁵ Voir le *New York Herald Tribune* du 13 novembre 1948, p. 3, cité dans *Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg*, p. 93.

¹²⁶ Voir Pella, « L'Association internationale de droit pénal et la protection de la paix », *Revue internationale de droit pénal*, 1946, n° 3-4, p. 201.

¹²⁷ Voir les « Projets de conventions internationales du Mouvement national judiciaire français — Projet de Convention internationale sur le crime contre l'humanité », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 3-4, p. 384.

¹²⁸ Voir *Actes de la VIII^e Conférence internationale pour l'unification du droit pénal*, publiés par Cornil, Pella et Sasserath (Bruxelles, 1949), p. 118.

¹²⁹ Voir les mêmes *Actes*, p. 228.

contre la paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, y compris, en particulier, le crime du génocide »¹³⁰.

NÉCESSITÉ DU CODE

49. Un code réprimant les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est nécessaire si l'on veut que soit protégée pénalement la paix internationale telle qu'elle fut conçue et promise au monde par la Charte de l'Atlantique, c'est-à-dire une paix « qui permettra à toutes les nations de demeurer en sécurité à l'intérieur de leurs propres frontières et garantira à tous les hommes de tous les pays une existence affranchie de la peur et du besoin ».

Si l'on pense que l'Organisation des Nations Unies ouvre la perspective d'un droit international fondé sur la morale et les exigences de la conscience humaine, si l'on entend créer, ainsi que le prévoit la Charte, « les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international », si l'on admet que les dispositions de l'Article 13 de la Charte concernant le développement progressif du droit international et sa codification ne sauraient être isolées de dispositions fondamentales de l'Article 1, paragraphe 1, de la même Charte — ce dernier Article indiquant que l'un des buts des Nations Unies est « de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix » — il s'ensuit que l'élaboration d'un Code international assurant la protection pénale du droit nouveau doit être considérée comme l'une des missions les plus importantes des Nations Unies dans le domaine de la codification du droit international.

Ce code doit être considéré comme une des « méthodes garantissant qu'il ne sera pas fait usage de la force des armes », selon les termes du Préambule de la Charte.

La nécessité d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité apparaît également à la lumière des travaux de la Commission du droit international.

Dans le préambule du projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats, adopté par la Commission, on admet l'existence d'une nouvelle orientation du droit international et on reconnaît qu'un ordre international nouveau a été établi sous l'égide de la Charte des Nations Unies. On réaffirme, par ailleurs, qu'un des buts fondamentaux des Nations Unies est de maintenir la paix et la sécurité internationales et que, pour atteindre ce but, il est essentiel de faire régner le droit et la justice.

Comment peut-on concevoir la protection d'un ordre international nouveau, comment peut-on faire régner le droit et la justice dans les rapports internationaux sans moyens de contrainte et de répression ?

Si, à l'intérieur des Etats — dans les rapports entre les individus et la société — on ne peut faire respecter l'ordre social sans loi pénale, il serait puéril d'imaginer que pût exister sans une protection pénale permanente une « communauté régie par le droit international » constituée de « tous les Etats du monde », communauté

telle que le projet de déclaration de la Commission du droit international l'envisage¹³¹.

Par ailleurs, de même qu'à l'intérieur des Etats, on considère non seulement les rapports entre individus mais encore les rapports entre les individus et la société tout entière lorsqu'une loi pénale est violée, de même dans la vie internationale, en cas de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, il s'agit non seulement de violations de règles régissant les relations entre des Etats déterminés, mais encore de violations des normes fondamentales sur lesquelles repose la communauté internationale régie par le droit.

C'est avec raison que M. Manley O. Hudson affirmait qu'en dehors des devoirs d'un Etat envers un autre, on doit envisager aussi les *devoirs de chaque Etat envers la communauté internationale dans son ensemble*¹³².

A l'instar des codes pénaux nationaux qui assurent à l'intérieur des Etats le respect par les individus de leurs devoirs envers la société, le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité apparaît comme le *corollaire indispensable* de la reconnaissance des devoirs de chaque Etat envers la communauté internationale.

A notre avis, un pareil code doit être également considéré comme répondant aujourd'hui « au besoin de réglementation internationale tel qu'on n'en avait jamais vu auparavant dans l'histoire »¹³³.

Par ailleurs, quand on analyse les crimes prévus par les Statuts qui ont créé les Tribunaux internationaux de Nuremberg et de Tokyo et quand on envisage aussi d'autres actes non visés par lesdits Statuts mais qui sont en relation avec ces crimes, on se rend compte qu'il s'agit, dans ce domaine, d'incriminations d'une valeur permanente étant donné que les faits à punir par le Code représentent *toujours et partout* un caractère d'immoralité et un danger pour la communauté internationale¹³⁴.

50. Traitant dans son rapport du 24 octobre 1946, à l'Assemblée générale, du rôle des Nations Unies dans l'élaboration de la législation internationale, le Secrétaire général estimait, lui aussi, que « dans l'intérêt de la paix et afin de protéger l'humanité contre le risque de nouvelles guerres, il est essentiel d'intégrer aussitôt que possible et définitivement, dans un Code international, les principes appliqués au procès de Nuremberg... Les auteurs de guerre doivent savoir qu'il existe à la fois une loi et des sanctions pouvant frapper leurs crimes. C'est là pour nous un noble encouragement à aller de l'avant et à nous efforcer de rajeunir le droit international »¹³⁵.

¹³¹ Voir préambule du « projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats », *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa première session*, p. 9.

¹³² A/CN.4/SR.8, p. 13.

¹³³ Cf. Yuen-li Liang, « Le développement et la codification du droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 73, 1948, p. 423.

¹³⁴ Cf. Pella, « Fonctions pacificatrices du droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix », *Communication à l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut de France*, 1947, p. 7.

¹³⁵ Voir *Documents officiels de la seconde partie de la première session de l'Assemblée générale*, compte rendu *in extenso* de la 35^e séance plénière, p. 699-700.

¹³⁰ Voir cette résolution dans le document A/C.3/221, p. 1 à 5. Voir aussi les remarquables interventions du sénateur Giovanni Persico, dans le *Compte rendu de la 37^e Conférence interparlementaire*, p. 591 et suiv.

Après les douloureuses expériences de la seconde guerre mondiale et en face d'un avenir incertain, on peut répéter ce que Raymond Poincaré disait au lendemain de la première guerre mondiale :

« Ce que la justice réclame, ce sont des sanctions contre les coupables et des garanties efficaces contre un retour offensif de l'esprit qui les a pervertis.

« Hier, cette vérité a pu être négligée ou méconnue; elle triomphera sans doute dans l'avenir.

« Une organisation judiciaire pénale et l'application de sanctions aux crimes qui seraient commis, voilà le but auquel doit tendre l'humanité, si elle veut que son beau rêve de paix universelle devienne une réalité durable ¹³⁶. »

On ne peut passer sous silence l'opinion de ceux qui, croyant à la « fatalité de la guerre » et à la « suprématie de la force dans les rapports internationaux », considèrent avec scepticisme le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Même en admettant la fatalité de la guerre, ce qui n'est d'ailleurs pas notre opinion, on doit reconnaître qu'en adoptant un code réprimant les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la communauté des nations rendrait moins fréquents les crimes internationaux et en atténuerait les conséquences.

A l'intérieur des Etats, les lois pénales nationales n'ont pas réussi à faire disparaître le crime; néanmoins, elles représentent un moyen efficace pour endiguer le fléau de la criminalité. Qu'advierait-il de l'humanité si de telles lois n'existaient pas ?

Pourquoi refuser à la communauté internationale la possession d'un instrument dont l'efficacité a été prouvée à l'intérieur des Etats et dont la suppression, sur le plan national, apparaît inconcevable ?

STRUCTURE DU CODE

51. Il nous reste maintenant à voir quelle devrait être la structure du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Les travaux de l'Assemblée générale des Nations Unies qui ont conduit à l'adoption des résolutions 95 (I) du 11 décembre 1946 et 177 (II) du 21 novembre 1947 fournissent peu d'éléments d'appréciation à ce sujet. En 1946, l'Assemblée s'est bornée à reconnaître l'importance capitale d'une codification générale des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, tandis qu'en 1947, elle chargea la Commission du droit international de préparer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ¹³⁷.

Il y a lieu cependant de préciser, ainsi que le rappelait M. Yuen-li Liang ¹³⁸, que la « deuxième Sous-Commission de la Sixième Commission de l'Assemblée générale (1947) » a décidé que la Commission du droit international ne devrait pas se borner à élaborer seulement un plan de codification des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, mais qu'elle devrait préparer un projet de code ».

Il s'agit de savoir si ce Code doit consister en une simple énumération des faits à considérer comme crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ou s'il doit au contraire — à l'instar des codes nationaux — avoir une partie consacrée aux principes généraux relatifs à la répression de ces crimes.

On pourrait également se demander s'il doit contenir des dispositions concernant les sanctions et leur mode d'application.

On pourrait enfin se poser la question de savoir si une codification générale de ces crimes doit s'accompagner de dispositions concernant l'organisation judiciaire et la procédure pénale internationales afin d'assurer une répression impartiale et efficace.

Si l'on étudie les dispositions — d'ailleurs insuffisantes à notre avis — des Statuts appliqués respectivement par les deux Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, on se rend compte que ces Statuts contiennent non seulement la liste des crimes qui étaient de la compétence des Tribunaux militaires internationaux, mais encore certaines dispositions générales qu'on retrouve dans les codes pénaux nationaux. Ils contiennent en outre des textes concernant l'organisation judiciaire et la procédure pénale.

Les arguments qu'on a fait valoir quant à la structure des codes nationaux s'appliquent également au Code international. Ils s'imposent particulièrement lorsqu'il s'agit du domaine répressif. Un code ne peut consister en une simple formulation de principes. Il doit fournir aux juges tous les éléments d'appréciation afin qu'il puisse être appliqué dans l'esprit qui a présidé à son élaboration.

Ce point de vue, que nous exprimons lors des travaux préparatoires du plan d'un code répressif mondial en 1955, se trouve confirmé par M. Graven qui, dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, déclare :

« Il faut s'arrêter à un système tel qu'il ne présente pas de lacunes et permette de réaliser effectivement la répression voulue et décidée en principe. Le régime de

ci-dessus. Le Code serait en outre consacré aux formes classiques du droit pénal international, c'est-à-dire à l'application dans l'espace des lois pénales nationales et à la solution des conflits de compétence qui pourraient en résulter. Pour de plus amples renseignements, voir *Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg*, p. 17-26. Ces éclaircissements une fois donnés, nous tenons à préciser que pour des raisons de commodité nous emploierons dans les développements qui suivent, soit l'expression « code », soit l'expression « code international », soit enfin « code pénal international ». Ces expressions doivent être comprises comme se référant toutes au « code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ».

¹³⁸ Voir « Le développement et la codification du droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 73, 1948, p. 510.

¹³⁶ Voir enquête précédant notre ouvrage sur *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (opinion Poincaré), p. CXVI.

¹³⁷ On peut mentionner que certains aspects du problème ont été éclaircis par la Commission des méthodes qui s'est réunie entre les sessions ordinaires ci-dessus mentionnées de l'Assemblée générale. Des travaux de ladite Commission, il résulte qu'il ne faut pas confondre le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité avec un Code de droit pénal international. Ce dernier réglementerait « la répression concertée entre les Etats d'infractions ayant un caractère international ». On a certainement pensé aux infractions autres que celles dirigées contre la paix et la sécurité de l'humanité, donc aux infractions indiquées au paragraphe 34

l'organisation judiciaire, de la compétence et de la procédure doit être établi de telle sorte qu'il fasse passer normalement le droit, les défenses et les préceptes du code, comme c'est son rôle habituel et nécessaire, de la formulation théorique à l'application pratique et concrète. »

Sans dispositions réglant les questions ci-dessus indiquées, un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité serait d'une application difficile; en tout cas, il susciterait la plupart des critiques que l'on a adressées aux Statuts des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo.

Deuxième partie

PRINCIPES GÉNÉRAUX CONCERNANT L'EXERCICE DE LA RÉPRESSION

APPLICATION UNIVERSELLE DU CODE

52. Si l'on parvient à doter la communauté internationale d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, ce code devrait, sans conteste, recevoir une application universelle vu que la communauté internationale est, de par sa nature, universelle, et que le Code pénal international vise à assurer la protection pénale de cette communauté¹³⁹.

On ne pourrait concevoir qu'en cas de crime contre la paix, les dirigeants d'un Etat puissent jouir de l'impunité pour la seule raison que cet Etat aurait refusé de devenir partie à la Convention établissant le Code.

Du moment où, selon des avis autorisés, les principes du Statut et du jugement de Nuremberg représentent d'ores et déjà le droit international, et par conséquent, ont une valeur universelle, on doit conférer au futur Code une semblable valeur. L'Assemblée générale des Nations Unies, par sa résolution 177 (II) du 21 novembre 1947, n'aurait pun demander à la Commission du droit international d'indiquer clairement la place qu'il convient d'accorder à des *principes d'un caractère universel comme ceux de Nuremberg*, dans un code qu'elle aurait considérée comme ne devant pas posséder un tel caractère.

53. A ce sujet, nous rappelons qu'en tant que rapporteur, nous affirmions, à la séance du 10 janvier 1931 de la Commission de l'Association internationale de droit pénal chargée de la rédaction d'un projet de code répressif mondial, que ce code devrait s'appliquer si les crimes qu'il vise étaient commis sur le territoire de l'une des parties contractantes ou s'ils étaient dirigés contre l'une de ces parties¹⁴⁰.

Un tel système, sans assurer d'une manière absolue l'universalité de l'application du Code, s'en rapprocherait beaucoup.

¹³⁹ Rappelons que le point 1 du projet de 1925 de l'Union interparlementaire avait la teneur suivante : « Le Code répressif des nations doit avoir une application universelle », (voir le texte dans *l'Histoire du problème de la juridiction criminelle internationale*, Cf. art. 15 et 16 du projet Saldana et titre 1^{er} (chap. I) du *Plan d'un Code répressif mondial*).

¹⁴⁰ Voir « Procès-verbaux de la Commission chargée de la rédaction d'un projet de code répressif international », *Revue internationale de droit pénal*, 1931, n° 3, p. 198.

S'il s'agit d'actes qui, engageant la responsabilité d'un Etat non partie à la Convention, lèsent les intérêts d'un Etat partie à la Convention, ce dernier, même actuellement, en vertu de sa législation nationale, pourrait, en de nombreux cas, poursuivre les coupables¹⁴¹.

Bien des législations admettent, en effet, la répression des infractions commises en dehors du territoire en faisant l'application des principes de la personnalité active, de la personnalité passive, de la protection réelle et de l'universalité.

En vertu du principe de la *personnalité passive*, un Etat peut poursuivre les infractions commises à l'étranger contre ses nationaux. Le principe de la *protection réelle* lui donne le droit de poursuivre les individus coupables d'infractions commises à l'étranger si de telles infractions portent atteinte à certains de ses intérêts fondamentaux tels que la sûreté intérieure ou extérieure, le crédit, etc., intérêts que chaque Etat est libre de déterminer *par sa propre législation*¹⁴².

Or, les actes matériels constitutifs de nombreux crimes internationaux, peuvent être aussi constitutifs de crimes qui, même commis à l'étranger, sur le plan national, sont poursuivis par un Etat en vertu du principe soit de la protection réelle, soit de la personnalité passive.

Les crimes contre la paix et certains autres crimes internationaux ne représentent-ils pas, *sur le plan national*, des crimes contre la sûreté ou les autres biens juridiques d'un Etat déterminé, crimes que cet Etat peut poursuivre en vertu du principe de la protection réelle ?

Les auteurs de certains crimes de guerre ou de certains crimes contre l'humanité, lorsqu'ils lèsent les intérêts des ressortissants d'un Etat, ne peuvent-ils pas être poursuivis par cet Etat, en vertu du principe de la personnalité passive ?

¹⁴¹ Voir à ce sujet le supplément au rapport de 1939 et les textes présentés par le professeur Donnedieu de Vabres sur « La portée extra-territoriale des sentences répressives étrangères », ainsi que les judicieuses observations du juge. Badawi Pasha, *Institut de droit international, Travaux préparatoires en vue de la session de Bath* (Genève, février 1950), p. 1-7, 16-19.

¹⁴² En liaison avec le principe de la protection réelle, certains auteurs affirment même l'existence d'un droit pénal naturel qui justifierait entièrement la réaction de l'Etat contre ceux que les autorités étrangères n'ont pas su maintenir dans les limites de la légalité. D'autres auteurs invoquent le droit de conservation personnelle de l'Etat.

Sur les différentes thèses concernant le fondement du principe de la protection réelle, voir notamment : Berner, *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Ort und Personen*; Pessina, *Elementi di diritto penale*; Binding, *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgem. Teil*; Hegler, *Prinzipien des internationalen Strafrechts*.

Sur la primauté de la compétence réelle, voir Bernard, *Des conflits de souverainetés en matière pénale*, p. 45; Pella, *La coopération des Etats dans la lutte contre le faux-monnayage*, n° 89 et 90. Ainsi que le montre M. Donnedieu de Vabres, « si haut que l'on remonte dans l'histoire du droit pénal international, on constate une réaction pénale de l'Etat contre les infractions qui menacent sa sûreté intérieure ou extérieure, même si ces infractions ont été perpétrées et consommées en dehors de son territoire, même si elles ont eu pour auteur un étranger ». D'après cet auteur, une pareille réaction est antérieure à la constitution de grands Etats qui caractérisent l'époque moderne, car on la voit se manifester dès le XIII^e et XIV^e siècles dans les rapports entre villes lombardes, dont les statuts édictaient des peines et admettaient la compétence des juridictions locales vis-à-vis de l'étranger qui, du dehors, s'est rendu coupable d'actes hostiles envers la cité (*Principes modernes du droit pénal international*, p. 86).

Sans doute, certains Etats, notamment ceux qui sont traditionnellement attachés au principe de la territorialité, réservent leur attitude sur la question générale de la « compétence de la juridiction pénale en tant que problème de droit international ». On constate cependant que ces mêmes Etats ont accepté, dans les cas susindiqués, l'application extra-territoriale de la loi pénale ¹⁴³.

Or, puisqu'on ne trouve pas, dans le droit international, de principe généralement admis qui s'oppose à ce qu'un Etat applique son code pénal national à des crimes commis en dehors du territoire ¹⁴⁴, on ne voit pas comment on pourrait empêcher l'Etat lésé de demander que le Code international soit appliqué à des *actes qui sont les mêmes matériellement*, même si ces actes ont été commis sur le territoire d'un Etat non partie à la Convention.

En vue des hypothèses qui viennent d'être mentionnées, il faudrait insérer dans la Convention une formule précisant d'une part, que les actes prévus par le Code international, lorsqu'ils sont matériellement les mêmes que ceux punis par les lois nationales, doivent être assimilés aux infractions nationales correspondantes, et reconnaissant d'autre part le droit d'un Etat de faire appliquer, à la place de sa législation nationale, le Code international.

54. Mais ce n'est pas seulement en vertu du principe de la protection réelle et de celui de la personnalité passive, qu'une partie à la Convention pourra demander que le Code international s'applique dans les hypothèses susmentionnées.

Elle le pourra également en vertu du principe traditionnel et unanimement admis de la territorialité.

L'application territoriale de la loi pénale n'a pas lieu seulement dans les cas où tous les actes constitutifs du crime ont été commis sur le territoire en question. L'infraction est considérée comme perpétrée sur le territoire, même si elle a été préparée à l'étranger ¹⁴⁵. Il en est de même quand un acte d'exécution a été tenté ou

commis sur le territoire, ou enfin, lorsque l'infraction a produit seulement ses effets sur ce territoire ¹⁴⁶.

Or, la plupart des crimes contre la paix sont préparés sur le territoire de l'Etat agresseur, tandis qu'ils produisent leurs effets sur le territoire de l'Etat attaqué. Il peut en être de même pour certains crimes de guerre proprement dits ou pour des crimes contre l'humanité.

55. On peut évidemment se demander si, en de pareilles circonstances, l'efficacité de la répression serait assurée. En effet, un Etat qui n'est pas partie à la Convention ne pourrait être obligé de livrer les coupables à l'Etat sur le territoire duquel siège la juridiction appelée à appliquer le Code international. De nombreuses condamnations seraient donc prononcées en l'absence des accusés ¹⁴⁷.

A notre avis, cette considération ne saurait mettre obstacle à l'application du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ¹⁴⁸, de même que le droit international — quelle que soit la diversité des systèmes nationaux — ne peut empêcher un Etat de juger, en leur absence, les personnes accusées de crimes qui sont de la compétence des juridictions dudit Etat conformément à sa législation nationale ¹⁴⁹.

56. Les divers procédés ci-dessus exposés permettent d'atteindre la plupart des résultats désirés aujourd'hui où la méthode des conventions internationales est considérée comme pouvant seule rendre obligatoire un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Toutefois au point de vue des biens juridiques lésés, on ne saurait oublier que de nombreux crimes internationaux, tout en consistant en actes ou omissions qui peuvent être matériellement les mêmes que ceux punis sous d'autres qualifications par les législations nationales,

¹⁴³ L'article 1, dernier paragraphe, des textes modèles adoptés par la Première Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, prévoit que : « l'infraction est considérée comme ayant été commise sur le territoire de l'Etat quand un acte d'exécution a été tenté ou accompli sur ce territoire ou quand le résultat de l'infraction s'est produit sur ce territoire » (*Actes de la Conférence de Varsovie*, publiée par Rappaport, Pella et Potulicki, 1927, p. 131).

¹⁴⁴ Pour ce qui est du droit interne, il faut signaler la diversité des législations nationales et les différences entre les divers projets élaborés par les conférences internationales ou par des groupes de recherche. Lorsqu'il s'agit de l'application du principe de la territorialité, la thèse romainienne est celle de l'application de la loi pénale, même en l'absence de l'accusé. La plupart des pays qui ont adopté le système de la protection réelle, admettent des poursuites et des condamnations, même si l'accusé est absent. Lorsqu'il s'agit au contraire de la poursuite en vertu des principes de la personnalité active ou passive, la majorité des législations nationales et des divers projets considèrent la présence de l'accusé comme nécessaire pour pouvoir exercer des poursuites et prononcer des condamnations. Ce sont là cependant des conditions qui dépendent de la décision de chaque législateur national. On ne saurait donc affirmer que, dans tel ou tel cas, le droit international s'opposerait à la poursuite de l'accusé même s'il était absent.

¹⁴⁵ Rappelons que le jugement en l'absence de l'accusé est admis aussi par l'article 12 du Statut du Tribunal de Nuremberg.

¹⁴⁶ Même par contumace, une condamnation a sa valeur comme sanction morale. Lorsqu'il s'agit de peines pécuniaires ou de condamnations à des dommages-intérêts, l'exécution peut être assurée si le condamné a des biens sur le territoire de l'une quelconque des parties contractantes. Il se peut enfin que des changements interviennent dans le pays où le condamné se trouve et que le nouveau régime livre l'individu condamné en application du Code international, c'est-à-dire pour qu'il exécute sa peine où qu'il soit, conformément à la procédure par contumace, jugé une seconde fois.

¹⁴³ L'article 5, paragraphe 1, des textes modèles adoptés par la première Conférence internationale pour l'unification du droit pénal qui s'est tenue à Varsovie en 1927, a la teneur suivante : « Sera punissable, même par défaut, quiconque aura participé à un crime ou délit : 1) contre la sûreté de l'Etat; 2) de contrefaçon ou falsification de sceau, poinçons, cachets ou timbres de l'Etat ». (*Actes de la Conférence*, publiés par Rappaport, Pella et Potulicki, p. 132.)

Rappelons également l'article 7 du projet de Convention de la Harvard Research qui prévoit ce qui suit : L'Etat est compétent à l'égard de tout crime commis en dehors de son territoire par un étranger contre la sécurité, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de cet Etat, si l'acte ou l'omission qui constitue le crime n'a pas été commis dans l'exercice d'un droit garanti audit étranger par la loi du lieu où le crime a été commis (« Jurisdiction with respect to crime », supplément de *The American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, p. 440).

¹⁴⁴ Rappelons que dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de Justice internationale a adopté une thèse bien plus large lorsqu'elle a estimé qu'il n'y avait aucune règle de droit international capable d'empêcher un Etat d'exercer sa juridiction sur des étrangers pour des délits commis à l'étranger.

Voir aussi *Examen d'ensemble du droit international*, [publication des Nations Unies, n° de vente : 1948, V. 1 (1)], p. 40.

¹⁴⁵ Voir l'article 3 du projet de Convention de la Harvard Research, ci-dessus cité.

sont cependant tout à fait différents des crimes nationaux. En effet, ce n'est pas un intérêt *national* qui est atteint par la perpétration des crimes internationaux, mais un intérêt *universel*. Il s'agit de la paix et de la sécurité de l'humanité considérées comme un bien juridique appartenant à la communauté des Etats.

On peut concevoir de deux façons différentes la place à donner au Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Ce code pourrait prendre la forme d'une convention internationale à laquelle seuls deviendraient parties les Etats Membres ou non membres de l'Organisation des Nations Unies qui donneraient leur ratification ou leur adhésion. Dans ce cas, il faudrait employer les procédés indiqués plus haut pour assurer la plus large mesure d'universalité dans l'application du code.

Mais par ailleurs on pourrait introduire le code dans le système des Nations Unies. Au moyen d'un amendement de la Charte, on ferait de ce code un élément de la Charte à l'instar de ce qui a été fait pour le Statut de la Cour internationale de Justice, de telle sorte que ledit code soit *ipso facto* obligatoire pour tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies. Tel est le but final vers lequel on doit, semble-t-il, tendre. Quand ce dernier résultat sera atteint, le problème de l'universalité d'application du code sera en pratique résolu.

Dans tous les cas, des formules devront être trouvées pour assurer l'universalité de ce code, c'est-à-dire pour en étendre l'application à la fois au cas de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité commis sur le territoire des Etats non membres et au cas où les auteurs des crimes se seraient réfugiés sur le territoire desdits Etats.

Tout en reconnaissant la difficulté de faire prévaloir dès à présent une formule assurant la complète universalité du Code, nous affirmons — au risque d'être taxé d'utopie — que le fondement de la répression des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne pourra pas reposer, dans l'avenir, sur une base exclusivement contractuelle.

Sur ce point, l'expérience d'entre les deux guerres et surtout l'expérience douloureuse de la dernière guerre, nous ont amenés à modifier nos conceptions antérieures.

Pour que la paix soit assurée par la collaboration internationale, il faut qu'existe le *sentiment d'une communauté vivante* qui donnera, en fait, leur force aux instruments internationaux.

Un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité pourra contribuer à créer le climat nécessaire au développement, dans tous les éléments de la communauté internationale, du sentiment de l'appartenance à cette communauté. C'est donc au développement de ce sentiment qu'il faut travailler d'abord, mais le mouvement une fois déclenché, sentiment communautaire et organisation contractuelle ne pourront que se renforcer mutuellement ¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Sur l'ensemble de la question, et par rapport à la répression internationale, voir également l'« Enquête internationale » ayant précédé, en 1926, la deuxième édition de notre ouvrage : *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, ainsi que le complément à ladite enquête, dans la troisième édition (en espagnol) du même ouvrage (Madrid, 1931). Cf. sur un plan tout à fait général, le livre de Tönnies : *Société et communauté, Gesellschaft und Gemeinschaft*, ainsi que les études de François Perroux et Rémy Prieur : *Communauté et société*.

De même qu'un individu, depuis sa naissance jusqu'à sa mort, est, *qu'il le veuille ou non*, membre d'une collectivité sociale à laquelle il ne lui appartient pas de se soustraire, de même les Etats existants ou à venir devront se considérer comme *membres-nés* de la communauté internationale, devant comme tels se plier à des règles supérieures et universelles de vie en commun auxquelles ils ne sauraient se soustraire en invoquant le caractère contractuel du droit international.

Ainsi que l'affirmait le professeur Rappard en tenant compte de certaines expériences heureuses faites par la Suisse, « tant que la sécurité de la communauté internationale ne dépendra que de la *libre collaboration d'Etats pleinement souverains*, elle demeurera nécessairement fragile » ¹⁵¹.

On ne saurait, par ailleurs, perdre de vue que les nouvelles conditions de vie de l'humanité obligent non seulement à considérer comme criminel tout recours à la force qui ne serait pas justifié par la légitime défense ou par la protection d'un intérêt commun, mais encore à déceler et à éliminer *toutes les menaces de guerre*.

La nécessité d'une application universelle du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité doit être envisagée en tenant compte du fait qu'une ère nouvelle, l'ère atomique, a commencé.

Les incalculables transformations d'ordre politique, social et économique déterminées par l'emploi de l'énergie nucléaire auront des conséquences si profondes sur la vie de l'humanité que bien des normes actuelles du droit interne et du droit international seront abolies. Des institutions juridiques disparaîtront, d'autres subiront des changements radicaux. On se rendra compte que de nombreuses conceptions juridiques, considérées jusqu'à présent comme des dogmes devront disparaître ou se transformer, notamment celles ayant trait à la souveraineté des Etats et au développement d'un droit international sur une base purement contractuelle.

Par l'effet rapide des moyens employés et par ses destructions portant sur d'immenses étendues, la guerre de demain supprimera, en quelque sorte, le temps et l'espace. Le danger amènera le monde entier à s'unir, en se solidarisant, voire même en se supernationalisant.

Peu de temps avant sa mort, le président Roosevelt, qui était déjà au courant des progrès réalisés dans l'ordre de l'énergie atomique, donna le signal d'alarme lorsqu'il déclara, dans un message au Congrès : « Nous avons échoué il y a 25 ans dans l'organisation de la paix. Nous ne pourrions pas à nouveau faire défaut au monde entier. *Le monde ne survivrait pas.* »

Dans la seconde moitié du *xx^e* siècle, les juristes devront comprendre que les principes de droit d'une époque révolue ne peuvent plus gouverner le monde présent.

Face à la menace terrifiante des nouveaux moyens de destruction, le problème ne sera certes pas résolu par des discussions, fussent-elles savantes, soit sur les difficultés de modifier la Charte des Nations Unies pour assurer le développement du droit pénal international, soit sur les difficultés de concilier le soi-disant dogme

¹⁵¹ Voir Rappard, *Cinq siècles de sécurité collective* (Genève, 1945), p. 594.

de la souveraineté de l'Etat avec l'application universelle d'un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Les juristes ont, eux aussi, à choisir entre un suprême effort pour dire le droit international tel que l'exige la conservation de l'humanité, ou — selon l'expression du Président Roosevelt — faire défaut au monde entier.

DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL
ET DE LA RÈGLE *non bis in idem*

51. Il se peut que certaines lois nationales répriment sous d'autres qualifications des crimes qui seraient visés par le Code international. En tant qu'expression de la souveraineté de l'Etat, la loi pénale nationale est subordonnée à la primauté du droit pénal international¹⁵².

En 1931, lors des travaux préparatoires de l'Association internationale de droit pénal concernant un plan de code répressif mondial, nous avons, en tant que rapporteur de la Commission chargée de la rédaction d'un projet de code¹⁵³, défendu le principe de la primauté de la loi pénale internationale. Ce principe fut accepté par la Commission unanime et une disposition fut insérée à cette fin dans le plan d'un code répressif mondial publié en 1955 par ladite Association¹⁵⁴.

Les jugements de Nuremberg et Tokyo ont confirmé ce principe.

Dans un remarquable article sur le jugement de Nuremberg, M. M. Teitgen, alors Ministre de la justice de France, affirmait avec raison :

« Cette fois ce n'est plus le droit international qui est à la merci de l'Etat, mais c'est bel et bien le droit international qui est au-dessus de l'Etat... Ce principe fondamental apporte au développement, au progrès, à la consolidation du droit pénal international une contribution telle qu'on peut dire que cet arrêt de Nuremberg marquera à coup sûr dans l'histoire une étape décisive¹⁵⁵ ».

M. Francis Biddle, ex-juge des Etats-Unis au Tribunal de Nuremberg dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, reconnaissait, lui aussi, cette primauté. « Il me semble, déclarait M. Biddle, que la loi interne devrait s'incliner devant le droit international supérieur de même que chez nous la loi de l'Etat membre, en conflit avec la Constitution fédérale, est sans valeur. Si l'on parvenait à un résultat d'une autre nature, le droit international, par définition, perdrait toute signification. »

On observera d'ailleurs, qu'à la différence des conventions internationales pour la répression de certains délits, conventions qui prévoyaient l'introduction dans la législation des Parties contractantes de dispositions incriminant et réprimant lesdits délits¹⁵⁶, le Statut du Tribunal

de Nuremberg a assuré la primauté du droit pénal international en reconnaissant l'indépendance de ce dernier vis-à-vis du droit interne.

Il faut considérer comme ayant une portée générale les dispositions de l'article 6, paragraphe c, du Statut, dispositions qui prévoient la répression des crimes contre l'humanité, « qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés ».

Ces principes s'imposaient avec une telle force, lorsqu'il s'agissait de crimes contre la paix et de crimes de guerre proprement dits, qu'il était superflu de les proclamer.

58. Sans méconnaître la possibilité, voire l'utilité d'une action coordonnée sur le plan interne et international, et tout en reconnaissant que les législations pénales nationales doivent contenir des dispositions pour la protection de la paix et de la sécurité de l'humanité, nous considérons que ce serait une erreur de subordonner la répression internationale à la condition que les crimes réprimés par le code international aient été au préalable visés dans la législation nationale des parties contractantes. Ainsi que nous l'avons déjà dit, le Statut du Tribunal de Nuremberg a consacré le principe de l'autonomie des crimes internationaux. Sans cette autonomie les crimes contre la paix, de nombreux crimes de guerre ou crimes contre l'humanité seraient restés impunis parce qu'ils n'auraient pas été considérés comme des crimes par la législation interne. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que souvent ces crimes sont commis dans l'exercice abusif de la souveraineté. Prétendre les punir, en application de la législation nationale, c'est, dans de nombreux cas, demander au coupable de se punir lui-même. Remarquons encore qu'il serait très difficile au législateur interne d'incriminer tous les actes visés par le code international. Comment pourrait-il, par exemple, procéder pour prévoir, dans la législation interne, la responsabilité pénale du chef d'Etat coupable de crimes contre la paix, lorsque la Constitution déclare inviolable ce chef d'Etat ? Certains actes que le code international doit punir sont impunissables en droit interne.

59. La Commission du droit international a reconnu la justesse de ce point de vue, lorsque, dans le texte sur la formulation des principes de Nuremberg adopté en première lecture, elle déclara que tout auteur ou complice d'un acte qui constitue un crime selon le droit international est responsable de ce chef et passible de châtement « que son acte soit ou non punissable en vertu d'une loi nationale »¹⁵⁷.

Dans ce même ordre d'idées, on ne peut qu'approuver le point 1 du projet présenté par M. Ricardo Alfaro à la Sous-Commission appelée à formuler les principes de Nuremberg et qui comportait une *déclaration de principe concernant la subordination du droit international par rapport au droit national dans la sphère internationale pénale*. On approuvera de même la proposition du professeur Georges Scelle précisant que *le droit pénal international a la primauté sur le droit national*¹⁵⁸.

¹⁵² Cf. article 14 du « projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats », adopté par la Commission du droit international.

¹⁵³ Voir Procès-verbaux de la Commission chargée de la rédaction d'un projet de code répressif international, séance du 10 janvier 1931, *Revue internationale de droit pénal*, 1931, p. 197.

¹⁵⁴ Voir titre 1^{er}, chap. I, du plan, dans la *Revue internationale de droit pénal* (1935), p. 366.

¹⁵⁵ Voir *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* (Sottile), 1946, n° 4.

¹⁵⁶ Voir à titre d'exemple, l'article 23 de la Convention pour la répression du faux-monnayage et l'article 24 de la Convention (non ratifiée) pour la prévention et la répression du terrorisme. Voir dans le même sens, l'article 6 de la Convention sur le génocide.

¹⁵⁷ Voir art. 1^{er}, A/CN.4/W.12, p. 1.

¹⁵⁸ Voir point 4, A/CN.4/W.11, p. 1.

60. De tout ce qui précède, il résulte qu'en cas de conflit entre la législation nationale et le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, c'est ce dernier qui l'emportera. Cela ne concerne pas seulement le cas où un crime réprimé par le Code international ne serait pas puni par la loi nationale. Causes d'irresponsabilité, causes d'extinction de l'action pénale ou des peines, cas d'invulnérabilité ainsi que toute immunité prévue par le droit interne, disparaissent devant les dispositions contraires du code international.

La primauté du droit pénal international sur le droit pénal interne aura donc pour effet que la règle *non bis in idem* sera presque inapplicable.

Un individu poursuivi pour crimes prévus dans le Code pénal international ne pourra pas invoquer le fait qu'il a déjà été poursuivi en vertu d'une loi nationale pour les mêmes actes et, qu'en application de cette loi, il a été acquitté ou qu'il a bénéficié du sursis, voire même qu'il a été condamné, qu'il a exécuté sa peine, et a été gracié ou amnistié.

Il serait trop commode pour un Etat de faire juger ses ressortissants coupables de crimes internationaux par ses propres juridictions, afin qu'ils puissent invoquer ensuite de tels jugements pour se soustraire à la justice pénale internationale ¹⁵⁹.

Par ailleurs, si la règle *non bis in idem* ne s'applique que d'une façon restrictive ou ne s'applique pas du tout, lorsqu'un Etat punit les crimes commis contre sa propre sûreté ¹⁶⁰ à plus forte raison, elle ne saurait être invoquée lorsqu'il s'agit de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, donc de crimes réprimés sur un plan tout à fait différent de celui où s'exerce la répression nationale.

Toutefois cela n'exclut pas la faculté pour le juge appliquant le Code international, de tenir compte de la

peine exécutée en vertu d'un jugement national, lorsqu'il prononcera la peine en vertu dudit Code. Le juge pourra même rendre un jugement déclaratoire de culpabilité sans prononcer aucune peine, s'il considère que la peine effectivement exécutée à la suite d'une condamnation nationale correspond à la gravité du crime.

LÉGALITÉ DES INCRIMINATIONS ET DES SANCTIONS

61. La question de savoir si le principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* doit être ou non accepté en droit pénal international, a été fréquemment débattue par les juristes au cours des trente dernières années.

En 1919, lors des préliminaires de la paix, la délégation des Etats-Unis, dans son mémoire sur le rapport de la Commission des responsabilités, exprimait les plus expresses réserves quant à la poursuite de certains des crimes internationaux prévus dans ledit rapport. Sauf dans les cas où l'on aurait pu utiliser les tribunaux, les lois et les pénalités existantes, la délégation des Etats-Unis tenait à préciser que la création d'une loi et de peines nouvelles qui seraient *ex post facto* par leur nature se trouveraient en contradiction « avec un article formel de la Constitution des Etats-Unis et en conflit avec la loi et les pratiques de la communauté civilisée » ¹⁶¹.

Les Pays-Bas exprimaient le même point de vue, lorsqu'en refusant de livrer aux Alliés l'ex-Empereur d'Allemagne, ils tenaient à déclarer que « si dans l'avenir il était constitué par la Société des Nations une juridiction internationale compétente pour juger, dans le cas d'une guerre, des faits qualifiés crimes et soumis à des sanctions par un statut antérieur aux actes commis, il appartiendrait aux Pays-Bas de s'associer à ce nouveau régime » ¹⁶².

Le Traité de Versailles admit le système contraire dans l'article 227 concernant la mise en accusation publique de Guillaume II de Hohenzollern, mais cet article finalement ne fut pas appliqué ¹⁶³.

62. Après un quart de siècle, le même problème fut posé sur le plan officiel, à savoir au cours des travaux

¹⁵⁹ Rappelons dans cet ordre d'idées le principe consacré par le Traité de paix de Versailles. L'article 228 de ce traité prévoyait que « le Gouvernement allemand reconnaît aux puissances alliées et associées la liberté de traduire devant leurs tribunaux militaires les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre. Les peines prévues par les lois seront appliquées aux personnes coupables. Le Gouvernement allemand devra livrer aux puissances alliées et associées ou à celles d'entre elles qui en adressera la requête, toutes les personnes qui, étant accusées d'avoir commis un acte contraire aux lois et coutumes de la guerre, lui seront désignées soit nominativement, soit par le grade, la fonction ou l'emploi auxquels les personnes auraient été affectées par les autorités allemandes ». Commentant ce texte, Travers affirmait avec raison que « les puissances alliées et associées ne pouvaient faire aucune confiance aux autorités allemandes pour la répression des actes contraires aux lois et usages de la guerre. La règle *non bis in idem* doit, par suite, être considérée comme rejetée de façon absolue » (voir Travers, *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, t. I, p. 25).

¹⁶⁰ L'article 12 des résolutions votées en 1883, par l'Institut de droit international, porte : « Les peines prononcées par jugement régulier d'un Etat quelconque, même non compétent, mais dûment subies, doivent empêcher toute poursuite dirigée à raison du même fait contre le coupable. Sont exceptés toutefois les délits contre la sûreté de l'Etat et... ». Voir *Annuaire de l'Institut*, t. VII (1885), p. 125 et suiv. Sur la question de l'abandon de la règle *non bis in idem*, lorsqu'il s'agit d'infractions contre l'Etat, voir Pella, « La répression des crimes contre la personnalité de l'Etat », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 33, 1930, p. 78 et suiv. Voir aussi Barbey, *De l'application internationale de la règle non bis in idem*, par. 110.

¹⁶¹ Sur cette question, voir *La Paix de Versailles*, t. V, p. 540 et suiv., cité dans *L'Histoire du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 64.

¹⁶² Note du Gouvernement néerlandais du 23 janvier 1920 (L'ivre orange néerlandais, p. 11). Voir sur la même question : Larnaud et Lapradelle, « Examen de la responsabilité pénale de l'empereur Guillaume II d'Allemagne », *Journal de droit international*, 1919, p. 131-159.

¹⁶³ Pour ce qui est des articles 228 et 229 du même Traité - et dans la mesure où ils ne venaient pas en contradiction avec le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* - il nous suffit de rappeler que ce ne sont pas les puissances alliées qui traduisirent devant leurs tribunaux les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre. Les coupables, à quelques exceptions près, jouirent d'une complète immunité à la suite du jugement du Tribunal suprême allemand de Leipzig. Dans une étude de M. Jacques Descheemaker sur le *Tribunal militaire international des grands criminels de guerre* (éd. Pedone, Paris, 1947, p. 8), on trouve les chiffres suivants : nombre d'accusés allemands sur la première liste alliée, 896 ; nombre d'accusés allemands sur la liste reconnue par l'Allemagne, 45 ; nombre de personnes jugées par la Cour suprême de Leipzig, 12 ; nombre de personnes condamnées, 6 ; « sans parler des acquittements ni des évasions des condamnés, les peines furent minimes : une de dix ans de prison, deux de quatre ans, une de deux ans, deux de six mois ».

préparatoires qui aboutirent au Statut du Tribunal militaire international annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 et qui fut appliqué à Nuremberg¹⁶⁴.

Dans les comptes rendus de la Conférence qui prépara le Statut¹⁶⁵, on trouve les observations suivantes du professeur Gros, représentant de la France :

« Nous ne considérons pas le déclenchement d'une guerre d'agression comme une violation criminelle. Si nous qualifions guerre un acte criminel perpétré par des individus, nous allons plus loin que le droit positif. Nous estimons que dans les années à venir tout Etat qui déclenchera une guerre d'agression en supportera la responsabilité criminelle moralement et juridiquement; mais dans l'état actuel du droit international, nous ne pensons pas que ces conclusions soient exactes. Si un Etat déclenchait une guerre d'agression et ne la faisait pas conformément aux règles du droit international, il serait souhaitable de le punir comme criminel mais il ne serait pas criminel du seul fait qu'il aurait déclenché une guerre d'agression.

« Nous ne voulons pas qu'on puisse nous reprocher plus tard d'avoir châtié quelque chose qui n'était pas véritablement criminel, comme le fait d'avoir déclenché une guerre d'agression. Les juges se trouveraient dans une situation très délicate si nous insistions sur ce point. Cette question a souvent été discutée à la Société des Nations. On dit très souvent qu'une guerre d'agression est un crime international d'où il découle pour l'agresseur l'obligation de réparer les dommages causés par ses actes. Mais il n'y a pas de sanction criminelle. Il n'y a qu'une obligation de réparer les dommages. Nous estimons qu'il ne se trouvera finalement personne pour dire que déclencher une guerre d'agression constitue un crime international — en réalité vous inventez la sanction¹⁶⁶. »

Ce point de vue ne semble pas avoir été retenu, ni dans le Statut appliqué à Nuremberg, ni dans celui qui fut plus tard appliqué à Tokyo.

On a, entre autres, affirmé que dans le domaine international, on ne trouve pas de lois comme il en existe en droit national et que vouloir appliquer aux relations juridiques internationales le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*, c'est confondre la notion de loi

telle qu'on la conçoit en droit interne avec la notion de loi qui, en droit international, a un sens différent¹⁶⁷.

Le Tribunal de Nuremberg, dans son jugement, a écarté, lui aussi, l'application du principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en déclarant notamment :

« Il faut rappeler que la maxime *nullum crimen sine lege* ne se limite pas à la souveraineté des Etats, elle ne formule qu'une règle généralement suivie. Il est faux de présenter comme injuste le châtiment infligé à ceux qui, au mépris d'engagements et de traités solennels, ont, sans avertissement préalable, assailli un Etat voisin. En pareille occurrence, l'agresseur sait le caractère odieux de son action. La conscience du monde, bien loin d'être offensée, s'il est puni, serait choquée s'il ne l'était pas¹⁶⁸. »

Il est intéressant de mentionner à ce sujet le commentaire du juge américain au Tribunal de Nuremberg. Pour M. Francis Biddle, la maxime *nullum crimen sine lege* n'est qu'un principe général de justice. Par là, il faut entendre « qu'il n'y a pas de droit international qui force une nation à reconnaître la doctrine ». Selon M. Biddle, « la plupart des nations l'ont reconnue dans leur loi fondamentale — les Etats-Unis, par exemple, dans leur Constitution. La question n'était pas de savoir s'il était légal, mais s'il était juste de juger Goering et ses semblables, pour avoir déchaîné, sans la moindre hésitation, cette guerre d'agression qui englutit et détruisit presque l'Europe. La question ainsi posée, la réponse est évidente »¹⁶⁹.

Le jugement de Tokyo écarta, lui aussi, le principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Les réactions qu'on n'observa pas à ce sujet chez les juges de Nuremberg se manifestèrent à Tokyo. L'opinion dissidente du juge français, M. Henri Bernard, est des plus significatives. Le juge français affirmait notamment que « le Statut du Tribunal lui-même n'était fondé sur aucune règle de droit existant lorsque les infractions ont été commises » et que « tant de principes de justice ont été violés au cours du procès que le jugement du Tribunal serait sans aucun doute annulé pour des raisons de droit dans la plupart des pays civilisés »¹⁷⁰.

63. Mais la question qui se pose aujourd'hui n'est pas celle de savoir si on a bien ou mal procédé en écartant

¹⁶⁴ En liaison avec la question de la légalité des incriminations et des peines telle qu'elle s'est présentée après la seconde guerre mondiale et en liaison avec les criminels de guerre, voir aussi : Bernays, « Legal Basis of Nuremberg Trials », *Survey Graphic*, janvier 1945, p. 5; Hofmannstahl, « War Crimes not Tried under Retroactive Law », *New York University Law Quarterly Review*, vol. 22, 1947, p. 93-99; Kelson, « The Rule against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals », *Judge Advocate Journal*, vol. 2, 1945, p. 8; Donnedieu de Vabres, « Le Jugement de Nuremberg et le principe de la légalité des délits et des peines », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1946-1947, p. 813-833; Merle, *Le Procès de Nuremberg et le châtiment des criminels de guerre*, 1949, p. 83; Glaser, « Les Principes de la légalité des délits et des peines et les procès des criminels de guerre », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1947-1948, n° 3.

¹⁶⁵ Voir *International Conference on Military Trial*, Londres, 1945, Department of State Publication, n° 3080, Washington, 1949, p. 295.

¹⁶⁶ Traduit par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies d'après le compte rendu en anglais des observations du professeur Gros.

¹⁶⁷ Cf. Trainine, « Le Tribunal militaire international et le Procès de Nuremberg », *Revue internationale de droit pénal*, 1946, n° 3-4, p. 264, 271.

¹⁶⁸ Voir *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international*, t. I, Nuremberg 1947, p. 231. Dans notre ouvrage : *La guerre-crime et les criminels de guerre* (p. 93) paru bien avant le jugement de Nuremberg, nous nous demandions également quelles seraient « les réactions de l'opinion publique mondiale si l'application du principe *nulla poena sine lege* avait pour effet d'assurer l'impunité des criminels de guerre. *Summum jus summa injuria*, c'est le cas ou jamais de répéter ici le fameux adage cité par Cicéron. L'excès de légalité résultant d'une application absolue du principe *nulla poena sine lege*, et qui aurait aujourd'hui pour conséquence le devoir de relâcher de nombreux criminels de guerre, constituerait sans nul doute pour la communauté internationale — si profondément troublée par les agissements de ces criminels — un excès d'injustice, une iniquité des plus graves ».

¹⁶⁹ Biddle, « Le procès de Nuremberg », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 1, p. 8.

¹⁷⁰ Voir *New York Herald Tribune* du 14 novembre 1948, p. 27, cité dans *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg*, p. 92.

aux procès de Nuremberg et de Tokyo le principe de la légalité des incriminations et des peines.

On ne doit pas, en effet, perdre de vue que la matière de ces deux procès se trouvait dans le *droit de la guerre*. Le droit de punir découlait pour les Alliés de leur droit de commander. On ne saurait, par ailleurs, ignorer les circonstances dans lesquelles l'Allemagne et le Japon ont capitulé. Le droit de la guerre, en outre, n'interdit pas aux Etats de punir des criminels de guerre se trouvant en leur pouvoir. On ne saurait enfin méconnaître le fait que la punition des criminels de guerre constituait l'un des *buts de guerre* des Alliés. De même qu'on n'aurait pu contester aux Alliés le droit aux réparations pour les préjudices matériels qu'ils ont subis, à plus forte raison, on ne pouvait leur contester le droit de punir ceux qui portaient personnellement la responsabilité de la guerre et de ses maux.

Dans de telles circonstances, s'agissant d'une répression s'exerçant en vertu du *droit de la guerre*, il est évident qu'un tel droit ne connaît pas le principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Le professeur Brierly allait plus loin encore lorsque, dans un article que publiait l'*Observer* du 8 avril 1945, il estimait que les agissements des dirigeants nazis qui ont jeté le monde dans la guerre dépassaient le cadre d'une simple justice basée sur la loi. De tels agissements ne sont susceptibles que d'une mesure de haute politique de la part des Alliés. Selon le grand jurisconsulte anglais, le précédent que constituent les mesures prises contre Napoléon, et sous réserve, selon lui, de leur trop grande douceur, est de beaucoup préférable au précédent créé après la première guerre mondiale en ce qui concerne l'ex-Empereur d'Allemagne, qui a joui d'une complète impunité.

C'est déjà beaucoup que, disposant des pouvoirs si étendus que leur conférait le *droit de la guerre*, les Alliés aient remis à la justice leur pouvoir de punir et qu'ils aient soustrait les grands criminels de guerre aux vengeances populaires¹⁷¹.

64. Si donc, en ce qui concerne la formulation des principes de Nuremberg, le professeur Spiropoulos pouvait soutenir que la Commission du droit international « ne devait pas considérer l'adage *nullum crimen sine lege* comme un principe proclamé à Nuremberg, étant donné qu'elle ne doit formuler que les principes qui figurent à la fois dans le Statut et le jugement »¹⁷², le problème se pose d'une manière différente quand il s'agit d'élaborer un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, c'est-à-dire, un instrument qui doit fixer pour l'avenir les principes d'un système permanent de répression des crimes en question. Un tel code ne peut

avoir pour fondement le droit de la guerre, mais il doit répondre aux aspirations de la conscience humaine et aux besoins permanents de la société qui exige la sécurité juridique.

A cet égard, la Déclaration universelle des droits de l'homme exprime bien les aspirations de la conscience humaine lorsque, dans son article 11, paragraphe 1, elle dispose :

« Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis. »

La déclaration a ainsi fait du principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, un principe de portée générale qui doit s'appliquer sans restrictions aussi bien dans le droit interne des Etats que sur le plan de la justice pénale internationale¹⁷³.

65. Nous estimons que par sa résolution 177 (II) du 21 novembre 1947, l'Assemblée générale des Nations Unies avait déjà reconnu la nécessité d'adopter le principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* en droit international. En décidant, en effet, qu'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité devait être préparé par la Commission du droit international, l'Assemblée avait, par là même, considéré que le droit international pénal ne doit pas rester un droit de caractère coutumier comme il l'est aujourd'hui.

66. Les considérations que le grand juge américain

¹⁷¹ Le texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme n'est d'ailleurs que l'expression d'un puissant courant qui s'est manifesté entre les deux guerres au sein d'importantes associations internationales.

Le point 4 des *Principes fondamentaux d'un Code répressif des nations*, recommandés en 1925 par la Conférence interparlementaire de Washington, prévoyait que « toutes les infractions commises par des Etats ou des individus doivent être prévues et sanctionnées d'avance par des textes précis et que le principe *nulla poena sine lege* doit être à la base de la répression internationale » (voir l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 76 et commentaire dans le même document, p. 14).

Un texte identique a été adopté en 1926, par le premier Congrès de l'Association internationale de droit pénal (voir le point 6 de la résolution dans les *Actes du Congrès*, p. 604, et dans l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 79). Rappelons également que le principe de la légalité des incriminations et des sanctions ressort des dispositions du *Projet de statut d'une juridiction criminelle internationale*, adoptée en 1928 par l'Association internationale de droit pénal (voir art. 35, 36 et 37 dudit Statut dans l'*Historique...*, p. 87). Le *Plan d'un Code répressif mondial* publié en 1935 par l'Association internationale de droit pénal et qui était destiné aux travaux communs de cette Association, de l'Union interparlementaire et de l'International Law Association, prévoyait lui aussi que des textes devaient être élaborés concernant la légalité des incriminations et des sanctions internationales (voir *Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 366).

Mentionnons enfin que l'International Law Association dans le projet de statut d'une juridiction criminelle internationale, adopté en 1926 à sa Conférence de Vienne avait, elle aussi, précisé qu'un acte ne pourrait être considéré comme infraction s'il n'a pas été reconnu comme tel par le Statut de la Cour ou par la loi interne de l'accusé ou, dans le cas d'un apatride, par la loi du lieu de sa résidence au moment de la perpétration du crime ou, à défaut de résidence, par la loi de l'Etat où le crime avait été commis (voir l'article 23 du Statut dans l'*Historique...*, p. 71, et commentaire dans le même document, p. 13 et 14).

¹⁷² Nous partageons, à ce sujet, le point de vue de M. Louis Huguency, professeur à la Faculté de droit de Paris. En répondant au professeur Jimenez de Asua pour lequel le procès de Nuremberg était « une tragique mascarade, une erreur philosophique et juridique, une absurdité politique, un tissu de folies », le professeur Huguency affirmait que « les vainqueurs sont parfois capables de juger avec sérénité les vaincus et que l'Histoire mettra le jugement de Nuremberg au-dessus de l'extermination sommaire qui fut le lot de Mussolini ». Voir Huguency, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 3-4, p. 277 et suiv.

¹⁷³ A/CN.4/SR.17, p. 10.

Marshall faisait valoir pour l'admission du principe de la légalité des incriminations et des peines, en droit pénal interne, ont la même valeur en droit pénal international :

« Il est plus prudent d'édicter les peines par des lois générales, élaborées après délibération par des personnes qui ne s'inspirent d'aucun ressentiment et qui ignorent à qui leur texte s'appliquera — plutôt que de les infliger sous l'influence de ces passions qu'un procès manque rarement d'exciter et qui pourraient faire sentir leur action à la faveur soit d'une définition imprécise, soit d'une interprétation rendant la définition telle.¹⁷⁴ »

Considérant que les raisons que donnait Emile Garçon pour justifier la règle *nulla poena sine lege* dans le droit pénal national, valent pour le droit pénal international, nous croyons qu'il est absolument nécessaire d'incriminer à l'avance les actes dirigés contre la paix et la sécurité de l'humanité, si l'on veut assurer leur répression dans des conditions qui ne puissent donner prise à aucune critique. Autrement on courrait le risque d'entretenir des incertitudes et de tomber dans l'arbitraire; l'ordre international ne peut en définitive être maintenu et garanti que par un droit écrit. Le principe *nulla poena sine lege* s'impose en droit pénal international par la force de l'équité et de la raison. On doit le considérer à la suite des anciens légistes, comme une *lex sacrosancta quae reges ipsos adstringit*. Aucune raison ne saurait justifier ni excuser, à l'avenir, le refus de consacrer un tel principe.¹⁷⁵

Nous ne contestons pas que la coutume tire son autorité de la conscience sociale, que le concept du crime est antérieur au commandement de la loi et que de nombreux actes ont le caractère criminel, alors même que le législateur ne les a pas encore reconnus tels. Le droit pénal a été d'abord coutumier.

Il ne s'ensuit pas, toutefois, qu'il faille négliger l'expérience acquise à l'intérieur des Etats où il est apparu que l'exercice normal de la répression exigeait l'adoption du principe *nulla poena sine lege*.

Au moment où l'on va jeter les fondations d'un nouveau droit pénal international, il convient de tenir compte de toute cette expérience si l'on veut que ce nouveau droit rencontre le moins possible d'oppositions et possède une indiscutable autorité.

Par ailleurs, il faut se souvenir que l'arbitraire ou le seul soupçon d'arbitraire dans la distribution de la justice à l'intérieur des Etats a paru intolérable et qu'il a provoqué de puissantes réactions. Il est certain que dans l'ordre international les gouvernements et l'opinion n'admettront jamais que la volonté souveraine de quelques juges, si haut placés et respectables fussent-ils, puisse décider sans être liée par aucune loi écrite.

¹⁷⁴ Voir l'opinion de Marshall dans *Ex parte Bollman* (4 Cranch 127).

¹⁷⁵ Voir Garçon, *Le droit pénal*, p. 87-92. Quant à l'ensemble du problème considéré sur le plan du droit pénal interne, voir Julliot de la Morandière, *De la règle « nulla poena sine lege »* (thèse, Paris, 1910); Maurhofer, *Der Grundsatz « nulla poena sine lege » in der schweizerischen Gesetzgebung und in der Praxis des Bundesgerichtes* (thèse, Zurich, 1926); Ancel, « La règle « n.p.s.l. » dans les législations modernes », *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1936; Hafer, *Keine Strafe ohne Gesetz* (discours de rectorat, Zurich, 1922); Pella, *De la règle « nulla poena sine lege »* (Bucarest, Curierul Judiciar, novembre 1924).

Le principe *nulla poena sine lege* doit être une des pierres angulaires de la justice pénale internationale. Il représente la garantie contre les abus et l'arbitraire qui pourrait transformer la justice pénale en un instrument d'oppression politique. Le souci de sécurité juridique — qui limite la répression aux seuls cas que la loi a prévus — s'est manifesté avec force et le principe *nulla poena sine lege* a été consacré dans de nombreuses législations, on l'a même inscrit dans les Constitutions. Dans ces conditions, comment pourrait-on rejeter ce principe quand on établit le nouveau droit pénal international qui, justement parce qu'il est nouveau, a besoin de s'imposer à la conscience universelle et qui ne saurait y parvenir s'il apparaissait comme un moyen de camoufler, sous l'apparence de la justice, les haines et les vengeances engendrées par les guerres, les conflits internationaux et les oppositions idéologiques ?

Pour conclure, nous citerons l'opinion d'un des plus grands pénalistes de nos jours, le professeur J. A. Roux, conseiller honoraire à la Cour de cassation de France :

« La maxime *nulla poena sine lege* ulla, dont des auteurs fort importants ont paru faire facilement abandon, doit régir le droit criminel entre les nations comme elle domine le droit pénal national. Plus grand est le délinquant menacé de poursuites, plus précises doivent être les conditions qui règlent sa responsabilité pénale et déterminent les sanctions qu'il encourt¹⁷⁶. »

67. De ce qui précède, il résulte qu'une énumération et une définition des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité s'imposent.

Rappelant que le *raisonnement par analogie*¹⁷⁷ ne saurait être confondu avec l'interprétation, dite extensive,

¹⁷⁶ Voir enquête précédant notre ouvrage : *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (opinion Roux), p. CXXXII.

¹⁷⁷ En droit pénal interne, la méthode analogique a été condamnée par le quatrième Congrès de l'Association internationale de droit pénal qui s'est tenu à Paris, en juillet 1937. Le point 1 de la résolution adoptée par le Congrès prévoit que « le principe de légalité des délits et des peines, garantie nécessaire au droit individuel, a pour conséquence l'exclusion de la méthode analogique, dans l'interprétation des lois pénales ». Les travaux préparatoires de ce Congrès concernant la question de savoir si un juge peut retenir et punir un fait qui ne rentre pas expressément sous des termes d'une disposition légale, présentent un intérêt particulier. Quoiqu'ils visent en général le droit pénal interne, nombre des arguments peuvent s'appliquer aussi au droit pénal international. Voir en particulier, dans les travaux préparatoires dudit Congrès, les rapports spéciaux de MM. Jean Constant, p. 138-154; Carlos Xavier Paes Barreto, p. 170-179; Dolaptchieff, p. 179-188; Luis Jimenez de Asua, p. 188-217; J. Magnol, p. 217-228; F. Gorphe, p. 228-240; Marc Ancel, p. 240-265; Christos Yotis, p. 266-272; G. Alfred Palazzo, p. 308-314; Enrico Altavilla, p. 328-337; Alexandre Mogilnicki, p. 337-342; Stefan Glaser, p. 342-358; Ladislav Wolter, p. 359-396; Constantin G. Vasiliu, p. 396-404; Thomas Givanovitch, p. 404-409 et J. M. Peritch, p. 410-419.

Pour notre part, nous nous prononçons aussi bien en ce qui concerne le droit pénal interne qu'en ce qui concerne le droit pénal international, contre le système de l'analogie. En paraphrasant le texte du professeur Solnar concernant l'œuvre du criminaliste tchécoslovaque Joseph Kepert (*Analogie trestnim pravu*), nous estimons que l'interdiction de l'analogie est nécessaire « non seulement pour sauvegarder la sûreté de l'ordre juridique, mais aussi pour exprimer clairement que le droit pénal, comme un droit d'élite, doit être élevé au-dessus des instruments quotidiens de la politique du pouvoir des Etats ». Voir Solnar, « Chronique tchécoslovaque, 1938-1947 », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 1, p. 72.

de la loi, nous considérons que les diverses définitions des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité devraient être conçues en termes précis mais assez généraux afin que le Code international puisse correspondre aux nécessités de la défense de l'ordre international ¹⁷⁸.

Pour ce qui est des sanctions, nous devons reconnaître que le problème est bien plus compliqué.

On peut à ce sujet envisager plusieurs systèmes.

Le premier consisterait à prévoir, à l'instar des codes pénaux nationaux, une sanction pour chaque infraction.

Selon un deuxième système, on classerait, d'après leur nature, les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité en plusieurs catégories et on les assimilerait, au point de vue de la peine, aux crimes les plus graves contre la vie ¹⁷⁹, l'intégrité corporelle, la propriété, etc. ¹⁸⁰, prévus par telle ou telle législation nationale ¹⁸¹.

Selon un troisième système, on prévoirait dans une disposition générale que la juridiction compétente pourrait prononcer toute peine qu'elle estimerait juste, y compris la peine de mort. Ce système a été adopté par les Statuts des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo. On le trouve consacré par le droit public interne de certains Etats qui connaissent le système des hautes cours politiques. Les juges de ces cours sont liés en ce

qui concerne les inculpations, mais ils restent maîtres des peines.

Pour les raisons données plus haut, le troisième système semble le moins bon ¹⁸².

LES SUJETS ACTIFS DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ. PERSONNES PHYSIQUES. ETATS

68. Depuis 1919, nous avons constamment affirmé qu'aussi bien les personnes physiques que les personnes morales doivent être considérées comme des sujets actifs de crimes internationaux, c'est-à-dire capables de commettre de tels crimes.

La reconnaissance de la responsabilité pénale internationale des individus ne fait plus de doute à la suite des Statuts et des jugements de Nuremberg et de Tokyo. Ainsi que l'affirmait M. A. H. Feller dans un article synthétique sur les problèmes fondamentaux du droit mondial, ces jugements « ont constitué une application dramatique des règles du droit international à des particuliers coupables de crime » ^{182a}.

Mais la question de la responsabilité pénale internationale des personnes juridiques et, en particulier, de l'Etat, est encore matière à controverse. Cette question est évoquée dans le memorandum préparé par le Secrétaire général en vue des travaux de codification de la Commission du droit international. Il est dit dans ce memorandum que « la codification doit tenir compte des problèmes posés par l'évolution récente tels que celui de la responsabilité pénale des Etats et des individus agissant au nom de l'Etat » ¹⁸³.

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ETAT. ARGUMENTS POUR ET CONTRE

69. Nous référant aux thèses que nous avons développées dans nos ouvrages antérieurs, nous affirmons notre conviction que si le droit pénal doit protéger la paix et la sécurité de l'humanité, on ne peut et on ne doit pas exclure le principe de la responsabilité pénale des Etats.

Ce principe apparaît d'abord comme la conséquence de l'existence d'une criminalité collective des Etats (voir par. 35).

Par ailleurs, dans une communauté d'Etats régie par le droit, on ne saurait plus concevoir que la force seule

¹⁷⁸ Voir pour le droit pénal interne, et dans le même sens, le point 2 de la résolution ci-dessus citée de l'Association internationale de droit pénal.

¹⁷⁹ Le crime contre la paix pourrait être assimilé à l'assassinat. Il en est de même de certains crimes de guerre proprement dits, ainsi que de la plupart des crimes contre l'humanité.

¹⁸⁰ Un système, en quelque sorte similaire avait été conçu par l'ordonnance française du 28 août 1944 dont l'article 2 prévoyait que « par interprétation des dispositions du code pénal et du code de justice militaire, sont considérés comme : 1) le recrutement illégal de la force armée prévue par l'article 92 du code pénal : tout enrôlement par l'ennemi ou ses agents; 2) l'association de malfaiteurs prévue par les articles 265 et suivants du code pénal : les organisations et entreprises du terrorisme systématique; 3) l'empoisonnement prévu par l'article 301 du code pénal : toute exposition dans les chambres à gaz, tout empoisonnement des eaux ou denrées consommables, ainsi que tout dépôt, aspersion ou utilisation de substances nocives destinées à donner la mort; 4) l'assassinat prévu par l'article 296 du code pénal : la mise à mort, par représailles; 5) la séquestration prévue par les articles 341, 342 et 343 du code pénal : le travail obligatoire des civils et la déportation, sous quelque motif que ce soit, d'un individu détenu ou interné sans qu'une condamnation régulière au regard des lois et coutumes de la guerre ait été définitivement prononcée à son encontre; 6) la séquestration prévue par les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 344 du code pénal : l'emploi de des œuvres de guerre de prisonniers de guerre ou de civils requis; 7) la séquestration prévue par le dernier alinéa de l'article 344 du code pénal : l'emploi de prisonniers de guerre ou de civils à des fins de protection de l'ennemi; 8) le pillage prévu par les articles 221 et suivants du code de justice militaire : l'imposition d'amendes collectives, les réquisitions abusives ou illégales, les confiscations ou spoliations, l'importation ou l'exportation hors du territoire français par tous moyens de biens de toute nature y compris les valeurs mobilières et de la monnaie.

¹⁸¹ Quant au choix de la législation, on pourrait prévoir soit celle de l'accusé, soit celle en vigueur sur le territoire où le crime a produit ses effets. On pourrait enfin laisser au juge la possibilité de choisir entre plusieurs lois, lorsque le crime a été d'rigé contre plusieurs Etats. Voir aussi, quant au choix de la loi nationale, divers autres systèmes, notamment celui de l'article 17 du projet du 26 avril 1937 d'une Cour pénale internationale établi par le Comité d'experts de la Société des Nations (doc. C.222.M.162, 1937) ainsi que l'article 21 de la Convention pour la création d'une Cour pénale internationale (Société des Nations, doc. C. 94, M. 47, 1938 V.).

¹⁸² Le professeur Schönke est du même avis. Dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, il considère comme « nécessaire dans l'intérêt de la sécurité du droit et de la justice, d'établir des groupes de faits et de prévoir pour chacun de ces groupes des sanctions ou des mesures de sûreté. La méthode prévue pour la procédure devant le Tribunal de Nuremberg est contraire aux principes de la précision de la sanction et, par cela aussi, contraire au principe *nulla poena sine lege* ». Un point de vue similaire se trouve exprimé par le professeur Graven dans sa réponse au même Questionnaire. Selon lui, « on doit rendre possible et fixer, en droit pénal international, le principe si désirable de la légalité des délits et des peines, régulièrement inscrits d'avance dans un texte ayant force de loi, principe dont l'absence a été précisément si critiquée dans le précédent de Nuremberg ».

^{182a} Voir Feller, « Vers un droit mondial », *Revue de droit international*, 1950, n° 1, p. 20.

¹⁸³ Voir *Examen d'ensemble du droit international*, op. cit., p. 63.

puisse créer le droit et que le vaincu porte nécessairement la responsabilité de la guerre.

Si sa responsabilité pénale a été dûment établie, l'Etat rebelle contre lequel on a eu recours à des mesures de contrainte impliquant l'emploi de la force armée, ne pourra plus se dérober derrière l'argument fallacieux qu'il a dû s'incliner devant la contrainte et non pas devant la justice. Faute de la reconnaissance d'une telle responsabilité, il continuera, au contraire, à se considérer comme *Etat vaincu* et non pas comme *Etat coupable*. Il avouera sa défaite matérielle, mais il refusera d'avouer sa défaite spirituelle et il pensera à la revanche.

Si, donc, l'on admet la responsabilité pénale d'un Etat, ce dernier devra reconnaître que les sanctions dont il porte le poids ne sont plus la conséquence de sa défaite, c'est-à-dire l'effet d'un rapport de force. Ces sanctions auront été imposées par une décision de la justice internationale constatant qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis. Sans doute de nombreux auteurs soutiennent que les Etats, *simples fictions*, sont incapables, de par leur nature même, de commettre des crimes. Certains de ces auteurs ont même affirmé que prononcer des peines applicables aux Etats, ce serait frapper l'ensemble des particuliers qui, bien souvent, ne sont en rien coupables des crimes internationaux commis.

A cette objection, on peut répondre que, même aujourd'hui, la nation entière dont l'Etat n'est que la représentation juridique, peut subir les conséquences des mesures prises contre l'Etat en raison des crimes commis par les organes de l'Etat.

Ainsi, le peuple allemand et le peuple japonais subissent les conséquences des crimes contre la paix dont ont connu les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo.

70. Dans ce même ordre d'idées, il est intéressant de rappeler la réponse de MM. Karl Schlyter, Ivar Strahl et Gerhard Simson, membres suédois de l'Association internationale de droit pénal, au questionnaire envoyé par ladite Association et l'International Bar Association.

Selon leur avis, l'efficacité réelle d'une loi réprimant les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité suppose qu'il est possible de considérer un Etat comme auteur des crimes qui se commettent par ses organes ou à l'aide de ses ressources. C'est à cette condition seulement que l'Etat peut être passible des sanctions pénales ou des mesures de protection stipulées par la loi projetée. Sans cela la lutte contre de tels crimes serait menée avec des armes émoussées. Il est inévitable que, par là, même la partie de la population qui s'est opposée ouvertement ou clandestinement aux crimes commis soit presque toujours éprouvée. Même dans l'application ordinaire des peines, il arrive cependant qu'une peine entraîne des souffrances morales ou économiques pour les parents innocents du délinquant. Le fait même que ce ne sont pas seulement les détenteurs du pouvoir, mais l'Etat tout entier qui peut être l'objet de mesures pénales, peut contribuer à favoriser le développement d'une opposition aux criminels qui se trouvent à la tête de l'Etat.

71. Pour ce qui est de la conception romaine de la « fiction » de la personnalité morale, on ne saurait, à notre avis, la considérer comme un dogme devant lequel on devrait s'incliner, quelles que puissent être les raisons d'ordre pratique qui s'opposeraient à ce qu'on la retienne.

Des arguments très sérieux militent en faveur de la responsabilité pénale des Etats. Ils s'appuient : a) sur les données scientifiques de la psychologie collective et de la sociologie; b) sur le caractère tout à fait spécial que présente la personnalité juridique de l'Etat; c) sur la reconnaissance de la personnalité internationale de l'Etat; d) sur l'organisation constitutionnelle de certains Etats; e) sur les principes de la nouvelle politique criminelle internationale.

a) La psychologie collective

72. Au moment où Savigny, reprenant la théorie romaine de la fiction, lui donna une nouvelle jeunesse, la psychologie collective n'avait pas encore été étudiée scientifiquement. Depuis lors, la sociologie nous a appris que dans les sociétés humaines apparaît une volonté collective tout à fait distincte des volontés individuelles des membres qui composent le groupe. Cette volonté collective explique de nombreux phénomènes sociaux et certains sociologues ont vu en elle la clef de voûte de l'édifice social.

L'argument que les personnes morales ne peuvent pas commettre de crimes parce qu'elles n'auraient pas une volonté propre, disparaît du moment qu'il est démontré que la volonté collective du groupe est une réalité.

Aussi bien un courant puissant en droit pénal tend à faire admettre la responsabilité pénale des personnes morales¹⁸⁴.

b) Le caractère particulier de la personnalité juridique de l'Etat

73. Il plaide en faveur de l'admission d'une responsabilité pénale. En effet, dans le cas de l'Etat, le rejet de la théorie de la fiction s'impose avec une rigueur particulière. La raison en est qu'à la différence des autres associations, l'Etat a un caractère de nécessité, en ce sens que la Société ne se conçoit pas sans Etats. Par ailleurs,

¹⁸⁴ Dans le droit anglo-saxon, il est bien établi que les communautés sont considérées comme capables de commettre des crimes et sont punies en conséquence. Sur la législation, la jurisprudence et la doctrine des Etats-Unis et du Commonwealth britannique, voir « Research in International Law under the Auspices of the Faculty of the Harvard Law School », supplément de l'*American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), « Part II, Jurisdiction with respect to crime », p. 535 et suiv. Dans l'article 5 du projet ci-dessus mentionné de la Harvard Research (p. 440), on va même plus loin et on prévoit qu'un Etat «... est compétent en ce qui concerne les crimes commis en dehors de son territoire a) par une personne physique qui avait la nationalité de cet Etat au moment où le crime a été commis ou qui a la nationalité de cet Etat au moment où elle est poursuivie ou punie; ou b) par une société ou autre personne morale qui avait la qualité de ressortissant de cet Etat au moment où le crime a été commis ».

Pour le droit continental, voir la bibliographie se trouvant aux pages 66 et 67 de notre ouvrage : *La guerre-crime et les criminels de guerre*, ouvrage auquel nous avons d'ailleurs emprunté certains des développements concernant la responsabilité pénale de l'Etat. Comme un trait significatif de la tendance contemporaine à admettre la responsabilité pénale des personnes morales, nous pouvons mentionner l'ordonnance française du 5 mai 1945, relative à la poursuite des entreprises de presse, d'édition et de publicité coupables de faits de collaboration avec l'ennemi. Selon M. Magnol l'article 9 de cette ordonnance indique les peines applicables, à savoir : « la dissolution de l'entreprise et la confiscation générale de son patrimoine qui peut n'être que partielle si les circonstances atténuantes sont admises, et également la confiscation spéciale des

de plus en plus, l'Etat moderne repose sur le fait de la nation qui est une réalité incontestable.

Par conséquent, même si la théorie de la fiction pouvait être invoquée contre la responsabilité pénale des autres personnes morales, nous ne croyons pas qu'elle puisse l'être, quand il s'agit des Etats, lesquels représentent les réalités palpables que sont les nations.

On constate que des auteurs admettent la personnalité internationale de l'Etat comme conséquence de la reconnaissance de sa volonté, et cependant, quand il s'agit de la responsabilité pénale de l'Etat, ils nient celle-ci en niant l'existence de la volonté de l'Etat.

c) L'organisation constitutionnelle

74. On peut invoquer l'organisation constitutionnelle de certains Etats contre la thèse selon laquelle en appliquant des peines aux Etats, on atteindrait les particuliers, dont l'immense majorité n'est pas en fait responsable du crime international perpétré.

En effet, si l'initiative des guerres d'agression est prise par une minorité de dirigeants, que suit aveuglément la masse, il ne faut pas oublier que dans de nombreux Etats on a jugé essentiel de soumettre la déclaration de guerre à l'approbation préalable du Parlement. Dans ces conditions, c'est la nation qui, par les représentants qu'elle s'est donnés, assume la responsabilité de la guerre.

La menace d'une sanction pénale internationale applicable aux Etats — et dont les conséquences seront subies directement ou indirectement par l'ensemble des nationaux — aura pour résultat de développer chez ces derniers le sens de leurs responsabilités.

Point de vue des principes de la politique criminelle

75. Il est certain qu'en ce qui concerne aussi bien la criminalité ordinaire que la criminalité internationale, il est juste et opportun de prendre des mesures contre tous

ceux qui en quelque façon ont créé des conditions favorables à la création du phénomène de criminalité.

Or, dans le cas des crimes internationaux commis par les Etats, en dehors de l'élément actif qui donne l'impulsion criminelle, il existe un élément passif qui obéit, et qui exécute matériellement les crimes, avec d'autant plus de docilité ou de zèle que chaque individu est persuadé qu'il n'encourra personnellement aucune responsabilité.

En frappant les personnes physiques qui ont décidé et ordonné les crimes, on atteint l'élément actif de la criminalité internationale. En frappant les Etats de sanctions appropriées à leur nature, on atteint l'élément passif de la population.

La nécessité d'une responsabilité pénale des Etats a été reconnue par toutes les institutions internationales qui se sont occupées de la question¹⁸⁵ et par de nombreux auteurs¹⁸⁶.

Nous pensons qu'aussi longtemps que les sociétés étatiques existeront au sein de la communauté internationale, la reconnaissance d'une telle responsabilité s'imposera. Et plus la souveraineté de l'Etat sera limitée par suite d'accords internationaux, plus les possibilités de violation des obligations de l'Etat seront nombreuses et plus les cas de responsabilité pénale de l'Etat seront nombreux.

La responsabilité pénale des Etats a été prévue dans le mémorandum présenté, en 1947, par le délégué de la

¹⁸⁵ Les hommes politiques qui composent l'Union interparlementaire ont reconnu la nécessité d'admettre une telle responsabilité, dans la résolution votée à une immense majorité à la Conférence de Washington de 1925 où 41 Parlements étaient représentés.

Les internationalistes qui font partie de l'International Law Association ont adopté à la Conférence de Vienne, en 1926, un projet de statut d'une cour criminelle internationale, dans lequel la répression des Etats coupables de crimes internationaux était prévue par des textes précis.

Les criminalistes, tant au premier Congrès international de l'Association internationale de droit pénal tenu à Bruxelles en 1926, qu'au deuxième Congrès qui a eu lieu à Bucarest, en octobre 1929, ont, d'une part, reconnu la nécessité d'admettre la responsabilité pénale des Etats, et, d'autre part, exprimé le vœu que le principe de la répression interétatique fût pris en considération lors des travaux qui devaient être entrepris en vue d'harmoniser le Pacte de la Société des Nations avec les principes du Pacte de Paris.

¹⁸⁶ Parmi les auteurs jouissant d'une très grande autorité en droit international, qui se sont prononcés en faveur de la responsabilité pénale des personnes morales, mentionnons M. Antonio Sanchez de Bustamante y Sirven, qui dit : « La responsabilité des personnes morales toujours admise lorsqu'il s'agit de sanctions d'un caractère administratif, s'est ouvert définitivement une voie dans l'ordre pénal, et l'Etat est la première et la plus haute de ces personnes. Les délits devront s'adapter à ses possibilités et les peines à sa nature et à sa condition, mais ils ne cesseront pas, par là, d'être des délits et des peines. L'Etat peut se trouver dans la même situation morale que les malfaiteurs particuliers. Bien que la peine interne ait aussi, pour les tiers, le caractère de garantie, et qu'ainsi on ait fait reposer sa légitimité, la répression des actes délictueux des personnes juridiques internationales correspond aussi aux buts que lui assignent les différentes écoles. D'ailleurs la souveraineté qui se développe dans la communauté juridique internationale n'exclut pas des sanctions pénales d'un degré différent. Il est certain que l'histoire du droit pénal entre les nations a commencé et qu'il ressemble au droit pénal interne. Il n'est pas moins exact qu'il évolue chaque jour et qu'il peut arriver très vite au même niveau — peut-être même à un niveau plus élevé, dans ses effets, que celui du droit pénal interne. » (*Droit international public*, t. IV, p. 6.)

instruments ayant servi à commettre l'infraction s'ils n'appartiennent pas à l'entreprise ». L'article 10, « tout en proclamant que l'application à l'entreprise de la peine de la dissolution et de la confiscation totale ou partielle au profit de l'Etat ne crée aucun droit à indemnisation en faveur de ses membres, a apporté à cette règle un tempérament important en faveur de ceux d'entre eux qui n'auront exercé depuis l'infraction aucune fonction de direction ou d'administration et qui se seront opposés ou auront tenté de s'opposer à l'activité criminelle de la personne morale ou qui auront été dans l'impossibilité absolue de le faire. Par là, l'ordonnance a répondu à l'objection grave faite contre le principe même de la responsabilité pénale des personnes morales et contre celui de la confiscation générale, objection tirée du principe de la personnalité des peines que ces mesures violeraient. Enfin, l'article 17 détermine les règles à suivre pour le jugement; il contient une adaptation des règles suivies devant les cours de justice, qui, en l'espèce, sont compétentes ». Toujours en France, une ordonnance postérieure du 30 mai 1945, relative à la répression des infractions à la réglementation des changes, admet également la responsabilité pénale de la personne morale, « lorsque ses administrateurs, gérants ou directeurs ont agi en son nom et pour son compte. L'article 12 déclare que la personne morale pourra être poursuivie en même temps que ces derniers et frappée de peines pécuniaires prévues par l'ordonnance ». Voir Vidal, *Cours de droit criminel*, 9^e édition refondue par Magnol, p. 84, 85. Voir également Paul Coste-Floret, « La responsabilité pénale des entreprises de presse », *Politique*, 15 juin 1945, p. 82. Cf. Magnol, « Une expérience de la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales d'après l'ordonnance du 5 mai 1945 », *Revue internationale de droit pénal*, 1946, p. 58.

France à la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification ¹⁸⁷.

76. Un autre argument a été invoqué contre la responsabilité pénale de l'Etat, à savoir qu'une telle responsabilité n'a pas été jusqu'à présent reconnue en fait et qu'aucun Etat n'a été l'objet de poursuites pénales.

A notre avis, cet argument n'aurait de valeur que si le Code à élaborer devait se borner à retenir les solutions des problèmes déjà résolus, et partant des principes déjà acquis.

77. Nous considérons que l'existence, dans la Charte des Nations Unies, d'un texte d'une portée universelle concernant la légitime défense, implique nécessairement la reconnaissance du principe de la responsabilité pénale de l'Etat.

Qu'est la légitime défense, sinon une *institution de droit pénal* exemptant de toute peine le sujet du droit parce qu'on lui reconnaît le droit de repousser lui-même une attaque.

Certes, la légitime défense a d'autres effets que l'exemption de la peine, celui, par exemple, de ne pas être obligé à réparer le dommage causé à l'agresseur. Cependant on doit reconnaître que l'Article 51 de la Charte, du fait même qu'il a réservé aux Etats le droit de légitime défense individuelle ou collective a, par là même, introduit en droit international une institution de droit pénal, qui implique l'existence de la responsabilité pénale de l'Etat.

Dans une communauté internationale ayant donc institutionnalisé la légitime défense et ayant ainsi marqué sa tendance à passer de la phase « d'anarchie à celle d'organisation et de réglementation » ¹⁸⁸, il serait paradoxal de reconnaître aux Etats, en tant que tels, cette cause d'irresponsabilité pénale qu'est la légitime défense, si le principe même de la responsabilité pénale des Etats était encore contesté.

Nous n'examinerons pas d'autres arguments qui, eux aussi, pourraient être discutés. Nous dirons seulement qu'il est contradictoire d'une part d'admettre que la guerre a lieu entre Etats et non pas entre individus, et, d'autre part, de faire retomber la responsabilité pénale d'une guerre criminelle sur quelques individus seulement.

En outre, il est difficile de s'expliquer comment l'Etat moderne, qui est une imposante réalité et qui contrôle toutes les activités des individus, deviendrait tout d'un coup une simple fiction, précisément lorsqu'il se rendrait coupable du crime d'agression.

Depuis de nombreuses années, d'éminents auteurs, tout en constatant que la responsabilité pénale de l'Etat n'avait pas encore reçu l'appui général de la doctrine et n'avait pas été consacrée par la pratique internationale, considéraient cependant que « la tendance qui vise à imputer aux Etats la responsabilité pénale, présente pour

le développement ultérieur de la législation internationale un intérêt et une portée considérables » ¹⁸⁹.

78. Les adversaires de la notion de responsabilité pénale de l'Etat, ont fait valoir qu'au procès de Nuremberg, il n'a été question que de responsabilité pénale des personnes physiques. Le procureur général américain Jackson, considérant que les crimes ne peuvent être commis que par des personnes physiques, avait affirmé qu'en élaborant le Statut, on avait délibérément évité l'emploi de termes ou de concepts susceptibles d'enliser le procès dans des détails techniques et juridiques, concernant les personnes morales.

La question de la responsabilité de l'Etat allemand, en tant que tel, ne se serait donc posée qu'accessoirement et seulement dans la mesure où le Gouvernement du Reich aurait dépassé sa compétence. En d'autres termes, ledit Etat n'aurait été responsable qu'en raison de l'illégalité des actes de ses agents.

En réponse à cet argument, on a dit que si « le principe de la responsabilité individuelle a été nettement posé et appliqué à Nuremberg, il ne s'en suit pas nécessairement que la responsabilité de l'Etat ait été écartée ». « Si aucun texte n'y fait allusion, c'est sans aucun doute en raison de la disparition de l'Etat allemand à la suite de la capitulation » ¹⁹⁰.

Ce point de vue a été exprimé par le juge français au Tribunal de Nuremberg. Tout en constatant que le Tribunal avait mis l'accent sur la responsabilité des personnes physiques, M. Donnedieu de Vabres déclarait que « la responsabilité pénale de l'Etat-personne morale n'a pas été exclue par le jugement de Nuremberg. Ce qui a empêché de la mettre en œuvre, c'est la suspension de la souveraineté allemande par la capitulation sans condition et l'occupation intégrale du territoire » ¹⁹¹.

M. Aroneanu a été plus loin encore, déclarant que « l'Etat allemand a été occupé, sa souveraineté suspendue, donc autant de mesures qui prouvent que l'Etat n'a pas été négligé dans l'exercice de la justice pénale, mais que cette justice lui a été impliquée non juridictionnellement. Lorsque l'heure de la justice pénale internationale avait sonné, l'Etat se trouvait déjà jugé, condamné et exécuté par décision politique des Alliés » ¹⁹².

Quant à nous, sans discuter les raisons d'opportunité politique qui ont déterminé les Nations Unies à limiter leur action répressive aux crimes commis par des personnes physiques, il ressort clairement du procès de Nuremberg que la responsabilité de l'Etat allemand est apparue au premier plan du procès. Si le Statut de Londres n'avait pas limité les pouvoirs des juges, la conséquence logique des débats de Nuremberg aurait été une déclaration nette de culpabilité de l'Etat alle-

¹⁸⁷ Voir A/AC.10/34. Cf. Yuen-li Liang, « Le développement et la codification du droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 73 (1948), p. 509-510. V. Bouzat, *Traité de droit pénal*, p. 1092 et suiv.

¹⁸⁸ Sur l'ensemble du problème, avant le système de l'Organisation des Nations Unies, E. Giraud, « La Théorie de la légitime défense », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 49 (1934), p. 691 et suiv.

¹⁸⁹ Preuss, « La répression des crimes et délits contre la sûreté des Etats étrangers », *Revue générale de droit international public*, t. XL (1933), p. 616. Cf. Alvarez, *Rénovation des bases de la vie des peuples* (éd. franco-américaine), p. 30.

¹⁹⁰ Merle, *Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre*, p. 96.

¹⁹¹ « Le jugement de Nuremberg », *Revue de droit pénal et de criminologie* (1947), n° 10, p. 822.

¹⁹² « Le crime contre l'humanité et la juridiction pénale internationale », extrait de la *Revue de droit international* [Sottile] (1950), n° 2, p. 14.

mand¹⁹³. Cette conséquence se trouve nettement dégagée dans l'exposé introductif du représentant de la France. Dans cet exposé, M. de Menthon ne parlait-il pas de crimes commis par *une collectivité nationale* ?

A l'appui de notre thèse, nous citerons un passage significatif de l'exposé introductif de sir Hartley Shawcross, procureur général du Royaume-Uni au Tribunal international de Nuremberg.

Soutenant que l'Etat n'est pas une entité abstraite, sir Hartley Shawcross déclarait :

« Il n'y a rien de sensationnellement nouveau dans l'adoption du principe que l'Etat est, comme tel, responsable de ses actes criminels. En fait, sauf si l'on s'en tient à l'argument non convaincant de la souveraineté, il n'y a en droit aucune raison pour qu'un Etat n'ait pas à répondre des crimes commis en son nom... L'histoire, une histoire très récente, ne justifie pas l'opinion qu'un Etat ne peut pas être criminel. Au contraire, le potentiel incommensurable de mal inhérent à l'Etat en cette ère de science et d'organisation, semblerait exiger impérieusement, contre les actes criminels, des moyens de répression encore plus rigoureux et plus efficaces que dans le cas des individus¹⁹⁴. »

RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL ET DE L'INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

79. Les réponses au questionnaire envoyé par l'Association internationale de droit pénal et par l'International Bar Association reflètent une divergence d'opinions en ce qui concerne le problème de la responsabilité pénale de l'Etat. Cette divergence est d'ailleurs sans grande portée pratique.

La minorité est constituée par les auteurs qui, tout en étant contraires au principe de la responsabilité pénale de l'Etat, reconnaissent cependant la nécessité d'appliquer aux Etats des *mesures de sûreté*. Parmi ces réponses, rappelons celle de M. le juge J. Y. Dautricourt (Belgique). « Nous estimons, dit M. Dautricourt, que seules les personnes physiques sont pénalement responsables et peuvent donc être condamnées à des peines. Les personnes morales, et parmi elles, les Etats, peuvent être tenus pour civilement responsables du préjudice causé par les actes de leurs dirigeants et de leurs préposés s'il s'agit de personnes morales; de leurs gouvernants et organes, s'il s'agit d'Etats. Ils peuvent donc être condamnés solidairement à réparer le préjudice qu'ils ont causé et, par ailleurs, à des mesures de sûreté ou de redressement. »

Le professeur Stephan Hurwitz (Danemark) estime pour sa part qu'on pourrait « infliger aux collectivités — y compris les Etats — des sanctions qui n'ont pas le caractère d'une peine proprement dite, comme par exemple, la confiscation des biens ».

¹⁹³ Avant le Statut même du Tribunal de Nuremberg, la responsabilité du peuple allemand dans son entier avait été affirmée par l'Accord de Potsdam (17 juillet - 2 août 1945). Cet accord précisait que « le peuple allemand... ne peut fuir les conséquences d'actes dont il est responsable, étant donné que ses méthodes de guerre sans pitié et la résistance fanatique nazie, ont rendu inévitables le chaos et la souffrance » (voir II^e partie, point A de l'Accord).

¹⁹⁴ Déclaration du 4 décembre 1945, *Le procès de Nuremberg*, exposés introductifs (Office français d'édition), p. 58.

La majorité des réponses est favorable à la responsabilité pénale de l'Etat.

Le point 5 du questionnaire était ainsi conçu :

« Estimez-vous qu'il serait désirable que dans le *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, on considère comme *sujets actifs de droit pénal*, c'est-à-dire comme *capables de commettre des crimes visés dans ledit projet*, non seulement les individus, mais également les Etats, ainsi que certaines personnes juridiques autres que les Etats ? »

Nous mentionnerons les réponses suivantes :

« Quant aux personnes responsables, dit M. le professeur Donnedieu de Vabres, nous tenons à la thèse de la responsabilité des personnes morales, notamment de l'Etat, qui nous semble avoir reçu ces derniers temps aussi bien de la législation française que du droit international, de sérieuses confirmations... Les Etats sont les plus anciennes, les plus puissantes et, par conséquent, les plus redoutables des personnes morales. Il faut, pour soutenir le contraire, se prévaloir de la thèse positiviste, défendue naguère par MM. Duguit et Politis, qui méfiant à l'excès de toute abstraction, ne voit, dans le phénomène étatique, que les rapports de deux groupes de personnes physiques gouvernants et gouvernés. Mais cette thèse, logiquement développée, ruine dans son fondement la théorie de la personnalité morale. »

Sir David Maxwell Fyfe, est d'avis que « les Etats et certaines autres personnes juridiques devraient être considérés comme des *sujets actifs* de droit pénal, c'est-à-dire, comme capables de commettre des crimes internationaux ».

M. François Biddle, tout en reconnaissant que la responsabilité des individus est essentielle si l'on veut donner un sens réel au droit pénal international, pense que « les Etats devraient être considérés comme des entités légales pour les buts poursuivis par le droit pénal international. Il se peut même que dans certaines circonstances, on juge préférable, pour l'exercice d'une sage répression, d'appliquer la sanction à l'Etat, plutôt qu'à l'individu ».

Le professeur A. Schönke estime pour sa part qu'il est indispensable de prévoir comme auteurs des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, non seulement les personnes physiques, mais aussi l'Etat et certaines autres personnes juridiques ».

« Les faits qui affectent la paix et la sécurité de l'humanité, dit le professeur Podesta Costa, peuvent provenir soit des individus, soit des Etats, soit d'autres entités qui sont sujets actifs de droit pénal, bien qu'elles ne constituent pas des Etats. Par conséquent, il faut considérer ces trois catégories de sujets. »

Selon le professeur Thomas Givanovitch « la protection juridique des biens internationaux dans le futur Code serait assurée d'une façon incomplète si ce code ne s'appliquait qu'aux individus et pas aux Etats. En outre, le Code devrait s'appliquer aux organisations et groupements ayant le caractère de personnes morales ou non, de même qu'à toutes les personnes juridiques ».

Le professeur Alfred von Verdross, considérant la création d'une Cour internationale comme une chose essentielle, estime que cette Cour « devrait connaître aussi du crime de guerre d'agression commis par un Etat ».

Tout en reconnaissant qu'une distinction doit être faite entre la responsabilité des Etats et celle des gouvernements, le professeur Lopez-Rey est d'avis, lui aussi, que « l'Etat pourrait être, en principe, considéré comme responsable du point de vue pénal ».

A notre avis, la société-Etat est la traduction juridique d'un fait social unique et d'une réalité vivante. Dans l'Etat, la volonté collective se manifeste de façon continue et active en vue de la réalisation d'un intérêt général et permanent. Dans ces conditions, la responsabilité pénale de l'Etat ne peut être écartée.

Contester l'existence de cette responsabilité, c'est méconnaître l'enseignement des expériences douloureuses de notre siècle et se condamner à pratiquer une politique internationale d'expédients et d'improvisations, qui ne va pas au fond des problèmes.

LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES JURIDIQUES AUTRES QUE LES ETATS

80. La personnalité juridique a été reconnue à l'intérieur de certains Etats, à des associations formées dans le but inavoué de préparer moralement ou matériellement une guerre d'agression. Dans ces mêmes Etats, d'autres personnes morales, tout en déployant une activité licite (intéressée ou désintéressée) conformément à leur nature, ont été amenées à participer à des actions criminelles dirigées contre la paix et la sécurité de l'humanité.

A la fin de la seconde guerre mondiale, d'importants documents ont été découverts concernant l'activité de personnes juridiques ayant leur siège principal sur le territoire de grandes puissances de l'Axe. Les succursales de ces sociétés à l'étranger, ont eu des activités subversives, elles ont constitué notamment des centres d'espionnage. Certaines sociétés ont facilité — ou organisé — des expériences monstrueuses de caractère soi-disant scientifique, faites sur des êtres humains, dans les camps de concentration. D'autres ont fourni des fonds pour mener la propagande belliqueuse et préparer la guerre d'agression.

En de pareils cas, en plus de la responsabilité pénale des individus qui ont agi en tant qu'organes de la personne morale, la responsabilité pénale internationale de cette dernière est parfaitement concevable. Il est évident que, contre les personnes morales, on ne peut prendre que certaines sanctions pénales et mesures de sûreté adaptées à leur nature; tels sont l'avertissement, l'amende, l'interdiction d'avoir des succursales à l'intérieur du pays et à l'étranger, l'interdiction d'exercer une activité dans certains domaines, la limitation du montant du capital et de l'effectif du personnel, des mesures spéciales de surveillance et de contrôle et, enfin, la suspension et la dissolution.

En 1929, le deuxième Congrès de l'Association internationale de droit pénal avait, d'une part, relevé l'augmentation du nombre des personnes morales et leur importance accrue. Il avait, d'autre part, constaté que ces personnes morales représentaient une force sociale pouvant, en certaines circonstances, mettre en péril l'ordre légal de la société. Le Congrès avait, par suite, émis le vœu qu'« il soit établi en droit pénal interne des mesures efficaces de défense sociale contre les personnes morales lorsqu'il s'agit d'infractions perpétrées dans le

but de satisfaire l'intérêt collectif desdites personnes ou avec des moyens fournis par elles et qui entraînent ainsi leur responsabilité »¹⁹⁵.

Les mêmes considérations qui plaident en droit interne pour l'application de sanctions pénales ou de mesures de sûreté aux personnes morales, qui menacent l'ordre national, valent lorsque ces personnes morales participent en quelque façon à la préparation ou à l'exécution de crimes contre la paix ou la sécurité de l'humanité.

La juridiction compétente n'aurait, en pareils cas, qu'à appliquer l'une des sanctions pénales ou mesures de sûreté indiquées plus haut ou rendre applicables les sanctions prévues par telle ou telle loi nationale.

Dans tout pays civilisé, il existe en effet des dispositions réglementant l'activité des personnes morales et prévoyant contre elles des sanctions sous une dénomination quelconque.

FORMULES A PROPOSER

81. En ce qui concerne les sujets actifs des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, nous plaçant sur le terrain des réalisations pratiques, nous rappelons que, dès 1935, on avait prévu un système de sanctions pénales et de mesures de sûreté applicables aux Etats¹⁹⁶.

Cependant, la distinction entre sanctions répressives et mesures de sûreté ne présente pas, en droit international, l'intérêt que certains auteurs lui accordent en droit interne. Ce point de vue est développé par le professeur Jean Graven, qui, dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association déclare :

« Le principe dont il nous faut partir est que les actes certainement, indiscutablement « criminels », ... résultant d'une volonté certaine et tout aussi réelle *de l'Etat comme tel ... ne sauraient échapper au droit et à ses sanctions*. Il faut chercher les conditions de la responsabilité dans l'unité politique et juridique agissante du composé collectif, comme on l'a fait pour l'unité humaine ou physique du composé individuel. Chacun peut avoir ses règles, identiques par l'inspiration et le but de justice, différentes (au besoin) par les modalités juridiques permettant d'y aboutir ...

« Plutôt que de s'attarder à de si contestables distinctions, surtout verbales, entre « peines » et « mesures de sûreté », et plutôt que de les introduire dans la légis-

¹⁹⁵ Voir *Actes du deuxième Congrès international de droit pénal*, Bucarest (6-12 octobre 1929), p. 705-706, ainsi que les rapports spéciaux présentés sur la question de « la responsabilité pénale des personnes morales » par MM. Niko Gunsburg et R. Mommaert (Belgique), p. 23-38; José Augustin Martínez (Cuba), p. 38-42; Morris Plocowe (Etats-Unis), p. 43-53; Jaime Masaveu (Espagne), p. 54-65; J. A. Roux (France), p. 65-72; Megalos Caloyanni (Grèce), p. 73-104; Silvio Longhi (Italie), p. 104-117; Salvatore Cicala (Italie), p. 118-132; Mme Wieiorska (Pologne), p. 144-163; Jean Radulesco (Roumanie), p. 163-183; Thomas Givanovitch (Yougoslavie), p. 183-187. Voir aussi Pella, « Rapport général sur la responsabilité pénale des personnes morales », *Actes du même Congrès*, p. 581-598 et 654-668. Voir également, Quello Calon, exposé sur la même question faite en qualité de corapporteur général, *Actes*, p. 598-605.

¹⁹⁶ Voir le *Plan d'un Code répressif mondial* élaboré en 1935 et révisé en 1946 dans notre ouvrage : *La guerre-crime et les criminels de guerre*, p. 153-155.

lation internationale avec tout leur cortège inévitable de gloses, interprétations, discussions et contestations, nous nous demandons s'il ne vaudrait pas mieux de renoncer à ces divisions terminologiques, lorsqu'elles ne sont pas nécessaires et justifiées par des *différences essentielles, véritables*, qu'elles traduisent, mais simplement admises pour la « symétrie » ou la « logique », toutes factices d'une construction juridique en trompe-l'œil, source de confusion pour l'esprit à son tour... La sanction est toujours commandée par un « état personnel » du délinquant, que ce soit l'état « coupable » ou l'état « dangereux ». Que son choix repose sur une responsabilité « morale » ou « sociale », qu'elle tende à un phénomène « punitif » ou de « défense sociale » — alors que *tout* le droit pénal tend aujourd'hui à devenir un droit de défense sociale — ces éléments distinctifs ne nous paraissent pas essentiels.

« Ainsi que le relevait le professeur Donnedieu de Vabres dans son magistral rapport au premier Congrès international de droit pénal tenu à Bruxelles en 1925, les peines (prononcées contre les Etats) ne se distingueront pas par leur nature des mesures économiques, financières ou militaires que prévoyait l'Article 16 du Pacte de la Société des Nations comme moyen de coercition. Une sanction, qu'on la nomme « peine » ou « mesure », est une sanction, ce n'est pas son nom qui importe mais elle-même. Qu'elle prévienne et corrige, qu'elle soit sensible et fasse expier, qu'elle intimide ou protège, serve d'exemple, amende et empêche le retour du crime, tant mieux si elle a tous ces divers effets ! Mais est-ce bien nécessaire de vouloir et décréter à tout prix que, baptisée « peine » elle en a certains, et baptisée « mesure » certains autres, et ceux-là seulement et exclusivement ? ...

« Les sanctions contre l'Etat sont nombreuses, qu'elles soient diplomatiques, politiques, économiques ou militaires; l'Etat qui a une foule de biens et de privilèges matériels, territoriaux, moraux, peut être atteint et frappé sensiblement dans tous ces divers biens de la rupture des relations diplomatiques à la mise sous séquestre des biens, destruction d'installations et démantèlement d'usines, du blocus, du boycott et de l'embargo aux lourdes amendes, impositions et saisies de valeurs, du désarmement forcé à l'occupation militaire. L'énumération de telles sanctions fort bien adéquates au sujet auquel elles s'appliquent et à l'objet qu'elles visent — données dans le « Plan d'un Code répressif mondial » établi par le professeur Pella (titre IV) — fournit une base de discussion des plus suffisantes. »

Nous tenons à rappeler, pour le cas où l'on voudrait maintenir la distinction entre peines et mesures de sûreté, que des mesures de sûreté ont déjà été appliquées aux Etats.

Les mesures prises contre l'Allemagne et le Japon, telles que l'occupation, le contrôle des activités économiques, politiques et intellectuelles, la destruction des usines capables de reconstituer le potentiel de guerre de ces Etats, ne sont en réalité que des mesures de sûreté

prises en raison du danger qu'un Etat fait courir à l'ordre international ¹⁹⁷.

Ces mesures ont été prises à la suite d'un crime international, tandis qu'en raison de ce crime, des peines étaient appliquées aux individus coupables. Dans ces conditions, pourquoi refuser à la justice internationale le droit d'appliquer des mesures de sûreté aux Etats alors qu'on est d'accord pour confier à cette justice la prononciation des peines frappant les individus.

Tout en reconnaissant que la responsabilité pénale de l'Etat se heurte, dans la doctrine, à certains préjugés, nous considérons qu'un terrain d'entente pourrait être trouvé.

On peut envisager deux formules dont la première nous semble la meilleure.

Selon cette première formule, une juridiction pénale internationale connaîtrait de toutes les questions relatives à la responsabilité pénale des Etats en raison d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Si l'on désire

¹⁹⁷ Nous donnerons comme preuves, les passages suivants de l'Accord de Potsdam qui établissent des mesures de sûreté en droit international :

A. *Principes politiques.* — Les buts de l'occupation de l'Allemagne qui serviront de guide à l'activité du Conseil de Contrôle sont les suivants :

I. Le désarmement complet et la démilitarisation de l'Allemagne ainsi que l'élimination et le contrôle de toute industrie allemande pouvant être utilisée à des fins militaires. Dans ce but : a) Toutes les forces de terre, de mer et de l'air, les S.S., S.A., S.D., ainsi que la Gestapo, avec toutes leurs organisations, états-majors, et institutions, y compris le haut état-major, le corps des officiers, d'active ou de réserve, les écoles militaires, les organisations d'anciens combattants ou tout autre organisme, ou association, de nature à maintenir la tradition militaire dans le pays, seront complètement et définitivement abolies de manière à prévenir la résurrection ou la réorganisation du militarisme allemand et du nazisme; b) Les armes, munitions et engins de guerre et tous moyens pouvant faciliter leur production seront mis à la disposition des Alliés ou détruits. La production et la conservation de munitions et d'engins de toute nature, y compris ceux destinés à l'aviation, sera interdite...

III. Détruire le parti national-socialiste et toute organisation affiliée ou contrôlée par lui, dissoudre toutes les institutions nazies, s'assurer qu'elles ne renaîtront sous aucune autre forme, et entraver toute activité ou propagande nazie ou militariste.

IV. Préparer une éventuelle reconstruction de la vie politique allemande sur une base démocratique, en vue d'une éventuelle collaboration pacifique de l'Allemagne dans le domaine international... L'instruction allemande sera contrôlée afin d'en éliminer complètement les doctrines militaristes et nazies et de permettre l'évolution des idées démocratiques... L'administration de l'Allemagne devra être orientée dans le sens de la décentralisation politique et du développement des responsabilités locales.

B. *Principes économiques.* — Afin d'éliminer le potentiel de guerre allemand, la production d'armes, de munitions et d'engins de guerre, ainsi que d'appareils d'aviation et de navires, sera prohibée et empêchée. La production de métaux, produits chimiques, machines et, en général, de tout ce qui est directement nécessaire à une économie de guerre, sera sévèrement contrôlée et limitée aux besoins reconnus de l'Allemagne d'après guerre, en état de paix. Tous les éléments productifs non nécessaires à la production autorisée seront enlevés d'après le plan de réparations, recommandé par la Commission alliée des réparations et approuvé par les gouvernements intéressés. Si ces éléments ne sont pas emportés, ils seront détruits... A une date aussi rapprochée que possible, l'économie allemande sera décentralisée pour éliminer l'excessive concentration actuelle de puissance économique, caractérisée particulièrement par les cartels, syndicats patronaux, trusts ou autres formes de monopoles. Dans l'organisation de l'économie allemande, la première place sera donnée au développement de l'agriculture et des industries intérieures de caractère pacifique.

en droit pénal interétatique maintenir la distinction entre peines et mesures de sûreté, cette juridiction prononcerait des sanctions pénales et des mesures de sûreté contre l'Etat, les autres personnes morales et les individus coupables du même crime. En outre, elle pourrait, s'il y a lieu, condamner solidairement à des dommages-intérêts, les Etats, les autres personnes juridiques et les individus.

Ce système assurerait une pleine et entière efficacité au Code international. Il correspondrait, dans une très large mesure, aux projets de statuts d'une juridiction criminelle internationale de l'International Law Association et de l'Association internationale de droit pénal. Admettre dans ces conditions la responsabilité pénale des Etats, serait procéder « à une réforme hardie mais salutaire, qui traduirait la solidarité des droits et des devoirs qui existent entre toutes les nations, membres d'un même complexe qui s'appelle le genre humain »^{197a}.

La seconde formule consisterait à affirmer dans le projet de code le principe de la responsabilité cumulative des personnes physiques, des Etats et autres personnes juridiques en déclarant que des mesures de défense internationale s'imposent lorsque ces personnes se seraient rendues coupables de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

En ce qui concerne l'Etat, la juridiction internationale compétente se bornerait à rendre un jugement déclaratoire, c'est-à-dire à constater la culpabilité de l'Etat sans prononcer de sanctions. Pour les personnes physiques et les personnes juridiques autres que les Etats, la juridiction internationale pourrait prononcer des sanctions selon l'un ou l'autre des systèmes que nous avons envisagés (voir par. 67 et 80).

En ce qui concerne la réparation par les Etats des dommages que leurs crimes ont causés — il s'agit de la responsabilité civile dans sa forme classique — on pourrait donner compétence, soit à la juridiction pénale internationale à créer, soit à l'actuelle Cour Internationale de Justice. Ce serait là un régime transitoire.

Pour les Etats, selon sir David Maxwell Fyfe, « un jugement déclaratoire aurait un effet puissant, non seulement sur l'opinion publique, mais aussi en tant que base justificative des décisions *ad hoc*, qui pourraient être prises par d'autres pays pour imposer des sanctions »¹⁹⁸.

APPLICATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

82. Avant de définir les divers actes ou omissions que le Code punirait comme crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, certaines précisions doivent être données en ce qui concerne l'application des principes

généraux pour l'exercice de la répression. Il s'agit des crimes commis par des personnes physiques.

Dans un but de simplicité, nous croyons qu'au lieu de formuler dans le Code les principes généraux pour l'exercice de la répression, il serait préférable de décider que la juridiction compétente appliquerait une loi pénale nationale qui pourrait être celle de l'accusé, celle du lieu où le crime a été commis ou celle du territoire où le crime a produit ses effets.

En tout cas, il faudra préciser que la tentative¹⁹⁹, l'association ou l'entente en vue de l'accomplissement des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, l'incitation à de tels crimes ainsi que la participation intentionnelle²⁰⁰ (*concursum plurium in idem delictum*), doivent être punies, sauf le cas où une dérogation expresse aurait été prévue par le Code international. Il se peut que pour certains crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, il ne soit pas nécessaire de réprimer, par exemple, le simple fait de l'association ou de l'entente. On pourrait atteindre les coupables en appliquant les règles de la participation, fût-elle principale ou accessoire. On les punirait ainsi soit comme auteurs ou co-auteurs conformément aux conditions normales de la responsabilité pénale ou on les punirait pour s'être associés à l'acte délictueux, par suggestion, aide ou assistance²⁰¹.

Il y a cependant des cas où les principes de répression prévus par les lois nationales ne pourraient être appliqués parce qu'ils ne permettraient pas une répression efficace des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Ces cas ne sont pas nombreux. Ils sont prévus dans les Statuts des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo.

EXCLUSION DE L'IMPUNITÉ FONDÉE SUR LA SITUATION OFFICIELLE DE L'ACCUSÉ

83. Une première dérogation concerne l'exclusion de toute impunité en raison de la position officielle de l'accusé. Qu'il s'agisse de chefs d'Etat, de gouvernements,

¹⁹⁹ De nombreuses définitions peuvent être données de la tentative. A titre d'exemple, nous reproduisons ci-dessous le texte recommandé aux législateurs internes par la première Conférence d'unification du droit pénal qui s'est tenue à Varsovie en novembre 1927 : « Il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par la mise en œuvre des moyens destinés à accomplir ce crime ou ce délit et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. » (Voir *Actes de la Conférence*, p. 134.)

Pour le droit anglo-saxon, on peut rappeler le passage suivant de l'ouvrage de Kenny, *Esquisse du droit criminel anglais* : « La tentative constitue la forme la plus fréquente de délit non parfait. Elle consiste en un acte physique qui contribue, et cela d'une manière suffisamment prochaine, à la consommation d'un délit indictable visé par l'auteur. » (P. 102.)

²⁰⁰ Pour la participation, citons le texte ci-dessous proposé par la Conférence de Varsovie : « Tous ceux qui ont participé à la tentative ou à la consommation d'un crime ou d'un délit comme instigateurs ou auxiliaires seront punis comme s'ils étaient auteurs. » A ce sujet, il est intéressant de rappeler la réponse du professeur Donnedieu de Vabres au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association. Selon lui, « la notion de complicité est plus étendue en France qu'en Angleterre. En d'autres termes, le *Common Law* britannique et le législateur français s'appliquent également à saisir les préparatifs, les ramifications de l'activité délictueuse. Mais le droit britannique préfère, au point de vue subjectif individuel du droit français, le point de vue objectif. »

²⁰¹ Cf. Vidal et Magnol, *op. cit.*, t. I, p. 550.

^{197a} V. Carton de Wiart, « Grands criminels de guerre », *Revue de droit international* (A. Sottile), 1946, n° 2 et 3, p. 43.

¹⁹⁸ Dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, sir David Maxwell Fyfe émet l'avis « qu'on doit faire tous efforts en vue de créer un tribunal criminel international afin de donner une valeur pratique à un code qui, autrement, ne pourrait être considéré que comme un vœu ». Selon le juriste anglais, ce tribunal aurait à juger aussi bien les personnes physiques que les Etats et autres personnes juridiques, mais ne devrait rendre dans tous ces cas que des jugements déclaratoires car c'est là le seul moyen d'obtenir une acceptation rapide, par les Etats, aussi bien du Code que de la juridiction criminelle internationale.

de fonctionnaires, bref, de toute personne ayant agi en tant qu'organe ou agent de l'Etat, il ne saurait être question d'inviolabilité, d'immunité ou autres causes d'exemption de la peine, en raison de la position officielle du coupable. C'est là un résultat de grande valeur pour la protection pénale de la paix acquise par le Statut et le jugement de Nuremberg.

Pour ce qui est de la responsabilité pénale du chef de l'Etat, elle avait été nettement affirmée par l'article 227 du Traité de paix de Versailles. Elle fut de nouveau affirmée dans certains des projets élaborés entre les deux guerres, tel celui recommandé en 1925 par la Conférence interparlementaire de Washington²⁰² et celui préparé en 1935, en vue des travaux connus de l'Union interparlementaire, de l'International Law Association et de l'Association internationale de droit pénal²⁰³.

La nécessité d'introduire un texte dans le Code concernant la responsabilité pénale des personnes ci-dessus ne fait pas de doute. L'article 7 du Statut du Tribunal de Nuremberg a déjà posé les principes à cet égard. Mais il serait difficile, dans la grande majorité des cas, d'appliquer ce principe en l'absence d'une juridiction criminelle internationale. En effet, déclarer qu'un chef d'Etat est responsable en droit international et qu'il est passible de peines lorsqu'il s'est rendu coupable de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, tout en omettant d'établir une juridiction criminelle internationale, c'est en réalité se borner à exprimer un simple vœu. C'est, en outre, laisser entendre que les principes de Nuremberg confirmés par l'Assemblée générale des Nations Unies ne seront appliqués qu'en cas de guerre victorieuse ou de révolution à l'intérieur de l'Etat en question, à la suite de laquelle le nouveau régime punirait les chefs d'Etat et les gouvernements coupables de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Ce n'est que par la création d'une juridiction criminelle que la mise en œuvre du principe ci-dessus pourrait être assurée. Rappelons que, même si les coupables n'étaient pas livrés, la condamnation par contumace aurait une valeur morale incontestable. A ce sujet, nous nous référons à nos développements antérieurs (voir par. 55 et 81).

QUESTION DE L'ORDRE SUPÉRIEUR

84. Une seconde dérogation aux règles des législations nationales doit être prévue concernant un fait justificatif : l'individu accusé d'un crime international ne saurait invoquer, pour dégager sa responsabilité, le fait d'avoir accompli les ordres reçus de ses supérieurs ou d'avoir exécuté une obligation qui lui était imposée par sa loi nationale²⁰⁴.

²⁰² Voir « Principes fondamentaux d'un Code répressif des nations », par. 9, B, a, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*.

²⁰³ Voir *Plan d'un Code répressif mondial*, titre II, chap. I, par. 1. Dans ce plan, on ne visait pas seulement les chefs d'Etat, mais toutes autres personnes particulièrement qualifiées par leur situation à prendre l'initiative d'actions considérées aujourd'hui comme crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. (*Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 367-368.)

²⁰⁴ Sur ces questions, voir notamment : Coste-Floret, « La répression des crimes de guerre et le fait justificatif tiré de l'ordre supérieur », *Dalloz*, 12 et 18 juillet 1945, chronique 4; Sack, « War

En 1931, en tant que rapporteur de la Commission de l'Association internationale de droit pénal chargée d'élaborer un code répressif des nations, nous insistions sur la nécessité d'introduire dans ce code des dispositions excluant de tels faits justificatifs « parce que, dans presque tous les cas d'infractions internationales, l'inculpé invoquera, ou l'ordre de son gouvernement ou l'obligation imposée par sa loi nationale »²⁰⁵.

85. En ce qui concerne les lois nationales, il y a lieu de mentionner, à titre d'exemple, le droit de divers pays.

Selon Kenny, « il n'est en Angleterre aucun texte décisif qui étende aux forces militaires et navales l'immunité que le *common law* concède aux géoliers et autres fonctionnaires civils. Les cours des Etats-Unis ont refusé, elles aussi, à plusieurs reprises, de sanctionner une extension de cette nature. Elles persistent à affirmer que soldats et marins ne peuvent invoquer les ordres de leurs officiers comme moyen de défense, qu'autant que ces ordres, non seulement leur ont paru légaux, mais encore l'ont été effectivement »²⁰⁶.

Cependant, pour ce qui est des Etats-Unis, la question, au point de vue historique, devrait être considérée encore à la lumière du règlement de la guerre sur terre, du 25 avril 1914, qui a été substitué au code Liber et qui, dans son article 366, dispose :

« Les membres des forces armées ne seront pas punis pour ces violations si elles sont commises sur l'ordre ou avec l'autorisation de leur gouvernement ou de leurs chefs. Les chefs qui ordonnent ces actes, ou sous l'autorité desquels ils sont commis par les troupes, peuvent être punis par le belligérant entre les mains duquel ils peuvent tomber »²⁰⁷.

Rappelons également l'opinion, plus ancienne, du juge Story qui déclarait que :

« Une obéissance rapide et prompte aux ordres est indispensable pour atteindre complètement cet objectif. Le service est un service militaire, et le commandement est de nature militaire; et dans ce cas, tout retard et tout obstacle à une exécution efficace et immédiate tend nécessairement à mettre en péril l'intérêt public.

Criminals and the Defence of Superior Orders in International Law », *Lawyers Guild Review*, vol. 5, 1945; Paston, *Superior Orders, As Affecting Responsibility for War Crimes*; Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 70 (1947), p. 567 et suiv.; Finch, « Superior Orders and War Crimes », *American Journal of International Law*, vol. 15 (1921), p. 440-445; Descheemaeker, *Le Tribunal militaire international des grands criminels de guerre* (préface de V. V. Pella) [Paris, Pedone 1947], p. 30 et suiv.; Berger, « The Legal Nature of War Crimes and the Problem of Superior Command », *The American Political Science Review*, vol. 38 (1944), p. 1203-1208; P. de Lapradelle, « Le procès des grands criminels de guerre et le développement du droit international », extrait de la *Nouvelle revue de droit international privé*, 1947, p. 14. Sur le problème en général, voir Joseph Barthélemy, « L'Influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents », *Revue de droit public*, 1914, p. 491 et suiv.

²⁰⁵ Procès-verbaux de la Commission, séance du 10 janvier 1931, *Revue internationale de droit pénal*, 1931, n° 3, p. 199.

²⁰⁶ Voir Kenny, *op. cit.*, p. 90, qui cite : *United States v. Jones* (3 Washington 218), *Commonwealth v. Blodgett* (12 Metcalf 56), et *United States v. Carr*, 1872 (1 Woods 480).

²⁰⁷ Voir des dispositions dans le même sens à l'article 43 du *British Manual of Military Law of 1914*.

Pendant que les officiers subalternes ou les soldats s'arrêtent à considérer s'ils sont tenus d'obéir ou à peser scrupuleusement les faits en vertu desquels leur commandant en chef exerce son droit d'exiger leurs services, l'ennemi peut réussir une opération sans qu'il y ait moyen de résister²⁰⁸.

On peut cependant trouver de nombreux autres cas dans lesquels un ordre qui n'est d'aucune manière justifié par la loi et les usages de la guerre, ne peut dégager l'agent de sa responsabilité²⁰⁹.

Les expériences de la seconde guerre mondiale ont cependant imposé aussi bien aux États-Unis qu'en Grande-Bretagne l'adoption de nouvelles dispositions s'inspirant des mêmes conceptions que celles qui furent plus tard consacrées par l'article 8 du Statut du Tribunal de Nuremberg.

L'*United States Manual* de novembre 1944 prévoit ce qui suit :

« Les individus et les organisations qui violent les lois et coutumes reconnues de la guerre peuvent être punis de ce chef. Cependant, le fait que les actes incriminés ont été commis sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique ou avec l'autorisation du gouvernement peut être pris en considération dans la détermination de la culpabilité, soit à titre d'excuse soit comme motif à diminution de la peine. La personne qui donne ces ordres peut également être punie. »

Le *British Manual* d'avril 1944, dispose :

« Le fait qu'une règle de la guerre a été violée en exécution d'un ordre du gouvernement belligérant ou d'un chef appartenant à une puissance belligérante n'enlève pas à l'acte en question son caractère de crime de guerre; en principe, ce fait ne permet pas non plus à l'auteur de l'acte d'échapper au châtement infligé par le belligérant victime dudit acte. Il est hors de doute qu'un tribunal devant lequel on invoque l'excuse de l'ordre supérieur pour justifier un crime de guerre doit tenir compte du fait qu'il est du devoir de tout membre des forces armées d'obéir aux ordres militaires qui ne sont pas manifestement illégaux et qu'on ne peut pas s'attendre à ce que, dans la situation créée par les exigences de la discipline de guerre, il pèse scrupuleusement la valeur légale de l'ordre reçu. Cependant, cette question est régie par le principe fondamental selon lequel les membres des forces armées ne sont obligés d'obéir qu'à des ordres légaux et qu'ils ne peuvent en conséquence être dégagés de responsabilités si, en obéissant à un ordre, ils commettent des actes qui violent les règles incontestées de la guerre et qui outragent le sentiment général d'humanité. »

²⁰⁸ Voir *Martin v. Mott*, 1827 (12 Wheaton 28); Finch, « Superior orders and war crimes », *American Journal of International Law*, vol. 15 (1921), p. 443 et Battle, « The Trial before the Leipzig Supreme Court of Germans accused of war crimes », *Virginia Law Review*, vol. 8 (1921), p. 23.

²⁰⁹ Voir *Riggs v. State* (3 Caldw. Tenn. 84); *U.S. v. Cutler* (1 Curtis 501); *U.S. v. Clarke* (31 Fed. 710); *Savacool v. Boughton* (5 Wend. 170); *Commonwealth ex. rel. Wadsworth v. Shortall* (206 Pa. 165); *Mostyn v. Fabrigas* (1 Cowper 161). Cf. Colby, « War Crimes », *Michigan Review*, vol. 23 (1925), p. 610.

En France, l'article 327 du Code pénal²¹⁰ prévoit « qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime ». On considère cependant que ce texte, qui a une portée générale, ne peut être invoqué par l'inférieur qui commet une illégalité ordonnée par son supérieur. Dans ce cas, « la responsabilité de l'agent subalterne peut disparaître ou être atténuée, soit par l'effet de la contrainte morale de l'article 64, si la crainte de désobéir a été telle qu'il n'a pu réagir contre elle, soit par l'effet de son ignorance et de son erreur faisant disparaître tout dol de sa part, s'il n'a pas connu l'illégalité de l'ordre ordonné. Il faut, en effet, pour que le fonctionnaire inférieur soit responsable de l'illégalité qui lui est commandée, qu'il ait pu comprendre le caractère de l'ordre reçu et refuser obéissance »²¹¹.

Certains auteurs considèrent cependant que les ordres donnés par des supérieurs militaires constituent, en droit, la force à laquelle il serait impossible de résister, prévue par l'article 64 du Code pénal français. En outre, ils invoquent le fait que le refus d'obéissance est réprimé par les lois militaires de tous les pays, le subordonné militaire ne pouvant, surtout en temps de guerre, se dispenser d'obéir²¹².

Un point de vue en quelque sorte similaire est soutenu par Duguit. Il prétend que la règle de l'article 64 du Code pénal français est indispensable pour assurer la cohésion et l'efficacité de l'armée²¹³.

Il y a lieu cependant de citer l'opinion de Mérignhac, opinion que, pour notre part, nous partagerons :

« L'article 64 du Code pénal français est un texte fait pour des peuples civilisés; il suppose une contrainte exercée dans les cas isolés; et de fait son application est rare devant la justice répressive. Il ne saurait donc concerner la totalité des actes punissables commis dans une guerre entière, car l'action publique se trouverait complètement paralysée si son caractère exceptionnel se transformait en règle générale. Toutes poursuites devraient immédiatement cesser contre les prisonniers allemands; et à la paix, aucune action ne serait possible contre ceux qui n'auraient point été capturés, car ils invoqueraient tous l'excuse tirée de la contrainte; et, comme nous l'avons indiqué, finalement

²¹⁰ Rappelons encore d'autres dispositions du Code pénal français comme celle de l'article 114, al. 2.C., qui prévoit que : « si le fonctionnaire public, agent et préposé du gouvernement qui aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire attentatoire à la liberté individuelle, justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû l'obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre. Citons l'article 190 du Code pénal selon lequel « les peines énoncées aux articles 188 et 189, ne cesseront d'être applicables aux fonctionnaires et préposés, qui auraient agi par ordre de leurs supérieurs qu'autant que cet ordre aura été donné par ceux-ci pour des objets de leur ressort et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, et dans ce cas, les peines ci-dessus ne seront appliquées qu'aux supérieurs qui, les premiers, auront donné cet ordre ».

²¹¹ Vidal et Magnol, *op. cit.*, t. I, p. 349.

²¹² Voir Travers, *op. cit.*, t. I, p. 444. Sur cette même question, voir Cauvière, « Discipline militaire et obéissance passive », cité par Donnedieu de Vabres dans *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, p. 247.

²¹³ *Traité de droit constitutionnel*, vol. III, par. 72.

tous les subordonnés et tous les chefs, grands et petits, échapperaient à la répression²¹⁴. »

Les événements de la seconde guerre mondiale ont déterminé le législateur français à élaborer l'ordonnance du 28 août 1944 relative aux crimes de guerre ennemis. Selon cette ordonnance, l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime ne peuvent, en aucune façon, être considérés comme un fait justificatif. Mais ils peuvent, si les juges estiment qu'il doit en être ainsi, être admis comme excuse absolutoire ou comme circonstance atténuante.

Se référant à ce texte, MM. Bouzat et Herzog considèrent dans leur réponse au Questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, que c'est là « une solution qui permet de nuancer chaque espèce selon ses particularités. Si le juge estime que les éléments de la cause ne permettent pas de retenir les circonstances atténuantes, l'inculpé encourt le maximum de la peine prévue; si les circonstances atténuantes sont retenues, la peine est réduite; s'il apparaît que la pression résultant de l'ordre de la loi et du commandement de l'ordre légitime a été telle qu'elle doit entraîner une excuse absolutoire en faveur de qui l'a subie, ce dernier est acquitté. C'est, nous semble-t-il, un système analogue pouvant concilier les exigences complémentaires de la répression et de l'équité ».

En Belgique, par une loi du 20 juin 1947 relative à la compétence des juridictions militaires en matière de crimes de guerre (art. 3), on a prévu que :

« Le fait que l'inculpé a agi conformément aux prescriptions ou règlements ennemis ou aux ordres d'un supérieur hiérarchique, ne peut être considéré comme cause de justification, au sens de l'article 70 du Code pénal, lorsque l'acte reproché constituait une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre ou des lois de l'humanité. Il pourra éventuellement être considéré comme circonstance atténuante²¹⁵. »

La loi danoise du 12 juillet 1946 sur les crimes de guerre (art. 4) prévoit que :

« Le fait que l'acte punissable a été commis conformément à un ordre ou sous l'influence d'une dépendance ne dégage pas la responsabilité, mais ne peut être considéré comme circonstance atténuante et, dans des circonstances particulièrement atténuantes la peine peut être entièrement annulée. »

En Suisse, le Code pénal militaire (art. 18) dispose :

« 1) Si l'exécution d'un ordre de service constitue un crime ou un délit, le supérieur qui a donné l'ordre est punissable comme auteur de l'infraction; 2) l'inférieur est aussi punissable s'il s'est rendu compte qu'en exécutant l'ordre il participait à la commission d'un crime ou d'un délit; dans ce cas, cependant, le juge peut atténuer librement la peine, ou même exempter l'inférieur de toute peine. »

De l'avis de Logoz²¹⁶, « il est ainsi tenu compte de la

situation particulière (hiérarchie ou discipline militaire) dans laquelle se trouve l'inférieur même coupable ».

Rappelons aussi le code pénal militaire tchécoslovaque (inspiré du Code pénal autrichien de 1855) qui, dans son article 158, prévoit le devoir d'obéir aux ordres d'un supérieur à moins que l'exécution de tels ordres ne constitue un crime ou délit.

Pour ce qui est de l'Allemagne, le paragraphe 47 du Code pénal militaire qui depuis 1945, ne s'applique plus, prévoyait :

« 1) Si l'exécution d'un ordre de service public entraîne la violation d'une loi pénale, le supérieur donnant l'ordre est seul responsable. Néanmoins la sanction pour complicité frappe l'inférieur obéissant : 1) s'il a dépassé l'ordre donné ou 2) s'il savait que l'ordre de son supérieur se référait à une action visant à un crime ou à une contravention de caractère général ou militaire.

« 2) Si la culpabilité de l'inférieur est négligeable, on peut renoncer à sa punition. »

La loi allemande de 1937, concernant les fonctionnaires publics prévoyait :

« 7 : 1) Le fonctionnaire est responsable pour la légalité de ses actes officiels; 2) il est tenu de tenir les ordres de service de ses supérieurs ou des personnes ayant le droit de lui donner des directives, dans la mesure où la loi ne prévoit pas autrement : dans ce cas, la responsabilité appartient à celui qui a donné l'ordre (la directive). Il est interdit au fonctionnaire de donner suite à une disposition dont l'exécution violerait les lois pénales d'une manière évidente pour le fonctionnaire. »

Selon les informations fournies par le professeur A. Schönke, dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, « dans la législation, depuis 1945, le problème de la valeur juridique d'un ordre a été conçu de manière différente. Conformément à l'article II 4b du *Kontrollratsgesetz* n° 10, le fait qu'une personne a agi conformément à un ordre de son gouvernement ou de son supérieur ne la relève pas de sa responsabilité pour un crime, mais le même fait peut être pris en considération pour atténuer la sanction. Ce principe a maintenant trouvé son expression dans les dispositions légales émanant des législations allemandes, par exemple, le paragraphe 4 du règlement concernant l'élimination des ingérences nationales-socialistes dans l'administration de la justice pénale, en date du 23 mai 1947 (*Journal officiel*, zone britannique, p. 65), à savoir : « Le fait qu'une personne a agi conformément à l'ordre de son gouvernement ou de son supérieur ne la relève pas de sa responsabilité pour un acte criminel, mais il peut être pris en considération pour atténuer la sanction. Une réglementation correspondante a été faite pour la zone américaine. » (*Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1946, p. 119.)

86. Sur le plan international, il y a lieu de rappeler que le Traité de Washington du 6 février 1922, relatif à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre, excluait sans réserves la cause de justification résultant de l'ordre d'un supérieur hiérarchique.

²¹⁴ « De la sanction des infractions au droit des gens », *Revue générale de droit international public*, vol. 24 (1917), p. 52-53. Voir également Renault, « De l'application du droit pénal aux faits de guerre », *Revue générale de droit international public*, vol. 25 (1918), p. 27.

²¹⁵ *Moniteur belge*, 26 et 27 juillet 1947, p. 6304.

²¹⁶ Voir Logoz, *Commentaire du Code pénal suisse*, p. 128.

L'article 3 de ce traité dispose:

« Les puissances signataires désireuses d'assurer l'exécution des lois d'humanité déjà reconnues et confirmées par elles relativement à l'attaque, à la saisie et à la destruction des navires de commerce, déclarent en outre que *tout individu* au service de quelque puissance que ce soit, agissant ou non sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique, qui violera l'une ou l'autre desdites règles, *sera réputé avoir violé les lois de la guerre et sera susceptible d'être jugé et puni comme s'il avait commis un acte de piraterie.* »

« Il pourra être mis en jugement devant les autorités civiles et militaires de toute puissance dans le ressort de laquelle il sera trouvé. »

La Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a étudié, elle aussi, la question de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime. Dans la note explicative accompagnant le projet de convention pour la création d'un Tribunal des Nations Unies pour les crimes de guerre (note se trouvant résumée dans le mémorandum de l'Organisation des Nations Unies sur la juridiction criminelle internationale), la Commission déclare qu'elle a finalement décidé de ne prévoir aucune disposition précise à ce sujet et qu'elle estime qu'il vaut mieux laisser au Tribunal le soin d'apprécier, dans chaque cas, quel poids il convient d'attacher à l'ordre supérieur. La Commission tient cependant à préciser qu'en principe, de l'avis unanime de ses membres, un tel ordre ne suffit pas, à lui seul, à disculper l'accusé²¹⁷.

Il est toutefois intéressant de signaler qu'un rapport avait été présenté, le 28 avril 1944, par le Dr Yuen-li Liang²¹⁸, membre chinois du troisième Comité de ladite Commission. L'auteur de ce rapport préposait au Comité soit l'application aux accusés de leur propre loi nationale, c'est-à-dire, de la loi allemande, soit un texte s'inspirant de l'article 30 du projet de Convention sur le jugement et le châtiment des crimes de guerre, élaboré par le Professeur Preuss, membre américain du même Comité.

Or, les principes du texte que recommandait le Dr Liang²¹⁹ ont été pleinement confirmés aussi bien par l'article 8 du Statut que par le jugement du Tribunal de Nuremberg. Ce jugement précise que l'ordre reçu par un soldat « de tuer ou de torturer, en violation du droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir, aux termes du Statut, que pour obtenir une réduction de la peine. Le vrai critère de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays, n'est nullement en

rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché »²²⁰.

87. Nous signalons les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 destinées à protéger les victimes de la guerre²²¹. Selon ces conventions, « les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves » auxdites Conventions²²².

Au premier abord, on pourrait croire que ces conventions marquent une régression par rapport aux principes de Nuremberg car, semble-t-il, elles réservent aux parties la faculté de ne punir que celui qui a donné l'ordre incriminé.

Pour notre part, nous considérons qu'il s'agit d'une formule générale s'adaptant à toutes les situations et n'affectant pas l'obligation de punir aussi bien celui qui a donné l'ordre que celui qui l'a exécuté s'il avait la possibilité de s'opposer ou de se soustraire à une telle exécution.

88. Il y a lieu maintenant d'envisager le problème de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime prévu par le droit national de l'accusé en tenant compte des principes du droit international en cette matière.

Le jugement de Nuremberg, comme nous l'avons déjà dit, contient une affirmation catégorique :

« Une idée fondamentale du Statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'Etat dont ils sont ressortissants²²³. »

C'est là un principe d'une telle importance qu'il est impossible de soutenir qu'il n'ait pas été confirmé par les résolutions 95 (I) du 11 décembre 1946 et 177 (II) du 21 novembre 1947 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Dans ces conditions, aucune loi nationale qui obligerait n'importe qui à commettre des actes prévus par le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne doit être prise en considération²²⁴.

²²⁰ *Procès des grands criminels de guerre*, t. I, p. 235-236.

²²¹ A savoir : Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; Convention relative au traitement des prisonniers de guerre; Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

²²² Voir article 146 de la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre; article 129 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre; article 49 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les forces armées en campagne; article 50 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer. Pour ce qui est des infractions graves, il s'agit de celles prévues respectivement par les articles 147, 130, 50 et 51 des Conventions ci-dessus.

²²³ *Procès des grands criminels de guerre*, t. I, p. 235.

²²⁴ Si on considère les lois nazies, on constate que de nombreuses dispositions prévoyaient l'obligation pour les individus, de commettre des actes offensant l'universalité du sentiment humain, actes qui reçurent, plus tard, sur le plan international, la qualification

²¹⁷ Voir l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 126.

²¹⁸ Voir *United Nations War Crimes Commission, Committee III, Report on the Plea of Obedience to Superior Orders*, document III/8, du 22 août 1944.

²¹⁹ Ce texte avait la teneur suivante : « 1) L'argument de l'ordre supérieur ne constituera pas une excuse contre une accusation portée en vertu de l'article 1, dans le cas où l'ordre reçu était si manifestement contraire aux lois de la guerre qu'un individu d'intelligence moyenne savait ou aurait dû savoir, étant donné son rang ou sa situation et les circonstances de l'affaire que cet ordre était illicite. 2) Il appartiendra au Tribunal et à ses chambres d'examiner dans quelle mesure la contrainte irrésistible constituera un motif à réduction de la peine ou à acquittement. »

Il doit en être de même pour les ordres d'un supérieur hiérarchique, que ces ordres aient donnés ou non en conformité de la loi nationale.

Sur le plan international, c'est l'état subjectif de l'auteur de l'acte qui est déterminant. On considérera les circonstances et on verra dans quelle mesure la pression exercée sur l'individu annihilait ou diminuait ses possibilités de résistance. Le juge devra donc apprécier la situation de l'accusé afin de se rendre compte de l'existence soit d'une cause de non-imputabilité du fait de la contrainte morale, soit de circonstances atténuantes ²²⁵.

QUESTION DE L'ADMISSION D'EXCUSES ABSOLUTOIRES

89. On ne saurait passer sous silence la question de l'admission d'une excuse absolutoire qui serait motivée par la nécessité de découvrir les manquements éventuels

de crimes contre l'humanité. On peut dire que le crime était élevé au rang de méthode de gouvernement. Les crimes n'étaient pas des actes violant la loi pénale interne, mais au contraire, ils étaient imposés par cette loi. Ils étaient commis dans l'exercice de la souveraineté de l'Etat, par des organes créés par lui, agissant en son nom et en exécution de dispositions législatives ou réglementaires émanant de sa propre volonté.

²²⁵ Rappelons à ce sujet, certaines réponses au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association.

Selon M. Francis Biddle, la question de savoir si la règle ou les instructions de l'autorité légitime devraient être admises comme justification, est un problème extrêmement délicat. Se référant au jugement du Tribunal, l'ex-juge américain estime que l'obéissance à des ordres n'est pas, en soi, un moyen de défense et que le vrai critérium réside dans l'existence d'un choix moral possible. En d'autres termes, si l'on ordonne à un soldat de tuer un prisonnier, contrairement au droit de la guerre, et si un refus de sa part le conduisait devant la Cour martiale par laquelle, en vertu de la pratique du droit de la guerre, il serait naturellement acquitté, il ne serait pas, a priori, considéré comme non-coupable s'il avait exécuté des ordres qu'il savait être illégaux. Mais, si l'on peut fournir la preuve que le refus d'obéir entraînerait l'exécution du soldat, il n'y a pour ainsi dire, plus de choix moral. Il serait difficile d'aller plus loin dans la définition de ce principe.

Pour sir David Maxwell Fyfe, il faut voir « si la personne accusée était, selon les circonstances, consciente qu'elle commettait un acte répréhensible et, dans l'affirmative, savoir si elle avait dû, dans les mêmes circonstances, se prononcer moralement, en connaissance de cause, contre l'accomplissement de l'acte ».

De l'avis de MM. Schlyter, Strahl et Simson, les dispositions du Statut du Tribunal de Nuremberg, tout en correspondant, dans une très grande mesure, aux principes du droit suédois, devraient comporter des clauses restrictives « vu que l'on ne peut pas exiger que dans toutes les circonstances, un militaire ou un civil qui a juré obéissance refuse d'obéir. Sur ce point, le législateur ne doit pas faire entrer dans ses raisonnements la fiction d'un héroïsme humain au-dessus de la moyenne ».

Citons également l'opinion de M. Adolf Schönke. D'après le professeur allemand, « si un inférieur exécute un ordre légal, il ne peut pas être tenu responsable pénalement. Pour la question concernant la légalité d'un ordre, sa conformité avec les normes légales de l'Etat respectif ne peut pas être seule décisive. Si l'Etat respectif s'est éloigné des principes généraux de droits reconnus internationalement, les ordres cessent d'être légaux, même s'ils correspondent à l'ordre juridique d'un pareil Etat. Mais dans ce cas, l'inférieur doit avoir une excuse qui l'exempte de punition ».

M. Lacconia, magistrat à la Cour de cassation de Rome, estime pour sa part, que « l'ordre et le commandement légitime ne pourraient être justificatifs que si l'auteur du crime ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire dans le cas où il doit observer à l'égard de l'autorité, une obéissance absolue qui lui interdit de prendre la moindre initiative. Au contraire, lorsque l'auteur du fait criminel dispose d'une part, même minime, de liberté et que, au lieu d'obéir, il peut se rebeller ou agir d'une autre manière, il ne bénéficiera d'aucune cause justificative ou atténuante ».

soit aux engagements pris par certains pays en matière de *désarmement*, soit aux engagements inscrits dans une convention générale concernant le désarmement et la fabrication d'armes interdites.

A cet égard, certaines propositions faites dans le passé sont particulièrement intéressantes.

En 1932, à la Conférence du désarmement, le comte Carton de Wiart avait proposé qu'une adjonction au projet de convention soit faite « en vertu de laquelle tous les Etats contractants s'engageraient à n'exercer aucune poursuite répressive contre les personnes qui révéleraient des infractions à la Convention » ²²⁶. Le Comité pour la réglementation du commerce et de la fabrication privée et d'Etat, des armes et matériels de guerre, qui avait siégé à Genève du 4 au 19 octobre 1932, fut lui aussi saisi de propositions dans le même sens. On avait notamment suggéré que le contrôle de l'exécution de la convention à conclure fût assuré « par les organisations ouvrières dont les membres travaillent à la production des armes ». Les délégués de la France et de l'Espagne avaient reconnu que pour cela, il serait souhaitable de prévoir une protection pour les individus ou organisations qui dénonceraient des violations à la Convention que la Conférence était en train d'élaborer. Le délégué de l'Espagne avait suggéré que la compétence de la Cour permanente de justice internationale pût être élargie de manière que ce tribunal fût en mesure de protéger et de défendre les dénonciateurs ²²⁷.

Enfin, le Bureau de la Conférence du désarmement, dans sa décision du 15 novembre 1932 s'était ainsi exprimé : « Sous réserve d'un accord sur les précisions juridiques que requiert l'application d'un tel principe, le Bureau se déclare favorable à l'immunisation contre toute action répressive des personnes qui dénonceraient des infractions à la Convention du désarmement » ²²⁸.

La question des immunités avait été de nouveau discutée par le Bureau de la Conférence, en janvier 1933 ²²⁹.

²²⁶ Voir aussi le procès-verbal de la 22^e séance du Bureau de la Conférence du désarmement (novembre 1932), déclaration de M. Bourquin, p. 49.

²²⁷ Voir Komarnicki, *Rapport sur les travaux du Comité pour la réglementation du commerce et la fabrication privée et d'Etat des armes et matériels de guerre* (document Conf. D.C.C.F.17, 12 novembre 1932).

²²⁸ Voir document Conf. D. 148, chap. 3, par. 8, rapport de M. Bourquin.

²²⁹ Au cours des débats, M. Nadolny (Allemagne) fit valoir la difficulté de trouver une formule à insérer dans le projet de convention. M. Politis (Grèce) insista sur la difficulté dans l'état des mœurs actuelles de mettre à l'abri le dénonciateur, celui-ci serait dans une situation impossible, sinon du point de vue légal, du moins du point de vue social.

Au contraire, M. Motta (Suisse) prit catégoriquement parti pour cette immunité qui répondait, selon lui, à un grand postulat moral. La garantie de l'exécution de la Convention réside dans la publicité la plus grande possible. Il faut que la lumière soit projetée partout, dans tous les Etats, sur la façon dont tous appliquent la Convention. Il ne faut donc pas que cette application soit un secret d'Etat dont la divulgation est un crime de haute trahison dont serait coupable un national qui, agissant de bonne foi, révélerait une violation de la Convention.

Pour M. Massigli (France), l'exécution de la Convention doit être placée en quelque sorte sous le contrôle de l'opinion internationale. Il serait infiniment regrettable que les opinions publiques nationales n'eussent pas également la possibilité de se faire entendre. Il s'agit d'une question qui touche le fond même de la question du

A cette occasion, la délégation française avait présenté un texte qui devait être discuté par un Comité de rédaction²³⁰.

En mai 1933, lors de la première lecture du projet de convention soumis par la délégation du Royaume-Uni, la délégation française proposa un nouveau texte relatif aux immunités, qui disposait :

« 1) La publication ou divulgation, par des personnes n'exerçant pas une fonction de l'Etat, de renseignements relatifs à des points faisant l'objet, dans la présente Convention, d'engagements de limitation ou de publicité, et par lesquels un manquement aux engagements ainsi contractés serait établi, ne peut donner lieu à aucune poursuite pénale.

« 2) Les poursuites qui seraient intentées pour dénonciation mensongère d'un prétendu manquement à la Convention, seront jugées publiquement; si, pour des raisons particulières, cette publicité n'est pas possible, la Commission permanente du désarmement aura la faculté de désigner des représentants pour suivre les débats.

« 3) Quiconque aura fourni de bonne foi à la Commission permanente, au cours d'une enquête, soit sur la demande de la Commission ou de celle de ses délégués, soit spontanément, des informations se rapportant à l'exacte exécution des engagements pris dans la présente Convention, ne pourra être poursuivi en raison de ce fait et sera protégé par les autorités compétentes contre toutes représailles.

« Cette immunité doit être garantie même aux fonctionnaires, mais sous réserve, dans le cas d'informations fournies spontanément, au cours d'une enquête, que le fonctionnaire ait au préalable signalé à ses chefs le fait constituant un manquement, et qu'aucune mesure n'ait été prise pour le faire cesser.

« 4) La Commission permanente sera informée des poursuites pour faux témoignage qui seraient dirigées

contre un témoin ayant déposé, au cours d'une enquête, devant la Commission ou ses délégués²³¹. »

Enfin, on rappellera une résolution adoptée, le 6 juin 1933, par l'Union internationale des Associations pour la Société des Nations lors de sa 17^e Assemblée plénière tenue à Montreux. Par cette résolution qui avait évidemment une portée plus restreinte, l'Assemblée exprima le vœu que « les dispositions de la Convention mettent à l'abri de toutes poursuites répressives, les personnes déposant de bonne foi comme témoins devant les organes de contrôle ».

QUESTION DES CRIMES A PRÉVOIR DANS LE CODE ET APPLICATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

90. Pour ce qui est des divers actes à incriminer par le Code, il est évident qu'il faut commencer par les *crimes contre la paix*, tels qu'ils avaient été considérés par le Statut du Tribunal de Nuremberg. En raison de la gravité exceptionnelle de ces crimes, nous considérons, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, que certains actes préparatoires des crimes contre la paix, ainsi que d'autres actes, tels que le terrorisme, la diffusion systématique de fausses nouvelles pouvant mettre en dangers les relations internationales, doivent former l'objet d'incriminations spéciales.

Par ailleurs, le problème de la répression des crimes contre la paix, même limitée aux personnes physiques, impose certains développements concernant la responsabilité de l'Etat. De nombreuses institutions du droit pénal interne doivent être envisagées aussi sur le plan interétatique.

En poursuivant les individus pour crimes contre la paix, on devra nécessairement tenir compte de la diversité des situations dans lesquelles se trouvait l'Etat que ces individus ont cru servir en commettant lesdits crimes.

Selon le professeur Spiropoulos une de ces situations serait l'état de nécessité. A ce sujet il disait qu'il s'agit « d'un de ces principes généraux du droit qui sont parties intégrantes du droit international »²³². Il existe d'autres principes généraux du droit qui doivent, en droit international, exercer une influence sur la responsabilité de l'Etat et, par voie de conséquence, sur celle des personnes poursuivies pour crimes contre la paix. Nous pensons à la contrainte, à la légitime défense, au repentir actif, au désistement volontaire, à la réparation, voire même à la compensation indirecte du préjudice.

CONTRAINTES. DÉSISTEMENT VOLONTAIRE. REPENTIR ACTIF. RÉPARATION DU PRÉJUDICE

91. Pour ce qui est de la *contrainte*, on ne peut ignorer certaines situations qui se sont déjà présentées dans le passé et qui pourraient se présenter encore dans l'avenir. Voici le cas d'un Etat dont le territoire est envahi par les armées d'un autre Etat plus puissant ou qui se trouve sous la menace d'une *invasion imminente*.

²³¹ Voir proposition de la délégation française du 31 mai 1933 (document Conf. D.C.G. 124).

²³² Voir *Traité théorique et pratique du droit international public*, p. 287.

contrôle. Le Gouvernement français regretterait beaucoup qu'on ne pût donner à un problème aussi grave une solution positive.

Le même point de vue fut soutenu par M. Benès qui affirma que la garantie de l'immunité pourrait peut-être donner lieu à des abus, mais ce serait là un mal infiniment moins grand que l'absence d'immunité. On doit assurer le principe de l'immunité dans le cas de dénonciation, de violation par un Etat de ses engagements internationaux. Si la garantie de l'immunité ne réside pas dans les mœurs de tel ou tel pays, il n'est que plus nécessaire de l'inscrire dans la Convention.

Enfin, M. Wilson (Etats-Unis d'Amérique) soutint que le principe de l'immunité devait être considéré comme raisonnable, juste et indispensable.

M. Madariaga (Espagne) déclara que le Gouvernement espagnol appuyait fortement ce principe, qu'il considérait comme l'un de ceux qui rendraient la Convention plus efficace. A cet effet, il proposa une résolution consacrant « l'immunité comme principe de droit international auquel les législations nationales devront s'adapter » (voir Procès-verbal de la 33^e séance du Bureau, 23 janvier 1933, p. 119 et 120, et procès-verbal provisoire de la 37^e séance, 31 janvier 1933), Document Conf. D. Bureau, P/V/37.

²³⁰ Voir procès-verbal provisoire de la 37^e séance du Bureau, notamment les déclarations de M. Bourquin sur la portée de la résolution du Bureau du 15 novembre 1932, et les interventions de MM. Henderson, Politis, Madariaga, Kunzl-Jizersky, Eden, Massigli, Letimayer, Buero, Moresco et Nadolny.

Si cet Etat, étant lui-même incapable d'opposer à l'agresseur une résistance effective, ne peut recevoir un concours efficace, peut-on considérer cet Etat et ses dirigeants comme coupables d'avoir favorisé l'agresseur parce qu'il l'aura laissé traverser son territoire pour attaquer un autre Etat? Il se peut même que, sous l'empire d'une telle contrainte, l'Etat soit entraîné lui-même dans une guerre d'agression. Il faut également envisager le cas où un Etat plus fort aurait imposé à un pays plus faible un gouvernement qui n'est, en quoi que ce soit, l'expression de la libre volonté dudit pays. Si, dans ces conditions, des pays sont entraînés dans une guerre d'agression, ne faut-il pas faire une distinction nette entre la responsabilité des soi-disant gouvernants qui sont les simples instruments d'une puissance étrangère et l'Etat lui-même? Ce dernier ne doit-il pas être dégagé de toute responsabilité et ne pas avoir à supporter les conséquences d'actes commis par des gouvernements imposés par l'étranger? L'existence de la liberté pour un Etat de choisir ses dirigeants, est une condition essentielle de la responsabilité cumulative de l'Etat et des personnes physiques pour crimes contre la paix.

Dans cet ordre d'idées, on rappellera que, le 24 janvier 1946, M. Byrnes reconnaissait à l'Assemblée générale des Nations Unies la nécessité de prendre en considération la situation des Etats qui, pendant la Seconde guerre mondiale « avaient été amenés, *contre leur gré*, à s'associer aux puissances de l'Axe ». Cette expression « *contre leur gré* » employée par celui qui était alors le chef de la diplomatie américaine, est une confirmation du fait de la *contrainte* exercée sur certains pays par le Reich national-socialiste pour les entraîner dans la guerre qu'il menait contre les Nations Unies. Le fait que ces pays ont ensuite contribué à faciliter la victoire des Alliés « en se retirant de la guerre contre les Nations Unies », et « en prenant une part active à la guerre contre l'Allemagne » — nous citons les termes mêmes des Traités de paix signés à Paris le 10 février 1947 — constitue sans doute un exemple de reconnaissance par les Alliés eux-mêmes de situations qui doivent faire admettre, en droit pénal interétatique, des principes reconnus découlant de conditions telles que le *désistement volontaire*, le *repentir actif* ou la *réparation du préjudice*.

Il est évident qu'une distinction nette doit être faite entre les circonstances concomitantes à l'acte imputé et les circonstances postérieures.

Si un Etat, tout en ayant librement participé à un crime contre la paix, se sépare de l'agresseur principal, s'il renonce à poursuivre jusqu'au bout son activité coupable, ou s'il s'efforce de faire disparaître les conséquences de son acte, on doit admettre — quoique le crime contre la paix ne disparaisse pas — une très large atténuation de la sanction, voire même un jugement déclaratoire non accompagné de sanctions. En droit pénal interétatique qui représente une discipline nouvelle, des solutions souples s'imposent. Ce qu'on doit chercher avant tout, c'est le rétablissement de l'ordre international en tirant parti de tous les éléments de pacification. Il s'ensuit que certaines conceptions du droit pénal interne doivent être assouplies afin que le droit pénal interétatique puisse s'adapter aux conditions particulières et complexes d'une communauté internationale en voie d'organisation.

ETAT DE NÉCESSITÉ

92. Ne pouvant consacrer que de très brefs développements à cette question sur laquelle on trouve une abondante littérature, nous nous bornerons à observer qu'on ne saurait simplement transposer dans le droit international l'institution de l'état de nécessité telle qu'elle se présente en droit pénal interne²³³.

A notre avis, si tout Etat a le droit de protéger et de conserver son existence, ce droit ne peut légitimer une agression contre un Etat innocent.

Toute violation des droits d'un autre Etat doit être interdite, sous la menace d'une sanction internationale, même si le salut d'un pays dépendait d'une telle violation. Admettre qu'un Etat puisse violer les droits fondamentaux d'autres Etats pour sauvegarder ses intérêts, c'est admettre qu'il n'y a plus de droit. C'est substituer à un rapport juridique un rapport de force (*Machtverhältnisse*). Sur le plan international, la théorie de la nécessité soumet toujours, en fait, le plus faible au bon plaisir du plus fort. Il est impossible de trouver une base juridique à cette théorie qui introduit l'anarchie dans les rapports internationaux²³⁴.

²³³ Pour le droit interne, nous nous bornons à indiquer, à titre d'exemple, l'article 34 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 qui, selon nous, contient le texte le plus complet en la matière. D'après ce code, l'état de nécessité existe « lorsqu'un acte aura été commis pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien appartenant à l'auteur de l'acte, notamment la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine, cet acte ne sera pas punissable si le danger n'était pas imputable à une faute de son auteur et si, dans les circonstances où l'acte a été commis, le sacrifice du bien menacé ne pouvait être raisonnablement exigé de l'auteur de l'acte. Si le danger était imputable à une faute de ce dernier ou si, dans les circonstances où l'acte a été commis, le sacrifice du bien menacé pouvait être raisonnablement exigé de l'auteur de l'acte, le juge atténuera librement la peine. Lorsqu'un acte aura été commis pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien appartenant à autrui, notamment la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine, cet acte ne sera pas punissable. Si l'auteur pouvait se rendre compte que le sacrifice du bien menacé pouvait être raisonnablement exigé de celui auquel le bien appartenait, le juge atténuera librement la peine ».

En droit international, parmi les définitions données par les divers auteurs, on peut citer celle de Strupp, à savoir que « l'état de nécessité est la situation objectivement jugée telle, dans laquelle un Etat est menacé d'un danger grave, actuel ou imminent, susceptible de mettre en question son existence, son statut territorial ou personnel, son gouvernement ou sa forme même, de limiter, voire d'anéantir son indépendance ou sa capacité d'agir internationale, situation à laquelle il ne peut échapper qu'en violant des intérêts étrangers, protégés par le droit des gens » (Strupp, *Éléments du droit international public*, p. 228).

²³⁴ Ce point de vue est confirmé par de nombreux projets de déclaration des droits et des devoirs des Etats. Nous nous bornons à rappeler, à titre d'exemple, certains d'entre eux. L'article 1^{er} de la Déclaration des droits et des devoirs des nations, adoptée le 6 janvier 1916 par l'Institut américain de droit international, prévoit que « toute nation a le droit d'exister, de protéger et de conserver son existence, mais ce droit n'implique pas le pouvoir et ne justifie pas le fait pour un Etat de commettre, pour se protéger ou conserver son existence, des actes injustes contre des Etats innocents qui ne font aucun mal ».

L'article 3 de la Déclaration des droits et des devoirs des nations, approuvée le 11 novembre 1919 par l'Union juridique internationale, stipule que les Etats « sont limités dans leur droit par l'obligation de respecter le droit des autres Etats ».

L'article 3 de la Déclaration des droits et des devoirs des Etats, proposée à l'Institut de droit international (session de Rome) le 7 octobre 1921, par le professeur A. de Lapradelle, affirme qu'un

En pratique, les agresseurs ont presque toujours invoqué l'état de nécessité pour justifier leurs agressions.

Si on se réfère à des théories nuancées comme celle du professeur J. P. A. François, on constate qu'elles aboutissent elles aussi à l'exclusion de l'état de nécessité comme cause d'irresponsabilité.

Selon le professeur François, pour qu'on puisse invoquer l'état de nécessité en droit international « le préjudice doit être de nature à mettre en péril l'existence même de l'Etat; il est nécessaire qu'il n'y ait pas d'autres moyens pour prévenir le tort, et de plus, les intérêts équivalents d'un autre Etat, ne doivent pas être sacrifiés ». Le droit de nécessité ne saurait donc être invoqué dans « les cas où, lors de l'élaboration de la règle, on a déjà tenu compte de la situation anormale dans laquelle l'Etat en cause pourrait se trouver... L'Etat renonce (donc) à invoquer la détresse où il se trouve pour se dégager de ces obligations »²³⁵.

Il s'ensuit à notre avis que si un Etat a pris l'engagement de ne pas recourir à la force des armes, sauf dans le cas de légitime défense ou dans celui de participation à une action commune, cet Etat ne pourra plus invoquer l'état de nécessité pour justifier son agression²³⁶.

CONSENTEMENT DE LA VICTIME

93. L'intérêt de ce problème est bien plus important en droit pénal interétatique qu'en droit pénal interne. Quoiqu'en droit international les auteurs ne soient pas arrivés à des conclusions nettes sur ce sujet, nous estimons que si l'on admettait que le consentement de la victime

Etat n'est pas en droit, « même pour sauver sa propre existence, de rien entreprendre contre celle d'un autre, qui ne le menace pas » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1921, p. 207).

Rappelons que les Accords de Londres de 1933 pour la définition de l'agresseur avaient eux aussi exclu l'état de nécessité en droit international. L'article 3 de ces Accords prévoit en effet « qu'aucune considération d'ordre politique, militaire, économique ou autre ne pourra servir d'excuse ou de justification à l'agression ».

Rappelons également comme excluant l'état de nécessité en droit international, la Charte de Bogota de 1948, dont l'article 11 prévoit que « le droit que possède un Etat de protéger son existence et de se développer ne l'autorise pas à agir injustement envers un autre Etat ».

²³⁵ Voir François, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 66 (1938), p. 183.

²³⁶ En dehors des ouvrages généraux de droit pénal interne ou de droit international public, voir notamment sur l'état de nécessité : Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, par. 124-130 (consacrés à l'état de nécessité en droit international); Rodick, *Doctrine of necessity in International Law*; Descamps, *Le droit international et la thèse de la nécessité*; Champ-communal, *L'état de nécessité et la légitime défense dans les conflits internationaux*; Kohler, *La théorie de la nécessité légitime et les événements de notre temps*; Tawfik Hazan, *L'état de nécessité en droit pénal interétatique et international*; Schwartz, *Système pour la paix et le Protocole de Londres des 3 et 4 juillet 1933 sur la définition de l'agresseur*; Moriaud, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*; Fabisch, *Essai sur l'état de nécessité*; Sermet, *L'état de nécessité en matière criminelle*; Luquet, *Du délit nécessaire*; Michailoff, *Der strafrechtliche Notstand*; Jiménez de Asua, *El estado de necesidad*; Marchand, *De l'état de nécessité*.

Pour l'état de nécessité en droit international, tel qu'il s'était posé lors de la première guerre mondiale, voir Visscher, *La Belgique et les juristes allemands*; Weiss, *La violation de la neutralité belge et luxembourgeoise par l'Allemagne*; Durkheim, *L'Allemagne au-dessus de tout*.

constitue une justification des crimes contre la paix, on ouvrirait la porte à tous les abus.

Même en droit interne, un tel consentement ne fait disparaître la culpabilité que dans les cas exceptionnels, où il s'agit d'un bien juridique individuel qui est laissé à la disposition exclusive de son possesseur²³⁷. Pour les infractions dirigées contre la vie, l'intégrité corporelle et la santé, le consentement de la victime ne supprime pas la culpabilité de l'agent.

Dans une société internationale régie par le droit, un crime contre la paix doit être considéré comme dirigé contre les intérêts de la société tout entière et non pas contre les intérêts de tel ou tel Etat. La répression vise essentiellement à assurer le maintien de l'ordre public international qui, par sa nature, est universel et indivisible comme l'est la paix.

Il est donc nécessaire d'affirmer le principe que le consentement de la victime ne fait pas disparaître le caractère criminel de l'acte.

En faveur de cette thèse, on peut évoquer aussi l'argument de M. Bustamante y Sirven, à savoir que dans tous ces cas « il s'agit d'actes délictueux et de droits fondamentaux de l'Etat » et que « ces derniers sont, par leur nature, non susceptibles de renonciation »²³⁸.

DÉFINITION DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET QUESTION DE LA LÉGITIME DÉFENSE

94. Le problème de la légitime défense a une étroite connexité avec celui des crimes contre la paix. En effet, lorsqu'on étudie le problème des crimes contre la paix, on est amené à se poser la question de savoir si une définition de l'agression est possible et désirable.

Si on définit l'agression — et si on ne dispose pas d'une procédure permettant d'identifier en toutes circonstances l'agresseur — on risque de se trouver en présence de la situation que Norman Angell évoquait à propos de l'application du Pacte Briand-Kellogg : « Si une guerre éclate un jour entre les signataires du Pacte Kellogg, il y a un fait qui peut être prédit avec certitude : les deux belligérants déclareront qu'ils font une guerre défensive, tous les deux seront en état de légitime défense ».

Selon d'autres, on ne saurait refuser à l'humanité le droit de savoir en quoi consiste le crime le plus grave de tous : la guerre d'agression. A l'intérieur des Etats, même les infractions de moindre importance sont définies par la loi. On sait en quoi consiste, juridiquement, « une filouterie d'aliments ». Cependant, on ne sait pas encore

²³⁷ Dans ces cas, le consentement doit être antérieur ou tout au moins concomitant au délit. Il ne doit pas être entaché de violence, de dol ou d'erreur. Il doit enfin émaner d'une personne capable de discernement.

²³⁸ Voir Bustamante, *op. cit.*, t. IV, p. 30. Sur cette question voir également Liszt, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 1925, p. 284; Strupp, *Das Völkerrechtliche Delikt*, 1920, p. 121.

Pour le droit interne, voir Badr, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*; Grispigni, « Il consenso dell'Offeso », compte rendu, *Revue pénitentiaire* (1927), p. 368; Nasr, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*; Simon, « Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ? », *Revue belge de droit pénal et de criminologie*, 1933, p. 457 et suiv.

ce qu'est une « guerre d'agression ». On ignore encore les éléments du crime international le plus monstrueux.

Considérant ce grave problème, il faut envisager deux hypothèses : Dans la première, il existe une organisation internationale développée et une solidarité active des Etats. Une construction juridique fondée sur cette hypothèse n'est qu'une anticipation de l'avenir²³⁹. De ce point de vue, on ne peut que reconnaître la nécessité d'une définition de l'agression et d'une procédure permettant d'identifier, en toutes circonstances, l'agresseur.

Mais si l'on considère au contraire le monde présent, on constate que sur le plan international, l'organisation et la solidarité sont loin d'avoir acquis le même développement et la même stabilité que sur le plan interne. Il s'agit donc, ainsi que l'affirmait avec raison le professeur Emile Giraud « de la difficulté de saisir une situation qui évolue sans arrêt et de trouver des solutions satisfaisantes à des problèmes dont les données sont instables »²⁴⁰.

95. En comparant le système de la Charte des Nations Unies avec celui du Pacte de la Société des Nations, on constate que — grâce à l'Article 51 de la Charte — des progrès ont été réalisés dans la voie du *contrôle de la légitime défense* qu'a assuré le droit interne.

Lorsque la Commission du droit international s'est occupée, au cours de sa première session, du problème de la légitime défense en droit international, M. Manley O. Hudson, président, considéra à juste titre « qu'il semble opportun de prendre en considération le fait de l'existence des Nations Unies et le fait que le Conseil de sécurité assume des responsabilités particulières pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale »²⁴¹.

Quoiqu'il soit imparfait, il existe aujourd'hui un système de contrôle de la légitime défense. L'Article 51 de la Charte réserve le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, aux Etats Membres; cependant, l'action exercée en vertu de ce droit n'est légitime que jusqu'au moment où le Conseil de sécurité a pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Quand de telles mesures auront été prises, il ne s'agira plus d'une action laissée à l'appréciation exclusive des Etats qui prétendent exercer la légitime défense, mais au contraire, d'une action entreprise au nom de la communauté internationale, par le Conseil de sécurité des Nations Unies. En d'autres termes, tandis qu'antérieurement à la Charte, le droit de légitime défense était illimité dans le temps²⁴², ce droit, selon le système de la Charte, cesse d'exister ou se transforme en une action commune à partir du moment où le Conseil de sécurité est intervenu.

²³⁹ Cf. Giraud, « La théorie de la légitime défense », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 49 (1934), p. 691.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ A/CN.4/SR.14, p. 17

²⁴² Par exemple sous le régime du Pacte Briand-Kellogg, le droit de légitime défense impliquait, pour chaque Etat, la compétence exclusive de décider si les circonstances nécessitaient le recours à la guerre. Ce recours n'était enfermé dans aucun délai, vu qu'aucun organe n'avait été institué par le Pacte pour contrôler l'exercice de la légitime défense. (Cf. Mandelstam, *Interprétation du Pacte Briand-Kellogg par les gouvernements et les parlements des Etats signataires*, Paris, Pedone, 1934. Voir aussi le discours du sénateur Borah au Sénat américain, les 3 et 4 juillet 1929.)

Il faut cependant envisager l'hypothèse où le Conseil de sécurité ne serait pas en mesure de prendre une décision. Tel serait le cas si un membre permanent usait de son droit de veto conformément aux dispositions de l'Article 27, paragraphe 3 de la Charte. Dans cette hypothèse, le contrôle du droit de légitime défense échapperait au contrôle du Conseil de sécurité.

96. Si l'on veut que les dispositions concernant les crimes contre la paix soient opérantes en pratique, il faut nécessairement envisager, d'une part, la création d'une juridiction criminelle internationale et, d'autre part, l'introduction dans le Code international de dispositions suffisamment précisées pour permettre à la dite juridiction de déterminer dans tous les cas, quelle que soit la complexité de la situation, quels Etats exercent la légitime défense et quels Etats sont coupables du crime d'agression.

Faute de quoi, il serait impossible de punir par le moyen d'une justice normalement distribuée, les personnes physiques coupables de crimes contre la paix et cela, même en faisant abstraction des sanctions à appliquer aux Etats eux-mêmes.

DÉFINITION GÉNÉRALE DE L'AGRESSEUR

97. Pour codifier les crimes contre la paix, une première méthode consisterait à donner de ces crimes des définitions très générales. Nombre de définitions de l'agresseur, pourraient servir à la définition de ces crimes. Nous donnerons quelques exemples.

Se référant au Pacte Briand-Kellogg, le baron Descamp considérerait comme agresseur (donc coupable d'un crime contre la paix) « l'Etat qui recourt à des voies de fait brisant l'ordre pacifique consacré par le Pacte de Paris, sans pouvoir invoquer, en faveur de cette transgression, la légitime défense »²⁴³.

Pour M. Bustamante y Sirven, il s'agit « de tout acte de force par lequel une personne juridique internationale commence des hostilités sans droit contre une autre personne juridique internationale qui lui résiste militairement »²⁴⁴.

Considérant que la Charte interdit de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies, nous avons donné nous-mêmes dans un rapport présenté à la deuxième Conférence de l'International Bar Association (La Haye, août 1948), la définition suivante des crimes contre la paix : « Est crime contre la paix, tout recours à la force de la part d'une collectivité étatique contre une autre collectivité étatique sauf les cas de légitime défense ou de participation à une action commune. » On notera que ce texte correspond à l'article 8 du projet de déclaration sur les droits

²⁴³ Voir *L'influence de la condamnation de la guerre sur l'évolution juridique internationale*, cité par M. Bustamante y Sirven, *op. cit.*, t. IV, p. 170.

²⁴⁴ *Op. cit.*, t. IV, p. 175.

et devoirs des États, adopté en 1949 par la Commission du droit international lors de sa première session ²⁴⁵.

Cette définition irait dans le sens de la résolution 290 (IV) concernant les éléments essentiels de la paix adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 1^{er} décembre 1949 qui prévoit au point 2 l'obligation de « s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force en violation des dispositions de la Charte » ²⁴⁶.

On pourrait aussi retenir la définition générale adoptée en première lecture par la Commission du droit international, à savoir que sont considérés comme crimes contre la paix « la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression ou d'une guerre faite en violation des traités, assurances et accords internationaux » ²⁴⁷.

Dans leurs réponses au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, sir David Maxwell Frye, MM. Schlyter, Strahl et Simson entre autres, jugent cette définition satisfaisante. Il faut mentionner cependant les observations particulièrement intéressantes que fait M. Francis Biddle dans sa réponse au même questionnaire. Selon l'ex-juge américain au Tribunal de Nuremberg, considérer la poursuite d'une guerre d'agression comme un crime, c'est soulever la question de savoir jusqu'à quel point le fait de combattre pour son pays, est un crime. Les chefs allemands, pendant la dernière phase de la seconde guerre mondiale qui était pour eux de caractère défensif, menaient-ils une guerre d'agression ? M. Biddle était d'avis d'éliminer le mot « poursuite » (*waging*). Selon lui, on pourrait aller encore plus loin et restreindre la portée de la définition. Le but à atteindre est de déclarer « criminels le pays et les hommes qui déclenchent une guerre d'agression ». « Pourquoi tant parler de direction, de préparation et de poursuite ? Tous les pays n'organisent-ils pas une action agressive en cas de guerre et en quoi cela diffère-t-il de la direction d'une guerre d'agression. Pourquoi également ajouter les mots 'en violation des traités internationaux' ? Si la guerre actuelle est une guerre d'agression en quoi ces mots ajoutent-ils quelque chose à la définition ? Dans le cas contraire, où est le crime ? »

DÉFINITION RIGIDE

98. Une deuxième méthode consisterait à considérer comme des crimes contre la paix, les cinq faits indiqués dans la définition de l'agresseur élaborée en 1933 par le Comité de sécurité de la Conférence du désarmement que présidait M. Politis ²⁴⁸. On retrouve la même formule dans les Conventions pour la définition de l'agres-

seur, signées à Londres la même année ²⁴⁹. Ce texte figure également dans le plan d'un Code répressif mondial de 1935 ²⁵⁰. On notera enfin que la délégation américaine à la Conférence de Londres, qui élaborait le Statut appliqué à Nuremberg, proposa elle aussi, le 19 juillet 1945, le même texte comme base de discussion pour la définition de l'agression ²⁵¹.

Pour notre part, si dans le passé nous avons considéré qu'une définition précise de l'agression était nécessaire, nous pensons qu'actuellement, un système rigide tel que celui conçu en 1933, peut se heurter à de sérieuses difficultés. Dans une large mesure, ce système suppose l'existence de l'automatisme des sanctions. Or, la Charte des Nations Unies ne présente pas de sanctions automatiques, le Conseil de sécurité devant apprécier dans chaque cas particulier la réalité de l'agression et déterminer les mesures à prendre en l'occurrence.

A la vérité, il ne s'agit plus actuellement du simple conflit des mentalités juridiques anglo-saxonnes et continentales, auquel Politis faisait allusion lorsque — en exposant la nécessité d'une définition de l'agresseur — il montrait que, d'un côté, « il y a le désir d'avoir des règles certaines, de savoir à quoi l'on s'engage et quelles garanties offre le droit établi; de l'autre, il y a cette tendance à n'avoir qu'un droit souple, un droit aux contours imprécis, qui n'est déterminé qu'au fur et à mesure que l'on avance dans l'expérience de la vie » ²⁵².

En effet, l'évolution de la stratégie militaire d'une part, et l'existence, dès les temps de paix, d'une atmosphère de méfiance et de surexcitation qui constitue la « guerre des nerfs », la « guerre froide » d'autre part, nous font douter de l'efficacité d'une définition rigide des crimes contre la paix, qui puisse permettre à l'organe compétent de considérer toujours comme agresseur celui qui, le premier, aurait eu recours à tel ou tel des actes énumérés.

Sans partager l'opinion exprimée par M. Eden à la séance du 25 mai 1933 de la Commission générale de la Conférence du désarmement, selon laquelle une définition de l'agresseur serait, en tout temps, « une œuvre impossible et stérile », nous croyons cependant que, dans les circonstances actuelles, une telle définition ne conviendrait que dans les cas simples pour lesquels elle ne serait pas nécessaire.

En droit pénal interne, on connaît le procédé de « légitime défense simulée ». Provoquer avec préméditation l'attaque d'un autre pour pouvoir ensuite commettre contre lui une infraction en invoquant la légitime défense, c'est bien commettre un crime pour lequel il n'y a pas de justification.

Au cours de la seconde guerre mondiale, on a eu des

²⁴⁵ Selon cet article « tout Etat a le devoir de régler ses différends avec d'autres Etats par des moyens pacifiques de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger. » (Voir *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session*, op. cit., p. 9.)

²⁴⁶ Voir A/1251, p. 13.

²⁴⁷ A/CN.4/W.12.

²⁴⁸ Les textes ainsi que le rapport ont été distribués aux membres de la Conférence, le 23 mai 1933.

²⁴⁹ Ces conventions ont été signées à Londres les 3, 4 et 5 juillet 1933, entre l'Afghanistan, l'Estonie, la Lettonie, la Perse, la Pologne, la Roumanie, la Turquie, la Yougoslavie, la Tchécoslovaquie, la Finlande et l'Union soviétique.

²⁵⁰ Voir *Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 367.

²⁵¹ Voir *International Conference on Military Trials, London 1945* (Department of State, Publication n° 3080, Washington 1949), p. 294.

²⁵² Voir procès-verbaux de la Commission générale, séance du 25 mai 1933, cités par Giraud, op. cit., p. 749.

spécialistes de la création, « d'incidents de frontières » destinés à justifier les agressions internationales.

On comprend par conséquent que M. Manley O. Hudson se soit demandé s'il serait opportun et possible de définir ce que l'on entend par « guerre d'agression » ²⁵³.

DÉFINITION INTERMÉDIAIRE

99. Si on exclut, pour les considérations qui viennent d'être données, la seconde méthode et si l'on écarte également la première méthode (voir par. 97), vu qu'elle donne une définition trop générale ne permettant pas de se faire une idée précise de ce qu'est le crime contre la paix, on pourrait considérer comme crimes contre la paix la plupart des actes indiqués dans la définition de l'agression élaborée en 1933, mais en même temps compléter l'énumération en ajoutant d'autres actes dont l'incrimination semble nécessaire à la suite de l'expérience de la seconde guerre mondiale et de l'après-guerre.

Chacun de ces actes doit cependant être considéré indépendamment des autres, et ce n'est pas le fait de la part d'un Etat d'avoir commis le premier un de ces actes qui constitue le critère du crime contre la paix et exclut la légitime défense.

La juridiction compétente devrait, comme en droit interne, apprécier la complexité des circonstances qui ont déterminé un Etat à recourir à la force. Elle apprécierait, si les circonstances étaient telles que l'Etat pût invoquer ou non la légitime défense et elle ferait en outre, s'il y avait lieu, l'application des principes généraux du droit que nous avons mentionnés dans nos développements antérieurs. De cette manière seraient évitées les difficultés que rencontrerait l'application d'une définition trop rigide de l'agresseur et cependant le monde saurait à l'avance en quoi consistent les actes matériels qui constituent les crimes contre la paix.

On doit en outre tenir compte du fait que l'Article 51 de la Charte ne définit pas la légitime défense. Elle prévoit une seule condition, à savoir qu'il s'agisse « d'une agression armée ». On n'est pas pour cela plus avancé que dans le passé, étant donné que la Charte ne dit pas ce qu'il faut entendre par « agression armée ».

Dans les codes nationaux, au contraire, on trouve quelques précisions. Au moyen de formules différentes, ces codes considèrent comme justifiant la légitime défense, les attaques sans droit, voire la menace d'une attaque imminente sans droit.

Il faut en outre prendre en considération le fait que surtout en droit international la riposte à une attaque doit être proportionnée à la gravité de cette attaque car, autrement, de simples incidents fourniraient des prétextes à tous les abus possibles ²⁵⁴.

²⁵³ A/CN.4/SR.7, p. 4.

²⁵⁴ Cf. Bourquin, « Le problème de la sécurité internationale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 49 (1934), p. 479. Ce point de vue a été affirmé aussi par M. Sandström lorsque à la séance du 3 mai 1949 de la Commission du droit international, il déclarait que l'exercice de la légitime défense présuppose « une attaque imminente ou déjà lancée et qu'on ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour repousser une attaque de cette nature » (A/CN.4/SR.14, p. 14).

PRÉSUMPTIONS DE LÉGITIME DÉFENSE

100. On pourrait également, à l'avenir, à l'instar de certains droits internes, établir des *présomptions soit de légitime défense, soit d'agression*, ce qui faciliterait beaucoup la tâche de la juridiction. Certaines tentatives ont été faites dans cette direction. Rappelons à titre d'exemple, le Projet de 1923 de Traité d'assistance mutuelle et le Protocole de Genève de 1924.

Dans un projet de traité de désarmement et de sécurité préparé par un groupe américain et publié en 1924 avec une introduction et d'intéressants commentaires de M. James Shotwell, on prévoyait également des présomptions d'agression. Voici les dispositions des articles 4 et 5 de ce projet :

« Article 4. Les Hautes Parties contractantes déclarent solennellement que les actes d'agression même lorsqu'il n'en résulte pas une guerre et la préparation de ces actes d'agression seront désormais considérés comme interdits par le droit international.

« Article 5. En l'absence d'un état de guerre, les mesures de force sur terre, sur mer ou dans les airs, prises par un Etat contre un autre Etat et qui ne sont pas prises à des fins de défense ou pour protéger la vie humaine seront considérés comme constituant des actes d'agression.

« Tout Etat signataire qui prétend qu'un autre Etat signataire a violé l'une quelconque des clauses du présent traité soumettra l'affaire à la Cour permanente de Justice internationale.

« L'Etat signataire qui refusera de reconnaître la juridiction de la Cour pour une affaire de ce genre sera considéré comme agresseur, aux termes du présent Traité.

« Le fait de ne pas accepter la juridiction de la Cour dans les quatre jours qui suivront la présentation d'une requête pour violation du présent Traité sera considéré comme un refus de l'accepter ²⁵⁵. »

Rappelons enfin que, cherchant un terrain d'entente dans le domaine du contrôle de l'énergie atomique, les experts américains ont proposé — selon une communication du 23 janvier 1947 — un système suivant lequel « la possession illégale de bombes atomiques, la saisie d'une usine d'énergie atomique, ainsi que le détournement d'importantes quantités de matériaux pour la fabrication de cette énergie, équivalaient à une attaque armée contre les autres signataires du traité qui serait conclu en cette matière ». Selon ce projet, tous les signataires seraient, par conséquent, considérés comme se trouvant en état de légitime défense et on précise « qu'ils pourront agir conformément à l'Article 51 de la Charte ».

Il s'agit là, bel et bien, d'une présomption de légitime défense.

On devrait, selon nous, préciser, dans le cas où l'on établirait des présomptions en matière de légitime défense

²⁵⁵ Voir « A Practical Plan for Disarmament, Draft Treaty of Disarmament and Security prepared by an American group », *International Conciliation*, n° 201, p. 343-344.

ou d'agression s'il s'agit de présomptions permettant ou non la preuve contraire ²⁵⁶.

Troisième partie

DES DIVERS CRIMES INTERNATIONAUX. LISTE QUE DONNERAIT LE CODE

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

101. Quand on dresse la liste des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, on doit tenir compte de l'évolution de la criminalité collective des Etats. De nombreux actes sont susceptibles de mettre en danger la paix et la sécurité de l'humanité. La prévision de ces actes dans le Code est une question à la fois politique et juridique.

Nous essaierons de mentionner tous les actes qu'on pourrait considérer comme des crimes internationaux. Ainsi, la Commission du droit international aurait le loisir

²⁵⁶ Sur l'ensemble du problème de la définition de l'agresseur et de la légitime défense en droit international, il existe une bibliographie des plus vastes. En dehors des ouvrages déjà cités par nous, rappelons comme pouvant tout spécialement intéresser les recherches sur les problèmes formant l'objet des paragraphes 94 à 100 : Wehberg, « Le Protocole de Genève », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 7 (1925), p. 44; Angell, *La portée et les conséquences du Pacte de Paris*, du 27 août 1928 (compte rendu de la réunion interparlementaire de Genève, 1928, p. 37); Erich, « L'interdiction de la guerre d'agression », *Revue de droit international public*, 1927, p. 756; Pella, « Le Pacte Kellogg et la disparition du droit de la guerre », *Bulletin interparlementaire*, Genève, 1929; Pella, « Répression de la guerre et définition de l'agresseur », *Revue de droit international*, 1936; Yves de la Brière, « Un nouveau progrès sur la route du droit : la définition de l'agresseur », *L'Esprit international*, t. 7, 1933; Finch, « A Pact of Non Aggression », *American Journal of International Law*, t. 27, 1933; Donnedieu de Vabres, « Un traité multilatéral pour la définition de l'agresseur », *Année politique française et étrangère*, 1935-1936; Le Fur, « Les Conventions de Londres et la définition de l'agresseur », *Revue de droit international* (Sottile), t. 11 (1933), p. 179 et suiv.; Eagleton, « Faut-il proscrire toutes les guerres », *Revue générale de droit international public*, 1932; Mandelstam, *Réflexions sur la constatation de l'agression*; Scelle, « L'agression et la légitime défense dans les rapports internationaux », *L'Esprit international*, t. 10 (1936); Uden, « Quelques observations sur la notion de la guerre d'agression », *Revue de droit international*, t. 58 (1931), p. 262 et suiv.; Moch, *Du droit de légitime défense et des traités d'alliance défensive*, mémoire présenté au XVIII^e Congrès universel de la paix; Jordan, « La définition de l'agression », *Revue de droit international*, t. 14 (1934); Reichhelm, *Der Angriff, eine Völkerrechtliche Untersuchung über den Begriff*; Lederer, « La définition de l'agresseur », *Revue de droit international* (Sottile), t. 13 (1935); Erich, « Interdiction de la guerre d'agression », *Revue de droit international*, t. I (1927); Vignon, *Définition de l'agresseur dans la guerre*; Steinlein, *Der Begriff des nicht herausgeforderten Angriffs in Bündnisverträgen seit 1870 und insbesondere im Locarno Vertrag*; Diamandescu, *Le problème de l'agression dans le droit international public actuel*; Gallus, « Des amendements au Pacte de la Société des Nations en vue de le mettre en harmonie avec le Pacte de Paris », *Revue générale de droit international public*, 1930; Théry, *La notion d'agression en droit international*, 1937.

En ce qui concerne tout spécialement le système de la Société des Nations relatif à l'interdiction de la guerre d'agression, aux limites des interdictions de guerre, la garantie, les sanctions et l'assistance mutuelle, voir l'important ouvrage de P. Barandon, *Le système juridique de la Société des Nations pour la prévention de la guerre*, p. 262-353.

En liaison avec la définition de l'agresseur, voir aussi les débats de la 42^e séance de l'American Society of International Law, *Proceedings*, avril 1948, p. 18, 19 et 31 et suiv.

d'apprécier, à la lumière des besoins de la communauté internationale, quels actes devraient actuellement être retenus. Les formules indiquant ces divers actes en tête de chacun des paragraphes qui suivent, ne doivent pas être considérés comme le texte même à insérer dans le Code. Il se peut que, sous la même qualification, on comprenne dans le Code plusieurs de ces actes.

L'INVASION DU TERRITOIRE D'UN ETAT PAR LES FORCES ARMÉES D'UN AUTRE ETAT

102. C'est là le cas typique du crime contre la paix. Il constitue le deuxième fait prévu dans la définition de l'agresseur élaborée en 1933 par le Comité de sécurité de la Conférence du désarmement. On trouvera d'amples renseignements concernant ce crime dans le rapport de Politis qui explique la portée de la définition.

Il est dit dans le rapport que « par territoire, il faut entendre le territoire sur lequel un Etat exerce en fait son autorité » ²⁵⁷, à quelque titre que ce soit. Il est évident que les violations de frontières de minime importance, qui ne font pas apparaître l'intention d'envahir le territoire d'un Etat, ne constituent pas le crime international visé ci-dessus.

L'ATTAQUE PAR LES FORCES TERRESTRES, NAVALES OU AÉRIENNES D'UN ETAT DU TERRITOIRE, DES NAVIRES OU DES AÉRONEFS D'UN AUTRE ETAT

103. C'est le troisième fait prévu dans la définition de l'agresseur de 1933. Ce crime est distinct de celui indiqué au paragraphe précédent étant donné que, ainsi que l'expliquait M. Politis dans son rapport, « il n'y a pas pénétration de forces armées sur le territoire de l'Etat attaqué, mais ce territoire est soumis à un tir d'artillerie, de mousqueterie, etc. » ²⁵⁸.

Ce problème a aujourd'hui beaucoup plus d'importance qu'en 1933. On dispose, en effet, de fusées aéroguidées et d'autres engins semblables qui peuvent atteindre, à des milliers de kilomètres, le territoire d'un Etat sans qu'aucun acte matériel d'invasion n'ait lieu.

L'ATTAQUE PAR UN ETAT DU TERRITOIRE D'UN AUTRE ETAT AU MOYEN D'ENGINS SE TROUVANT DÉJÀ SUR LE TERRITOIRE DE CE DERNIER ETAT

104. De vastes régions d'un Etat peuvent être détruites au moyen d'engins qui, dès le temps de paix, seraient mis — par un Etat préméditant une agression — à la disposition de certains individus ou groupements se trouvant sur le territoire à attaquer. Il se peut même que des bombes à retardement soient cachées dans des navires par un Etat préparant une agression et que ces navires soient ensuite immobilisés sous différents prétextes dans les ports d'un autre Etat. Au moment opportun, les bombes exploseraient.

On peut aujourd'hui concevoir que la préparation de la guerre se fasse sur le territoire même de l'Etat contre

²⁵⁷ Voir document D.C.G.108, 24 mai 1933 et C.G.108 (a). Rapport du Comité pour les questions de sécurité. Rapporteur : M. Politis, p. 6 et suiv.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 7.

lequel on se propose de commettre une agression. Vu la puissance des « armes aveugles » qui détruisent et massacrent sans discrimination, une agression internationale se manifestant tout à coup par l'explosion synchronisée de bombes atomiques placées dès le temps de paix dans les grands centres d'un pays, ne représente plus une simple vue de l'esprit. D'autres moyens tels que la propagation d'hormones synthétiques de nature à stériliser de vastes régions de cultures indispensables à l'existence de l'homme pourraient aussi être employés.

L'ÉTABLISSEMENT PAR UN ETAT D'UN BLOCUS NAVAL
DES CÔTES OU DES PORTS D'UN AUTRE ETAT

105. Il s'agit du « blocus pacifique » tendant à couper les communications maritimes d'un Etat. Il constituait le quatrième fait du projet de définition de l'agresseur de 1933. Politis considérait dans son rapport que, sans conduire nécessairement à la guerre, un tel acte n'en mettait pas moins en jeu, d'une façon limitée, la force matérielle d'un Etat contre un autre Etat ²⁵⁹.

L'ANNEXION FRANCHE OU DÉGUISEE DU TERRITOIRE
D'UN ETAT EN VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL

106. La prévision de tels actes comme crimes internationaux distincts semble nécessaire si l'on pense à l'annexion de l'Autriche par l'Allemagne.

On peut toujours faire disparaître un Etat en invoquant le désir de ce dernier de s'unir, sous une forme ou sous une autre, avec un autre Etat. Dans le jugement de Nuremberg, il est dit que les méthodes employées par l'Allemagne en vue d'aboutir à l'*Anschluss* furent celles d'un agresseur.

Dans sa réponse au Questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, sir David Maxwell Fyfe affirmait avec raison qu'il est possible « de menacer ou troubler la sécurité de l'humanité sans guerre. On pourrait citer par exemple l'*Anschluss* allemand avec l'Autriche de 1937 et peut-être aussi certains exemples plus récents ».

LE FAIT DE DONNER ASSISTANCE A UN ETAT AGRESSEUR

107. Cet acte, qui a fait l'objet de certains développements dans nos ouvrages antérieurs ²⁶⁰, pourrait être considéré comme un cas de complicité d'agression.

Nous estimons cependant qu'il serait préférable, vu la complexité des situations, de considérer un tel acte comme infraction distincte.

En effet, de nombreux crimes contre la paix se prolongent dans le temps. Leur exécution suppose certains concours qui sont différents des participations accessoires à un crime telles qu'on les conçoit. Des intérêts divers peuvent déterminer un Etat à donner un concours à l'agresseur sans qu'on puisse affirmer qu'il s'est associé à une agression internationale.

Le fondement des incriminations ci-dessus se trouve

dans le paragraphe 5 de l'Article 2 de la Charte qui prévoit l'application pour un Etat de s'abstenir de prêter assistance à un Etat contre lequel l'Organisation entreprend une action préventive ou coercitive.

Nous retrouvons la même obligation dans l'article 10 du projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats ²⁶¹.

On notera que le cinquième Congrès international de droit pénal, tenu à Genève en juillet 1947, avait adopté une résolution demandant que même « en droit interne soient réprimés les faits destinés à favoriser l'activité de l'Etat déclaré agresseur par l'autorité internationale compétente » ²⁶².

Indépendamment des incriminations du droit interne, le Code international devrait punir le fait pour des personnes physiques (se trouvant sur d'autres territoires que ceux contrôlés par l'agresseur) d'avoir favorisé de quelque manière que ce soit, l'action de l'agresseur, par exemple en lui donnant des informations de caractère militaire, ou en lui fournissant du matériel de guerre ou des produits lui permettant de continuer l'agression.

LE REFUS DE PRÊTER ASSISTANCE A L'ORGANISATION DES
NATIONS UNIES QUI A ENTREPRIS UNE ACTION POUR
MAINTENIR LA PAIX ET LA SÉCURITÉ INTERNATIONALES

108. Ce refus doit faire l'objet d'une incrimination afin de donner effet notamment aux Articles 41, 42, 43, 45, 48 et 49 de la Charte.

On se souviendra que l'Assemblée générale dans sa résolution 290 (IV) de 1949 concernant les éléments essentiels de la paix, prévoit (par. 5), en termes généraux, l'obligation « d'accorder aux organes des Nations Unies pleine collaboration et toute liberté d'accès, pour l'exécution des tâches qui leur sont dévolues aux termes de la Charte » ²⁶³.

LA CONCLUSION DE TRAITÉS A CARACTÈRE OFFENSIF OU
TOUT ARRANGEMENT EN VUE D'ASSURER LE CONCOURS
D'UN ETAT A UN AUTRE ETAT DANS L'ÉVENTUALITÉ OU
CE DERNIER COMMETTRAIT UNE AGRESSION

109. Il s'agit là d'un complot interétatique contre la paix ²⁶⁴.

L'incrimination doit même viser l'Etat qui, ayant promis aide ou assistance, ne l'a pas effectivement donnée. En

²⁶¹ Voir A/CN.4/SR.15.

²⁶² Voir « Tableau d'ensemble des vœux et des résolutions adoptés par les congrès de l'Association internationale de droit pénal », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 3-4, p. 410.

²⁶³ Voir A/1251, p. 13.

²⁶⁴ A cet égard, le Traité d'alliance germano-italien du 22 mai 1939, dénommé « Pacte d'acier », est très significatif. Son préambule affirmait que « fermement liés entre eux par les affinités de leur conception du monde et par la solidarité étendue de leurs intérêts, le peuple italien et le peuple allemand ont résolu d'intervenir à l'avenir, côte à côte, et avec leurs forces unies, pour assurer leur espace vital et pour maintenir la paix ». Voir aussi Nicolas P. Comnène, *Les origines du « Pacte d'acier »*.

Le Pacte tripartite du 27 septembre 1940, aux termes duquel « les gouvernements de l'Allemagne, de l'Italie et du Japon considèrent comme condition préliminaire d'une paix durable que chaque nation obtienne l'espace vital lui revenant », avait sans aucun doute le même caractère offensif.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 17.

²⁶⁰ Voir *Criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (la complicité et l'association criminelle), p. 237 et suiv.

effet, l'existence de tels accords constitue un encouragement à commettre l'agression. On sait que cette question a été longuement discutée à la 28^e Conférence interparlementaire tenue à Genève en 1933²⁶⁵.

LE FAIT DE LA PART D'UN ETAT DE DONNER APPUI A DES BANDES ARMÉES QUI, FORMÉES SUR SON TERRITOIRE, AURAIENT ENVAHI LE TERRITOIRE D'UN AUTRE ETAT, OU LE REFUS, MALGRÉ LA DEMANDE DE L'ETAT ENVAHI, DE PRENDRE SUR SON PROPRE TERRITOIRE TOUTES LES MESURES EN SON POUVOIR POUR PRIVER LESDITES BANDES D'AIDE ET PROTECTION

110. C'est le cinquième fait prévu dans la définition de l'agresseur de 1933. Il représente une grave violation de l'obligation des Etats de ne pas intervenir dans les affaires intérieures des autres Etats.

Le crime était déjà prévu, dans le projet recommandé par la Conférence interparlementaire de Washington en 1925, qui considérait comme infraction internationale le fait de la part d'un Etat « de favoriser les bandes de malfaiteurs qui effectuent des incursions sur les territoires des autres Etats »²⁶⁶.

En cas d'appui donné à de telles bandes, il s'agit, ainsi que l'observait avec raison le professeur Giraud, « d'une sorte d'invasion par personnes interposées »²⁶⁷.

La formule de 1933 vise aussi le cas d'un Etat qui refuse de prendre les mesures nécessaires pour priver les bandes d'aide ou protection. C'est un cas de crime international par omission. Il convient de rappeler une observation du rapport de M. Politis : « Dans certains cas (caractère des régions frontières, faible densité de la population, etc.), l'Etat peut ne pas avoir le moyen d'empêcher ou de faire cesser l'activité desdites bandes. En pareil cas, sa responsabilité ne serait pas engagée, du moment qu'il aurait pris les mesures qu'il pouvait pratiquement prendre pour réprimer l'activité des bandes armées. Dans chaque cas d'espèce, il s'agira de déterminer, en fait, quelles sont ces mesures »²⁶⁸.

L'incrimination dont il s'agit doit être envisagée à la lumière du principe incontestable de droit international formulé par l'article 7 du projet de déclaration des droits et des devoirs des Etats élaboré par la Commission du droit international, à savoir que « tout Etat a le devoir de veiller à ce que les conditions qui règnent sur son territoire ne menacent ni la paix, ni l'ordre international.

L'introduction de cette incrimination dans le Code international avait été suggérée par M. Spiropoulos à la séance du 31 mai 1949 de la Commission du droit international²⁶⁹.

LE FAIT DE PROVOQUER LA GUERRE CIVILE DANS UN AUTRE ETAT OU DE FAVORISER L'UN DES PARTIS EN LUTTE

111. Ce fait était prévu par une formule de caractère plus général, aussi bien dans les *Principes fondamentaux*

d'un Code répressif des nations, de 1925, que dans le Plan d'un Code répressif mondial, de 1935. Dans ces deux projets, on considérait comme crime international « l'immixtion d'un Etat dans les luttes politiques intérieures d'un autre Etat par des subventions ou des appuis de tous genres accordés à certains partis politiques »²⁷⁰.

Dans les prévisions de ces projets était comprise aussi l'immixtion dans les luttes entre la métropole et les colonies.

A la lumière de l'expérience de l'après-guerre, de tels textes pourraient recevoir de nouveaux développements.

Sous réserve de ce que nous avons dit plus haut (voir par. 46) concernant les gouvernements bénéficiaires d'actes contraires au droit international perpétrés par un autre Etat, une incrimination s'inspirant du principe de la non-intervention dans les affaires intérieures apparaît comme la conséquence nécessaire de divers accords internationaux, de résolutions des Nations Unies et d'autres Organisations internationales.

Rappelons la condamnation de l'intervention d'un Etat dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat, par la septième Conférence internationale des Etats américains de 1933 et par la Conférence interaméricaine pour le maintien de la paix de 1936. Cette condamnation fut confirmée par les Accords de Yalta du 11 février 1945 et par le point 5, paragraphe b, de l'Acte de Chapultepec du 3 mars 1945 qui, dans la Déclaration sur l'Europe libérée comportait l'engagement d'aider les peuples libérés ainsi que les peuples des anciens Etats satellites de l'Axe, à résoudre par des moyens démocratiques leurs problèmes politiques et économiques les plus pressants et de constituer dans lesdites régions, par de libres élections, des gouvernements qui soient l'expression de la volonté des peuples. Rappelons aussi l'article 15 de la Charte de Bogota, du 30 avril 1948, selon lequel « aucun Etat ou groupe d'Etats n'a le droit d'intervenir directement ou indirectement pour quelque motif que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. Le principe précédent exclut l'emploi non seulement de la force armée, mais encore de toute autre forme d'ingérence ou de tendance attentatoire à la personnalité de l'Etat et aux éléments politiques, économiques et culturels qui la constituent ».

Citons également au sujet de la morale internationale le paragraphe 6 de la résolution de septembre 1948, de la 37^e Conférence interparlementaire, résolution selon laquelle doivent être condamnés les moyens de pression « en vue de modifier la structure politique ou sociale d'un Etat »²⁷¹.

Rappelons enfin les articles 1, 3 et 4 du projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats, adopté par la Commission du droit international, et le paragraphe 3 de la résolution 200 (IV) de 1949 de l'Assemblée générale des Nations Unies invitant toutes les nations à s'abstenir de « fomenter des luttes intestines ou d'opprimer la volonté du peuple dans quelque Etat que ce soit »²⁷².

²⁶⁵ Voir Actes de la Conférence, p. 125 et suiv., p. 444 et suiv.

²⁶⁶ Voir l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 77.

²⁶⁷ Giraud, *op. cit.*, p. 783.

²⁶⁸ Rapport Politis, *op. cit.*, p. 8.

²⁶⁹ A/CN.4/SR.30, p. 10.

²⁷⁰ Pella, « Rapport précédant le plan d'un Code répressif mondial », *Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 355.

²⁷¹ Voir cette résolution dans le document A/C.3/221, p. 2.

²⁷² Voir A/1251, p. 13.

LA DÉCLARATION DE GUERRE

112. La question qui se pose est celle de savoir si la simple déclaration de guerre non suivie d'actes de force doit être considérée, elle aussi, comme un crime international. Vu les troubles profonds qu'elle peut provoquer dans les relations internationales, nous estimons que son incrimination s'impose. Il est à rappeler que, dans la définition de l'agresseur du Comité de sécurité de 1933, la déclaration de guerre était prévue comme premier fait constitutif de l'agression.

LA MENACE DU RECOURS A LA FORCE

113. De telles menaces se présentaient dans le passé sous la forme de l'ultimatum. Aussi bien, les *Principes fondamentaux d'un Code répressif des nations* recommandés par la Conférence interparlementaire de Washington ²⁷³ et le *Plan d'un Code répressif mondial* ²⁷⁴ considèrent ces menaces comme des crimes internationaux.

Il est à rappeler que cette incrimination n'est qu'une conséquence de l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies qui impose aux Membres de l'Organisation de s'abstenir de toute menace d'emploi de la force « soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat (qu'il soit ou non Membre des Nations Unies) soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

Souvent, il s'agit en réalité d'un « chantage armé » auquel recourent des Etats puissants pour arracher des concessions à des Etats faibles, voire pour les démembrer ²⁷⁵.

MOBILISATIONS EFFECTUÉES DANS UN BUT D'INTIMIDATION
OU POUR PRÉPARER UNE AGRESSION INTERNATIONALE

114. De tels actes ont de toute façon pour effet d'aggraver les conflits internationaux. Par ailleurs, ils peuvent constituer des actes préparatoires d'une agression internationale. Il est cependant préférable de les réprimer comme infraction distincte afin de prévenir, si possible, l'exécution du crime d'agression.

Rappelons que dans le projet de traité de désarmement préparé en 1924 par un groupe américain (voir par. 100), il était précisé que les actes d'agression, même s'ils n'aboutissent pas à la guerre, ainsi que les *préparatifs en vue de tels actes d'agression, doivent être considérés comme interdits par le droit international*.

Signalons enfin que ces actes étaient prévus comme crimes internationaux aussi bien dans les *Principes de 1925 d'un Code répressif des nations* que dans le *Plan de 1935 d'un Code répressif mondial*.

QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ DES INDIVIDUS
FAISANT PARTIE DE LA FORCE ARMÉE DE L'AGRESSEUR

115. Les infractions indiquées aux paragraphes 102 à 114 ci-dessus doivent, selon nous, recevoir la qualification spéciale de crimes contre la paix ²⁷⁶.

Pour tous les crimes contre la paix qui ont comme conséquence *l'emploi de la force armée*, un problème très important se pose au sujet de la responsabilité des individus faisant partie de cette force armée.

Les soldats de même que les officiers, une fois l'agression déclenchée, ne sauraient être considérés comme coupables de participation à un crime contre la paix, du fait qu'ils se trouvaient dans l'armée de l'agresseur et qu'ils prenaient part, à quelque titre que ce soit, aux opérations militaires ²⁷⁷. Il en est de même pour toute personne participant aux activités économiques, industrielles ou autres en liaison avec la poursuite d'une guerre d'agression.

La responsabilité de ces personnes n'est engagée que

²⁷⁶ En liaison avec les crimes contre la paix, voir aussi : Stimson, « The Nuremberg Trial Landmark in Law », *Foreign Affairs*, janvier 1947; Carton de Wiart, « Grands criminels de guerre », *Revue de droit international* (Sottile), 1946, n° 2-3, p. 46; Jessup, « The Crime of Aggression and the Future of International Law », *Political Science Quarterly*, vol. 62 (1947), p. 1-10; Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 70 (1947), p. 481 et suiv.; Biddle, « The Nürnberg Trial », *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 91, n° 3 (1947); Caloyanni, « La Cour pénale internationale et le Code répressif des nations », *Revue de droit international* (Sottile), 1945, n° 4; Rappaport, « Le Troisième Nuremberg », *Revue de droit international* (Sottile), 1946, n° 2-3; Wehberg, « Le problème de la mise de la guerre hors la loi », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 24 (1928), p. 149 et suiv.; Erich, « L'Interdiction de la guerre d'agression », *Revue de droit international public*, 1927, p. 756; Gutiérrez, « Es la guerra susceptible de represion ? », *Revista de derecho internacional*, La Havane, t. II (1923); Schick, « Crimes against Peace », *The Journal of Criminal Law*, 1948, vol. 38; Graven, « En assistant au procès des criminels de guerre »; Graven, « De la justice internationale à la paix », *Revue de droit international* (Sottile), décembre 1946, janvier 1947; Leyrat, « Crime de la guerre et crimes de guerre », *Cahiers du Monde Nouveau*, 1945, vol. 2; Sottile, « Rappel à ceux qui préparent la guerre », *Revue de droit internationale de sciences diplomatiques et politiques*, 1949, n° 2; Gross, « The Criminality of Aggressive War », *American Political Science Review*, vol. 41 (1947); Ottolenghi, « Le problème des criminels de guerre », *Revue de droit international* (Sottile), 1946, n° 1. Voir également nos études : « The Criminal Nature of War, Discussed by the Interparliamentary Union and Certain Aspects of the Kellogg Pact », *Interparliamentary Union Bulletin*, 1929; « The Interparliamentary Union and International Penal Law », *The Interparliamentary Union from 1889 to 1939*; « La criminalité de la guerre et les illusions de la paix », *Revue internationale de droit pénal*, 1931; « La guerre-crime et les criminels de guerre. Réflexions sur la justice pénale internationale. Ce qu'elle est et ce qu'elle devrait être », 1946; « L'esprit criminel — seul ennemi de la paix; En marge du Pacte Kellogg; Le Pacte Briand-Kellogg et ses conséquences sur le droit international et le droit interne des Etats », *Académie diplomatique*, 1930; « Sécurité collective et réforme du Pacte de la Société des Nations », *Union interparlementaire*, Genève, 1937.

²⁷⁷ Se référant au Statut du Tribunal de Nuremberg, M. Manley O. Hudson exprimait le même point de vue. « Il est évident, disait-il, que le simple soldat, une fois la guerre déclarée, prend part à la poursuite de la guerre. Il est toutefois non moins évident que le simple soldat ne peut faire autrement qu'obéir aux ordres qu'il a reçus. On peut en conclure sans doute que les auteurs du Statut n'avaient pas l'intention de considérer les soldats comme coupables de crimes contre la paix ». A/CN.4/SR.27, p. 4.

²⁷³ Voir l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 77.

²⁷⁴ Voir *Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 367.

²⁷⁵ Cf. Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, p. 255; Barcikowski, « Les Nations Unies et l'organisation de la répression des crimes de guerre », *Revue internationale de droit pénal*, 1946, n° 3-4, p. 303.

si elles commettent des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre ou des crimes contre l'humanité. Pour les crimes contre la paix, la responsabilité des personnes physiques doit être limitée à celles *ayant effectivement exercé une influence sur la décision de l'Etat de commettre de tels crimes*²⁷⁸.

L'idée de limiter la responsabilité aux seules personnes ayant exercé une influence effective se dégage de certaines législations nationales. Citons à titre d'exemple la loi autrichienne du 16 juin 1945. Visant certains cas qui peuvent être considérés comme crimes contre la paix (voir part. 106), cette loi déclare coupable « de haute trahison envers le peuple autrichien et punit de la peine de mort quiconque a seul ou conjointement avec d'autres personnes, dans une position dirigeante ou du moins influente, entrepris quelque chose pour préparer ou favoriser la modification par la violence de la forme du gouvernement de l'Autriche dans l'intérêt du parti national-socialiste, ou la prise du pouvoir par celui-ci »²⁷⁹.

Quid des chefs militaires ? M. Manley O. Hudson souleva cette question à la Commission du droit international. « S'il est certain, disait-il, que les chefs militaires sont coupables de la « poursuite d'une guerre », on peut se demander dans quelle mesure ils sont responsables de l'organisation, de la préparation ou du déclenchement de cette guerre. En effet, il semble que les états-majors militaires se bornent à un rôle purement technique, consistant à exécuter les ordres qu'ils ont reçus.²⁸⁰

A notre avis, il s'agit là de situations qui varient selon les cas. Abstraction faite du rôle purement technique qui ne saurait être générateur de responsabilités pour crimes contre la paix, il faut tenir compte de l'influence prépondérante que certains chefs militaires peuvent exercer sur les gouvernements. L'histoire offre de nombreux exemples d'agressions internationales dues en une très large mesure à l'action de certaines castes militaires.

Il faut ajouter que l'exemption de responsabilité que nous envisageons ne saurait être admise dans tous les cas.

Par exemple, le fait même de la part d'un soldat ou d'un officier de mettre en temps de paix des engins de guerre sur le territoire d'un Etat étranger ou celui de faire partie de bandes armées (voir par. 104 et 110) engage la responsabilité non seulement des personnes qui ont ordonné de tels actes mais encore de celles qui les ont exécutés. Ce sont là des faits qui dépassent le devoir d'obéissance de tout individu envers l'Etat duquel il dépend.

Si l'on peut être obligé de répondre à un ordre de mobilisation ou de réquisition, nul ne peut être contraint de placer en temps de paix des engins sur le territoire d'un Etat étranger ou de faire partie de bandes armées opérant des incursions sur le territoire d'un tel Etat.

LE FAIT DE NE PAS SOUMETTRE UN DIFFÉREND AUX ORGANES COMPÉTENTS DES NATIONS UNIES DANS LES CAS PRÉVUS PAR LA CHARTE

116. Dans le projet de 1925 recommandé par l'Union interparlementaire, on considérait comme infraction internationale « l'inexécution de l'obligation de porter les conflits graves devant la Cour permanente de justice internationale, dans les cas où la compétence de cette Cour serait obligatoire²⁸¹.

Il est évident que lorsque ce texte avait été élaboré de grands espoirs avaient été mis dans le développement de la compétence obligatoire de la Cour. Ces espoirs ont été déçus, mais il n'en est pas moins vrai que l'Article 37 de la Charte des Nations Unies prévoit l'obligation de soumettre au Conseil de sécurité les différends dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales et qui n'ont pu être réglés par des moyens pacifiques. Une telle obligation pourrait être renforcée par une incrimination à prévoir dans le Code international.

LE RECRUTEMENT DE CONTINGENTS SUPÉRIEURS A CEUX AUTORISÉS ET CONSTRUCTIONS STRATÉGIQUES INTERDITES

117. Le danger que peut présenter un Etat qui dans le passé s'est rendu coupable d'une agression internationale peut justifier des mesures destinées à limiter ou à supprimer son potentiel de guerre. La violation des clauses des traités établis dans ce but doit, à notre avis, être considérée comme une menace contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il devrait en être de même dans le cas de violation d'une Convention générale pour la limitation ou réduction des armements.

De telles violations étaient considérées comme des crimes internationaux par les *Principes fondamentaux d'un Code répressif des nations* (art. 9), par. h), recommandés en 1925²⁸² par la Conférence interparlementaire et par le *Plan d'un Code répressif mondial*²⁸³.

LA FABRICATION, LE COMMERCE, LA DÉTENTION ET L'ENTRAÎNEMENT A L'EMPLOI D'ARMES DE GUERRE INTERDITES PAR LES ACCORDS INTERNATIONAUX

118. Ce crime était prévu dans le plan d'un Code répressif de 1935²⁸⁴.

Un comité spécial avait été institué en 1932 par la Conférence du désarmement pour traiter la question des armes chimiques, incendiaires et bactériennes que l'on voulait interdire. Le rapport du comité pour sa deuxième session (novembre-décembre 1932 président M. Pilotti) dit à cet égard : « On a proposé de plusieurs côtés qu'une entrave pourrait être apportée à la guerre chimique, si l'on élaborait dans chaque pays une législation pénale punissant les auteurs de la préparation d'une formule de guerre interdite, par exemple les chimistes ou les bactériologistes convaincus de préparer des armes chimiques

²⁷⁸ Voir à ce sujet les discussions qui ont eu lieu à la séance du 25 mai 1949 de la Commission du droit international, notamment les points de vue exprimés par MM. Amado, Koretsky, Sandström et Spiropoulos (A/CN.4/SR.27, p. 4, 6 et 11).

²⁷⁹ Texte communiqué par le professeur Kadecka de l'Université de Vienne et publié dans le *Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire* (Secrétaire général E. Delaquis), Berne, vol. XIV, livr. 3/4, nov. 1949, p. 248.

²⁸⁰ A/CN.4/SR.27, p. 4.

²⁸¹ Voir *l'Histoire du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 77.

²⁸² Voir *l'Histoire du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 77.

²⁸³ Voir *Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 367.

²⁸⁴ *Ibid.*

ou bactériennes²⁸⁵. » Par ailleurs, on suggéra l'application d'une mesure de sûreté analogue à celle que l'on trouve dans de nombreux codes et projets de code pénal, à savoir, l'interdiction de l'exercice d'une profession déterminée à ceux qui, en pratiquant celle-ci, auraient préparé une infraction. Le rapport du Comité précité stipule « qu'on a pensé qu'une flétrissure entraînant l'interdiction de pratiquer la profession pourrait être attachée à ceux qui se livreraient à des travaux ayant en vue la préparation de la guerre chimique ou bactérienne »²⁸⁶.

Ce système pourrait être adopté pour toutes les *armes dites aveugles* qui ont été inventées depuis lors, *après qu'un accord international aurait été conclu interdisant leur emploi*. Pour les motifs déjà exposés (voir par. 43) nous pensons qu'une telle interdiction serait illusoire sans un *contrôle effectif et universel* de leur fabrication.

L'ADMISSION PAR UN ETAT DANS SES FORCES ARMÉES DES DÉSERTEURS DE TERRE, DE MER ET DE L'AIR D'AUTRES ETATS

119. Un Etat n'est pas obligé de livrer les déserteurs qui se trouvent sur son territoire. Selon certains auteurs, il est désirable que les Etats s'abstiennent de livrer les déserteurs, mais cela ne veut pas dire qu'un Etat puisse en temps de paix incorporer ceux-ci dans ses forces armées. Une telle pratique serait de nature à troubler les relations internationales qui doivent reposer sur la confiance et la loyauté.

LA VIOLATION DES IMMUNITÉS DIPLOMATIQUES

120. Elle constitue une infraction au droit international. Les législations nationales en font un délit.

Le criminaliste anglais Kenny place dans la catégorie des infractions contre le droit international, la violation des prérogatives des ambassadeurs des nations étrangères. Il précise « qu'afin d'assurer le respect des devoirs qu'une politique prudente... impose envers les autres nations civilisées, la loi criminelle prévoit que des peines peuvent être infligées à toutes les personnes qui se rendraient coupables de telles violations »²⁸⁷.

Même si la législation nationale ne réprime pas ces violations, le droit international doit nécessairement nous conduire à leur incrimination par le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité²⁸⁸.

Tenant compte de la nécessité de réagir contre certaines tendances à méconnaître l'immunité diplomatique, nous considérons qu'il est nécessaire qu'en plus de la responsabilité de l'Etat qui a encouragé ou toléré la violation, le Code international prévoit la responsabilité de l'individu qui s'est rendu coupable de sévices envers les personnes jouissant de l'immunité diplomatique.

On sait que dans le *Plan d'un Code répressif mondial de 1935*²⁸⁹ de tels actes étaient prévus comme infractions internationales.

LE FAIT DE LA PART D'UN AGENT DIPLOMATIQUE D'ABUSER DES PRIVILÈGES QUI LUI SONT ACCORDÉS POUR COMMETTRE DES ACTES ATTENTATOIRES A L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL OU DES INFRACTIONS AU DROIT INTERNATIONAL DIRIGÉES CONTRE L'ETAT AUPRÈS DUQUEL IL EST ACCRÉDITÉ

121. Si la violation des immunités diplomatiques doit faire l'objet d'une sanction pénale dans les conditions prévues au paragraphe précédent, en contre partie il faut que l'activité des agents diplomatiques qui se sont rendus coupables de faits d'une exceptionnelle gravité contre la sûreté ou contre d'autres intérêts fondamentaux de l'Etat, auprès duquel ils sont accrédités, soit réprimée et que ces agents puissent être jugés par une juridiction criminelle internationale.

En effet, si pour des délits de droit commun n'ayant aucun rapport avec les intérêts de l'Etat qu'il représente, on peut concevoir que l'agent diplomatique soit poursuivi devant la juridiction dudit Etat, on voit mal comment cette juridiction pourrait réprimer effectivement des infractions qui ont été commises dans l'intérêt de l'Etat en question et le plus souvent sur l'ordre ou le conseil du gouvernement dont l'agent diplomatique dépend.

Nous référant à certains cas qui se sont produits peu avant et pendant la première guerre mondiale, dans certains pays neutres²⁹⁰ nous avons soulevé en 1924, à la 22^e Conférence interparlementaire de Berne, la question des mesures à prendre contre les agents diplomatiques qui commettraient, dans les pays où ils sont accrédités, des crimes contre la sûreté intérieure de ces pays ou des actes préparatoires d'une agression internationale²⁹¹.

La même question a été soulevée par la Roumanie en 1927 à la Huitième Assemblée de la Société des Nations. Considérant les questions que le Comité d'experts de la Société des Nations estimait ne pas être mûres pour la codification, le représentant du gouvernement roumain déclarait en séance plénière :

« Tout en reconnaissant l'importance scientifique des rapports du Comité d'experts, nous estimons, cependant, quant à la question des privilèges et immunités diplomatiques, que son ajournement aura l'avantage de permettre de compléter les travaux préparatoires et de les mettre en harmonie avec les desiderata récents de la doctrine pénale, au sujet de la responsabilité effective des agents qui abusent de leur immunité en agissant en contradiction flagrante avec les règles de la morale internationale. »

L'immunité dont jouissent à juste titre les agents diplomatiques ne devrait pas exclure la possibilité pour un Etat victime des agissements criminels de ces agents de demander qu'ils soient déferés à une juridiction criminelle internationale.

²⁹⁰ Citons l'introduction par la valise diplomatique de microbes de maladies contagieuses destinés à être répandus au moment opportun; l'introduction de matériel pour l'exécution d'actes de terrorisme ou autres attentats contre la sûreté intérieure de l'Etat; la délivrance de faux passeports ou papiers d'identité afin de faciliter l'espionnage; la corruption des fonctionnaires publics, et autres faits de même nature.

²⁹¹ Voir Pella, *Exposé sur la criminalité de la guerre* (compte rendu de la Conférence, p. 333).

²⁸⁵ Document Conf. D.152, p. 12.

²⁸⁶ Voir rapport de M. Rutgers, document D.A.C.B. 37 (1).

²⁸⁷ *Esquisse du droit criminel anglais*, p. 397.

²⁸⁸ Cf. La déclaration de M. Alfaro à la séance du 3 mai 1949 de la Commission du droit international, A/CN.4/SR.14, p. 5.

²⁸⁹ Voir *Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 367.

Cette manière de voir a reçu une large approbation en avril 1925, à la Commission juridique de l'Union interparlementaire. Elle a été adoptée dans les Principes fondamentaux de 1925 d'un Code répressif des nations²⁹² et par le plan de 1935 d'un Code répressif mondial²⁹³.

LES ACTES DE TERRORISME AFFECTANT LES RELATIONS INTERNATIONALES

122. Le Code devrait réprimer le fait d'avoir suscité, favorisé ou toléré des activités visant à créer la terreur sur le territoire d'un autre Etat. Ces activités peuvent consister, soit en attentats dirigés contre des personnalités revêtues de fonctions ou de charges publiques ou contre des biens publics, soit en attentats créant un danger commun et mettant en péril la vie d'éléments quelconques de la population.

Il s'agit en pratique de trouver une formule couvrant les cas graves prévus par la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme conclue à Genève, le 16 novembre 1937, sous l'égide de la Société des Nations.

On se souviendra que tous les Etats qui ont participé à la Conférence qui élaborait ladite Convention, ont été d'accord pour réaffirmer dans l'article premier de cette Convention « le principe du droit international d'après lequel il est du devoir de tout Etat de s'abstenir lui-même de tout fait destiné à favoriser les activités terroristes dirigées contre un autre Etat et d'empêcher les actes par lesquels elles se manifestent²⁹⁴. Les circonstances qui ont déterminé la conclusion de la Convention de 1937 sont connues. Un attentat commis à Marseille le 9 octobre 1934 avait coûté la vie au roi Alexandre de Yougoslavie et à M. Barthou, ministre français des

affaires étrangères²⁹⁵. Cet attentat mettait en cause la responsabilité d'Etats étrangers.

Des formules plus larges pourraient être adoptées. Elles viseraient tous les attentats dirigés contre la sûreté d'un autre Etat et qui impliqueraient soit l'action, soit l'encouragement ou la tolérance coupable d'un autre Etat.

A la séance du 31 mai 1949 de la Commission du droit international, M. Spiropoulos avait envisagé la possibilité de prévoir dans le Code international le fait de la non-répression des crimes préparés sur le territoire d'un Etat et qui sont dirigés contre l'indépendance et l'intégrité territoriale d'un autre Etat. A ce propos, il signalait que le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte fournissait un argument en faveur d'une telle incrimination²⁹⁶.

Le Comité juridique de la Conférence du désarmement avait lui-même, dans les textes de 1933, prévu la répression de la « préparation et de l'exécution sur le territoire de l'Etat d'actes dirigés contre la sûreté d'une Puissance étrangère » (art. 2, par. 1)²⁹⁷.

²⁹² En réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, M. Ivan Soubbotitch, ancien ministre plénipotentiaire et délégué permanent de la Yougoslavie auprès de la Société des Nations a envoyé une note dans laquelle il rappelle qu'avant l'attentat de Marseille, c'est-à-dire en mai 1934, la Yougoslavie avait attiré l'attention du Conseil de la Société des Nations sur le fait qu'en territoire hongrois, à Janka Puszta, se trouvait le siège d'une bande de terroristes qui jouissait de la tolérance, voire même de l'active assistance des autorités respectives.

Il est également rappelé dans la même note, que l'enquête effectuée après l'attentat de Marseille prouva que l'organisation terroriste avait aussi des ramifications en Italie, mais pour des raisons d'opportunité politique on préféra ne pas mettre en cause le gouvernement fasciste.

Concernant cette question, voir aussi la note yougoslave du 22 novembre (*Journal officiel*, Société des Nations, 1934, p. 1765 et suiv.) et le compte rendu de la séance extraordinaire du Conseil de la Société des Nations du 5 décembre 1934 (*Journal officiel*, Société des Nations, 1934, 1692-1760).

²⁹³ A/CN.4/SR.30, p. 11.

²⁹⁴ Dans l'*Examen d'ensemble du droit international* [publication des Nations Unies, n° de vente : 1948.V.1 (1)], il est précisé que « le fait de ne pas avoir empêché l'utilisation du territoire national comme base d'activité nuisible aux intérêts légitimes d'Etats [est lié]... dans la plupart des cas au problème central de la responsabilité des Etats et demande une mise au point des conditions dans lesquelles la responsabilité d'un Etat est engagée » (p. 62). Certains auteurs considèrent l'obligation de protéger la sécurité des Etats étrangers comme découlant fréquemment de ce que l'on appelle le *droit fondamental au respect*. Voir von Liszt, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt* (12^e éd., 1925), p. 118, et *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (25^e éd., 1927), p. 784. Voir aussi de Louter, *Le droit international positif* (1920), vol. I, p. 244. Sur le problème de la protection pénale des Etats étrangers, voir également : Pella, « La répression des crimes contre la personnalité de l'Etat », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 33 (1930), p. 677 et suiv.; Bourquin, « Crimes et délits contre la sûreté des Etats étrangers », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 16 (1927), p. 121 et suiv.; Preuss, « La répression des crimes et délits contre la sûreté des Etats étrangers », *Revue générale de droit international public*, t. XL (1933); Saldana, *La justice pénale internationale*, chap. II, « Délits antinationaux », n° 2; Hegler, « Actes d'hostilité envers les Etats amis », *Travaux du Congrès pénal et pénitentiaire international de Prague*, août 1930. Cf. Lauterpacht, « Revolutionary activities by private persons against foreign States », *The American Journal of International Law*, vol. 22, n° 1 (1928); Romachkine « К вопросу о понятии и истотchnikah mejdunarodnogo ougolovnogo prava ». (La notion et les sources du droit pénal international), *Sovetskoe gosoudarstvo i pravo* (L'Etat et le droit soviétique), mars 1948, n° 3, p. 30.

²⁹² Voir art. 9, par. B, b, et art. 14 dans l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 78.

²⁹³ *Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 266.

²⁹⁴ Sur l'ensemble de la question telle qu'elle s'est présentée à la Société des Nations, voir les résolutions adoptées par le Conseil les 10 décembre 1934 et 27 mai 1937, ainsi que la résolution de l'Assemblée du 10 octobre 1936 (*Actes de la Conférence internationale pour la répression du terrorisme*, SDN, document C.94, M.47, 1938, p. 183-184. Voir aussi dans les mêmes documents, notre exposé comme rapporteur général de la Conférence, p. 65-69).

Sur le terrorisme, voir les *Actes des Conférences internationales pour l'unification du droit pénal*, Bruxelles 1930, Paris, 1931, Madrid, 1933, Copenhague, 1935, avec les rapports de MM. Roux, Gunzburg, Givanovitch, Radulesco et Sachs.

Voir également : Sasserath : « Un événement historique dans l'évolution du droit contemporain », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1938; Pella, « Le terrorisme », memorandum et avant-projets de convention (*Revue de droit pénal et de criminologie*, 1935); Pella, « La cour pénale internationale et la répression du terrorisme », *Union belge de droit pénal*, 1938; Caloyanni, « Le terrorisme et la création d'une cour répressive internationale », *Revue de droit international* (La Pradelle), vol. 15 (1935); Caloyanni, Deux conventions : « Prévention et répression du terrorisme. Création d'une cour pénale internationale », *Revue de science criminelle*, 1938, p. 403 et suiv.; Donnedieu de Vabres, « La répression internationale du terrorisme », *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 19 (1938); So'tile, « Le terrorisme international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 65, (1938); Dumas, « Du ondemement juridique de l'entraide internationale pour la répression du terrorisme », *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 16, (1935); Waciorcki, *Le terrorisme politique*; Bouzat, « Chronique », *Revue de science criminelle*, juillet-septembre 1938.

Cependant, si l'on considère que la question générale des crimes contre les Etats étrangers n'est pas assez mûre pour que le Code international en traite, nous estimons qu'une disposition limitée aux cas de terrorisme ci-dessus indiqués serait absolument nécessaire.

LA PROPAGANDE DE GUERRE

123. Vu le caractère spécial que présente cette infraction ainsi que la diffusion de fausses nouvelles et la pression en faveur de la guerre, nous avons préféré les traiter après les paragraphes qui précèdent. Il en est de même pour l'outrage à un Etat étranger.

Si le recours à la menace ou à l'emploi de la force est interdit, par l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies et si l'on doit, ainsi qu'il a été déjà dit plus haut, les considérer comme des crimes contre la paix, il s'ensuit que l'incitation publique à de tels crimes devrait, elle aussi, être considérée comme un crime.

Toutes les législations nationales répriment l'incitation directe au crime. La provocation à un meurtre est très sévèrement punie. La répression de la provocation à la guerre qui représente un meurtre en masse s'impose.

On doit observer qu'il ne s'agit pas de la propagande tendant à rendre l'opinion publique attentive aux dangers de guerre et à la convaincre de la nécessité de se mettre en mesure d'exercer la légitime défense. L'histoire donne des exemples de nations qui n'étaient pas moralement et matériellement préparées à subir les épreuves de force qui leur furent imposées. Ces nations se trouvant dans l'impossibilité de résister à l'agresseur, perdirent leur indépendance. Dans certaines circonstances, c'est non seulement un droit, mais encore un devoir, de réveiller un pays ignorant des dangers qui le menacent.

Quelles que soient la complexité et la difficulté de cette question, on ne peut la négliger quand on élabore un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

124. Depuis une trentaine d'années, des propositions ont été faites en vue de la punition des personnes physiques qui ont concouru directement à la déclaration de la guerre ou qui, sciemment, ont créé certaines situations de nature à favoriser la perpétration d'une agression internationale ²⁹⁸.

Ces idées développées par nous devant la Conférence interparlementaire de Washington en 1925 furent reprises et présentées par M. E. Rappaport sous la forme d'une proposition concrète tendant à incriminer dans les codes nationaux la propagande en faveur de la guerre d'agression. A l'appui de cette proposition présentée à la première Conférence pour l'unification du droit pénal qui s'est réunie à Varsovie en novembre 1927, M. Rappaport faisait état aussi bien des travaux antérieurs de certains auteurs que de la résolution concernant le caractère criminel de la guerre d'agression votée en 1927 par l'Assemblée de la Société des Nations sur l'initiative de la Pologne. La proposition en vue de l'incrimination de

la propagande de guerre s'est présentée sous la forme d'un texte législatif ²⁹⁹ ayant la teneur suivante :

« Quiconque dans un discours ou conférence publics ou par voie de propagation ou exposition publique d'une œuvre ou image aura tenté d'exciter l'opinion publique à la guerre d'agression, sera puni d'emprisonnement jusqu'à cinq ans. »

En cette même année 1927, en notre qualité de rapporteur du projet du Code pénal roumain à la Chambre des Députés, nous proposâmes à la Commission législative l'introduction dans ce projet d'un texte réprimant la propagande de guerre. Ce texte souleva une longue discussion et il subit certaines modifications. En suite de cette proposition, le délit de propagande de guerre est réprimé sous condition de réciprocité, par l'article 225 (1^{re} partie du par. 2) du Code pénal roumain de 1936 qui dispose :

« Commet le délit contre les relations internationales et sera puni de la détention simple de deux mois à un an... celui qui, dans le but de déterminer l'Etat roumain à entreprendre une guerre d'agression, incite l'opinion publique en ce sens par une propagande directe faite par tous moyens. »

On trouve la même incrimination dans le code pénal polonais de 1932 (art. 113) :

« Quiconque incite publiquement à la guerre d'agression sera puni d'un emprisonnement de cinq ans au plus. Les poursuites n'auront lieu que si le fait est reconnu comme punissable aussi par les lois de l'Etat contre lequel l'incitation est dirigée. »

Citons également la loi autrichienne du 16 juin 1945 :

« Est coupable du crime de l'instigation de guerre quiconque, recourant à la propagande, particulièrement en répandant des imprimés, des écrits ou des images, ou en usant de la radio, a excité à la guerre, recherché sciemment sa continuation, présenté la guerre comme utile pour le bien de l'Etat ou du peuple, ou tenté de créer dans le peuple la conviction que ses intérêts ne pourraient être sauvegardés à l'égard d'autres nations que par des entreprises guerrières ³⁰⁰. »

Rappelons aussi le paragraphe 5 de l'article 141 de la Constitution brésilienne du 18 septembre 1946 qui, entre autres, prévoit l'interdiction « de la propagande de guerre » tandis que le décret-loi brésilien n° 431 du 18 mai 1938 punit la propagande de guerre d'un emprisonnement de deux à cinq ans ³⁰¹.

Citons enfin le projet de code criminel brésilien élaboré par le Juge Virgilio de Sà Pereira et revu par la sous-commission législative composée de MM. Evaristo de Moraes, Mário Bulhões et Roberto Lyra :

« Art. 407 : Tous ceux qui, en réunions publiques ou dans la presse, par des discours ou écrits, chercheront à entraîner le Brésil dans une guerre d'agression

²⁹⁸ Sur cette question, voir *Actes de la Conférence*, p. 39 à 41.

²⁹⁹ Texte communiqué par le professeur Kadecka (*Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire*, vol. XIV, livr. 3/4, Berne, novembre 1949, p. 247).

³⁰¹ Voir les textes ci-dessus dans le Rapport de M. Roberto Lyra, *Actes de la huitième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal*, Bruxelles, 1947, p. 114.

²⁹⁸ Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, n° 7, 13, 14 et 204.

ou de conquête, seront punis d'une année de détention au plus et, en cas de récidive, de trois années de prison au plus³⁰².

125. Entre les deux guerres, le problème de la propagande de guerre a été longuement discuté au sein des organisations internationales non gouvernementales.

La troisième Conférence pour l'unification du droit pénal réunie à Bruxelles en 1930 a adopté le texte suivant :

« Quiconque fera une propagande publique pour inciter à la guerre d'agression sera puni de... »

« La sanction ne sera applicable que sous réserve qu'une sanction pareille existe dans la législation du pays contre lequel a été dirigée l'incitation à la guerre³⁰³. »

La quatrième Conférence pour l'unification du droit pénal tenue à Paris en décembre 1931, a adopté elle aussi une résolution attirant l'attention du Secrétaire générale de la Société des Nations sur l'opportunité d'élaborer une convention internationale en vue d'établir une répression universelle de la propagande de guerre³⁰⁴.

En février 1932, la Commission de sécurité de l'Union interparlementaire adopta un projet de résolution qui demandait aux groupes nationaux de saisir leurs parlements respectifs de projets pour l'introduction dans la législation pénale des divers Etats « de dispositions permettant de châtier ceux qui auront incité l'Etat à la guerre par la plume, la parole ou tout autre moyen de publicité³⁰⁵. »

Le 27^e Congrès universel de la paix (Athènes, 1927) se référant aux incriminations contenues dans les projets de code pénal roumain, brésilien et polonais, vota une résolution dont nous reproduisons les passages suivants :

« Considérant que la guerre est un fléau qui met en grave péril non seulement les pays belligérants, mais les intérêts matériels et moraux du monde entier,

« Le Congrès attire l'attention des gouvernements sur la nécessité d'introduire dans le code pénal de chaque Etat des dispositions pour la répression des délits contre la paix, notamment le *délit d'excitation directe de l'opinion publique en vue de promouvoir l'invasion du territoire d'un Etat étranger dont les frontières ont été reconnues par la communauté internationale, soit que cette excitation se poursuive par des conférences ou des discours prononcés en public, soit par la diffusion d'imprimés ou d'images tendant à cette fin*³⁰⁶. »

Le 28^e Congrès universel de la paix (Bruxelles 1931) adopta une nouvelle résolution en ce sens : « Le Congrès compte que, fidèles au Pacte de Paris par lequel elles ont loyalement déclaré qu'elles condamnent le recours à la guerre, les puissances introduiront dans leurs législations des mesures préventives et répressives permettant

de châtier ceux qui, *par la parole, par la plume ou par tout autre moyen analogue, incitent à la guerre.* »

Enfin, le 29^e Congrès universel de la paix (Vienne, 1932) vota lui aussi une résolution dans le même sens.

L'Union internationale des avocats, lors de son 3^e Congrès en 1931, fut saisie d'un rapport de M. Appleton et d'un projet de résolution émettant le vœu « que les différentes législations nationales édictent des sanctions pénales contre ceux qui se livreraient à une propagande dans le but d'exciter publiquement à la guerre d'agression ».

Après d'importants débats, le Congrès a adopté une résolution en ce sens³⁰⁷.

L'Union paneuropéenne s'est occupée elle aussi de ces problèmes. Le 3^e Congrès paneuropéen réuni à Bâle en septembre 1932 a adopté une résolution pour l'incrimination de certains faits dirigés contre la paix universelle, notamment la propagande de guerre.

126. Toujours en rapport avec le même problème, on note que le Comité spécial de la Société des Nations pour l'élaboration d'un projet de convention générale en vue de développer les moyens de prévenir la guerre, a adopté à l'unanimité, dans sa séance du 14 mai 1931, une résolution dans laquelle il est dit, entre autres : « Le Comité spécial, reconnaissant qu'une *propagande agressive* contre une puissance étrangère peut constituer, dans certaines circonstances une véritable menace pour la paix du monde, propose que l'Assemblée prenne en considération ce problème et examine les possibilités d'y apporter une solution³⁰⁸. »

Signalons aussi le projet de convention du 15 mars 1932 présenté à la Commission politique de la Conférence du désarmement par la délégation polonaise³⁰⁹ et dans lequel on prévoyait la « répression de l'incitation publique à la guerre ».

Rappelons enfin l'article 2, paragraphe 2, des textes proposés en 1933 par le Comité juridique de la Conférence du désarmement. Ce comité prévoyait lui aussi la répression de la propagande directe et publique pour engager l'Etat à la guerre d'agression (voir par. 10).

127. Après la seconde guerre mondiale, pour ce qui est de l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations qui ont traité de cette question, il y a lieu de mentionner notamment la proposition du délégué de la Pologne à la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification, à savoir :

« Que la formulation des principes reconnus par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg doit inclure le chapitre II du Statut avec l'indication :

1) que la propagande de la guerre d'agression constitue

³⁰² *Ibid.*, p. 115.

³⁰³ Voir *Actes de la troisième Conférence*, p. 191.

³⁰⁴ Voir *Actes de la quatrième Conférence*, p. 300.

³⁰⁵ Voir *Bulletin interparlementaire*, février 1932, p. 73.

³⁰⁶ Le Président de la Conférence du désarmement a été saisi du texte complet de cette résolution par une communication du Bureau international de la paix, portant la date du 18 février 1932.

³⁰⁷ Voir Appleton, *La protection de la paix par le droit pénal*. Rapport présenté au 3^e Congrès de l'Union internationale des avocats (*Le Cétiste*, n° 7, juillet 1931, p. 2 et suivantes). Voir aussi Union internationale des avocats, document n° 8 du Congrès tenu à Luxembourg du 14 au 17 mai 1931, p. 13 et suiv., et 50 et suiv.

³⁰⁸ Voir SDN, document A.14, 1932.VI, p. 32.

³⁰⁹ Voir le document Conf. D./C.P.3, publié dans les *Actes de la Conférence pour la réduction et la limitation des armements*, procès-verbal de la Commission politique, 27 février 1932 à 10 mars 1933, série D, vol. 5, p. 60 (série de la Société des Nations 1936.IX.8).

un crime contre la paix dans le sens de l'article 6, a, du Statut; 2) que les mots « avant ou » dans l'article 6, c, doivent être supprimés³¹⁰. »

A la même Commission, le représentant de la Pologne retirant sa proposition initiale déclara que la propagande pour la guerre d'agression constituant un crime en vertu du droit international « le Gouvernement polonais s'attend à voir incorporer une disposition similaire dans la codification des crimes contre la paix et la sécurité, et demande que la Commission du droit international entreprenne une action appropriée dans ce domaine d'importance primordiale »³¹¹.

L'Assemblée générale adopta en 1947 une résolution condamnant « toutes formes de propagande dans quelque pays qu'elle soit menée, qui est destinée ou qui est de nature à provoquer ou à encourager toute menace à la paix, rupture de la paix ou acte d'agression »³¹².

Ce serait dépasser le cadre de ce mémorandum que d'exposer les travaux de la Conférence sur la liberté de l'information qui s'est tenue à Genève au printemps de 1948. L'Assemblée générale des Nations Unies, par une résolution du 20 octobre 1949, a décidé, en ce qui concerne le projet de convention sur la liberté de l'information, de réserver sa décision jusqu'à sa prochaine session³¹³.

Quant aux organisations non gouvernementales, il y a lieu de signaler que l'Union interparlementaire, à sa 37^e conférence tenue à Rome en septembre 1948, adopta la résolution suivante qui se réfère aux travaux précités des Nations Unies :

« Comme toute propagande en faveur de la guerre et toute incitation à l'agression constituent une menace pour la paix, vers le maintien de laquelle doivent tendre tous les efforts des Etats, il est du devoir des gouvernements de prendre des mesures efficaces afin d'assurer l'exécution des résolutions condamnant une telle propagande, adoptées à l'unanimité par la deuxième Assemblée générale des Nations Unies, en 1947, et par la Conférence pour la liberté de l'information, en 1948 »³¹⁴. »

128. Comme nous l'avons dit au début du paragraphe 123, la répression de la propagande de guerre pose des questions très complexes dont la solution est particulièrement délicate, du fait que ces questions sont en étroite corrélation avec la liberté de la presse.

Dans la plupart des pays, la liberté de diffusion des idées et des opinions est garantie par des textes constitutionnels ou par des coutumes et des traditions bien assises qui ont, en fait, la même force. Cette garantie est postulée par le droit naturel de liberté de la pensée. Ne pas assurer une telle liberté, c'est priver la collectivité tout entière du bénéfice que lui procurent l'échange et la pénétration perpétuels des idées et opinions.

C'est pourquoi dans nombre d'Etats les principes suivants sont consacrés : a) *liberté complète* de diffusion des idées sans aucune mesure préventive (censure, avertissement, etc.) entravant cette diffusion; b) *responsabilité effective* en cas d'usage abusif de la liberté.

La presse qui constitue l'un des plus puissants moyens de diffusion des idées et des opinions peut cependant être employée pour perpétrer certains actes nuisibles à la paix du monde.

Nous considérons que sans restreindre le droit de la presse d'approuver ou de critiquer tel ou tel régime politique, sans priver l'opinion publique de la possibilité de connaître ce qui se passe dans d'autres pays et d'être avertie des dangers de guerre, il faut toutefois incriminer la propagande de guerre qui est constituée par une incitation directe à des actes d'agression.

Le procès de Nuremberg offre lui aussi ample matière à méditation. Il suffit de rappeler que Streicher fut condamné par le Tribunal international principalement pour des actes de propagande³¹⁵.

LA DIFFUSION DE NOUVELLES FAUSSES OU DÉFORMÉES OU DE FAUX DOCUMENTS SACHANT QU'ILS NUISSENT AUX RELATIONS INTERNATIONALES

129. Ces actes qui ont une certaine ressemblance avec la propagande de guerre présentent encore plus de gravité que celle-ci, étant donné qu'on a recours au faux ou au mensonge pour troubler les relations internationales³¹⁶.

Des intérêts coupables de divers ordres peuvent déterminer la propagation de fausses nouvelles ou de faux documents; intérêts de la spéculation financière, intérêts des fabricants d'armes et de munitions, intérêts de certains dirigeants qui pensent que la guerre leur procurerait des avantages. Ces machinations peuvent contribuer dans une large mesure à la création d'un état d'esprit belliqueux nécessaire pour lancer la nation dans la guerre. Il s'agit de donner un choc à l'opinion publique et la

³¹⁰ A/AC.10/38/Corr.1, cité dans le *Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg*, p. 32.

³¹¹ *Ibid.*, p. 32.

³¹² Voir à ce sujet aussi le rapport de la Première Commission de l'Assemblée générale, A/428.

³¹³ A/1035.

³¹⁴ Voir point 8 de la résolution sur les principes de morale internationale. Ce texte se trouve également dans le document A/C.3/221, p. 3.

³¹⁵ Cf. Whitton, « La propagande internationale, instrument de guerre », *Revue générale de droit international public*, t. XX (1949), n° 2, p. 196. Sur la propagande de guerre, voir aussi : Pella, « Un nouveau délit : La propagande pour la guerre d'agression », *Revue de droit international* (de La Pradelle) vol. 3 (1929), p. 174-179; Rappaport, « Propagande de la guerre d'agression comme délit du droit des gens », *Revue pénitentiaire de Pologne*, 1929, annexe 13; Sokalski, « Propagande de la guerre d'agression », rapport à la troisième Conférence pour l'unification du droit pénal (*Actes de la Conférence*, Bruxelles, juin 1930); Mirkine-Guetzévitch, *Droit international et droit constitutionnel* (1931); Appleton, « La protection de la paix et le droit pénal », *Le Cétiste*, 1931, n° 7; Makowski, « Le crime d'incitation à la guerre d'agression », *Revue politique*, Varsovie, 1931; Caloyanni, « Observations au sujet de l'incrimination de la propagande de guerre », *Compte rendu de la troisième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal*, Bruxelles, 1930; Silbernagel, « Moralische Abrüstung und Strafrecht », *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 47^e année, n° 1, 1933; Gunzburg, *Les transformations récentes du droit pénal interne et international* (Bruxelles, 1933).

³¹⁶ Sur la diffusion de fausses nouvelles et de faux documents mettant en danger les relations internationales, voir notamment : Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, par. 207 et 208; Potulicki, *La diffusion de fausses nouvelles*. Cf. Yves de la Brière, « Aspect juridique du désarmement moral », *Revue générale de droit international public*, 1933, n° 2, p. 131 et suiv.

mise en circulation de fausses nouvelles³¹⁷ ou de faux documents est un excellent moyen pour produire ce résultat.

130. En avril 1931 le Gouvernement suédois, dans une communication adressée au Secrétaire général de la Société des Nations³¹⁸ avait attiré l'attention sur le danger que présente la publication d'informations inexacts ou tendancieuses concernant les rapports internationaux.

L'Assemblée de la Société des Nations, en septembre 1931, reconnut l'intérêt que présente ce problème. Elle pria le Conseil « d'examiner la possibilité d'étudier, en collaboration avec la presse, le problème délicat de la diffusion de fausses nouvelles de nature à troubler le maintien de la paix et la bonne entente entre les peuples »³¹⁹.

Enfin, le Gouvernement polonais, par un mémorandum en date du 17 septembre 1931 et par des propositions présentées le 13 février 1932, demanda que de pareils faits soient réprimés. Selon ce gouvernement, il s'agissait « d'insérer dans les codes pénaux un article punissant tout individu qui se rendrait coupable de répandre dans la presse des nouvelles fausses ou tendancieuses au sujet de la situation internationale »³²⁰. Il fallait encore réprimer « le fait de répandre intentionnellement des *documents faux* susceptibles d'envenimer les relations entre les Etats »³²¹.

131. A cet égard on rappellera que, déjà en 1914, Lammasch proposait l'incrimination dans les législations pénales de pareils faits, à l'instar du paragraphe 115 du projet de code pénal autrichien de 1912 qui punissait la propagation d'une nouvelle fausse ou dénaturée capable de mettre en péril les rapports paisibles entre les peuples³²².

En suite de la proposition présentée par nous en 1927 à la Commission législative de la Chambre des députés de Roumanie, le délit de diffusion de fausses nouvelles ou de faux documents fut introduit dans les divers projets. Finalement, l'article 225 du code pénal roumain de 1936 le réprime en ces termes :

« Sera puni de deux mois à un an de détention simple celui qui, en diffusant, par quelque moyen que ce soit, des fausses nouvelles ou des documents dénaturés ou falsifiés, met en danger les relations internationales de la Roumanie avec un autre Etat. La poursuite ne sera exercée que sur la demande du Ministre de la justice. »

Le projet de code pénal brésilien prévoit lui aussi ce délit à l'article 409 qui est rédigé comme suit :

³¹⁷ Voir dans le même ordre d'idées : Pella, *Proposition présentée au nom de la Roumanie à la 9^e session de l'Assemblée de la Société des Nations*, ainsi que la résolution votée par cette Assemblée pour condamner la propagande nuisible à la paix faite par la radiophonie.

³¹⁸ SDN, A.14.1931, VII, p. 43.

³¹⁹ SDN, A.73.1931, IX, p. 2.

³²⁰ Document Conf. D. 16, p. 3.

³²¹ Document Conf. D. 76.

³²² Voir Lammasch, *Rapport sur la question des fausses nouvelles pouvant compromettre la paix*, documents préliminaires de la 19^e Conférence interparlementaire qui devait avoir lieu à Stockholm en 1914, p. 139.

« Tous ceux qui, se basant sur des documents faux ou falsifiés, sur des nouvelles fausses ou altérées agiront de façon à mettre en péril les bonnes relations du Brésil avec une autre nation, seront punis d'une détention de trois mois au minimum et d'une amende. »

132. Entre les deux guerres, de nombreuses organisations non gouvernementales demandèrent elles aussi la répression de tels actes.

Le 27^e Congrès universel de la paix (Athènes, 1929) adopta une résolution par laquelle il attirait l'attention des gouvernements sur la nécessité d'une répression du délit de publication de faux documents ou de mise en circulation, par la presse ou tout autre moyen analogue, de fausses nouvelles de nature à troubler les bonnes relations entre les Etats.

Une résolution dans le même sens fut adoptée par le 29^e Congrès universel de la paix (Vienne, 1932).

L'Union internationale des Associations pour la Société des Nations vote à sa 15^e Assemblée plénière (Budapest, 1931) la résolution suivante :

« Considérant que la diffusion de fausses nouvelles ou de nouvelles tendancieuses sur la situation ou les agissements d'un Etat est de nature à déclencher des mouvements d'opinion hostiles et peut ainsi devenir une source de grave danger pour la paix entre les Nations,

« Considérant que le premier danger apparaît plus grave encore lorsqu'il s'agit de publication de faux documents,

« Considérant que les législations nationales n'assurent pas suffisamment la répression de pareils actes lorsqu'ils nuisent à des Etats étrangers,

« La 15^e Assemblée émet le vœu que l'Assemblée de la Société des Nations charge des organes qualifiés de rechercher par la voie internationale une solution aux questions suivantes : a... b... c... répression pénale... de la diffusion malveillante de nouvelles inexacts ou de documents faux de nature à troubler les relations internationales. »

L'Union interparlementaire, à sa 28^e Conférence (Genève, 1932), adopta une résolution, ainsi conçue :

« La 28^e Conférence interparlementaire... constatant avec satisfaction que la Conférence du désarmement a mis à l'étude la question de l'harmonisation du droit interne avec les principes du droit de la paix, propose aux groupes nationaux de saisir leurs parlements respectifs de projets de modification de leur droit interne, visant : a... b. L'introduction dans les législations pénales de dispositions permettant de punir ceux qui, soit en diffusant sciemment des nouvelles mensongères ou des faux documents, soit en employant des manœuvres frauduleuses, auront troublé les relations internationales ou augmenté la tension entre certains pays. »

L'union paneuropéenne, lors de son congrès de Bâle (septembre 1932), vota une résolution demandant la répression des fausses nouvelles qui mettent en danger les relations internationales.

133. Pour ce qui est des organismes officiels, rappelons que le Comité juridique de la Conférence du désarmement avait prévu dans ses textes de 1933 (art. 2, par. 4)

la répression de la « diffusion de fausses nouvelles ou de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers, lorsque la diffusion aura troublé les relations internationales et qu'elle aura été faite de mauvaise foi » (voir par. 10).

Le problème de la diffusion des fausses nouvelles de nature à troubler les relations internationales a été discuté aussi aux Nations Unies.

Le 15 novembre 1947, l'Assemblée générale a adopté la résolution 127 (II) dont nous reproduisons les passages ci-dessous :

« *L'Assemblée générale,*

« *Considérant* que les Etats Membres doivent, aux termes de l'article 1 de la Charte, développer entre eux des relations amicales et réaliser la coopération internationale en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

« *Considérant* que, pour atteindre ce but, il est essentiel de faciliter et d'augmenter la diffusion dans tous les pays des informations susceptibles d'accroître la compréhension mutuelle et d'assurer des relations amicales entre les peuples,

« *Considérant* que de substantiels progrès dans ce domaine ne peuvent être réalisés que si des mesures sont prises pour lutter dans les limites constitutionnelles contre la publication des nouvelles fausses ou déformées qui sont de nature à nuire aux bons rapports entre les Etats,

« *Invite* les gouvernements des Etats Membres :

« 1. A étudier les mesures qu'il y aurait lieu de prendre sur le plan national pour lutter dans les limites constitutionnelles contre la diffusion de nouvelles fausses ou déformées qui sont de nature à nuire aux bons rapports entre Etats;

« 2. A présenter à la Conférence sur la liberté de l'information un rapport à ce sujet afin de fournir à cette conférence les éléments qui lui permettront d'entamer immédiatement ses travaux sur une base concrète ³²³. »

Il y a lieu de signaler que la Troisième Commission au cours de la deuxième partie de la troisième session de l'Assemblée générale a adopté, avec certains amendements, un texte proposé par la délégation du Royaume-Uni, texte qui précisait que certaines sanctions devraient être prévues dans les lois « pour empêcher la diffusion de nouvelles fausses ou déformées qui nuisent aux relations amicales entre les Etats » ³²⁴.

Rappelons enfin que le projet de Convention relatif à la liberté de l'information prévoit à l'article 2, paragraphe 1, lettre j, que les libertés mentionnées aux alinéas a, c et d de l'article 1^{er} comportent des devoirs et des responsabilités et que par conséquent des sanctions peuvent frapper «... la diffusion systématique de nouvelles fausses ou déformées en connaissance de cause qui nuisent aux relations amicales entre peuples ou entre Etats » ³²⁵.

LA PRESSION EN FAVEUR DE LA GUERRE

134. Cette incrimination serait une conséquence normale aussi bien du Pacte Briand-Kellogg que des dispositions de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte.

A la différence de la propagande de guerre et de la diffusion de fausses nouvelles et de faux documents qui ont pour effet de provoquer un état de tension internationale pouvant conduire à la guerre, la pression en faveur de la guerre suppose déjà l'existence d'une telle tension. L'infraction consiste donc dans l'exercice d'une pression sur le gouvernement d'un pays afin de l'amener à recourir à la force pour résoudre un différend international pendant.

A ce sujet, il y a lieu de rappeler qu'à la Société des Nations, le Gouvernement suédois, dans ses propositions du 25 avril 1931 relatives aux moyens de prévenir la guerre, avait présenté un texte aux termes duquel « les Hautes Parties contractantes s'engagent à s'efforcer d'empêcher, dans le cadre de leur législation nationale, toute propagande orale ou écrite, ayant pour but de contrecarrer la solution pacifique de la crise » ³²⁶.

Procédant du même souci d'éviter tout ce qui pourrait empêcher la solution pacifique des différends internationaux, le projet de code pénal brésilien prévoit à l'article 408 que « tous ceux qui, au cours des négociations diplomatiques entamées pour la solution pacifique des conflits internationaux, organiseront des agitations populaires dans le but d'exercer une pression sur le gouvernement en faveur de la guerre, seront punis d'une détention pouvant aller jusqu'à six mois et de l'amende ».

Citons également l'article 225, paragraphe 2, deuxième partie, du code pénal roumain de 1936 qui punit, sous condition de réciprocité législative, de 5 ans de détention au maximum « celui qui, par un moyen quelconque, lorsque des négociations diplomatiques sont en cours pour la solution d'un différend international ou lorsque ce différend est soumis aux organes internationaux compétents, déclenche un mouvement populaire en vue d'exercer une pression sur le Gouvernement roumain en faveur de la guerre et entrave de la sorte la liberté d'action de ce dernier ».

L'OUTRAGE A UN ETAT ETRANGER

135. Il ressort de l'étude des législations et des projets de code pénal que l'on a de plus en plus le souci de défendre le prestige de la nation et de ses institutions.

On peut se demander si le même souci ne doit pas conduire à réprimer les actes qui offensent la dignité légitime d'un autre peuple. Le fait d'outrager un autre peuple, de l'exposer à la haine et au mépris au moyen d'informations fausses, exagérées ou tendancieuses est de nature à envenimer les relations internationales.

Mme Eleanor Roosevelt disait avec raison : « La menace à la paix et à la sécurité internationales est sûrement bien grave, lorsque derrière des murs d'ignorance voulue, des gouvernements persistent à diffamer d'autres

³²³ A/519, p. 38 et 39.

³²⁴ Voir sur ces questions document E/CN.4/360, p. 33.

³²⁵ *Ibid.*, p. 87 et 88.

³²⁶ Voir série de publications de la Société des Nations, VII, Questions politiques, 1931, VII, 8, n° A.14, 1931, VII, p. 43.

gouvernements, et les propagandistes officiels travaillent à empoisonner les puits de l'amitié internationale ³²⁷. »

Dans le projet établi en 1933 par le Comité juridique de la Conférence du désarmement (voir par. 10), on prévoyait, au paragraphe 5 de l'article 2, la répression de « l'outrage commis à l'égard d'un Etat étranger et qui consiste à lui attribuer de mauvaise foi des faits manifestement inexacts qui suscitent contre lui la haine ou le mépris public ».

CAS OU LES INFRACTIONS MENTIONNÉES AUX PARAGRAPHES 123-135 POURRAIENT ÊTRE RÉPRIMÉES PAR LES LÉGISLATIONS NATIONALES

136. Certaines précisions sont nécessaires concernant à la fois la propagande de guerre, les fausses nouvelles, les faux documents, la pression en faveur de la guerre, l'outrage à un Etat étranger. Ces infractions doivent être prévues dans le Code international étant donné qu'elles sont de nature à mettre la paix en danger ³²⁸.

Il serait en outre désirable que les Etats soient invités à introduire dans leur législation nationale de telles incriminations ³²⁹.

³²⁷ Citation se trouvant dans Whitton, « La propagande internationale, instrument de guerre », *Revue générale de droit international public*, t. 25 (1949), n° 2, p. 185.

³²⁸ On se souviendra que dans les Principes fondamentaux d'un Code répressif des nations recommandé en 1925 par la Conférence interparlementaire de Washington, on prévoyait à l'article IX « la propagation de fausses nouvelles pouvant compromettre la paix » (voir l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 78). Le plan de 1935 d'un Code répressif mondial prévoyait lui aussi comme crimes internationaux « la diffusion de faux documents ou de fausses nouvelles pouvant compromettre les relations internationales ». Lors de sa révision en 1946, le délit de propagande de guerre a été également introduit dans ledit plan (voir *Revue internationale de droit pénal*, 1935, n° 4, p. 368, et notre ouvrage *La guerre-crime et les criminels de guerre*, p. 151).

³²⁹ Il s'agit du problème d'une très grande ampleur concernant la protection de la paix internationale par le droit interne. Sur l'ensemble du problème, voir, en dehors de l'ouvrage fondamental *Droit constitutionnel international*, les nombreuses autres études de Mirkine-Guetzevitch, notamment « Droit international et droit constitutionnel », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 38 (1931), p. 307 et suiv.; *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*; *Derecho constitucional internacional*; « Jus gentium pacis », dans *Revista de Derecho publico*; « International Clauses of New European Constitutions », *Inter-Parliamentary Bulletin*, décembre 1948; « Les tendances internationales des nouvelles constitutions », *Revue générale de droit international public*, 1948, n° 3-4. Voir aussi Decencière-Ferrandière, « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'Etat », *Revue générale de droit international public*, 1933, p. 45 et suiv.; Pella, « Mémoire sur l'adaptation des législations nationales au stade actuel du développement de la vie internationale », Société des Nations, Doc. Conf. D.C.M.20, 1932. Déjà entre les deux guerres, on observait dans certaines législations nationales et dans quelques projets de code pénal une tendance à passer du stade des incriminations dictées par des motifs d'ordre national au stade des incriminations imposées aussi par la conscience des intérêts fondamentaux de la communauté internationale.

En d'autres termes, la portée de la législation pénale devrait être élargie pour protéger l'essor pacifique de l'Etat au sein de la communauté internationale en punissant tous les faits graves qui compromettent les relations de l'Etat avec d'autres Etats ou qui l'exposent à violer ses engagements internationaux.

La défense de la paix internationale doit faire désormais partie des intérêts fondamentaux de l'Etat. Chaque Etat a l'obligation de la protéger par sa législation nationale tout aussi efficacement que la paix intérieure. Il est intéressant de rappeler à ce sujet que le IV^e Congrès de l'Association internationale de droit pénal qui s'est

Si de semblables actes n'ont pas eu pour effet le déclenchement d'un conflit armé et même n'ont pas créé un état de tension internationale, ou n'ont pas aggravé la tension existante, la répression par les juridictions nationales pourrait suffire.

Au contraire, s'ils ont produit l'un des résultats indiqués, les délinquants devraient être traduits devant une juridiction criminelle internationale.

LE CRIME CONTRE L'HUMANITÉ, A SAVOIR L'EXTERMINATION OU PERSÉCUTION D'UNE POPULATION OU D'UN ÉLÉMENT DE POPULATION POUR DES RAISONS DE RACE, DE NATIONALITÉ, DE RELIGION, D'OPINIONS POLITIQUES OU AUTRE FONDÉE SUR DES CRITÈRES ANALOGUES PAR L'EMPLOI D'UN DES MOYENS SUIVANTS : HOMICIDE INTENTIONNEL, TORTURE, TRAITEMENTS INHUMAINS, Y COMPRIS LES EXPÉRIENCES BIOLOGIQUES, ATTEINTES GRAVES A L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE OU A LA SANTÉ, AINSI QUE LA DÉPORTATION OU LA DÉTENTION ILLÉGALE

137. Il s'agit là du crime contre l'humanité. Le texte ci-dessus vise également les actes commis par un Etat contre ses propres ressortissants ³³⁰. Il n'est pas possible

tenu à Paris, du 26 au 31 juillet 1937, a adopté sur la base de notre rapport général et des rapports spéciaux la résolution suivante :

« Le IV^e Congrès international de droit pénal, considérant que la guerre est un fléau qui met en péril non seulement les pays belligérants, mais les intérêts matériels et moraux du monde entier, considérant que le développement de la conscience internationale peut contribuer efficacement à la réalisation de l'œuvre de l'organisation de la paix; considérant que le droit interne, du fait qu'il s'adresse directement aux individus, peut contribuer utilement à la protection des biens d'où résulte la paix entre les Etats; vu que des législations pénales de plus en plus nombreuses tendent à protéger les relations internationales pour la répression des faits tels que les crimes contre la sûreté des Etats étrangers et tous les autres actes hostiles à un Etat étranger de nature à créer un danger de guerre ou à troubler les relations internationales; considérant que certaines législations vont jusqu'à réprimer la propagande et la pression en faveur de la guerre, les outrages à une nation étrangère, ainsi que la diffusion des fausses nouvelles et de faux documents de nature à mettre en péril les relations internationales;

« Le Congrès estime que, dans le but de contribuer au maintien de la paix entre les peuples, il est souhaitable que la législation criminelle de chaque pays érige en infraction, outre les atteintes aux droits et intérêts de l'Etat national, les atteintes aux droits et aux intérêts fondamentaux des Etats étrangers et à ceux de la communauté internationale ». (Voir *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 3 et 4, p. 405 et 406).

Voir également les *Travaux préparatoires* dudit Congrès sur la protection, par le droit pénal, de la paix internationale, notamment les rapports spéciaux de MM. José Augustin Martínez (p. 25 à 43), J. A. Roux (p. 44 à 56) et Demosthène Mirasys (p. 56 à 77).

³³⁰ A ce sujet, il y a lieu de rappeler que dès 1925, dans notre ouvrage *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (p. 146), nous considérons, en nous référant à l'assassinat en masse, que « dans l'organisation de la répression internationale on devra tenir compte des circonstances qui rendent la contrainte répressive absolument nécessaire au rétablissement de l'ordre international, que cet ordre ait été troublé par des actions extérieures de l'Etat ou par l'exercice abusif et criminel de ces pouvoirs territoriaux ».

Signalons en outre que dans le projet de statut d'une juridiction criminelle internationale élaboré en 1928 pour l'Association internationale de droit pénal on visait précisément de tels cas lorsqu'on prévoyait à l'article 36, la compétence de cette juridiction pour « les infractions internationales perpétrées par des individus et qui, par leur nature, ne peuvent être ni incriminées, ni punies par les codes répressifs nationaux » (voir l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 88).

dans le présent mémorandum de traiter cette question dans toute son étendue. En effet, de tous les crimes internationaux réprimés à Nuremberg et à Tokyo, le crime contre l'humanité a spécialement retenu l'attention des auteurs, et cela à cause de certains aspects caractéristiques de sa répression³³¹. Nous nous bornerons à exposer les conditions dans lesquelles le crime contre l'humanité devrait être introduit dans le Code international.

La formule présentée plus haut est une combinaison des textes de l'article 6, paragraphe c, du Statut du Tribunal de Nuremberg et des dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949³³².

³³¹ Voir notamment sur cette question : Graven, « La définition et la répression des crimes contre l'humanité », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 26 (1948); Boissarie, « Rapport général sur la répression des crimes nazis présenté au Congrès international du Mouvement national judiciaire français », 24-27 octobre 1946, *Revue internationale de droit pénal*, 1947; Pella, *L'Association internationale de droit pénal et la protection de la paix*, 1947; Rey, « Violations du droit international commises par les Allemands en France dans la guerre de 1939 », *Revue générale de droit international public*, vol. 16 (1941-1945); A. de Lapradelle, « Une révolution dans le droit pénal international », *Nouvelle revue de droit international privé*, vol. 13 (1946); Schwelb, « Crimes against humanity », *British Year Book of International Law*, vol. 23 (1946); Finch, « Retribution for war crimes », *The American Journal of International Law*, vol. 37 (1943), p. 81 et suiv.; Herzog, « Contribution à l'étude de la définition du crime contre l'humanité », *Revue internationale de droit pénal*, 1947; Goldstein, « Crimes against humanity », *The Jewish Yearbook of International Law*, 1948; Paoli, « Contribution à l'étude des crimes contre l'humanité en droit pénal international », *Revue générale de droit international public*, vol. 16 (1941-1945); Dautricourt, « La définition du crime contre l'humanité », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 25 (1947) et « Crime against Humanity », *Journal of Criminal Law and Criminology*, juillet-août 1949, p. 170 et suiv.; Aroneanu, « Le crime contre l'humanité », *Nouvelle revue de droit international privé*, vol. 147 (1946); Aroneanu, « Les droits de l'homme et le crime contre l'humanité », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 25 (1947); Aroneanu, « La guerre internationale d'intervention pour cause d'humanité », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 2; Merle, *Le procès de Nuremberg et le châtiment des criminels de guerre*, 1949; Gaspard, « La répression des atteintes aux conventions humanitaires », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 3-4.

³³² L'article 147 de la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, a la teneur suivante :

« Les infractions graves visées à l'articles précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée de servir dans les forces armées de la puissance ennemie ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ».

Voir aussi, art. 130 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre; art. 50 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; art. 51 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer.

Rappelons également que les quatre Conventions ci-dessus énumérées interdisent — respectivement aux articles 13, 16, 12 et 12 — toute discrimination pour des raisons de race, de nationalité, de religion ou d'opinions politiques.

Le crime contre l'humanité étant indépendant de l'état de guerre³³³, nous n'avons retenu des textes ci-dessus que les dispositions susceptibles d'être appliquées aussi bien en temps de paix.

En outre, nous n'avons retenu de ces textes que les dispositions qui semblent absolument nécessaires pour que le Code international assure la protection pénale de certains des droits fondamentaux de l'homme des plus menacés de nos jours³³⁴.

³³³ Il faut mentionner que, dans sa réponse au Questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et l'International Bar Association, sir David Maxwell Fyfe, se référant au texte adopté en première lecture par la Commission du droit international (voir art. 5, par. c, du document A/CN.4/W.12, p. 2), considérait comme adéquate la formule relative aux crimes contre l'humanité « à l'exception des mots « lorsque ces actes ou persécutions sont commis à l'occasion d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre »... A Nuremberg le Tribunal a adopté cette réserve parce qu'on n'était pas sûr que les actes inhumains et barbares commis par un Etat sur son propre territoire et contre ses propres ressortissants en temps de paix fussent contraires au droit international, notamment s'ils sont licites en vertu du droit interne de l'Etat considéré. Mais j'estime qu'il est très important de parvenir à une entente internationale sur le caractère incontestablement criminel de la violation de certains droits de l'homme fondamentaux, en tout temps, quel que soit le lieu de cette violation et quelle que soit la législation de ce lieu à ce moment-là ».

Se référant à la même formule, le général Telford Taylor exprimait l'opinion suivante : « La formule relative aux crimes contre l'humanité est une adaptation de la règle n° 10 et du Statut de Londres. J'estime qu'elle n'est nullement satisfaisante et qu'elle est extrêmement ambiguë en particulier en ce qui concerne l'expression « en exécution de ou relativement à ». Cette expression a été supprimée à juste titre, à mon avis, de la rédaction de la règle n° 10. Mais la formule tout entière devrait être remaniée ».

Citons aussi, sur la même question, la réponse du professeur Graven : « Pour nous, la notion des « crimes contre l'humanité » doit être détachée définitivement, quant à la construction juridique du délit, des circonstances de guerre, bien qu'ils se trouvent ou se soient jusqu'ici trouvés en fait le plus souvent liés à elle : ces crimes d'extermination, de déportation massive, d'asservissement, de persécution, s'ils se commettent fréquemment à l'occasion de la guerre et si celle-ci les facilite ou les provoque, ne sont en eux-mêmes nullement dépendants de l'état de guerre et inséparable de celui-ci : ils peuvent, par essence, être commis aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, ou en liaison avec la préparation d'une guerre, ils peuvent aussi, par occasion, se pratiquer surtout ou se pratiquer plus aisément, en temps de guerre, comme la destruction massive dans les fours crématoires des camps de concentration. Mais qui niera qu'ils peuvent être commis aussi bien par la destruction massive, en temps de paix, dans des camps de travail à régime intentionnellement inhumain ? L'origine et les circonstances de cette incrimination autonome nouvelle et l'enchevêtrement pratique dû aux conditions de la dernière guerre selon laquelle elle est apparue à tous à cause de l'horreur particulière des actes qu'elle recouvre, ont créé une situation qu'on a dite « obscure », alors qu'elle est surtout « complexe ».

Rappelons enfin, dans un sens contraire, l'opinion de M. Francis Biddle : « J'ai toujours éprouvé une certaine difficulté à saisir le concept qu'exprime l'expression « crimes contre l'humanité ». Je sais que l'expression est connue en droit international mais elle paraît si floue que son contenu juridique est bien faible. Je sais que certains membres du Tribunal en ont été préoccupés et le résultat, sauf en ce qui concerne Streicher, aurait été à peu près le même que si cette disposition n'avait pas figuré dans le Statut. C'est un peu pour la même raison que je n'ai pas pensé qu'il fût opportun de faire du génocide un crime. Si nous nous occupons de droit international, tenons-nous en aux faits internationaux. En essayant d'y inclure trop de choses, on provoquera inévitablement une violente réaction contre l'ensemble du projet. J'estime qu'il serait parfaitement imprudent de déclarer que des crimes contre l'humanité peuvent être commis en temps de paix ».

³³⁴ En incriminant d'une façon permanente le crime contre l'humanité, on évitera du même coup des interventions abusives pour cause d'humanité telles qu'elles se sont présentées dans le

138. Par ailleurs, pour éviter les controverses auxquelles a donné lieu la rédaction assez embrouillée de l'article 6, paragraphe c, du Statut du Tribunal de Nuremberg, nous avons considéré comme constituant l'acte devant être incriminé dans le Code, soit l'*extermination*, soit la *persécution*³³⁵ de toute partie d'une population, pour des raisons de race, de nationalité, de religion, d'opinions politiques ou autre fondée sur des critères analogues. L'homicide intentionnel, les traitements inhumains, la déportation ou la détention illégale, etc. ne sont donc que des *moyens d'exécution du crime d'extermination ou de persécution*.

L'acte à incriminer selon la formule du début de ce paragraphe ne doit pas, par conséquent, être confondu avec les crimes dirigés contre la vie, l'intégrité corporelle, la santé et la liberté des *individus comme tels*, actes qualifiés crimes ou délits, et réprimés par toutes les législations nationales. Ce qui transforme de pareils actes en crimes contre l'humanité, c'est le fait qu'ils sont dirigés *essentiellement contre le genre humain* qui est formé de races, nationalités et religions différentes et qui présente une pluralité de conceptions philosophiques, sociales et politiques.

Le crime contre l'humanité étant donc dirigé contre des biens juridiques communs à une catégorie déterminée de personnes (races, nationalités, religions, etc.) n'atteint pas l'individu considéré isolément, mais l'individu en tant que *membre d'une collectivité*. D'où le caractère d'extermination, d'asservissement ou de persécution *en masse*, sous lequel se présentent, dans la majorité des cas, les crimes contre l'humanité.

A la *protection pénale générale* de la vie humaine, de la liberté et autres biens juridiques inhérents à l'existence de l'homme au sein de la société, se superpose par consé-

quent une *protection pénale spéciale*. C'est la race, la nationalité, la religion, et autres éléments de diversité du genre humain qui forment l'objet de cette protection pénale spéciale.

Dans la définition légale du crime contre l'humanité, il faut donc admettre la notion du *dolus specialis*. En faisant du mobile, c'est-à-dire de l'intention criminelle spéciale, un élément constitutif du crime contre l'humanité, on arrive ainsi à une distinction nette et précise entre ces crimes et les crimes et délits de droit commun réprimés par toutes les législations du monde.

Un autre aspect que revêt fréquemment le crime contre l'humanité consiste dans le fait qu'il est commis par des *personnes agissant en qualité d'organes de l'Etat*. Dans de telles circonstances, ce crime n'apparaît plus comme la violation d'une loi pénale nationale mais — ainsi que nous l'avons déjà signalé pour d'autres crimes internationaux — comme un acte commis dans l'exercice de la souveraineté de l'Etat³³⁶.

DÉFINITIONS DONNÉES AUX CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

139. On peut évidemment citer d'autres définitions des crimes contre l'humanité ou des opinions faisant ressortir certains éléments essentiels de ce crime.

Rappelons à ce sujet la loi autrichienne du 16 juin 1945. Quoique cette loi ait un caractère spécial du fait qu'elle vise certaines situations antérieures ou concomitantes à la seconde guerre mondiale, elle est intéressante à cause des formules qu'elle emploie :

« Est coupable du *crime de barbarie et de brutalité* quiconque a, pendant la tyrannie nationale-socialiste, mis autrui dans une *situation atroce* ou l'a sensiblement maltraité par haine politique et en abusant de son autorité³³⁷. »

En Pologne, la loi dénommée « petit code pénal » promulguée par le décret du 13 juin 1946, déclare dans ses articles 29 et 30 punissables entre autres les actes suivants : l'incitation à porter atteinte à l'honneur ou à l'intégrité corporelle d'un groupe de personnes ou d'un individu, à cause de leur nationalité, de leur religion ou de leur race. Sont punies également l'incitation publique aux conflits de nationalités ou de races ou leur apologie. Les articles 32, 33 et 34 de la même loi punissent le fait :

a) D'avoir causé des lésions corporelles graves ou d'avoir tué si l'action a été commise contre une ou plusieurs personnes à cause de leur nationalité ou de leur race;

b) D'avoir pris part à un complot ayant pour but de tels actes de violence corporelle, blessures graves ou meurtres;

c) De ne pas s'être opposé contrairement au devoir, à la commission des délits dirigés contre une ou plusieurs

passé. Le professeur Spiropoulos avait parfaitement raison lorsqu'il constatait « qu'assez fréquentes ont été les interventions faites au nom de l'humanité et de la morale sous le masque desquelles se cachaient souvent des aspirations égoïstes ». « Au commencement du XIX^e siècle, écrivait-il, c'est l'idée d'intervention qui a servi de base à la politique des grandes puissances qui composaient le concert dit européen pour s'arroger le droit d'intervenir dans les affaires d'Etats secondaires comme la Hollande, la Belgique, etc. » (Voir *Traité théorique et pratique du droit international public*, p. 132.)

C'est pourquoi à la huitième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, M. Henri Rollin déclarait entre autres : « On confond la protection interne des droits de l'homme et la répression internationale du crime contre l'humanité. Il faut procéder prudemment. La Charte des Nations Unies s'est engagée à assurer, il est vrai, le respect des droits de l'homme, qu'on s'occupe à énumérer. Convient-il, dès lors, de dire que toute violation de ces droits est un crime contre l'humanité ?... Historiquement, le crime contre l'humanité est une notion qui est l'aboutissement logique de l'« intervention d'humanité » des Etats contre certains actes odieux soulevant la conscience du monde civilisé. Comme ces interventions peuvent prêter à des abus, il est nécessaire d'arriver à une réglementation; mais l'important est d'établir *à partir de quel moment un acte viole l'ordre public international au point de légitimer l'intervention de tous les Etats ou de ceux ayant constitué une juridiction internationale*... Ce qui importe, c'est l'acte de violence inspiré et commis non pas *intuitu personae*, en raison de la personne, mais de la haine, de l'idéologie, de la volonté déterminée de nuire à la collectivité » (voir *Actes de la Conférence*, p. 212).

³³⁵ Quant à la notion de persécution, si elle semblait être dépourvue de clarté dans le texte du Statut, elle reçoit au contraire toutes les précisions nécessaires du fait que dans notre formule sont indiqués les moyens par lesquels une telle persécution doit avoir lieu pour être punie comme crime international.

³³⁶ Le professeur Donnedieu de Vabres allait plus loin encore lorsqu'il affirmait que l'inculpation du crime de « lèse-humanité » ne se justifie qu'à l'encontre des gouvernants et des Etats (voir « De l'organisation d'une juridiction pénale internationale », *Revue internationale de droit pénal*, 1949, n° 1, p. 8).

³³⁷ Voir *Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire*, Berne 1949, p. 247.

personnes à cause de leur nationalité, de leur religion ou de leur race³³⁸.

En ce qui concerne les résolutions des congrès et conférences, on peut signaler celle du Congrès international du Mouvement national judiciaire français réuni à Paris du 24 au 27 octobre 1946 :

« Sont coupables de crimes contre l'humanité et sont punissables comme tels, ceux qui exterminent ou persécutent un individu ou un groupe d'individus, en raison de leur nationalité, de leur race, de leur religion ou de leurs opinions. Ces crimes seront punis même lorsqu'ils seront commis par des individus ou des organisations agissant comme organes de l'Etat ou avec l'encouragement ou la tolérance de l'Etat. Les crimes contre l'humanité sont indépendants de l'état de guerre³³⁹. »

La huitième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal tenue à Bruxelles en juillet 1947, tenant compte des rapports spéciaux sur le crime contre l'humanité, et du rapport général de M. J. Y. Dautricourt qui lui étaient soumis, a adopté après discussion une résolution dont nous reproduisons les passages suivants :

« Considérant ... qu'en attendant une législation qui érige en infraction contre l'humanité toute atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine, notamment aux droits à la vie, à la santé, et l'intégrité corporelle, et à la liberté, il faut dès à présent, pour répondre aux vœux impératifs de la conscience universelle, assurer la répression de l'homicide et de tous les actes de nature à aboutir à la suppression de la vie humaine, commis à l'encontre d'individus ou de groupes humains en raison de leur race, de leur nationalité, de leur religion ou de leurs opinions;

« Que cette répression doit être organisée sur le plan international et assurée par une juridiction pénale internationale, lorsque les coupables sont des gouvernants, des organes ou des protégés de l'Etat, ainsi qu'à défaut de répression sur le plan national;

« La huitième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal recommande d'ériger en infraction *sui generis*, de droit commun, et d'inclure dans le Code pénal international et dans tous les codes répressifs nationaux, dès à présent et pour le moins une disposition visant les faits prévus dans le texte suivant :

« *Constitue un crime contre l'humanité et doit être réprimé en tant qu'assassinat, tout homicide ou acte de nature à entraîner la mort, commis en temps de guerre comme en temps de paix, à l'encontre d'individus ou de groupes humains, en raison de leur race, de leur nationalité, de leur religion ou de leur opinion*³⁴⁰. »

140. Vu la complexité de cette question, nous croyons qu'il serait intéressant que la Commission du droit international ait connaissance d'autres définitions proposées

dans les rapports spéciaux présentés à la même Conférence ainsi que de certains commentaires.

Dans le rapport belge, M. Jules Wolf, propose cette définition :

« Constituent des crimes contre l'humanité et sont punissables comme tels, les atteintes à la personne, aux droits ou aux biens, en raison de la nationalité, du culte, de la race, des opinions, de la langue, de la fonction sociale, ou de toute autre discrimination violant le droit à l'existence et au développement des communautés humaines, même si ces atteintes sont conformes à la législation nationale, et si leurs auteurs sont des agents du pouvoir³⁴¹. »

Dans le rapport brésilien, le professeur Roberto Lyra propose cette autre définition :

« Est considéré crime de lèse-humanité toute action ou omission qui comportera une grave menace ou violence physique ou morale contre quelqu'un, en raison de sa nationalité, de sa race ou de ses opinions religieuses, philosophiques ou politiques.

« La peine sera plus grave si le crime est commis par un agent des pouvoirs publics dans l'exercice de ses fonctions, ou sous prétexte de les exercer soit pour ou contre un groupe d'individus³⁴². »

Le rapport danois présenté par le professeur S. Hurwitz précise :

« a) Le crime contre l'humanité doit être séparé de l'idée des crimes de guerre au sens strict du mot; b) en relation de ce fait il devra être établi que le crime contre l'humanité ne comprend que des crimes contre les populations civiles; c) dans la définition on devra préciser que les crimes contre l'humanité sont des crimes dont l'élément constitutif est la persécution d'un groupe d'individus en raison de leur nationalité, de leur race, de leur religion ou de leurs opinions. Mais il faut préciser ce qu'on entend par « persécution » à ce point. La notion ne doit comporter que des actes graves contre les personnes ou les propriétés, exprimant l'intention de traiter les victimes comme des inférieurs en tant que membres d'une collectivité humaine spéciale.

« Il faut peut-être ajouter une *clausula generalis* d'après laquelle également la persécution ou d'autres raisons qui sont incompatibles avec le respect de l'inviolabilité de la vie humaine, soient englobées dans la définition. Je pense ici surtout à l'extermination en masse des aliénés et des autres « inférieurs pour des raisons biologiques ». La définition doit souligner que le crime se rapporte à des actions en masse et systématiques contrairement à des offenses isolées. Il doit être expressément constaté que la nationalité de la victime est sans importance³⁴³. »

M. Herzog, dans le rapport présenté au nom de la délégation française écrit :

« Les crimes contre l'humanité ne représentent pas les réactions sporadiques des agents criminels. Ils s'intègrent dans l'application préconçue d'une politique

³³⁸ Voir Rapport de M. Sawicki, *Actes de la huitième Conférence pour l'unification du droit pénal*, p. 132.

³³⁹ *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 3-4, p. 384.

³⁴⁰ *Actes*, p. 227 et 228.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 111.

³⁴² *Ibid.*, p. 116.

³⁴³ *Ibid.*, p. 117.

de criminalité, ils n'empruntent pas la forme accidentelle des infractions ordinaires... Le crime contre l'humanité se présente donc, conformément d'ailleurs aux conclusions de l'analyse sociologique, comme une infraction de droit commun commise en exécution de la politique de l'Etat. Son caractère particulier apparaît alors : ce n'est pas un crime de droit commun ordinaire, parce que le mobile de son auteur influe sur sa qualification légale. L'« intention mobile » est, suivant l'expression du professeur Pella, un des éléments constitutifs qui déterminent sa définition et conditionnent sa répression, comme il en est, par exemple, des atteintes au crédit de l'Etat prévues par la loi de février 1914 et des spéculations illicites de la loi du 5 décembre 1926... Le concept sociologique et le concept juridique du crime contre l'humanité se rejoignent pour en parfaire la définition légale. C'est un crime de droit commun mais il présente des caractéristiques particulières. C'est une infraction commise en conformité de la politique criminelle de l'Etat. Les circonstances de son exécution sont spécifiques. Les auteurs obéissent à un mobile particulier qui doit entrer dans la qualification du délit... Le crime contre l'humanité est un délit de nature juridique complexe. Ni le statut du 8 août 1945, ni surtout le jugement du 1^{er} octobre 1946, n'en ont donné la définition satisfaisante. Le législateur international doit procéder à l'effort qui lui incombe : il est de classification plus que de qualification³⁴⁴. »

La délégation du Luxembourg proposait la définition donnée par M. Aroneanu dans le document soumis par lui au Tribunal international de Nuremberg (Doc. F. 775), à savoir :

« Le crime contre l'humanité est un crime international de droit commun pour lequel un Etat se rend coupable d'atteinte, à titre racial, national, religieux ou politique, à la liberté, aux droits ou à la vie d'une personne ou d'un groupe de personnes innocentes de toute infraction au droit commun, ou en cas d'infraction, d'atteinte dépassant la peine prévue³⁴⁵. »

La délégation des Pays-Bas, dans le rapport de MM. Pompe, recteur de l'Université d'Utrecht, et Kazemier, conseiller au Ministère de la justice, considérant qu'il est inutile de faire figurer le crime contre l'humanité comme crime spécial dans les législations nationales, mais affirmant (qu'il serait désirable) « d'introduire ce crime comme un fait délictueux dans le droit international », proposait la définition suivante :

« Est crime contre l'humanité, l'extermination ou la mise dans un état intolérable, contrairement aux principes de droit généraux reconnus par les peuples civilisés, d'un individu ou d'un groupe d'individus en raison de leur nationalité, de leur religion ou de leurs opinions³⁴⁶. »

M. Sawicki, avocat général à Varsovie, présentait, dans le rapport polonais, ce texte :

« Est coupable de crime contre l'humanité celui qui commet un délit portant atteinte à la vie, à la santé,

à l'immunité corporelle, à la liberté, à l'honneur ou aux biens d'une personne ou d'un groupe de personnes, c'est-à-dire un délit prévu par le droit pénal commun, si le fait a été commis pour des motifs nationaux, religieux, raciaux ou politiques³⁴⁷. »

Nous citerons la définition donnée dans le rapport du professeur Bondue, délégué du Saint-Siège :

« Est un crime contre l'humanité, punissable de la peine de mort ou d'une peine inférieure reconnue et définie par le droit pénal international, même à défaut de tout traité ou de toute loi nationale, toute atteinte — excédant les limites de la défense sociale, du droit de guerre et des nécessités de la défense des territoires envahis reconnues par le droit des gens — portée dans une intention d'extermination, de mutilation ou d'asservissement, à la vie, à la liberté d'opinion, notamment celle du libre choix et libre exercice d'un culte, à l'intégrité physique ou morale, aux droits de famille, de cité et de dignité de toute personne humaine à raison de ses opinions, sa nationalité, sa race, caste, famille ou profession³⁴⁸. »

Le professeur Graven, délégué de la Suisse, proposait le texte suivant :

« Celui qui, sans droit, porte atteinte, pour des motifs raciaux ou nationaux, religieux, politiques ou d'opinion, à la liberté, à la santé, à l'intégrité corporelle ou à la vie d'une personne ou d'un groupe de personnes, notamment par la déportation, l'asservissement, les mauvais traitements et l'extermination, que ce soit en temps de guerre ou de paix, commet un crime punissable contre la personne humaine (ou l'humanité)³⁴⁹. »

Nous mentionnerons enfin le projet de convention internationale sur le crime contre l'humanité élaboré par M. A. Boissarie, ancien procureur général à la Cour d'appel de Paris qui dispose :

« Art. 2. — Les crimes contre l'humanité sont des crimes internationaux commis, favorisés ou tolérés par Etat dont tous les auteurs ou complices, gouvernants ou exécutants, ont à répondre devant la justice internationale.

« Art. 3. — Les crimes contre l'humanité sont autonomes, et se consomment et se répriment en temps de paix ou de guerre.

« Art. 4. — Les crimes contre l'humanité sont une atteinte à la vie, qui ressort de l'assassinat, et, de ce chef, du droit commun.

« Art. 5. — Les crimes contre l'humanité visent un groupe humain ou un individu, du fait de sa nationalité, de sa religion ou de ses opinions³⁵⁰. »

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 137.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 149. Dans ses commentaires, le délégué du Saint-Siège considérait que le crime contre l'humanité peut être commis « même par un Etat souverain vis-à-vis de ses propres ressortissants » et il était d'avis que « seule la Cour internationale de Justice (c'est-à-dire une Chambre criminelle qui serait créée) devrait être compétente pour connaître de ces crimes ».

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 157.

³⁵⁰ *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 3-4, p. 382.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 124-126.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 127.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 130.

QUESTION DE L'INTRODUCTION DU CRIME DE GÉNOCIDE
DANS LE CODE

141. Un problème important qui se pose est celui de savoir s'il est opportun d'introduire dans le Code de crime de génocide, en dehors du crime contre l'humanité.

On a soutenu que les deux incriminations recouvrent le même champ. Cela n'est pas exact.

En effet, il n'y a pas génocide aux termes de la Convention du 9 décembre 1948 si l'acte a été dirigé contre un *groupe politique*. Au contraire, les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont prévus par l'article 6, paragraphe c, du Statut du Tribunal de Nuremberg, peuvent être constitués aussi par des persécutions pour des motifs politiques.

En outre, si on se réfère au texte de l'article 6, paragraphe c du Statut, on constate que le génocide, tel qu'il est défini par la Convention du 9 décembre 1948, diffère des crimes contre l'humanité en ce sens qu'il n'est pas nécessairement en relation avec une guerre. Enfin, à la différence du génocide, le crime contre l'humanité peut être constitué par des actes qui n'ont pas été dirigés contre des groupes ³⁵¹.

D'autres différences entre le crime contre l'humanité et le génocide pourraient être relevées, mais à notre avis elles n'ont, pour l'objet qui nous occupe, qu'un intérêt théorique.

On ne saurait en outre oublier que la résolution de l'Assemblée générale concernant la formulation des principes de Nuremberg et la préparation du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, est *tout à fait indépendante* de la résolution qui fut génératrice de la Convention sur le génocide. Ce serait, à notre avis, aller à l'encontre des décisions de l'assemblée générale que d'introduire, dans le stade actuel des travaux préparatoires du Code, le génocide dans ce projet de code.

142. Quant à la question de savoir ce qu'il adviendrait si la Convention du génocide n'était pas incorporée au Code, il y a lieu de rappeler que des cas similaires se présentent aussi en droit interne. En effet, le juge fait bien souvent l'application du code pénal et d'une loi spéciale.

En temps de paix, la Convention sur le génocide atteindra certains cas qui ne pourraient être visés par le Code. En temps de guerre, même non incorporée dans le Code, cette convention trouvera son application. En effet, selon l'opinion du professeur Lemkin, « si le génocide est commis en temps de guerre, dans un territoire occupé par l'ennemi, il sera considéré comme crime de guerre. S'il est commis en temps de guerre, par les ressortissants

de l'Etat agresseur, par cet Etat ou ses complices, le génocide sera considéré comme crime contre l'humanité » ³⁵².

Nous sommes par conséquent d'avis — ainsi que l'Assemblée générale des Nations Unies l'avait elle-même désiré — qu'il faut maintenir le caractère autonome et la vie propre de la Convention sur le génocide, et, ne pas incorporer le génocide dans le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

VIOLATIONS DES LOIS ET DES COUTUMES DE LA GUERRE

143. Les violations des lois et des coutumes de la guerre devront former l'objet d'un chapitre du Code.

L'introduction des crimes de guerre proprement dits, dans le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, s'impose (voir par. 43).

Par ailleurs, abstraction faite du cas où les lois et coutumes de la guerre s'appliqueraient à la guerre civile, il faut, pour concevoir des violations des lois et coutumes de la guerre, supposer qu'un crime contre la paix a été préalablement commis. En d'autres termes, il n'y a pas de crimes de guerre sans guerre.

Cependant, tenant compte, d'une part, du concept de la *criminalité de la guerre* qui rend désirable que les textes ne comportent pas l'emploi du terme « guerre » et considérant, d'autre part, l'intérêt d'un texte qui n'exclurait pas les guerres civiles, nous avons été tentés par cette formule : « *violations des principes d'humanité à l'occasion d'un conflit armé présentant ou non un caractère international* » ³⁵³.

À la réflexion, nous croyons préférable de s'en tenir à la formule traditionnelle « lois et coutumes de la guerre » qui est une expression technique acceptée par toutes les nations et qui vise en réalité « la réglementation de l'usage de la force dans les conflits armés internationaux » ³⁵⁴.

Si la Commission du droit international juge préférable de s'en tenir à cette formule traditionnelle et si, d'autre part, elle désire étendre la formule aux guerres civiles, elle pourrait s'inspirer des dispositions de l'article 3 des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 ³⁵⁴. Cet article prévoit, en effet, l'application des mêmes normes pour les conflits armés internationaux et pour les conflits qui n'ont pas un caractère international.

144. Le présent memorandum n'a pas la prétention d'épuiser la question des crimes de guerre. De l'abondante littérature y relative, nous nous bornerons à dégager certains principes essentiels.

³⁵² Voir communication du professeur Lemkin, *Actes de la Huitième Conférence pour l'unification du droit pénal*, p. 174. Sur la question du génocide, voir aussi du même auteur : *Axis Rule in occupied Europe* (Carnegie Endowment for International Peace, 1944); « Genocide, international crime », *Free World*, 1945; « Responsibility of persons acting on behalf of States in the crime of genocide », *The American Scholar* (1946), vol. 15.

³⁵³ Voir dans le même sens, le point de vue exprimé par M. Spiropoulos à la séance du 25 mai 1949 de la Commission du droit international (A/CN.4/SR.27, p. 15).

³⁵⁴ Voir aussi par. 46. Sur ces Conventions, voir également Bourquin, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, tiré à part de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Genève, 1950.

³⁵¹ *Law Reports of Trials of War Criminals, selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission* (Londres, 1947-1949), t. XV, p. 135. Sur certains aspects juridiques de la ratification de la Convention pour la prévention et la répression du génocide adoptée le 9 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, voir de très intéressantes considérations dans l'article du professeur A. A. Berle, Jr. : « Mise hors la loi du génocide », *Revue internationale de droit pénal*, 1950, n° 2, p. 147 et suiv.

Tout d'abord, il ne faut pas se limiter à « discipliner les intérêts maritimes, terrestres ou aériens d'un secteur particulier de l'activité belliqueuse ». Il faut envisager de tels intérêts sur un *plan universel*, c'est-à-dire faire en sorte « que la morale, la loyauté, et l'humanité ne soient pas méconnues, qu'elles soient au contraire respectées comme elles l'étaient quelquefois dans le passé »³⁵⁵.

On ne peut donc que souscrire à l'opinion exprimée par M. Hsu (Chine) à la séance du 24 octobre 1949 de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, selon laquelle « l'emploi de la force, qu'il soit légitime ou non, doit être tempéré par des principes d'humanité », et l'on doit s'abstenir « de cruauté envers les personnes ennemies et d'agression contre les populations civiles ennemies »³⁵⁶.

LA DISTINCTION ENTRE LES CRIMES MILITAIRES INTERNATIONAUX ET LES CRIMES DE DROIT COMMUN COMMIS EN TERRITOIRE OCCUPÉ

145. Une autre question est de savoir s'il faut ou non établir une distinction entre, d'une part, les crimes qui sont l'essence même des opérations militaires ou de l'occupation de guerre (crimes militaires internationaux) et, d'autre part, les crimes de droit commun commis par les membres des forces d'occupation dans un territoire occupé³⁵⁷.

Cette distinction présente un intérêt certain étant donné que pour les crimes de droit commun commis en territoire occupé, elle permettrait, selon les cas, de faire appliquer par les juridictions nationales leurs propres lois pénales, et par la juridiction criminelle internationale, une loi pénale nationale à déterminer. En outre, elle permettrait, au moyen d'une formule à trouver, de ne pas alourdir le Code international avec des incriminations, relevant essentiellement du droit commun³⁵⁸.

Pour ce qui est, au contraire, des crimes commis par des militaires ou des civils agissant sous le couvert de l'autorité d'un Etat ou de toute autre entité politique en état de guerre ou procédant à des opérations militaires, il est évident que, en vue de l'application du droit commun, c'est au Code international de prévoir préalablement le crime en question.

³⁵⁵ Voir Sandiford, « Evolution du droit de la guerre maritime et aérienne », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 68 (1939), p. 658.

³⁵⁶ A/C.6/SR.171, par. 17.

³⁵⁷ Il est à préciser que cette distinction était faite dans le projet de 1925 contenant les principes d'un code répressif des nations (voir l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 78, point B, c et d). On retrouve la même distinction dans le projet d'une juridiction criminelle internationale adopté en 1928 par l'Association internationale de droit pénal (voir document ci-dessus cité, p. 88, art. 36). Voir aussi Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, p. 271 et suiv.

³⁵⁸ Le professeur Graven, dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal, estime lui aussi que « certaines infractions plus courantes et d'une gravité ou d'une étendue moindre... doivent normalement relever de la *juridiction nationale*, lorsque celle-ci a l'impartialité nécessaire pour les juger parce qu'elles n'ont pas été commises avec la tolérance ou sur l'ordre et selon les instructions étatiques... Si la répression — une répression juste, saine et conforme au droit proclamé — peut être nationale, il n'y a aucune nécessité, pour des infractions qui n'ébranlent pas directement l'ordre international, que la répression soit internationale ».

A ce sujet, il est intéressant de reproduire le passage ci-dessous de la réponse adressée par sir David Maxwell Fyfe à l'Association internationale de droit pénal et à l'International Bar Association :

« J'estime que l'accusation en matière de crimes de guerre devrait se fonder sur le droit pénal commun des Etats et sur les règles de droit international qui n'en définissent que la portée et la teneur. Je ne crois pas qu'il soit possible d'établir un code contenant des définitions complètes et détaillées. »

DIFFICULTÉ D'INTRODUIRE DANS LE CODE UNE LISTE COMPLÈTE DES VIOLATIONS DES LOIS ET DES COUTUMES DE LA GUERRE

146. Il faut encore se demander s'il est possible de donner dans le Code une énumération complète des violations des lois et coutumes de la guerre³⁵⁹.

La Commission du droit international avait adopté en première lecture un texte qui s'inspirait directement de l'article 6, paragraphe b, du Statut du Tribunal de Nuremberg³⁶⁰.

Au sujet de ce texte, le général Telford Taylor dit dans sa réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association :

« Tant qu'il n'existe pas une souveraineté internationale jouissant de pouvoirs législatifs le droit pénal international (y compris la branche dite des crimes de guerre) doit être considéré comme un système de droit commun. Les articles de La Haye constitueront une codification importante mais non pas complète du droit relatif aux crimes de guerre.

« La liste des crimes de guerre figurant à l'annexe II, n'est que la répétition des dispositions de la règle n° 10 et du Statut de Londres. Elle n'est pas, à mon sens, particulièrement élégante ou incomplète. »

On sait que le plan d'un Code répressif mondial révisé en 1946, en visant les crimes de guerre proprement dits, mettait l'accent sur les moyens de guerre interdits. Il considérait comme crimes l'emploi de moyens, tels que l'arme chimique, incendiaire ou bactérienne. L'interdiction de tel ou tel moyen de guerre supposait la conclusion préalable d'un accord international à cette fin. Ledit plan visait aussi l'arme atomique, l'incrimination étant bien entendu subordonnée à l'existence d'un accord international en interdisant l'emploi³⁶¹.

147. Nous croyons qu'il est impossible, dans les circonstances présentes, d'établir une liste de toutes les violations des lois et des coutumes de la guerre.

La Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et des sanctions créée en 1919 par la Conférence des préliminaires de la paix avait dressé une liste com-

³⁵⁹ Voir aussi l'intéressant ouvrage de Paoli, « Contribution à l'étude des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en droit pénal international », *Revue générale de droit international public*, 1941-1945, p. 144 et suiv.

³⁶⁰ V. A/CN.4/W.12, point 5, lettre b.

³⁶¹ Voir le plan révisé d'un Plan d'un code répressif mondial, titre II, chap. I, sect. 2, dans notre ouvrage : *La guerre-crime et les criminels de guerre*, p. 149.

prenant trente-deux cas de violations des lois et des coutumes de la guerre³⁶². Même en y ajoutant d'autres cas qui ont été retenus par diverses lois nationales pendant la seconde guerre mondiale ou au lendemain de celle-ci, cette liste ne pourra jamais être à jour.

L'évolution vertigineuse des méthodes de combat par suite de l'invention d'armes nouvelles rend inapplicables certaines réglementations du passé³⁶³ et impose l'élaboration de réglementations nouvelles.

Par ailleurs, il faudrait viser dans le Code certaines des violations des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, c'est-à-dire les violations d'interdictions qui n'existaient pas antérieurement dans les lois et coutumes de la guerre. On sait que ces quatre Conventions ne sont pas encore en vigueur.

Enfin, il faut tenir compte des expériences résultant de la pratique récente de l'occupation prolongée de pays tout entiers, pratique qui impose une mise au point des normes existantes en la matière³⁶⁴.

Le jugement de Nuremberg avait constaté qu'indépendamment des traités « les lois de la guerre se dégagent d'us et coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes, de la jurisprudence des tribunaux militaires. Ce droit n'est pas immuable, il s'adapte sans cesse aux besoins d'un monde changeant. Souvent les traités ne font qu'exprimer et préciser les principes d'un droit déjà en vigueur³⁶⁵.

NÉCESSITÉ DE S'EN TENIR POUR LE MOMENT A UNE FORMULE GÉNÉRALE

148. Nous considérons qu'une refonte du soi-disant droit de la guerre s'impose³⁶⁶. On se trouve actuellement dans l'incertitude. On ne sait pas exactement quelles dispositions sont encore en vigueur. Certaines sont devenues inapplicables. D'autres donnent lieu à de graves controverses, c'est le cas, par exemple, de l'interdiction d'exécuter des otages.

Une codification des coutumes dites de la guerre serait d'une grande utilité.

On a pensé à une unification des droits nationaux en la matière.

Le professeur Donnedieu de Vabres est en faveur de l'adoption d'un code pénal militaire international³⁶⁷.

³⁶² Voir *La Paix de Versailles*, t. V, p. 473 et suiv.

³⁶³ Le point de vue exprimé en 1921 par le professeur Garner s'impose davantage aujourd'hui. « Les nouvelles conditions de la guerre, disait-il, ont rendu une grande partie des anciennes lois inadéquates, déraisonnables, illogiques ou désuètes. On doit les remplacer par un nouvel ensemble de règlements susceptibles de mettre le droit en accord avec ces conditions ». (Voir *La reconstitution du droit international*, p. 25.)

³⁶⁴ MM. Biddle et Podesta Costa, dans leurs réponses au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, considèrent que les lois et usages de la guerre, quant à l'occupation hostile, peuvent être étendus aussi à l'occupation se poursuivant en territoire ennemi après la cessation des hostilités.

³⁶⁵ Voir *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg*, A/CN.4/5, p. 48.

³⁶⁶ Voir sur cette question le rapport présenté par M. William G. Downey fils à la réunion annuelle de 1949 de l'American Society of International Law, ainsi que nos propres interventions sur la même question et à la même réunion (*Proceedings, 43rd Annual Meeting*, Washington, 28-30 avril 1949, p. 102 et suiv.).

Jusqu'au moment où l'on pourra atteindre un de ces résultats, nous estimons qu'il est préférable de s'en tenir, pour le Code international, à une formule générale telle que : violations des lois et des coutumes de la guerre.

On note que le *British Royal Warrant* de juin 1945 emploie lui aussi la formule « violations des lois et usages de la guerre ». On trouve la même formule générale dans l'ordonnance française du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre.

L'ordonnance française n° 20 du 25 novembre 1945, établissant la compétence des Tribunaux du gouvernement militaire dans la zone française d'occupation en Allemagne, emploie une expression générale en comprenant par crimes de guerre ceux qui sont définis comme tels par les Accords internationaux en vigueur entre les puissances occupantes de l'Allemagne.

Le Statut du Tribunal militaire pour l'Extrême-Orient (art. 5, par. b) emploie lui aussi purement et simplement la formule « violations des lois et coutumes de la guerre ».

Cependant, si l'on désirait fournir des directives plus précises aux juges appelés à appliquer le Code international, on pourrait établir une liste purement énonciative des violations des lois et coutumes de la guerre. La liste suivrait la formule générale. Cette méthode est celle adoptée par le Statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6, par. b).

Une telle liste n'aurait qu'une valeur relative. Par exemple, vu les formes multiples et imprévues de la guerre moderne, le juge aurait à apprécier s'il est raisonnablement possible d'exiger le respect de telle ou telle loi ou coutume de la guerre qui est violée par les deux belligérants.

LES CRIMES DE GUERRE ET LE PROBLÈME DES REPRÉSAILLES

149. Un problème particulièrement délicat lié à la question des crimes de guerre proprement dits est celui des représailles. A ce sujet, nous sommes d'accord avec le professeur Georges Scelle pour dire que la reconnaissance de la légalité des représailles implique un état de primitivisme social³⁶⁸.

Les représailles seraient, en principe, inconcevables dans un véritable ordre international, protégé notamment par un droit pénal international.

Il est intéressant de citer le point de vue qu'exprime sir David Maxwell Fyfe dans sa réponse au Questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association :

« En général et en principe, je suis tout à fait opposé à ce qu'on autorise un belligérant à user de représailles contre un autre belligérant en vue d'éviter des crimes de guerre. De telles représailles constitueraient elles-mêmes des crimes et ne sauraient se justifier.

« Toutefois, je reconnais que l'on puisse concevoir certaines formes de représailles telles que des mesures

³⁶⁷ Voir « De l'organisation d'une juridiction pénale internationale », *Revue internationale de droit pénal*, 1949, n° 1, p. 6.

³⁶⁸ Voir « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 46 (1933), p. 673.

contre la propriété privée que l'on pourrait autoriser bien qu'elles constituent en elles-mêmes des violations des règles de La Haye. Je ne suis d'ailleurs pas absolument certain que l'on puisse le faire. Ce dont, par contre, je suis sûr, c'est qu'on ne saurait justifier aucunes représailles dont le corps humain soit la victime. »

Répondant au Questionnaire, le professeur Graven considérait que « le système des représailles, légitime pour Grotius et ses successeurs, dans un droit des gens encore rudimentaire, est incompatible avec un véritable régime de droit international évolué et réellement digne de ce nom ».

Il faut cependant constater que notre époque n'est pas très éloignée du primitivisme social quand on considère les relations entre les Etats qui se font la guerre.

Le professeur Spiropoulos avait raison lorsque dans son *Traité théorique et pratique du droit international public* (p. 352), il affirmait : qu'aujourd'hui, « la violation des droits de la guerre n'a d'autres sanctions que celles de toutes normes internationales : les représailles. Tandis qu'en temps normal, écrivait-il, le recours à l'arbitrage se substitue souvent aux représailles, en temps de guerre, celles-ci sont le seul moyen laissé à un belligérant pour obliger son adversaire à abandonner une façon d'agir contraire au droit. »

C'est pourquoi le général Telford Taylor, dans sa réponse au questionnaire de l'Association Internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, considérait que « tant qu'il n'y a pas une souveraineté internationale et une force de police internationale véritable, un système de droit pénal réaliste devra tenir compte des représailles ».

Constatant que, pour regrettable que cela soit, les représailles représentent aujourd'hui une institution du droit international et qu'il est peu probable qu'on puisse aujourd'hui réussir à les abolir complètement, nous estimons qu'en pratique, la question qui se pose est de savoir si le Code pourrait fixer les conditions d'exercice des représailles en réponse à un crime de guerre. Nous pensons à une réglementation qui comporterait, par exemple : des sommations préalables restées infructueuses, la juste proportion entre les représailles et le fait qui les a provoquées, ainsi que l'indication des cas où il est interdit de recourir aux représailles³⁶⁹.

Une étude qui viserait à donner une énumération des cas dans lesquels les représailles seraient interdites offrirait un intérêt certain³⁷⁰. L'indication de ces cas dans le Code international représenterait un progrès considé-

rable dans la voie de l'abolition des représailles en réponse à des crimes de guerre.

AUTRES CRIMES A PRÉVOIR DANS LE CODE

150. Ces développements seraient incomplets si nous ne mentionnions pas certains autres faits que des gouvernements ou organisations internationales voudraient voir retenus comme crimes internationaux.

Il s'agit d'actes commis, encouragés ou tolérés par un Etat et qui lésent les intérêts d'un autre Etat. Mais il peut s'agir aussi d'actes qui, sans léser les intérêts particuliers d'un Etat déterminé, sont contraires à l'ordre public international.

LA FALSIFICATION DE MONNAIES ET DE BILLETS DE BANQUE OPÉRÉE, FAVORISÉE OU TOLÉRÉE PAR UN ETAT ET PORTANT ATTEINTE AU CRÉDIT D'UN AUTRE ETAT

151. On a estimé possible qu'un Etat dont les finances seraient mauvaises fabriquat et mît en circulation de la fausse monnaie à l'effigie d'autres Etats dans le but de se procurer des devises fortes et d'améliorer son propre change³⁷¹.

Il se peut que, pour d'autres mobiles, un Etat permette la fabrication sur son territoire de fausses monnaies ou de faux billets de banque d'un autre Etat. A ce sujet, on se rappellera les débats qui eurent lieu, le 10 juin 1926, au Conseil de la Société des Nations.

Se référant à des actes de faux-monnayage commis dans un Etat dans le but de nuire à deux autres Etats, M. Paul Boncour, représentant de la France au Conseil de la Société des Nations, relevait la tendance à « transporter sur un terrain politique et sous un prétexte inadmissible de patriotisme, des actes qui ne relèvent que de la répression pure et simple ».

Au cours de la même séance du Conseil, Benès déclara que la falsification de monnaies commise dans de telles circonstances « fait partie des moyens qui sont absolument inadmissibles dans les rapports internationaux et que, si certains faits de ce genre se reproduisent, il se trouvera un forum international qui les réprouvera avec indignation et sévérité »³⁷².

Nous citerons les passages suivants du memorandum présenté en juin 1927 à la Commission mixte pour la répression du faux-monnayage, que le Conseil de la Société des Nations avait créé à la suite des événements en question :

« Il peut arriver qu'un Etat se trouve lui-même compromis pour avoir encouragé le faux-monnayage ou, tout au moins, pour l'avoir toléré. Dans ce cas, le faux monnayage revêt un caractère interétatique... Ces infractions ne peuvent être confondues ni avec les délits de droit commun, ni avec les délits politiques

³⁶⁹ Cf. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, t. I, p. 371.

³⁷⁰ Nous mentionnerons à ce sujet l'article 2 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre signée à Genève le 27 juillet 1929 et les cas prévus par les Conventions (encore non ratifiées) de Genève du 12 août 1949 (à savoir l'article 33 de la Convention relative à la protection des personnes civiles; l'article 46 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades des forces armées en campagne; l'article 47 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; l'article 13 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre). Cf. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 58 (1936), p. 55.

³⁷¹ Voir à ce sujet les discussions, à la Société d'études législatives de Paris (séance du 8 mai 1925), sur le projet de loi française relative à l'extradition (*Bulletin de la Société d'études législatives*, 1925, p. 129 et suiv.).

³⁷² Voir *Comptes rendus de la Conférence internationale pour l'adoption d'une Convention pour la répression du faux-monnayage*, Société des Nations, document C. 328 M. 114, 1929, II, p. 222 et suiv.

proprement dits parce qu'elles violent les principes élémentaires considérés comme absolument nécessaires pour le maintien de l'ordre universel et de la paix internationale.

« En de pareils cas, il y a lieu d'envisager aussi le problème de la responsabilité des Etats. En effet, les Etats-Unis ont établi depuis 1887, le principe suivant que nous dégageons d'un considérant contenu dans un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, à savoir : « Le droit des gens impose à *tout gouvernement national* l'obligation de veiller à empêcher qu'un dommage soit causé, sur son propre territoire, à un autre pays avec lequel il est en paix ou à la population de ce pays; c'est pourquoi il est depuis longtemps reconnu qu'un Etat est tenu de punir ceux qui, dans les limites de sa juridiction, *contrefont la monnaie d'un autre pays* »... » [*Etats-Unis Arjona*, 120. US.479, 484 (1887)]³⁷³.

Rappelons enfin que, dans l'annexe à la résolution votée à Washington en 1925 par la Conférence inter-parlementaire, on avait inscrit parmi les infractions à prévoir dans le code international « la falsification des monnaies, des billets de banque, et tout acte déloyal commis par un Etat ou toléré par lui, dans le but de porter atteinte au crédit d'un autre Etat »³⁷⁴.

LA FALSIFICATION DE PASSEPORTS OU D'AUTRES DOCUMENTS ÉQUIVALENTS

152. Des passeports ou autres documents faux sont souvent confectionnés pour faciliter la commission de crimes internationaux. Il serait désirable que le Code international réprimât ces faux que visait l'article 14 de la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, signée à Genève le 16 novembre 1937.

En qualité de secrétaire général du Bureau international pour l'unification du droit pénal, nous avions inscrit cette question à l'ordre du jour de la septième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal tenue au Caire en janvier 1939. La Conférence en discuta longuement³⁷⁵ et des projets de texte à insérer dans les législations nationales furent adoptés. Ces projets pourraient être pris comme base de discussion pour la rédaction d'une disposition du Code international³⁷⁶.

³⁷³ Voir le texte de ce rapport réimprimé dans notre ouvrage : *La coopération des Etats dans la lutte contre le faux-monnayage*, p. 106-107. Voir aussi les documents : SDN, F.M. 6; SDN, F.M. (2^e session) P.V. 4; SDN, 48^e session du Conseil, P.V. 2, p. 3-5.

³⁷⁴ Voir l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 78.

³⁷⁵ Voir les rapports sur la falsification des passeports, *Actes de la Conférence*, publiés par Badaoui Pacha, Pella et Fattah El-Sayed Bey, p. 95-133. Pour les débats de la Conférence, voir notamment p. 377-402 des mêmes *Actes*.

³⁷⁶ Les textes adoptés par la Conférence ont la teneur suivante :

« Art. 1 : Quiconque contrefait ou altère un passeport ou autre document équivalent sera puni de... Si le coupable est un officier public ou un fonctionnaire agissant dans l'exercice de ses fonctions, la peine sera... (peine plus élevée).

« Art. 2 : Quiconque pour se faire délivrer un passeport ou un document équivalent aura pris une fausse identité ou se sera servi de pièces, attestations ou déclarations fausses, sera puni de...

« Art. 3 : Tout officier public ou fonctionnaire public qui aura inséré sciemment des énonciations fausses concernant l'identité dans un passeport ou document équivalent sera puni de...

LE FAIT DE CÉDER, DE VENDRE OU DE DISTRIBUER DES ARMES, MUNITIONS OU EXPLOSIFS EN VIOLATION D'UNE LÉGISLATION NATIONALE

153. De tels actes sont prévus par l'article 13 de la Convention du 16 novembre 1937 pour la prévention et la répression du terrorisme.

Cette incrimination viserait également l'exportation d'armes et munitions sans l'autorisation de l'Etat. En réprimant de semblables actes, on atteindra certains trafics clandestins d'armes destinés à favoriser des émeutes sur les territoires d'autres Etats ou sur les territoires contrôlés à quelque titre que ce soit par ces Etats.

ABUS DANS L'EXERCICE DES POUVOIRS DE POLICE EN HAUTE MER

154. Tout contrôle exercé, en temps de paix, par un navire de guerre à l'égard d'un bateau étranger, doit être considéré comme un abus portant atteinte à la liberté de la haute mer, hormis les cas de piraterie, de poursuite et de certains autres cas visés par les accords internationaux qui sont d'interprétation stricte. La protection pénale de la liberté de la haute mer imposerait la punition des commandants de navires de guerre qui outrepasseraient leurs droits de reconnaître l'identité et la nationalité d'un navire de commerce battant un autre pavillon.

D'autres cas d'interventions irrégulières de la part d'usagers de la haute mer pourraient se présenter³⁷⁷.

Nous tenons à préciser qu'il s'agit là d'*abus générateurs de différends internationaux* et c'est pour ce motif qu'il faut les prévoir dans le Code international. Ces abus diffèrent essentiellement de la *piraterie proprement dite*, laquelle, pour les considérations déjà exposées (voir par. 34), ne doit pas figurer dans ledit Code international.

LE FAIT POUR UN ETAT DE FAVORISER L'ESCLAVAGE OU DES PRATIQUES ANALOGUES

155. L'esclavage, pratiqué par des personnes ou des organisations privées et agissant pour leur propre compte, est réprimé par les Etats qui sont obligés par la Convention du 25 septembre 1926, et — pour les considérations exposées au paragraphe 34 ci-dessus — il ne doit pas être prévu dans le Code international.

Mais la situation serait tout à fait différente si l'esclavage était pratiqué, favorisé ou toléré par les organes de l'Etat. Dans ce cas, l'esclavage ou les pratiques ana-

« Art. 4 : Quiconque fait sciemment usage d'un passeport ou document équivalent faux, sera puni de...

« Sera puni de... quiconque fait usage d'un passeport ou document équivalent établi par un tiers.

« Art. 5 : Sera puni de... celui qui, dans un but illicite détient, cède ou acquiert à quelque titre que ce soit ou transporte un passeport ou document équivalent faux, sachant qu'il est faux.

« Art. 6 : Les dispositions prévues dans les articles qui précèdent s'appliquent sans égard au caractère national ou étranger du document. » (*Ibid.*, p. 473.)

³⁷⁷ Comme la Commission du droit international aura à étudier le problème de la haute mer, elle sera amenée à préciser tous les cas de perquisitions irrégulières et d'apprécier ceux d'entre eux devant former l'objet d'une incrimination sur le plan international.

logues représentent un très grave attentat contre la personnalité humaine. L'impunité serait aussi choquante que s'il s'agissait de certains de ces crimes contre l'humanité réprimés par le Statut du Tribunal de Nuremberg.

On sait que le problème de l'esclavage, envisagé sous un autre angle, est traité actuellement par l'Organisation des Nations Unies ³⁷⁸.

CAS QUI NE DEVRAIENT PAS ÊTRE PRÉVUS DANS LE CODE

156. Il s'agit tout d'abord des *actes préparatoires*.

Tenant compte des précédents de Nuremberg et de Tokyo, ainsi que de la loi n° 10 de la Commission de contrôle en Allemagne, on pourrait considérer comme punissables les actes préparatoires aux crimes contre la paix. La question qui se pose est de savoir s'il doit s'agir d'une *incrimination globale* ou, au contraire, de l'incrimination de certains actes préparatoires en tant qu'infractions distinctes.

Considérant les objections très sérieuses que rencontre, dans la science du droit pénal, la répression globale des actes préparatoires, il semble préférable d'adopter la méthode consistant à incriminer comme infractions distinctes les actes préparatoires les plus graves.

Nombreux sont d'ailleurs les crimes déjà envisagés dans le présent memorandum qui ne sont, en réalité, que des actes préparatoires de crimes plus graves. Ces incriminations distinctes d'actes préparatoires ont l'avantage d'assurer une prévention plus efficace de certains crimes contre la paix. Par ailleurs, on donnera à la loi pénale une action plus étendue vu que l'on pourra punir la tentative, la complicité, l'incitation, voire même l'association ou l'entente en vue de l'accomplissement de chaque crime distinct, ce qui ne serait pas possible si le fait envisagé était considéré comme un simple acte préparatoire.

PROBLÈME DU COMLOT ET DES ORGANISATIONS CRIMINELLES

157. Le Statut du Tribunal de Nuremberg à l'article 6, paragraphe a, prévoit la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement d'un crime contre la paix.

Le dernier alinéa de l'article 6 prévoit lui aussi la participation à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes prévus audit article.

Par ailleurs, l'article 9 du Statut vise les organisations et les groupements criminels, tandis que l'article 10 incrimine l'affiliation à de tels groupements ou organisations.

Si l'on se réfère au droit français « le complot d'après l'article 89, alinéa 3, du code pénal, consiste dans la résolution concertée entre deux ou plusieurs personnes de commettre les attentats et crimes politiques prévus par les articles 87 et 91. Il est puni pour lui-même et avant tout commencement d'exécution (art. 89, al. 2 et 91, al. 2 du code pénal) » ³⁷⁹.

On s'est demandé quel intérêt pratique il y avait à distinguer le complot de l'organisation criminelle quand cette dernière n'est en réalité qu'une association de malfaiteurs ?

En droit français, le complot est un crime politique, l'association de malfaiteurs (art. 255 du code pénal) est un crime de droit commun.

La distinction faite par certains auteurs entre le complot (c'est-à-dire la résolution concertée entre plusieurs personnes de commettre une infraction déterminée d'avance) et l'association de malfaiteurs (réunion d'individus pour commettre des infractions dont la nature peut ne pas être déterminée d'avance) n'a, dans le domaine qui nous intéresse, aucune importance. En effet, pour les groupements criminels tels qu'ils sont visés par le Statut du Tribunal de Nuremberg, on ne peut comprendre que ceux ayant pour but de commettre des infractions déterminées, c'est-à-dire celles prévues par le Statut ³⁸⁰.

Le professeur Huguenev, de la Faculté de droit de Paris, avait parfaitement raison lorsqu'il affirmait « que l'idée de complot, mise à la base de l'accusation faite pour séduire les imaginations par son caractère romantique, n'a tenu, dans le jugement de Nuremberg, qu'une place assez réduite » ³⁸¹.

Les difficultés que nous avons signalées proviennent en premier lieu du fait qu'on a voulu transposer sur le plan international la notion de *conspiracy* qui est propre au droit anglo-saxon ³⁸².

158. Nous partageons entièrement le point de vue exprimé par MM. Bouzat et Herzog, dans leur réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, à savoir que les questions de la *conspiracy* et de la *criminalité des groupes et des organisations* posent, dans leur ensemble, le problème de la participation criminelle sur le plan interétatique. Nous estimons avec eux que ce problème « ne peut être résolu par l'emprunt accidentel, sinon arbitraire, de notions particulières à certains droits internes, mais qu'il doit trouver sa solution dans l'application des principes généraux du *droit commun législatif*. Le principe de la complicité, celui de l'association de malfaiteurs rentre... dans cette dernière catégorie ».

³⁸⁰ Il suffit à cet égard de reproduire le passage suivant du jugement de Nuremberg : « Une organisation criminelle est analogue à un complot criminel en ce sens qu'ils impliquent essentiellement des buts criminels. Il faut qu'il y ait un groupe dont les membres sont liés les uns aux autres et organisés en vue d'un but commun. La formation ou l'utilisation du groupe doit avoir un rapport avec la perpétration des infractions incriminées par le Statut. » (*Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg*, p. 83.)

³⁸¹ Voir « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 3-4, p. 278.

³⁸² Les juristes anglais eux-mêmes considèrent avec une certaine appréhension la *conspiracy*. Kenny affirmait notamment que « l'élasticité de la définition de ce délit et la liberté dont on dispose en ce qui concerne les preuves à invoquer à l'appui des *indictments* formulés à son égard, justifient les paroles prononcées par Fitzgerald dans les *Irish State Trials* de 1867 : les dispositions applicables à la *conspiracy* constituent une branche de notre jurisprudence qu'il convient de surveiller étroitement et jalousement et de ne jamais étendre au-delà de ses véritables limites » (*Outlines of Criminal Law*, 14^e éd., p. 300).

³⁷⁸ Voir notamment le rapport du Comité spécial de l'esclavage au Conseil économique et social sur les travaux de sa première session (E/1660).

³⁷⁹ Vidal et Magnol, *op. cit.*, t. I, p. 552.

Au sujet de la *conspiracy*, nous tenons à citer aussi les points de vue suivants exprimés dans certaines réponses au même Questionnaire.

M. Francis Biddle exprime l'opinion :

« Je sais que la notion de *conspiracy* (complot) est une notion anglo-saxonne. Le membre français du Tribunal ne l'a pas accueillie avec faveur et je ne crois pas qu'on puisse lui trouver un fondement dans le droit européen ni dans aucune autre notion de droit international. Je serais tenté d'y renoncer ou, si l'on insistait pour la conserver, je la limiterais strictement par une définition, tout comme le Tribunal l'a limitée à Nuremberg. On se souviendra que l'accusation a soutenu et s'est efforcée de démontrer que le complot avait commencé en 1922 avec la formation du parti nazi. Cela nous a paru, à mon collègue français et à moi-même, tout à fait excessif, et nous sommes finalement parvenus à un compromis en convenant que l'on ne pouvait pas dire que le complot avait commencé avant le 5 novembre 1937, date de la fameuse conférence de Hoeszbach. Le Tribunal a déclaré que le complot et son but criminel doivent nettement apparaître et que le complot ne doit pas se placer à une date trop éloignée de celle de la décision ou de l'action. On a parlé du complot comme d'un projet concret de faire la guerre. On pourrait s'inspirer de cette idée pour définir la notion de complot si on doit l'accepter. »

Le professeur Hurwitz estime que, du fait que « dans la science criminelle et la législation nordique on n'emploie pas la notion de *conspiracy*, il n'est pas utile de l'introduire dans une législation que les pays nordiques seront appelés à accepter. Les actes qu'on doit punir dans la sphère de *conspiracy* pourront être classés en droit danois, en tous cas, comme tentatives de crimes ou complicité ».

Le professeur Graven considère lui aussi, quant au complot, que « la confusion vient surtout du fait qu'on mêle les notions, habituelles, du continent européen avec la notion anglaise de *conspiracy* ». Pour lui « il doit s'agir d'une notion tendant directement à la préparation de la guerre illégitime, contraire au droit, de l'agression violente ou sournoise ... Il serait donc préférable de bannir tout à fait le terme *conspiracy* contre la paix, qui créera inmanquablement l'équivoque avec le délit de *conspiracy* ».

Le professeur allemand Schönke exprime l'opinion suivante :

« Aucun des systèmes juridiques du continent ne contient un délit pénal correspondant à la *conspiracy*. Dans le droit allemand la notion qui se rapproche le plus de la *conspiracy* est la *Geheimbündelei* (par. 128, code pénal allemand). La sanction trouve sa raison d'être dans le fait que l'existence d'associations clandestines est de nature à propager dans la population un sentiment d'anxiété ... Cet article comprend, d'une part, les associations dont l'existence ou le but sont destinés à être cachés au gouvernement, d'autre part, les associations dans lesquelles les membres s'obligent à obéir à des supérieurs inconnus ou à obéir inconditionnellement à des supérieurs connus.

« A mon avis, la *conspiracy* ne devrait pas être introduite dans le projet d'un code pénal international

à cause de son imprécision et, pour cette raison même, à cause du danger qu'elle présente. »

Le professeur Donnedieu de Vabres pense qu'on ne saurait répudier l'idée de justice élémentaire selon laquelle un homme ne doit pas être puni pour des faits dont il ne pouvait, au moment de leur commission, soupçonner le caractère délictueux. « Or, observe-t-il, l'incrimination du complot est propre au droit britannique. Elle est aussi étrangère à la législation allemande qu'au code pénal français. Son originalité consiste à créer un délit distinct du crime contre la paix, des crimes de guerre et des crimes de lèse-humanité. Son intérêt pratique est de soumettre à la répression des actes qui, étant simplement préparatoires, échappent à ces dernières qualifications. Comment soutenir, dans de telles conditions, que son application *ex post facto* soit respectueuse, même en esprit, du principe de légalité des délits et des peines ? »

Et le professeur Donnedieu de Vabres cite un passage de la consultation de janvier 1919 de MM. Larnaude et de Lapradelle qui écrivaient : « Il est antijuridique de vouloir assimiler la guerre à un complot, à une conspiration accompagnée de crimes et délits ³⁸³. »

APPENDICE

CRITÈRES POUR LA CLASSIFICATION DES CRIMES A PRÉVOIR DANS LE CODE

159. Dans cet appendice sont traitées certaines questions, se référant à l'élaboration et à l'application d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Il eût été possible de classer les crimes à prévoir dans le Code selon les critères suivants :

On aurait pu, comme le font des codes nationaux qui contiennent des parties spéciales, considérer la *nature des intérêts lésés*.

On aurait pu envisager une classification considérant les *sujets passifs*, c'est-à-dire les *victimes* des crimes (communauté internationale, Etats et individus).

On aurait pu distinguer les crimes commis *en temps de paix* et les crimes commis à l'occasion d'un *conflit armé*.

Mais pour pouvoir choisir à bon escient une de ces classifications, il eût fallu connaître, d'une part, les divers actes que la Commission désire retenir comme crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et, d'autre part, la place exacte qu'elle entend accorder dans le Code aux principes de Nuremberg.

QUESTION DE LA RÉDACTION DE TEXTES SOUS LA FORME D'UN AVANT-PROJET DE CODE

160. Nous aurions pu en conclusion du présent mémorandum présenter un avant-projet de code divisé en articles après avoir adapté aux conditions actuelles les principes du Plan d'un Code répressif mondial publié en 1935.

³⁸³ Donnedieu de Vabres, « Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 70 (1947), p. 532.

Nous ne l'avons pas fait pour les raisons suivantes : La structure même du Code dépend de la réponse donnée à la question de savoir si l'on admet seulement la responsabilité des personnes physiques ou si l'on admet à la fois la responsabilité des personnes physiques et celle des Etats et autres personnes morales, ou enfin si l'on désire viser seulement les faits des personnes physiques *ayant agi en tant qu'organe de l'Etat*.

Il importe en tout cas que la Commission adopte, à ce sujet, un système unitaire.

En outre, il eût fallu savoir si la Commission veut faire figurer dans le Code des sanctions, comme le font les codes nationaux, ou si elle entend se borner à énumérer les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Il eût fallu enfin savoir si le Code doit traiter certaines questions de procédure et d'organisation judiciaire internationale, ce qui, à notre avis, serait nécessaire pour assurer la bonne application du Code.

A défaut de ces données, nous nous sommes bornés à exposer les diverses solutions aux problèmes les plus importants de droit pénal international que pose l'élaboration du Code.

L'EXTRADITION DES PERSONNES ACCUSÉES DE CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

161. Elle devrait, selon nous, être prévue par le Code. Que l'on soit ou non d'avis d'exclure ces crimes de la catégorie des délits politiques (voir *supra*, par. 45), ils ne devraient en aucun cas être considérés comme des crimes politiques en ce qui concerne l'extradition.

Le principe de l'extradition des criminels de guerre fut adopté aussi bien par certains traités de paix conclus après la première guerre mondiale que par les Traités de paix signés à Paris le 10 février 1947 avec la Bulgarie, la Finlande, la Hongrie, l'Italie et la Roumanie. Il figure aussi dans les dispositions imposées par les Alliés à l'Allemagne et au Japon.

Il est évident que les conditions de l'extradition seront elles aussi fonction du système que l'on admettra pour la poursuite et le jugement des criminels de guerre.

Si l'on entend confier la répression aux seules juridictions nationales — et nous notons en passant que dans ce cas l'extradition jouera difficilement³⁸⁴ — il faut de toutes façons que le principe de Grotius *aut dedere aut punire* soit consacré par une disposition expresse du Code.

Il faudrait, par ailleurs, réduire le plus possible les cas d'impunité résultant de la non-extradition des nationaux³⁸⁵. A la différence de certaines conventions antérieures qui prévoyaient expressément l'obligation pour un Etat de punir ses nationaux qui ont commis à l'étranger les crimes prévus par lesdites conventions, quand il refuse de les extraditer³⁸⁶, la Convention pour la prévention et la répression du génocide est muette à ce sujet.

Il faudrait, en outre, admettre à titre subsidiaire la compétence du juge du lieu d'arrestation (*judex deprehensionis*)³⁸⁷.

Il faudrait enfin prévoir l'obligation de fournir à la juridiction compétente « tous les documents et renseignements de quelque nature que ce soit, dont la production serait jugée nécessaire pour la connaissance complète des faits incriminés, la recherche des coupables et l'appréciation exacte des responsabilités »³⁸⁸.

QUELQUES QUESTIONS DE PROCÉDURE

162. Nous ne traiterons pas la question des *recherches préliminaires* ni celle des *commissions d'enquête*.

Si l'on admet, sous quelque forme que ce soit, la compétence d'une juridiction criminelle internationale, des dispositions devront être prévues concernant l'*organisation de cette juridiction*, sa *saisine*, les *droits de la défense*, les *voies de recours*, l'exercice du *droit de grâce* ainsi que l'*exercice et l'extinction du droit d'exécution des sanctions*³⁸⁹.

Il faudra en tout cas préciser que, lorsqu'un crime prévu dans le Code aura lésé directement une personne physique ou une personne morale, on devra prévoir la possibilité pour ces personnes de se constituer partie civile ou d'obtenir par une autre procédure la réparation du préjudice.

Les Etats devront prendre l'engagement d'assurer l'exécution des jugements concernant les *confiscations* ou les *restitutions* si les biens en question se trouvent sur leur territoire.

MISE EN ŒUVRE DU CODE

163. Une question très importante est celle de savoir si le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité peut être mis en œuvre de façon satisfaisante lorsque la répression s'exerce exclusivement sur le plan national.

La réponse négative s'impose.

Si la répression doit être exercée seulement sur le plan

1929 et l'article 9 de la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme signée à Genève, le 16 novembre 1937. Ces deux conventions prévoient une seule exception, à savoir que l'obligation de punir n'existe pas lorsque, dans un cas semblable, l'extradition d'un étranger n'est pas accordée. Voir, à ce sujet, les explications fournies par nous-même en qualité de rapporteur général de la Conférence pour la répression du terrorisme, *Actes* antérieurement cités, p. 100.

³⁸⁷ Rappelons à ce sujet le point 2 de la résolution adoptée par le troisième Congrès de l'Association internationale de droit pénal réuni à Palerme, en avril 1933, à savoir que « l'attribution de la compétence aux tribunaux du pays où le délinquant est arrêté est hautement désirable, même lorsqu'il s'agit d'infractions au droit commun et lorsque l'extradition du coupable n'a été demandée ni par l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise, ou dont elle lèse directement les intérêts, ni par l'Etat dont le délinquant relève par sa nationalité ».

³⁸⁸ Voir art. 230 du Traité de paix de Versailles.

³⁸⁹ Voir sur la plupart des questions de procédure et d'organisation le projet de statut pour la création d'une chambre criminelle au sein de la Cour internationale de Justice (*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, p. 81-93) et la Convention pour la création d'une Cour pénale internationale conclue à Genève, le 16 novembre 1937 (*Ibid.*, p. 94-104).

³⁸⁴ Voir *infra*, par. 163.

³⁸⁵ Rappelons, à titre d'exemple, que la Commission de contrôle en Allemagne, par la loi n° 11, a abrogé la loi allemande qui interdisait l'extradition des citoyens allemands.

³⁸⁶ Voir notamment l'article 8 de la Convention internationale pour la répression du faux-monnayage signée à Genève, le 29 avril

national, il faut supposer que le Code ne punira aucun crime qui serait commis *contre le gré des gouvernements*. Or, dans une telle éventualité, l'intérêt même du Code international serait singulièrement diminué.

On peut évidemment, à l'instar de certaines conventions internationales traitant des matières pénales, prévoir que les Parties contractantes prendront les mesures législatives nécessaires pour que les crimes visés par le Code international soient réprimés.

Mais de nombreux crimes que le Code international devra prévoir sont commis par l'Etat ou avec l'assentiment ou la tolérance de celui-ci.

Dans ces conditions, comment concevoir que l'Etat, même s'il a prévu dans sa législation pénale la répression des crimes commis, voudra faire juger les coupables en les déférant à ses propres juridictions ?

Supposons qu'il ait existé un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dans la période précédant la seconde guerre mondiale et que l'Allemagne nazie ait prévu dans ses lois pénales la répression des crimes visés par ledit Code. Le régime nazi n'eût évidemment pas poursuivi devant ses propres juridictions ses fonctionnaires coupables de crimes contre l'humanité commis dans les camps de concentration (voir *supra*, par. 137 et 138). Hitler ne se serait évidemment pas fait poursuivre lui-même pour le crime d'annexion de territoires en violation du droit international (voir *supra*, par. 106).

L'argument que la situation aurait été la même si une juridiction criminelle internationale avait existé n'a pas la valeur qu'on lui attribue.

En effet, même si l'Etat coupable refusait de livrer les personnes accusées de crimes internationaux pour qu'ils soient jugés par la juridiction criminelle internationale, cette dernière pourrait prononcer des jugements par contumace ou, tout au moins, des jugements déclaratifs de culpabilité.

Supposons enfin qu'une disposition comme celle de l'article IX de la Convention sur le génocide ait existé³⁹⁰. La Cour internationale de Justice n'aurait pu faire plus que de constater la responsabilité de l'Allemagne nazie pour inexécution de la Convention. Elle n'aurait pu prononcer aucune sanction contre les coupables.

La compétence d'une juridiction nationale n'a de valeur pratique que s'il s'agit de crimes internationaux qui, pour leur préparation ou leur exécution, n'impliquent pas le concours d'individus agissant comme organe de l'Etat ou bénéficiant de la tolérance de l'Etat, comme c'est quelquefois le cas pour les crimes de propagande de guerre, de diffusion de fausses nouvelles de nature à mettre en danger les relations internationales, de pression en faveur de la guerre, de génocide, d'abus dans l'exercice des pouvoirs de police en haute mer.

Si de tels crimes n'ont pas eu pour effet de troubler les relations internationales, c'est aux juridictions nationales d'assurer leur répression, en étant bien entendu que l'Etat qui détient le coupable aurait la faculté de le déferer à une juridiction criminelle internationale³⁹¹.

Pour la plupart des crimes prévus dans le Code, l'exclusion de la compétence des tribunaux nationaux apparaît comme la conséquence inéluctable de certaines règles à inscrire dans le Code comme suite à la confirmation, par l'Assemblée des Nations Unies, des principes de Nuremberg.

Si l'on admet le principe de l'*exclusion de toute immunité* en raison des fonctions officielles de l'accusé et si — ainsi que nous l'avons déjà indiqué — la législation, voire même la Constitution de l'Etat prévoit certains cas d'invulnérabilité ou d'immunité, l'existence de tels cas exclut implicitement la compétence nationale.

Par ailleurs, si l'on considère que l'*ordre de la loi nationale ne peut constituer un fait justificatif*, on exclut également la compétence de la juridiction nationale. Il serait, en effet, paradoxal de demander à un tribunal national de punir un individu pour avoir exécuté les dispositions d'une loi obligatoire pour le tribunal lui-même.

D'autres arguments pourraient être invoqués pour démontrer la nécessité d'une juridiction criminelle internationale. Il suffit de se référer à l'intéressant document préparé dans un esprit de parfaite objectivité par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies³⁹². Nous renverrons également à un mémoire présenté par nous, le 2 juin 1949, à la Commission du droit international et qui, après avoir été mis à jour, a été publié dans l'*American Journal of International Law*³⁹³ et aux divers ouvrages cités dans ledit mémoire.

164. Si l'on envisage l'application du Code international par une juridiction criminelle internationale, faut-il établir une juridiction *ad hoc* ou une juridiction permanente ? Selon nous, l'idée d'une juridiction criminelle *ad hoc* ne semble pas devoir être retenue aujourd'hui. Rejetée par les gouvernements défavorables par principe à la juridiction criminelle internationale, elle est jugée insuffisante par les gouvernements favorables à la création d'une telle juridiction.

On pourrait invoquer le précédent des Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, qui ont été des juridictions *ad hoc*. Nous croyons que ce serait à tort. En effet, l'impartialité d'une justice pénale internationale ne saurait être assurée sans la *permanence et la préexistence de la juridiction*. En d'autres termes, la

³⁹⁰ L'article IX de la Convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du génocide dispose :

« Les différends entre les parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend. »

³⁹¹ Voir art. VI de la Convention sur le génocide et art. 2 de la Convention sur la création d'une Cour pénale internationale. Cette faculté peut présenter un intérêt particulier car, en ayant recours à la juridiction internationale, un Etat peut mettre ainsi à couvert sa responsabilité internationale résultant soit de la non-extradition des coupables, soit même des décisions de ses propres juridictions régulièrement saisies.

³⁹² *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*.

³⁹³ Peila, « Towards an International Criminal Court », *American Journal of International Law*, vol. 44 (1950), n° 1, p. 37-68.

juridiction doit exister et les juges doivent être nommés avant la perpétration des crimes qu'on aura à juger ³⁹⁴.

165. L'institution d'une juridiction criminelle internationale permanente est indispensable pour l'application d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ³⁹⁵.

De l'ensemble des arguments invoqués contre la création d'une telle juridiction, nous retiendrons les principaux pour autant qu'ils intéressent spécialement l'application du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, à savoir :

a) Certains des crimes internationaux prévus par le code — a-t-on dit — sont commis en des temps exceptionnels. Les autres sont tellement rares qu'il ne vaut pas la peine de créer pour eux une juridiction criminelle internationale.

A cet argument, on répondra que ce n'est pas la *fréquence du crime*, mais la gravité qu'il présente s'il est commis, qui rend nécessaire la création d'une juridiction. La juridiction criminelle a, par sa simple existence, une *vertu préventive*.

Quant à la dépense, on peut très bien la réduire au minimum en adoptant le système de l'article 3 de la Convention du 16 novembre 1937 pour la création d'une cour pénale internationale, à savoir que *le tribunal est constitué de façon permanente, mais qu'il ne se réunit que s'il est saisi d'une poursuite*.

En tout cas, il vaut mieux avoir à sa disposition un tribunal qui pendant un certain temps pourra n'avoir rien à juger que de se trouver à un moment donné devant des situations qui, en l'absence d'une telle juridiction, peuvent conduire à des formules improvisées et critiquables tant au point de vue moral que juridique ³⁹⁶.

b) On a dit que si un Etat refuse de se présenter devant la juridiction, même si cette dernière rend un jugement, il sera très difficile de contraindre l'Etat en cause à exécuter le jugement.

On constate que dans une très large mesure le même argument peut être invoqué contre la compétence actuelle de la Cour internationale de Justice.

Sauf les cas de compétence obligatoire, on ne peut contraindre aujourd'hui un Etat à comparaître devant la Cour. Par ailleurs si, en vertu du paragraphe 1 de

l'Article 36 du Statut de la Cour, un Etat a comparu et un arrêt a été rendu, au cas où cet Etat ne se conformerait pas audit arrêt, c'est l'Article 94, paragraphe 2, de la Charte qu'il faudrait appliquer. C'est le même genre de difficulté que celles auxquelles cet article prétend parer que l'on rencontre dans le cas qui nous occupe.

c) On a encore invoqué comme argument contre la juridiction criminelle internationale qu'un Etat agresseur — donc coupable d'un des plus grands crimes — refusera de comparaître devant ladite juridiction. Jusqu'au moment où il sera vaincu, il ne livrera pas les individus coupables.

Mais ne voit-on pas dans certains pays des malfaiteurs agissant en bandes qui résistent aux autorités et qui, jusqu'au moment où ils sont appréhendés (c'est-à-dire vaincus), ne peuvent être effectivement punis ?

Refuser de créer une juridiction criminelle internationale parce qu'elle ne pourrait assurer le châtiment d'un agresseur encore non vaincu, c'est donner par là même une prime à l'agression. C'est comme si l'on disait, considérant l'ordre interne des Etats, qu'il faut d'abord appréhender le malfaiteur et ensuite créer la juridiction répressive.

d) Un argument impressionnant invoqué contre la juridiction internationale est celui selon lequel l'agresseur pourrait être finalement le vainqueur.

A la vérité si cet argument a une valeur on peut l'invoquer contre les dispositions de la Charte des Nations Unies qui prévoient une action concertée pour mettre en échec un agresseur et rétablir la paix (voir Art. 42). On aurait pu développer cet argument à San-Francisco quand fut élaborée la Charte. On aurait pu le reprendre quand l'Assemblée des Nations Unies confirma les principes de Nuremberg. On aurait pu dire, en effet, qu'une telle confirmation est inopportune, vu qu'un *Etat coupable d'un crime contre la paix* peut gagner la guerre qu'il a engagée.

Enfin, à l'intérieur des Etats, il se peut qu'une guerre civile éclate et que le parti rebelle l'emporte. Considérant cette dernière éventualité, les Etats devraient-ils supprimer les tribunaux compétents pour juger les attentats contre la sûreté de l'Etat ?

Si l'on se laisse influencer par un tel argument, on est amené à douter de l'opportunité de tous les efforts déployés pour défendre l'ordre et la justice, aussi bien sur le plan national que sur le plan international. On s'abandonnerait à un sentiment de scepticisme et de résignation incompatibles avec la poursuite des buts de l'Organisation des Nations Unies.

166. On doit reconnaître qu'on ne saurait s'attacher davantage à la formulation de principes « dont l'application est aléatoire parce que conditionnée par des circonstances de fait livrées à l'appréciation particulariste des Etats », alors qu'on se refuse à créer l'organe juridictionnel compétent pour appliquer de tels principes ³⁹⁷.

Depuis la fin de la première guerre mondiale, on tourne dans un cercle vicieux. Les uns affirment que,

³⁹⁴ Des réponses au Questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, une seule préconise le système d'un tribunal criminel *ad hoc* pour la mise en œuvre du Code. Le professeur Lopez-Rey considère en effet « qu'au lieu d'un tribunal international permanent il serait préférable d'établir un tribunal qui pourrait être constitué *ad hoc* pour juger les crimes contre la sécurité de l'humanité et les délits de guerre. Dans une convention internationale, on pourrait prévoir les cas où le tribunal devrait se constituer pour se prononcer sur l'admission de l'accusation et sur le délit commis. La composition du tribunal devrait être assez différente de celles envisagées dans les projets existants. Il devrait connaître des délits contre la sécurité de l'humanité et des crimes de guerre. Il aurait à prononcer des peines, des mesures de sûreté et des condamnations aux dommages-intérêts ».

³⁹⁵ L'ensemble de ces arguments a été examiné par nous dans l'étude : « Towards an international criminal Court », *American Journal of International Law*, vol. 44 (1950), n° 1, p. 37-68.

³⁹⁶ Voir aussi notre exposé, fait en qualité de rapporteur général de la Conférence de la Société des Nations pour la répression du terrorisme, document C.94.M.47, 1938, p. 69.

³⁹⁷ Cf. Donnedieu de Vabres, *préface* à l'ouvrage de Tawfik Hazan, *L'Etat de nécessité en droit pénal interétatique et international*, p. IV.

sans un code pénal international, une juridiction criminelle internationale est inconcevable. Les autres soutiennent, au contraire, que le code sans juridiction est dépourvu d'efficacité. Avec de tels arguments on s'est opposé soit à la création de la juridiction, soit à l'élaboration du code.

La vérité est que le code et la juridiction forment un ensemble et s'étaient réciproquement.

Elaborer un code pénal international et refuser de créer la juridiction appelée à l'appliquer, c'est formuler des règles de droit pénal international en partant de l'idée que leur application est fonction de la fortune changeante des armes et non d'éléments stables consistant en une organisation permanente et préexistante de la justice pénale internationale³⁹⁸.

³⁹⁸ Les réponses au point 12 (première partie du questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, sauf deux réponses dont l'une est contraire à la création d'une juridiction criminelle internationale (M. C. A. L. Treadwell, du barreau de la Nouvelle-Zélande) et celle déjà citée de M. Manuel Lopez-Rey qui est pour une juridiction *ad hoc*, sont favorables à la création d'une juridiction permanente.

La question était ainsi formulée : « La mise en œuvre d'un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité suppose-t-elle nécessairement la création d'une juridiction criminelle internationale ? » Il y a lieu de citer ces réponses :

Sir David Maxwell Fyfe : « Je considère qu'un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (étant donné qu'il crée des crimes internationaux) implique nécessairement la création d'une juridiction criminelle internationale. Je suis toutefois convaincu que nous devrions aussi nous efforcer de créer un tribunal criminel international en vue de rendre effectif un code qui autrement risque de n'être considéré que comme un idéal. Je n'envisage pas de laisser à chaque Etat le soin de décider des affaires qui doivent être portées devant la Cour internationale. Selon ma conception, la décision serait prise par une commission internationale sur la requête des parties lésées ».

Le professeur Donnedieu de Vabres, se référant à la mise en œuvre d'un code relatif aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, déclare : « qu'il faudrait insister, en premier lieu, sur la nécessité absolue d'un organe, c'est-à-dire d'une juridiction criminelle internationale ».

MM. Karl Schlyter, Ivar Strahl et Gerhard Simson : « La création d'un forum international en matière pénale est une condition de l'efficacité de la loi. Le tribunal international doit être compétent dans toutes les actions juridiques intentées par un ministère public international pour les crimes compris dans la loi prévue, qu'ils aient été commis par un Etat, une autre collectivité ou un individu. Il est souhaitable qu'une action puisse être intentée non seulement par le ministère public international devant un forum international, mais aussi en tant qu'il s'agit d'un individu ou une autre collectivité qu'un Etat, par le ministère public national devant un forum national ».

Le professeur A. von Verdross : « La punition effective des crimes commis ou ordonnés par les fonctionnaires dirigeants n'est possible que par une cour internationale, à moins qu'on attende une guerre pour assurer cette punition... par le vainqueur. Un droit criminel supranational suppose l'existence d'une cour criminelle internationale. Sans elle, nous restons toujours dans le cadre du droit criminel national, même si les Etats sont obligés par le droit des gens à punir certains délits... La cour criminelle internationale devrait connaître des crimes contre l'humanité commis par des personnes dirigeantes, ainsi que ... du délit de guerre d'agression commis par un Etat... Il en est de même des crimes commis par un militaire quelconque. Cette différence de traitement s'impose par le fait que, dans une guerre, il n'est pas possible de faire punir par leur Etat national les personnes tombées aux mains de l'adversaire. En temps de paix, ils peuvent être punis par l'Etat auquel ils appartiennent à l'exception, bien entendu, des personnes dirigeantes. Contre elles, une punition effective ne peut pas être obtenue par un juge national ».

Le général Telford Taylor : « La rédaction d'un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité peut être utilement effectuée, qu'une juridiction criminelle internationale soit ou non

RÔLE RÉSERVÉ À LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

167. Comme le prévoit l'article IX de la Convention sur le génocide, la Cour pourrait, sur la demande de l'une des parties contractantes, exercer un contrôle général concernant l'application du code.

Si une juridiction criminelle internationale était créée, la Cour pourrait également se prononcer sur les conflits positifs ou négatifs de compétence entre ladite juridiction

créée dès maintenant. Toutefois, il est évident qu'une telle juridiction devra finalement (et à une date qui ne soit pas trop éloignée) être créée si l'on veut donner au droit pénal international une base solide et durable ».

Les professeurs Herzog et Bouzat : « Nous sommes entièrement convaincus de l'absolue nécessité de l'institution d'une juridiction internationale compétente pour connaître les infractions au code des crimes contre la sécurité de l'humanité. L'ordre juridique universel comportera sa juridiction ou ne sera pas. Et nous croyons que toutes les infractions considérées comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité doivent ressortir sans exception à la compétence de cette juridiction internationale... L'institution d'une juridiction internationale, jusqu'ici retardée par la fatalité des événements et l'imprévoyance réticente des hommes, est une inéluctable nécessité du développement de la communauté internationale ».

M. A. Lacconia : « Tout code pénal international trouve sa raison d'être dans l'existence d'une juridiction compétente pour appliquer ses dispositions... Cette juridiction doit disposer de tous les moyens nécessaires pour rendre des décisions précises et surtout pour obtenir l'exécution pratique de toutes les mesures qu'elle ordonnerait ».

Le professeur A. Schönke : « Un code répressif mondial suppose la création d'une juridiction pénale internationale. Si cela n'était pas possible, toute une série de faits prévus ne pourraient être appliqués que par le vainqueur contre le vaincu. Ce qui réduit, en effet, l'autorité des juges de Nuremberg, c'est, comme le dit Kelsen, la circonstance « que le principe de la responsabilité individuelle pour la violation des règles de droit international interdisant la guerre n'a pas été établi comme un principe de droit général, mais comme une norme appliquée seulement aux pays vaincus par les vainqueurs » (Kelsen, « Will the Judgment of the Nuremberg Trial constitute a precedent in international Law », *The International Law Quarterly*, 1947-1948, p. 156. S'il n'y a pas possibilité pour tous pays de saisir un tribunal international, l'égalité de l'application du droit envers tous les Etats n'est pas assurée. L'égalité de l'application du droit constitue un élément essentiel de la justice. Seulement si les normes juridiques trouvent une application égale envers tous, elles peuvent compter être considérées et évaluées partout comme étant le droit ».

Le professeur Thomas Givanovitch : « Nous considérons comme indispensable la création d'une juridiction criminelle internationale. Une telle juridiction a été déjà, comme on le sait, instituée à Genève en 1937 pour les infractions de terrorisme. Sans un tribunal criminel international il n'y aurait pas d'uniformité dans l'application du code, ni de contrôle du respect du code par les juridictions criminelles nationales, si on les rendait seules compétentes. En outre, l'effet d'intimidation serait fortement enlevé au code, s'il n'y avait pas une cour criminelle internationale ».

M. le juge J. Y. Dautricourt, au nom de l'Union belge et luxembourgeoise de droit pénal : « Toute répression efficace des crimes contre l'ordre public universel est nécessairement fondée sur la création d'une juridiction pénale universelle permanente ».

M. A. Sottile : « La création d'une juridiction pénale internationale ne peut plus être mise en discussion après les deux guerres mondiales. La situation internationale actuelle exige avec urgence l'adoption d'un code répressif mondial et la création d'une juridiction pénale internationale. La compétence de cette juridiction s'impose en premier lieu pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ».

Le professeur Jean Graven : « Tant qu'il n'y aura pas d'organe de jugement des crimes internationaux, il n'y aura ni codification sérieuse de la loi pénale internationale, ni application sérieuse d'une sanction pénale internationale. Le monde continuera à vivre dans l'anarchie juridique, la violence et l'injustice, au risque de courir à sa destruction ».

et les tribunaux nationaux, voire même, dans des cas très rares d'ailleurs, sur les conflits entre sa propre compétence et celle de la juridiction criminelle internationale.

On pourrait, dans l'hypothèse où la responsabilité pénale de l'Etat serait admise dans le code, donner compétence à la Cour internationale de Justice pour les questions relatives à la *responsabilité dite civile de l'Etat*, c'est-à-dire pour les questions de réparations.

Si le code n'envisageait que la responsabilité pénale des personnes physiques, la question de la responsabilité civile de l'Etat pourrait se poser lorsqu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité aurait été commis par des individus ou des organisations agissant soit comme organes de l'Etat, soit avec l'encouragement ou la tolérance de l'Etat. La Cour internationale de Justice pourrait connaître en pareil cas de la question de responsabilité civile.

Nous ferons observer que de nombreuses difficultés seraient évitées si l'on créait une chambre criminelle au sein de la Cour internationale de Justice.

La création d'une chambre criminelle au sein de la Cour, préconisée par le professeur Donnedieu de Vabres et par nous dès 1924, répondrait au principe de l'unité de la justice civile et de la justice pénale qui domine dans de nombreux pays l'organisation judiciaire.

Nous croyons cependant qu'aujourd'hui il serait préférable d'établir une juridiction criminelle indépendante. Pour créer une chambre criminelle au sein de la Cour, il faudrait amender le Statut de la Cour. La procédure d'amendement se heurterait à des obstacles insurmontables si certaines puissances maintenaient leur opposition au principe même d'une juridiction criminelle internationale.

168. Quant au rôle des autres organes des Nations Unies, il serait fonction du système que l'on adopterait pour la mise en œuvre du code.

On pourrait charger selon les cas tel ou tel organe des Nations Unies de se prononcer sur l'*opportunité de saisir la juridiction*. Le Conseil de sécurité serait le plus qualifié lorsqu'il s'agirait de crimes contre la paix, de crimes de guerre, et d'infractions connexes à ces crimes, ou, enfin, des crimes et délits qui, tout en n'ayant pas entraîné le déclenchement d'une guerre, auraient cependant troublé profondément les relations entre les Etats. Pour les autres crimes internationaux, notamment les crimes contre l'humanité, on pourrait faire intervenir le Conseil économique et social.

Il va de soi que pour le moment on ne peut tabler que sur des hypothèses. La solution des questions traitées dans ces sept derniers paragraphes dépend des recommandations définitives que fera la Commission du droit international concernant la mise en œuvre du code.

C'est en tenant compte des nécessités d'une société internationale en pleine transformation que nous avons préparé cette étude. Espérant qu'elle ne heurtera pas les susceptibilités issues du soi-disant dogme de la souveraineté, nous nous sommes, en la rédigeant, inspirés des paroles prononcées par le professeur Manley O. Hudson après son élection comme Président de la Commission à sa première session; il rappelait que, si les juristes doivent s'appuyer sur l'histoire, ils ne doivent pas perdre de vue que l'histoire n'est pas statique, qu'elle est en perpétuel mouvement et que la Commission doit travailler non seulement pour le présent, mais aussi pour l'avenir³⁹⁹.

³⁹⁹ Voir A/CN.4/SR.1, p. 6.

NATIONALITY OF MARRIED WOMEN

DOCUMENT A/CN.4/33

Letter from the Secretary-General to the Chairman of the International Law Commission

[Original text: English]
[18 July 1950]

Sir,

On behalf of the Secretary-General of the United Nations and pursuant to the request of the Economic and Social Council, I have the honour to transmit to the International Law Commission the text of a resolution adopted by the Economic and Social Council on 17 July 1950. This resolution reads as follows:

"The Economic and Social Council,

"Noting the recommendation of the Commission on the Status of Women (fourth session) in regard to the nationality of married women (Document E/1712, paragraph 37),

"Noting further that the International Law Commission, at its first session, included among the topics selected for study and codification "nationality including statelessness",

"Proposes to the International Law Commission that it undertake as soon as possible the drafting of a convention to embody the principles recommended by the Commission on the Status of Women,

"Requests the International Law Commission to determine at its present session whether it deems it appropriate to proceed with this proposal and, if so, to inform the Economic and Social Council as to the appropriate time when the International Law Commission might proceed to initiate action on this problem, and

"Invites the Secretary-General to transmit this resolution to the International Law Commission together with the recommendation of the Commission on the Status of Women."

Further pursuant to the request of the Economic and Social Council I have the honour to transmit the

recommendation of the Commission on the Status of Women, the relevant part of which is as follows:

"The Commission on the Status of Women

"Requests the Economic and Social Council:

"(a) To take appropriate measures, as soon as possible, to ensure the drafting of a convention on nationality of married women, embodying the following principles:

"(i) There shall be no distinction based on sex as regards nationality, in legislation or in practice;

"(ii) Neither marriage nor its dissolution shall affect the nationality of either spouse. Nothing in such a convention shall preclude the parties to it from making provision for the voluntary naturalization of aliens married to their nationals."

May I also call the attention of the International Law Commission to the records of the 388th and 389th meetings of the Economic and Social Council, and to the records of the 133rd and 134th meetings of the Social Committee at which the above resolution of the Economic and Social Council was considered.

I have the honour to be,

Sir,

Your obedient Servant,

Henri LAUGIER

Assistant Secretary-General
Department of Social Affairs

Professor Georges SCELLE,
Chairman,

International Law Commission,
Palais des Nations, Geneva.

REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION TO THE GENERAL ASSEMBLY

DOCUMENT A/1316

Report of the International Law Commission covering its second session, 5 June - 29 July 1950

[Original text: English]
[July 1950]

CONTENTS

	<i>Page</i>
PART I. GENERAL	
Chapter I. Introduction	364
Chapter II. Miscellaneous decisions	366
PART II. WAYS AND MEANS FOR MAKING THE EVIDENCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW MORE READILY AVAILABLE	367
PART III. FORMULATION OF THE NÜRNBERG PRINCIPLES	374
PART IV. THE QUESTION OF INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION	378
PART V. PREPARATION OF A DRAFT CODE OF OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND	379
PART VI. PROGRESS OF WORK ON TOPICS SELECTED FOR CODIFICATION	380
Chapter I. Law of Treaties	380
Chapter II. Arbitral Procedure	381
Chapter III. Regime of the High Seas	383

Part I. GENERAL

Chapter I. Introduction

ORGANIZATION OF THE SECOND SESSION

1. The International Law Commission, established in pursuance of General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947 and in accordance with the Statute of the Commission annexed thereto, held its second session at Geneva, Switzerland, from 5 June to 29 July 1950.

2. The Commission consists of the following members:

<i>Name</i>	<i>Nationality</i>
Mr. Ricardo J. Alfaro	Panama
Mr. Gilberto Amado	Brazil
Mr. James Leslie Brierly	United Kingdom
Mr. Roberto Córdova	Mexico
Mr. J. P. A. François	Netherlands
Mr. Shuhsi Hsu	China

<i>Name</i>	<i>Nationality</i>
Mr. Manley O. Hudson	United States of America
Faris Bey el-Khoury	Syria
Mr. Vladimir M. Koretsky	Union of Soviet Socialist Republics
Sir Benegal Narsing Rau	India
Mr. A. E. F. Sandström	Sweden
Mr. Georges Scelle	France
Mr. Jean Spiropoulos	Greece
Mr. J. M. Yepes	Columbia
Mr. Jaroslav Zourek	Czechoslovakia

3. With the exception of Sir Benegal Narsing Rau and Mr. Jaroslav Zourek who were unable to attend, all the members of the Commission were present at the second session. Mr. Vladimir M. Koretsky withdrew at the opening meeting, as related in paragraphs 4-7 below.

4. At the opening meeting on 5 June 1950, under the chairmanship of Mr. Manley O. Hudson, Mr. Koretsky objected to the presence in the Commission of

Mr. Shuhsi Hsu. He stated: "All the members of the Commission had been nominated by their Governments and should represent a particular legal system, so that all the main legal systems in the world would be represented in the Commission. Mr. Shuhsi Hsu had been elected following nomination by the former Kuomintang Government which he thus represented, and hence he had clearly ceased to represent the Chinese legal system". Mr. Koretzky therefore called upon the Commission "to stop Mr. Shuhsi Hsu from taking part in its work and, in accordance with article 11 of its Statute, to elect a representative of the legal system of the Chinese People's Republic". He further declared that if his proposal were not accepted, he would take no further part in the work of the Commission; moreover, any decisions taken by the Commission with the participation of Mr. Hsu "could not be regarded as valid".

5. The Chairman ruled the proposal of Mr. Koretzky out of order. He declared: "The members of the Commission were elected in 1948 to serve for three years. They do not represent States or Governments; instead, they serve in a personal capacity as persons of 'recognized competence in international law' (article 2 of the Statute). Being a creation of the General Assembly, the Commission is not competent to challenge the latter's application of article 8 of the Statute [relating to the election of the members]. Nor can it declare a 'casual vacancy' under article 11 in these circumstances. Mr. Koretzky's proposal is therefore out of order."

6. Several members spoke in support of the ruling of the Chair. They emphasized that members of the Commission were elected by the General Assembly on a personal basis and did not represent Governments. Only the General Assembly could lay down the conditions for the election of members of the Commission. The Commission had no competence to do so.

7. Mr. Koretzky appealed against the ruling of the Chair. By a vote of 10 to 1, the Commission decided to uphold the ruling. Mr. Koretzky thereupon withdrew from the meeting.

At a subsequent meeting, Mr. J. P. A. François, who was absent at the opening meeting, declared that, had he been present, he would have supported the ruling of the Chair.

8. The Commission elected, for a term of one year, the following officers:

<i>Chairman:</i>	Mr. Georges Scelle;
<i>First Vice-Chairman:</i>	Mr. A. E. F. Sandström;
<i>Second Vice-Chairman:</i>	Faris Bey el-Khoury;
<i>Rapporteur:</i>	Mr. Ricardo J. Alfaro.

9. Mr. Ivan S. Kerno, Assistant Secretary-General for Legal Affairs, represented the Secretary-General. Mr. Yuen-li Liang, Director of the Division for the Development and Codification of International Law, acted as Secretary of the Commission.

10. The Secretariat, besides servicing the Commission, placed before the latter a number of memoranda

and other documents¹ relating to the several subjects under consideration.

AGENDA

11. The Commission considered a provisional agenda for the second session prepared by the Secretariat (A/CN.4/21), consisting of the following items:

(1) (a) General Assembly resolution 373 (IV) of 6 December 1949: approval of Part I of the report of the International Law Commission covering its first session.

(b) General Assembly resolution 375 (IV) of 6 December 1949: draft Declaration on Rights and Duties of States.

(2) General Assembly resolution 374 (IV) of 6 December 1949: recommendation to the International Law Commission to include the regime of territorial waters in its list of topics to be given priority.

(3) (a) Formulation of the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal: report by Mr. Spiropoulos.

(b) Preparation of a draft code of offences against the peace and security of mankind: preliminary report by Mr. Spiropoulos (General Assembly resolution 177 (II) of 21 November 1947).

(4) Desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide and other crimes over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions: working papers by Messrs. Alfaro and Sandström (General Assembly resolution 260 B (III) of 9 December 1948).

(5) Law of treaties: preliminary report by Mr. Brierly.

(6) Arbitral procedure: preliminary report by Mr. Scelle.

(7) Regime of the high seas: preliminary report by Mr. François.

¹These include the following:

(i) Article 24 of the Statute of the International Law Commission: Memorandum on the Working Paper of Mr. Hudson (A/CN.4/27).

(ii) Regime of the High Seas: Questions under Study by other Organs of the United Nations or by Specialized Agencies (A/CN.4/30).

(iii) Bibliography on the Regime of the High Seas (A/CN.4/26).

(iv) Bibliography on International Criminal Law and International Criminal Courts (A/CN.4/28).

(v) Bibliography on Arbitral Procedure (A/CN.4/29).

(vi) Bibliography on the Law of Treaties (A/CN.4/31).

The following memoranda were also submitted to the special rapporteurs for their reference and were subsequently made available to the members of the Commission:

(i) Memorandum on the Soviet Doctrine and Practice with respect to Arbitral Procedure.

(ii) Memorandum on the Soviet Doctrine and Practice with respect to the Regime of the High Seas.

(iii) Memorandum on the Soviet Doctrine and Practice with respect to the Law of Treaties.

(iv) Memorandum on Arbitral Procedure.

(v) Memorandum on the Regime of the High Seas.

(vi) Memorandum on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind.

(8) Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available: working paper by Mr. Hudson (Article 24 of the Statute of the International Law Commission).

(9) The right of asylum: working paper by Mr. Yepes.

(10) Co-operation with other bodies:

(a) Consultation with organs of the United Nations and with international and national organizations, official and non-official.

(b) List of national and international organizations prepared by the Secretary-General for the purpose of distributing documents (Articles 25 and 26 of the Statute of the International Law Commission).²

(11) Date and place of the third session.

12. At its first session, the Commission invited Mr. M. Yepes to prepare, for its consideration, a working paper on the topic of the right of asylum. At the beginning of the second session, Mr. Yepes stated that, in view of the fact that a case involving the right of asylum was pending before the International Court of Justice, he would for the time being, postpone the submission of this working paper which had already been prepared. The Commission accordingly decided not to include the topic of the right of asylum in the agenda of its second session. As regards the item "Co-operation with other bodies", the Commission did not find it necessary to consider the item separately at the present session, since no independent question arose in that connexion.

ITEMS ON WHICH THE COMMISSION HAS COMPLETED ITS STUDY

13. In the course of its second session the Commission held forty-three meetings. It completed its study on the following items:

(1) Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available;

(2) Formulation of the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal;

(3) Desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide or other crimes over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions.

14. The reports on these three items are contained respectively in parts II, III and IV of the present document. These are submitted to the General Assembly for its consideration.

ITEMS ON WHICH THE COMMISSION WILL CONTINUE ITS STUDY

15. The Commission undertook a preliminary discussion on the reports presented by the special rapporteurs on the following items:

(1) Preparation of a draft code of offences against the peace and security of mankind;

(2) Law of treaties;

(3) Regime of the high seas;

(4) Arbitral procedure.

16. The progress in the work done by the Commission on the foregoing four items is related in parts V and VI of the present document for the information of the General Assembly. The Commission will in due course submit its reports on these subjects for the consideration of the General Assembly, in accordance with the provisions of the Statute of the Commission.

Chapter II. Miscellaneous Decisions

GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS ON THE REPORT OF THE COMMISSION COVERING ITS FIRST SESSION

17. The General Assembly at its fourth session, adopted resolutions 373 (IV) and 375 (IV), both on the report of the International Law Commission covering its first session. The Commission took note of these resolutions.

RECOMMENDATION OF THE GENERAL ASSEMBLY RELATIVE TO THE TOPIC OF THE REGIME OF TERRITORIAL WATERS

18. The Commission further gave consideration to General Assembly resolution 374 (IV) in which the General Assembly recommended to the International Law Commission that it include the topic of the regime of territorial waters in its list of priority topics selected for codification. In response to this request, the Commission decided to include in its list of priorities the topic of territorial waters.

REQUEST OF THE ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL RELATIVE TO A DRAFT CONVENTION ON THE NATIONALITY OF MARRIED WOMEN

19. By a letter of 18 July 1950 (A/CN.4/33), the Secretary-General transmitted to the Commission the following resolution adopted on 17 July 1950 by the Economic and Social Council:

"The Economic and Social Council,

"Noting the recommendation of the Commission on the Status of Women (fourth session) in regard to the nationality of married women (document E/1712, paragraph 37),

"Noting further that the International Law Commission, at its first session, included among the topics selected for study and codification 'nationality, including statelessness',

"Proposes to the International Law Commission that it undertake as soon as possible the drafting of a convention to embody the principles recommended by the Commission on the Status of Women;

"Requests the International Law Commission to determine at its present session whether it deems it appropriate to proceed with this proposal and, if so, to inform the Economic and Social Council as to the appropriate time when the International

² Revised provisional list prepared by the Secretary-General (A/CN.4/24).

Law Commission might proceed to initiate action on this problem; and

"Invites the Secretary-General to transmit this resolution to the International Law Commission together with the recommendation of the Commission on the Status of Women."

20. After consideration, the Commission adopted the following decision:

"The International Law Commission

"Deems it appropriate to entertain the proposal of the Economic and Social Council in connexion with its contemplated work on the subject of 'nationality, including statelessness',

"Proposes to initiate that work as soon as possible."

It was understood that the Commission might initiate work on the subject at its session in 1951, if it were found possible to do so.

EMOLUMENTS FOR MEMBERS OF THE COMMISSION

21. In its report on the first session, the Commission suggested that the General Assembly might wish to reconsider the terms of article 13 of the Statute concerning the allowance paid to the members of the Commission, in order to make service in the Commission less onerous financially. The Commission remains convinced that such a reconsideration is necessary for the sake of the future efficiency of its work.

DATE AND PLACE OF THE THIRD SESSION

22. The Commission decided, after consultation with the Secretary-General, that it would hold its third session in Geneva, Switzerland. This session, which will last not longer than twelve weeks, will begin in May 1951, the exact date being left to the discretion of the Secretary-General in consultation with the Chairman of the Commission.

ACKNOWLEDGMENT OF THE WORK OF THE SECRETARIAT

23. The Commission wishes to acknowledge the important collaboration of the Secretary-General and the Legal Department of the Secretariat in its work, and expresses its appreciation for the numerous memoranda and documents placed at the disposal of the Commission and for the valuable assistance afforded to it.

Part II. WAYS AND MEANS FOR MAKING THE EVIDENCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW MORE READILY AVAILABLE

I. INTRODUCTION

24. Article 24 of the Statute of the International Law Commission provides:

The Commission shall consider ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, such as the

La Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple

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.

la compilation et la publication de documents établissant la pratique des Etats et des décisions de juridiction nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet.

25. The history of the drafting of this text was set forth in the memorandum placed before the Commission at its first session by the Secretary-General of the United Nations (A/CN.4/6, pages 3-5). The Commission also had before it at its first session a working paper prepared by the Secretariat, based on the memorandum (A/CN.4/W.9). The question of the implementation of article 24 was considered by the Commission at its 31st and 32nd meetings. At the conclusion of the discussion, the Commission invited Mr. Manley O. Hudson to prepare a working paper on the subject, to be submitted to the Commission at its second session.

26. This working paper (A/CN.4/16 and A/CN.4/16/Add.1) was studied by the Commission during its second session at its 40th meeting. The results of this study are shown in the following paragraphs which are based on the contents of the working paper as harmonized with views expressed by the majority of the Commission.

27. The task assigned to the Commission was to consider and to report to the General Assembly on ways and means (*moyens*) for making the evidence (*documentation*) of customary international law more readily available (*plus accessible*). Two sources of customary international law are referred to in article 24: State practice, and decisions of national and international courts on questions of international law. The Commission was directed to consider (*par exemple*) such ways and means as the collection and publication of documents concerning these sources. The text of article 24 does not preclude consideration of other ways and means, nor does it exclude other sources.

2. SCOPE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

28. Article 24 of the Statute of the Commission refers only to "customary international law" (*droit international coutumier*). Its emphasis is in line with the traditional distinction between customary international law and conventional international law. That distinction was followed in 1920 in the drafting of article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice, the integrity of which is preserved in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, as revised in 1945. The Court is directed to "apply" four categories of sources of law, i.e., to resort to them in finding the law applicable to the case before it. Though the fourth category is denominated "subsidiary", Article 38 does not otherwise establish a general hierarchy among the following:

(a) International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;

(b) International custom, as evidence of a general practice accepted as law;

(c) The general principles of law recognized by civilized nations;

(d) ... judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

29. Perhaps the differentiation between conventional international law and customary international law ought not to be too rigidly insisted upon, however. A principle or rule of customary international law may be embodied in a bipartite or multipartite agreement so as to have, within the stated limits, conventional force for the States parties to the agreement so long as the agreement is in force; yet it would continue to be binding as a principle or rule of customary international law for other States. Indeed, not infrequently conventional formulation by certain States of a practice also followed by other States is relied upon in efforts to establish the existence of a rule of customary international law. Even multipartite conventions signed but not brought into force are frequently regarded as having value as evidence of customary international law. For present purposes, therefore, the Commission deems it proper to take some account of the availability of the materials of conventional international law in connexion with its consideration of ways and means for making the evidence of customary international law more readily available.

30. Article 24 of the Statute of the Commission seems to depart from the classification in Article 38 of the Statute of the Court, by including judicial decisions on questions of international law among the evidences of customary international law. The departure may be defended logically, however, for such decisions, particularly those by international courts, may formulate and apply principles and rules of customary international law. Moreover, the practice of a State may be indicated by the decisions of its national courts.

31. Evidence of the practice of States is to be sought in a variety of materials. The reference in article 24 of the Statute of the Commission to "documents concerning State practice" (*documents établissant la pratique des Etats*) supplies no criteria for judging the nature of such "documents". Nor is it practicable to list all the numerous types of materials which reveal State practice on each of the many problems arising in international relations.

32. Without any intended exclusion, certain rubrics may be listed for convenience. The following paragraphs will serve both as a list of such rubrics, and as a survey of the more important official and non-official collections with reference to each of them. Some of the materials referred to will evidence the formulation of customary or conventional international law, while others will evidence merely the practice of States. Commentaries to be found in treatises and monographs will not be included among the materials listed under the various rubrics.

3. EVIDENCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

A. Texts of international instruments

33. Two important collections of the texts of treaties and conventions concluded by various States have long served a useful purpose:

(a) *British and Foreign State Papers*, published in 140 volumes from 1841 to 1948;

(b) de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, published since 1843 in succession to the earlier *recueils* published from 1791: 1st series, twenty volumes; 2nd series, thirty-five volumes; 3rd series, forty volumes, down to 1943.

Mention may also be made of the thirty volumes of Hertslet's *Commercial Treaties*.

34. For present purposes, it is hardly necessary to refer to collections of the texts of earlier instruments, such as the seventeen volumes of Rymer's *Foedera*, and the thirteen volumes of Dumont's *Corps Universel Diplomatique du Droit des Gens*, both published in the eighteenth century.

35. The inauguration of a collection of texts of treaties and conventions to be published under official international auspices was considered at a diplomatic conference held in Berne in 1894, but no agreement was reached. Soon thereafter, however, publications of texts of international instruments in their respective fields were inaugurated by the international unions for the protection of industrial and literary property. In 1911, the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration inaugurated the publication of the texts of arbitration treaties communicated to it under articles 22 and 43 respectively of the Hague Conventions on Pacific Settlement of International Disputes of 1899 and 1907.

36. In 1920, the publication of the texts of treaties registered under article 18 of the Covenant was begun by the League of Nations. When it was discontinued in 1946, the *League of Nations Treaty Series* consisted of 205 volumes, supplemented by nine volumes of indices. A consolidated index of the whole *Series* would serve a useful purpose.

37. Since 1946, the texts of treaties and agreements registered with, or filed and recorded by, the Secretariat of the United Nations are being published in the *United Nations Treaty Series*, of which thirty-three volumes have appeared up to this time. Index volumes are contemplated for the future.

38. It may be assumed that the texts of most of the treaties concluded since 1920 have been published, or are to be published in either the *League of Nations Treaty Series* or the *United Nations Treaty Series*. For the texts of treaties concluded before 1920, the *British and Foreign State Papers* and de Martens' *Nouveau Recueil général de Traités* are supplemented by various national collections.

39. Many States publish in serial or in collected form the texts of treaties and conventions to which they are parties; in some States, such texts are scattered in publications of various kinds. Collections of the

treaties of particular countries are often published privately, also.

The *Manual of Collections of Treaties and of Collections Relating to Treaties*, compiled by Denys P. Myers, and published in 1922, contains 3,468 entries.

40. Several useful *répertoires* of treaties have been published, notably:

(a) Tétot, *Répertoire des Traités de Paix*, etc., 1493-1866, in two parts; published 1866-1870.

(b) Ribier, *Répertoire de Traités de Paix*, etc., 1867-1895, two volumes; published 1895-1899.

(c) Institut intermédiaire international, *Répertoire général des Traités*, 1895-1920; published in 1926.

A Chronology (*Répertoire*) of International Treaties and Legislative Measures was published by the League of Nations Library from 1930 to 1940.

41. Mention may also be made of several collections of treaties, either regional or otherwise special. Extremely useful is the *Collection of Treaties, Engagements and Sanads relating to India and Neighbouring Countries*, edited by C. U. Aitchison, published in five editions since 1862; the fifth edition, published by the Government of India, consists of fourteen volumes. Valuable, also, is Calvo's *Recueil des Traités* of the States of Latin America, 1493-1823, in six volumes, published 1862-1868. A collection of the texts of multipartite international instruments concluded between 1919 and 1945, edited by Hudson, was published in Washington by the Carnegie Endowment for International Peace in nine volumes, under the title *International Legislation*. In 1948, the United Nations published a valuable survey of treaties on pacific settlement.

B. Decisions of international courts

42. The awards of tribunals of the Permanent Court of Arbitration were published by the International Bureau as they were handed down, but no official collection of them was issued. An unofficial collection of the texts of the awards, with English translations, was compiled by James Brown Scott and published in his *Hague Court Reports* (1916) and *Hague Court Reports*, second series (1932). A volume of *Analyses des Sentences* was published by the International Bureau in 1934. A digest of the awards down to 1928 was published in *Fontes Juris Gentium*, Series A, Sectio I, Tomus 2.

43. Most of the decisions of the Central American Court of Justice were published in the seven volumes of the *Anales de la Corte*, issued from 1911 to 1917. The editing of these volumes left much to be desired, and it seems probable that they are not now generally available. There is need for a new and complete collection of the jurisprudence of this Court.

44. The judgments, advisory opinions and orders of the Permanent Court of International Justice, in French and English, were published in serial form in Series A, Series B and Series A/B of its publications; documents and records of proceedings concerning them were published in Series C; and digests were published in Series E. The English texts of the judgments and

opinions were reproduced in the four volumes of Hudson's *World Court Reports*. A German translation of the judgments and opinions down to 1935 was published in the twelve volumes of *Entscheidungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofs*. A Spanish translation of the earlier judgments and opinions was published in the two volumes of *Collección de Decisiones del Tribunal Permanente de Justicia Internacional*. A digest of the Court's jurisprudence from 1922 to 1934 was published in *Fontes Juris Gentium*, Series A, Sectio I, Tomus 1 and Tomus 3.

45. The judgments, orders and opinions of the International Court of Justice are published in the annual volumes of *I. C. J. Reports*. Documents and records of the proceedings in each case are published by the Court in *Pleadings, Oral Arguments and Documents*; these volumes are not serially numbered. Decisions taken by the Court in application of its Statute and Rules are recorded in the Yearbook published by the Registry.

46. Few of the judgments and awards of the many temporary and *ad hoc* tribunals which have functioned over the past 150 years have been published in systematic form. A useful list of them is to be found in Stuyt's *Survey of International Arbitrations, 1791-1938*. No complete collection of the texts of such judgments and awards has been made.

47. In 1902, La Fontaine published in his *Pasicrisie Internationale* a documentary history of international arbitrations from 1794 to 1900, dealing with 177 cases.

48. Two notable efforts have been inaugurated to compile general collections of international jurisprudence, but both of them were discontinued before completion of the original design. De La Pradelle and Politis edited two volumes of the *Recueil des Arbitrages internationaux*, published in 1905 and 1923, reprinted in 1932; these volumes report and comment on fifty-two cases arising between 1798 and 1872. John Bassett Moore's work on *International Adjudications, Ancient and Modern*, was planned as a comprehensive collection of many volumes; beginning in 1929, six volumes of the *Modern Series* were published, dealing with relatively few cases but in great detail; the one volume of the *Ancient Series*, published in 1936, dealt with a single arbitration.

49. Two collections may be noted of awards in arbitrations to which particular States were parties. Moore's *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* was published in six volumes in 1898. Van Boetzelaar's volume, *Les Arbitrages néerlandais de 1581 à 1794*, published in 1930, is supplemented by van Hamel's volume, *Les Arbitrages néerlandais de 1813 à nos jours*, published in 1939.

50. The recent inauguration by the United Nations of a series of *Reports of International Arbitral Awards* (*Recueil des Sentences Arbitrales*) is to be signalized. Three volumes, of continuous pagination, appeared in 1948 and 1949, reporting fifty-nine awards handed down during the period from 1920 to 1941; edited by the staff of the

Registry of the International Court of Justice, these volumes were issued as publications of the United Nations. An additional series is now contemplated by the Secretariat of the United Nations.

51. Most of the current international decisions are reported in various periodicals; summaries and digests of them appear in the valuable *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, published under varying titles since 1932 and now edited by Lauterpacht; the eleven volumes of the *Annual Digest* cover the period from 1919 to 1945. Schwarzenberger's *International Law*, volume I (2nd ed.), is a useful digest of international judicial decisions.

C. Decisions of national courts

52. Article 24 of the Commission's Statute refers to "the collection and publication . . . of the decisions of national and international courts on questions of international law". The text seems to set off national court decisions from State practice.

53. In general, national courts apply the national law. Their decisions "on questions of international law" are frequently based on international law only in so far as provisions of the latter have been incorporated into the national law. That incorporation is necessarily limited, for many of the provisions of international law serve little purpose in national law; at most, it is only the national view of international law which is incorporated into national law so as to be applicable by national courts. Suits are sometimes brought in the courts of one State by the Government of another State, but as questions of international law, or questions of international concern, more often arise in national courts when no State is represented before the court, decisions may be taken on them without the court's having opportunity to hear the views of any Government. Even where the theory prevails that international law is a part of the national law, a national court may base its decision on principles of international law only in the absence of a controlling national statute or regulation or precedent; for example, in some States which purport to incorporate their treaties into the national law, a statute enacted after the conclusion of a treaty will prevail over the provisions of the treaty itself.

54. It may be concluded that the decisions of the national courts of a State are of value as evidence of that State's practice, even if they do not otherwise serve as evidence of customary international law. The Commission is of the opinion that it is unnecessary to assess the relative value of national court decisions as compared with other types of evidence of customary international law.

55. It would be a herculean task to assemble the decisions, on questions of international law, of the national courts of all States. Assuming that most of such decisions are published in each country, the selection, collection and editing of the texts would involve a great deal of time and a considerable expense.

56. In some of the international law periodicals, reports or digests of national judicial decisions are regularly published. Particular mention should be made

in this connexion of the *Journal de Droit International Privé*, founded in 1874 and continued since 1915 as the *Journal de Droit International*, with a total of some seventy-two volumes. Since 1907, the *American Journal of International Law* has regularly published texts of national court decisions.

57. Most valuable in this connexion are the eleven volumes of the *Annual Digest of Public International Law Cases* inaugurated in 1932, covering both national and international jurisprudence for the years since 1919. Significantly, the term *Reports* has been added to the title of the more recent volumes.

58. A significant collection of decisions of national courts concerning private international law is *Giurisprudenza Comparata di Diritto Internazionale Privato*, published in eight volumes by the Istituto di Studi Legislativi at Rome (1937-1942). In 1925, the International Labour Office inaugurated as an annual publication an *International Survey of Legal Decisions on Labour Law*, of which at least thirteen volumes have been published.

59. Various collections of decisions of prize courts of some countries have been published.

D. National legislation

60. The term legislation is here employed in a comprehensive sense; it embraces the constitutions of States, the enactments of their legislative organs, and the regulations and declarations promulgated by executive and administrative bodies. No form of regulatory disposition effected by a public authority is excluded.

61. In most States, legislative texts are regularly published in systematic form. The publications in some countries are voluminous and expensive. Obviously, they serve as an important storehouse of evidence of State practice. Yet it seems probable that in many countries the published legislation of other States is not readily available.

62. Several attempts have been made to publish the texts of the constitutions of the various States of the world, but any such collection soon becomes out of date. The most extensive collection is Dareste's *Les Constitutions modernes*, inaugurated in 1883; six volumes of a fourth edition were published in 1928. In 1935 and 1936, a four-volume collection of constitutions of various States was published in Moscow under the auspices of the Government of the Soviet Union. An ambitious collection of *The Constitutions of All Countries* was projected by the Foreign Office of the United Kingdom in 1938, but only one volume containing British Empire constitutions was published. Reference may also be made to the collection of constitutions recently published by Peaslee in three volumes. A tenth edition of a collection of European constitutions edited by Mirkine-Guetzévitch was published in 1938.

63. Several collections of Latin-American constitutions have been made, notably by Altamira (1930), Mirkine-Guetzévitch (1932), Lozano y Mazon (1942), and Pasquel (1943). Fitzgibbon's *Constitutions of the Americas* (1948) contains English texts and translations. Giannini's collection of *Le Costituzioni degli Stati dell' Europa Orientale*

appeared in two volumes in 1930. The collection of *Constitutions, Electoral Laws, Treaties of the States in the Near and Middle East* (1947), by Davis, has also served a useful purpose.

64. The *Yearbook on Human Rights* for 1946, published by the United Nations, collects provisions in the constitutions of Members of the United Nations relating to human rights.

65. No attempt has been made to assemble a global collection of the legislation of all States bearing on matters of international concern. An ambitious project was launched by the Istituto di Studi Legislativi of Rome about 1936; its *Legislazione Internazionale* was designed to present texts of or information concerning the laws, decrees, and projects of laws of most of the countries of Europe; the seven volumes published covered the years from 1932 to 1938. Under the same auspices, a *Repertorio della Legislazione Mondiale* was launched in 1933, but only a few volumes were published.

66. Four volumes of an *International Digest of Laws and Ordinances* were published by the International Legislative Information Centre of Geneva in 1938, but the series was not continued.

67. The *Boletín Analítico de los Principales Documentos Parlamentarios Extranjeros*, published in Madrid from 1910 to 1927, was succeeded in 1930 by the *Boletín de Legislación y Documentos Parlamentarios Extranjeros*, of which twelve volumes were published between 1930 and 1935. The French *Société de Législation Comparée* published an *Annuaire de Législation étrangère* from 1872 to 1939.

68. Some attempts have been made to collect and publish the laws of various countries relating to particular topics of international interest. Notable is the *Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, of which fifty-four numbers were published between 1881 and 1942. In the early part of the twentieth century, a great collection of the commercial laws of many States was published in four editions in different languages, the English edition consisting of thirty-two volumes. Mention may also be made of the collections of *Nationality Laws, Diplomatic and Consular Laws and Regulations, Neutrality Laws Regulations*, and *Piracy Laws*, published by the Harvard Research in International Law. The United Nations Commission on Narcotic Drugs has inaugurated the publication of an *Annual Summary of Laws and Regulations relating to the Control of Narcotic Drugs*. The Legal Committee of the International Civil Aviation Organization is now planning a publication of national laws and regulations on aviation.

69. At the present time, there would seem to be need for a collection of national laws on many topics, such as nationality, territorial sea, and exploitation of the natural resources of submarine areas of the high seas. The *Legislative Series* published by the International Labour Office supplies prototype for such publications.

70. Various reviews of the current legislation of particular countries are regularly published. The British Society of Comparative Legislation has long published in its *Journal of Comparative Legislation and International*

Law valuable reviews of the legislation of various parts of the British Empire. From 1930 to 1940, the League of Nations Library published a *Chronology (Répertoire) of International Treaties and Legislative Measures*; a continuance of that *Chronology* by the United Nations Secretariat might be envisaged.

E. Diplomatic correspondence

71. The diplomatic correspondence between Governments must supply abundant evidence of customary international law. For various reasons, however, much of the correspondence is not published. Within the limits set by propriety, some Governments publish selected texts of diplomatic exchanges, but frequently only after a lapse of years. Archives of foreign offices are in some cases opened to access by qualified scholars engaged in research, but usually only up to a particular time.

72. It is unnecessary to attempt to list the publications of their diplomatic correspondence issued by various Governments. Of the bibliographical aids in this connexion, mention may be made of *Guide International des Archives—Europe*, published by the Institute of Intellectual Cooperation in 1934. The memorandum placed before the Commission by the Secretary-General lists (A/C.N.4/6, pages 10-12) the periodical publications issued by the States of Latin America, and refers (pages 13-20) to the principal publications of France, Germany, the Soviet Union, the United Kingdom and the United States of America. Meyer's *Official Publications of European Governments* (1929) lists the current publications of eight other Governments. The Union of Soviet Socialist Republics has recently published a collection of diplomatic correspondence on the eve of the war of 1939. A vast library would be required to house all such publications, and for the most part they are of interest chiefly to historians. If reproduction were contemplated, it seems questionable whether new processes, such as microfilming, would offer much relief.

73. In some countries, digests of their diplomatic correspondence have been compiled, which have a certain usefulness generally. An outstanding example of such a digest is the digest of the diplomatic correspondence of European States, published in *Fontes Juris Gentium*, Series B, Sectio I, Tomus 1 (in two parts) and Tomus 2 (in three parts), covering the period from 1856 to 1878.

74. A series of digests relating especially to United States of America materials included diplomatic correspondence—the three volumes of Wharton's *Digest* (1886), the eight volumes of Moore's *Digest* (1906), and the eight volumes of Hackworth's *Digest* (1940). Suggestions have emanated from various quarters that other such digests are needed.

75. Some reserve may be required in the use of such digests; a well-known compiler, John Bassett Moore, was careful to point out in a preface that:

“Mere extracts from State papers or judicial decisions cannot be safely relied on as guides to the law. They may indeed be positively misleading. Especially is this true of State papers, in which arguments are often contentiously put forth which by no means

represent the eventual view of the government in whose behalf they were employed”.

F. *Opinions of national legal advisers*

76. The opinions on questions of international law given by legal advisers to Governments are published in few countries. Reserve may be needed in assessing the value of such opinions as evidence of customary international law, for the efforts of legal advisers are necessarily directed to the implementation of policy. Nor would a reproduction of such opinions be of much value unless it were accompanied by an adequate analysis of the history leading up to the occasions with reference to which they were given.

77. The two volumes of *Great Britain and the Law of Nations*, published by H. A. Smith in 1932 and 1935, exemplify the use of such opinions as illustrations of the development of customary international law. Admirable use of British opinions was made also in McNair's *Law of Treaties* (1938). The regularly published *Opinions of the Attorney-General of the United States* may also be mentioned in this connexion; a digest of such opinions, published in three volumes, covers the period 1789-1921. The single volume of *Jurisprudencia de la Cancillería Chilena*, by Cruchaga Ossa, covers the period down to 1865.

G. *Practice of international organizations*

78. Records of the cumulating practice of international organizations may be regarded as evidence of customary international law with reference to States' relations to the organizations. The *Répertoire of Questions of General International Law before the League of Nations, 1920-1940*, published by the Geneva Research Centre in 1942, contained chiefly statements in the *Official Journal* of the League of Nations concerning questions of international law. It is understood that a *répertoire* of its practice is planned by the Secretariat of the United Nations.

4. AVAILABILITY OF EVIDENCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

79. In the foregoing survey of various types of evidence of customary international law, little attention has been given to the availability of published materials. It may be desirable to attempt some analysis of the concept of availability, before suggesting specific “ways and means for making the evidence of customary international law more readily available”.

80. Availability may be considered in three aspects. First, availability for meeting the needs of particular groups of persons. Second, the extent to which materials already published are available throughout the world. Third, the extent to which materials not yet published may be made available throughout the world. Article 24 of the Commission's Statute seems to envisage the third aspect in its reference to “collection and publication of documents” (*la compilation et la publication de documents*); it does not expressly envisage the first and second aspects.

81. In the first aspect of availability, account should be taken of the needs of private individuals engaged in the exploration of problems of international law, as well as of the needs of governmental and international officials. The needs of the three groups are not necessarily the same. An individual may be able to undertake wider investigations than those which government officials ordinarily have time to pursue. Access to extensive libraries is desirable for all three groups, but officials must often rely on works of ready reference.

82. For the most part, the published materials mentioned in the foregoing survey are to be found only in great libraries of international law. Unfortunately, such libraries are few and far between. The Library of the Peace Palace at The Hague, which serves the needs of the International Court of Justice, has few counterparts in the capitals of States. Indeed, it seems possible that in some capitals no working library of international law exists. This situation has a bearing on the general outlook for international law. The establishment of libraries containing the principal collections of published materials which serve as evidence of customary international law would require much labour and expense, as well as time. The problem of creating new libraries seems to lie beyond the scope of the inquiry undertaken by the Commission, but attention might be given to it by other organs of the United Nations.

83. As to the second aspect of availability, it is extremely difficult to estimate the present availability of many of the principal collections of evidence of customary international law, which have been published. In many instances, stocks probably do not exist to be drawn upon for meeting present or future demands. For example, it would probably be difficult to obtain a complete set of de Martens' *Nouveau Recueil général de Traités*.

84. The Commission invited the Secretariat of the United Nations to undertake an inquiry as to the present availability of the *League of Nations Treaty Series*, the publications of the Permanent Court of International Justice, and the awards of tribunals of the Permanent Court of Arbitration. The inquiry revealed that the European Office of the United Nations has on hand for distribution stocks of the *League of Nations Treaty Series*, and that the Registry of the International Court of Justice is similarly possessed of stocks of the publications of the Permanent Court; it was revealed also, that the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration holds, for distribution on demand, stocks (in some cases few copies) of the awards of tribunals of that Court.

85. The Commission also inquired of the Secretariat concerning the current distribution of the *United Nations Treaty Series* and the publications of the International Court of Justice, emphasizing the need for constant attention to such distribution. It appears that a generally satisfactory system for distribution is maintained and that, with the exception of volumes 18-23 of the *Treaty Series*, adequate stocks are being kept on hand.

86. As to the third aspect of availability, the Commission could draw up a list of certain types of evidence

of customary international law which are not adequately covered by existing publications. The foregoing survey mentions some of the *lacunae*, but it is a difficult task to say what procedure should be followed in attempting to fill them. The Commission itself is not in a position to launch any new series of publications; it can, however, suggest that the Secretariat of the United Nations should undertake certain types of publications.

87. It seems doubtful that much can be done to stimulate the publication by Governments of materials on international law. The suggestion has been advanced from time to time that more Governments should issue digests of their international practice, along the lines of some of the well-known digests issued in the past under government sponsorship. It would serve little purpose for the Commission to renew the suggestion, for artificial stimulus of such arduous enterprises does not promise much in the way of results.

88. The Commission has considered means by which the publications currently issued by Governments could be made more widely available. It seems possible that a plan could be worked out for a general exchange between Governments of such of their publications as relate to customary international law. Some eighteen States are now parties to the 1886 Brussels Convention for the International Exchange of Official Documents, and some thirteen American States are parties to the 1936 Inter-American Convention on the subject; some fifty bipartite treaties on the subject have been concluded, also. The possibility of a new convention in a broader framework than that now contemplated was recently considered by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

89. Results of the fruitful activities of non-official scientific bodies have appeared in the numerous reviews, and recent years have seen the launching of yearbooks or journals of international law in a number of countries. Despite these manifestations of zeal, it seems doubtful that many national or international institutes exist which may be relied upon for the sustained effort involved in the publication of useful compendiums of the evidence of customary international law. Few of them can undertake and continue a long-range programme of solid work; their personnel changes rapidly, their interest is easily deflected, and their funds are seldom adequate.

5. SPECIFIC WAYS AND MEANS SUGGESTED BY THE COMMISSION

90. The Commission recommends that the widest possible distribution be made of publications relating to international law issued by organs of the United Nations, particularly the *Reports* and other publications of the International Court of Justice, the *United Nations Treaty Series*, and the *Reports of International Arbitral Awards*. To this end, the price at which such publications are sold should be kept as low as is consistent with budgetary limitations, and considerations of economy should not preclude the maintenance of the stocks necessary for meeting future demands. The Commission attaches special importance to the continuance of the present language system of the *United Nations Treaty Series*, i.e., reproduction of the original text with

translations—as essential to the general usefulness of the Series. It expresses the *voeu*, also, that the texts of international instruments registered with, or filed and recorded by, the Secretariat should be published with the greatest possible promptness.

91. The Commission recommends that, in so far as it has not already done so, the General Assembly of the United Nations should authorize the Secretariat to prepare and issue, with as wide a distribution as possible, the following publications:

(a) A Juridical Yearbook, setting forth, *inter alia*, significant legislative developments in various countries; current arbitral awards by *ad hoc* international tribunals; significant decisions of national courts relating to problems of international law and particularly those concerning multipartite international conventions. The need for such a publication is especially urgent because of the great difficulty long encountered by interested persons in their efforts to keep abreast of current developments. The Commission now has before it a topic—the continental shelf under the high seas—which affords an example of both the need and the difficulty.

(b) A Legislative Series containing the texts of current national legislation on matters of international interest, and particularly legislation implementing multipartite, international instruments. In connexion with this series, the Secretariat should assemble and publish from time to time collections of the texts of national legislation on special topics of general interest; for example, on such topics as nationality, territorial sea, and submarine areas of the high seas.

(c) A collection of the constitutions of all States, with supplementary volumes to be issued from time to time for keeping it up to date. Precise knowledge of constitutional provisions of other countries is essential to those who in any country are engaged in negotiating treaties.

(d) A list of the publications issued by the Governments of all States containing the texts of treaties concluded by them, supplemented by a list of the principal collections of treaty texts published under private auspices.

(e) A consolidated index of the *League of Nations Treaty Series*. This publication is essential to the wider use of the Series.

(f) Occasional index volumes of the *United Nations Treaty Series*.

(g) A *répertoire* of the practice of the organization of the United Nations with regard to questions of international law.

(h) Additional series of the *Reports of International Arbitral Awards*, of which a first series has already been published in three volumes.

92. The Commission recommends that the Registry of the International Court of Justice should publish occasional digests of the Court's *Reports*.

93. The Commission recommends that the General Assembly call to the attention of Governments the desirability of their publishing digests of their diplomatic correspondence and other materials relating to international law.

94. The Commission recommends that the General Assembly give consideration to the desirability of an international convention concerning the general exchange of official publications relating to international law and international relations.

Part III. FORMULATION OF THE NÜRNBERG PRINCIPLES³

95. Under General Assembly resolution 177 (II), paragraph (a), the International Law Commission was directed to "formulate the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal".

96. In pursuance of this resolution of the General Assembly, the Commission undertook a preliminary consideration of the subject at its first session. In the course of this consideration the question arose as to whether or not the Commission should ascertain to what extent the principles contained in the Charter and judgment constituted principles of international law. The conclusion was that since the Nürnberg principles had been affirmed by the General Assembly, the task entrusted to the Commission by paragraph (a) of resolution 177 (II) was not to express any appreciation of these principles as principles of international law but merely to formulate them. This conclusion was set forth in paragraph 26 of the report of the Commission on its first session, which report was approved by the General Assembly in 1949. Mr. Jean Spiropoulos was appointed special rapporteur to continue

the work of the Commission on the subject and to present a report at its second session.

97. At the session under review, Mr. Spiropoulos presented his report (A/CN.4/22) which the Commission considered at its 44th to 49th and 54th meetings. On the basis of this report, the Commission adopted a formulation of the principles of international law which were recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal. The formulation by the Commission, together with comments thereon, is set out below.

PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW RECOGNIZED IN THE CHARTER OF THE NÜRNBERG TRIBUNAL AND IN THE JUDGMENT OF THE TRIBUNAL

PRINCIPLE I

Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment.

98. This principle is based on the first paragraph of article 6 of the Charter of the Nürnberg Tribunal which established the competence of the Tribunal to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the crimes defined in sub-paragraphs (a), (b) and (c) of article 6. The text of the Charter declared punishable only persons "acting in the interests of the European Axis countries" but, as a matter of course, Principle I is now formulated in general terms.

99. The general rule underlying Principle I is that international law may impose duties on individuals directly without any interposition of internal law. The findings of the Tribunal were very definite on the question whether rules of international law may apply to individuals. "That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States", said the judgment of the Tribunal, "has long been recognized".⁴ It added: "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provision of international law be enforced."⁵

PRINCIPLE II

The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law.

100. This principle is a corollary to Principle I. Once it is admitted that individuals are responsible for crimes under international law, it is obvious that they are not relieved from their international responsibility by the fact that their acts are not held to be crimes under the law of any particular country.

³ Mr. Ricardo J. Alfaro declared that he voted in favour of part III of the report with a reservation as to paragraph 96, because he believed that the reference therein contained regarding the task of formulating the Nürnberg principles should have been inserted in the report together with a quotation of the passage in the judgment of the Nürnberg Tribunal in which the Tribunal asserted that the Charter "is the expression of international law existing at the time of its creation, and to that extent is itself a contribution to international law".

In abstaining from the vote on this part of the report, Mr. Manley O. Hudson stated that some uncertainty had existed as to the precise nature of the task entrusted to the Commission. In the report of the Commission covering its first session, which was approved by the General Assembly, the view was put forward that "the task of the Commission was not to express any appreciation of these principles [namely the Nürnberg principles] as principles of international law but merely to formulate them". In his opinion, however, the Commission had not altogether adhered to that view in its later work, with the result that doubt subsisted as to the juridical character of the formulation adopted. Moreover, the formulation had not sufficiently taken into account the special character of the Charter and judgment of the International Military Tribunal and the *ad hoc* purpose which they served.

Mr. Georges Scelle said that he regretted that he could not accept the view taken by the Commission of its task in this part of the report, for the same reasons as those which he had stated the previous year. The report did not enunciate the general principles of law on which the provisions of the Charter and the decisions of the Tribunal were based, but merely summarized some of them, whereas the Tribunal itself had stated that the principles it had adopted were already a part of positive international law at the time when it was established. Moreover, he considered that the final text of the report did not seem to reflect accurately the conclusions reached by the Commission during its preliminary discussions, and restricted their scope.

⁴ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, Nürnberg 1947, page 223.

⁵ *Ibid.*

101. The Charter of the Nürnberg Tribunal referred, in express terms, to this relation between international and national responsibility only with respect to crimes against humanity. Sub-paragraph (c) of article 6 of the Charter defined as crimes against humanity certain acts "whether or not [committed] in violation of the domestic law of the country where perpetrated". The Commission has formulated Principle II in general terms.

102. The principle that a person who has committed an international crime is responsible therefor and liable to punishment under international law, independently of the provisions of internal law, implies what is commonly called the "supremacy" of international law over national law. The Tribunal considered that international law can bind individuals even if national law does not direct them to observe the rules of international law, as shown by the following statement of the judgment: "... the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State".⁶

PRINCIPLE III

The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.

103. This principle is based on article 7 of the Charter of the Nürnberg Tribunal. According to the Charter and the judgment, the fact that an individual acted as Head of State or responsible government official did not relieve him from international responsibility. "The principle of international law which, under certain circumstances, protects the representatives of a State", said the Tribunal, "cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment...."⁷ The same idea was also expressed in the following passage of the findings: "He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorizing action moves outside its competence under international law."⁸

104. The last phrase of article 7 of the Charter, "or mitigating punishment", has not been retained in the formulation of Principle III. The Commission considers that the question of mitigating punishment is a matter for the competent Court to decide.

PRINCIPLE IV

The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him

from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.

105. This text is based on the principle contained in article 8 of the Charter of the Nürnberg Tribunal as interpreted in the judgment. The idea expressed in Principle IV is that superior orders are not a defence provided a moral choice was possible to the accused. In conformity with this conception, the Tribunal rejected the argument of the defence that there could not be any responsibility since most of the defendants acted under the orders of Hitler. The Tribunal declared: "The provisions of this article [article 8] are in conformity with the law of all nations. That a soldier was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never been recognized as a defence to such acts of brutality, though, as the Charter here provides, the order may be urged in mitigation of the punishment. The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible."⁹

106. The last phrase of article 8 of the Charter "but may be considered in mitigation of punishment, if the Tribunal determines that justice so requires", has not been retained for the reason stated under Principle III, in paragraph 104 above.

PRINCIPLE V

Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law.

107. The principle that a defendant charged with a crime under international law must have the right to a fair trial was expressly recognized and carefully developed by the Charter of the Nürnberg Tribunal. The Charter contained a chapter entitled: "Fair Trial for Defendants", which for the purpose of ensuring such fair trial provided the following procedure:

"a. The indictment shall include full particulars specifying in detail the charges against the defendants. A copy of the indictment and of all the documents lodged with the indictment, translated into a language which he understands, shall be furnished to the defendant at a reasonable time before the trial.

"b. During any preliminary examination or trial of a defendant he shall have the right to give any explanation relevant to the charges made against him.

"c. A preliminary examination of a defendant and his trial shall be conducted in, or translated into, a language which the defendant understands.

"d. A defendant shall have the right to conduct his own defence before the Tribunal or to have the assistance of counsel.

"e. A defendant shall have the right through himself or through his counsel to present evidence at the trial in support of his defence, and to cross-examine any witness called by the prosecution."

⁶ Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, vol. I, Nürnberg 1947, page 223.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid., page 224.

108. The right to a fair trial was also referred to in the judgment itself. The Tribunal said in this respect: "With regard to the constitution of the Court all that the defendants are entitled to ask is to receive a fair trial on the facts and law."¹⁰

109. In the view of the Commission, the expression "fair trial" should be understood in the light of the above-quoted provisions of the Charter of the Nürnberg Tribunal.

PRINCIPLE VI

The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law:

a. Crimes against peace:

- (i) *Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;*
- (ii) *Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i).*

110. Both categories of crimes are characterized by the fact that they are connected with "war of aggression or war in violation of international treaties, agreements or assurances".

111. The Tribunal made a general statement to the effect that its Charter was "the expression of international law existing at the time of its creation".¹¹ It, in particular, refuted the argument of the defence that aggressive war was not an international crime. For this refutation the Tribunal relied primarily on the General Treaty for the Renunciation of War of 27 August 1928 (Kellogg-Briand Pact) which in 1939 was in force between sixty-three States. "The nations who signed the Pact or adhered to it unconditionally", said the Tribunal, "condemned recourse to war for the future as an instrument of policy, and expressly renounced it. After the signing of the Pact, any nation resorting to war as an instrument of national policy breaks the Pact. In the opinion of the Tribunal, the solemn renunciation of war as an instrument of national policy necessarily involves the proposition that such a war is illegal in international law; and that those who planned and waged such a war, with its inevitable and terrible consequences, are committing a crime in so doing. War for the solution of international controversies undertaken as an instrument of national policy certainly includes a war of aggression, and such a war is therefore outlawed by the Pact".¹²

112. In support of its interpretation of the Kellogg-Briand Pact, the Tribunal cited some other international instruments which condemned war of aggression as an international crime. The draft of a Treaty of Mutual Assistance sponsored by the League of Nations in 1923 declared, in its article 1, "that aggressive war is

an international crime". The Preamble to the League of Nations Protocol for the Pacific Settlement of International disputes (Geneva Protocol), of 1924, "recognizing the solidarity of the members of the International Community", stated that "a war of aggression constitutes a violation of this solidarity, and is an international crime", and that the contracting parties were "desirous of facilitating the complete application of the system provided in the Covenant of the League of Nations for the pacific settlement of disputes between the States and of ensuring the repression of international crimes". The declaration concerning wars of aggression adopted on 24 September 1927 by the Assembly of the League of Nations declared, in its preamble, that war was an "international crime". The resolution unanimously adopted on 18 February 1928 by twenty-one American Republics at the Sixth (Havana) International Conference of American States, provided that "war of aggression constitutes an international crime against the human species".¹³

113. The Charter of the Nürnberg Tribunal did not contain any definition of "war of aggression", nor was there any such definition in the judgment of the Tribunal. It was by reviewing the historical events before and during the war that it found that certain of the defendants planned and waged aggressive wars against twelve nations and were therefore guilty of a series of crimes.

114. According to the Tribunal, this made it unnecessary to discuss the subject in further detail, or to consider at any length the extent to which these aggressive wars were also "wars in violation of international treaties, agreements, or assurances".¹⁴

115. The term "assurances" is understood by the Commission as including any pledge or guarantee of peace given by a State, even unilaterally.

116. The terms "planning" and "preparation" of a war of aggression were considered by the Tribunal as comprising all the stages in the bringing about of a war of aggression from the planning to the actual initiation of the war. In view of that, the Tribunal did not make any clear distinction between planning and preparation. As stated in the judgment, "planning and preparation are essential to the making of war".¹⁵

117. The meaning of the expression "waging of a war of aggression" was discussed in the Commission during the consideration of the definition of "crimes against peace". Some members of the Commission feared that everyone in uniform who fought in a war of aggression might be charged with the "waging" of such a war. The Commission understands the expression to refer only to high-ranking military personnel and high State officials, and believes that this was also the view of the Tribunal.

118. A legal notion of the Charter to which the defence objected was the one concerning "conspiracy".

¹⁰ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, Nürnberg 1947.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, page 220.

¹³ *Ibid.*, pages 221-222.

¹⁴ *Ibid.*, page 216.

¹⁵ *Ibid.*, page 224.

The Tribunal recognized that "conspiracy is not defined in the Charter".¹⁶ However, it stated the meaning of the term, though only in a restricted way. "But in the opinion of the Tribunal", it was said in the judgment, "the conspiracy must be clearly outlined in its criminal purpose. It must not be too far removed from the time of decision and of action. The planning, to be criminal, must not rest merely on the declarations of a party programme such as are found in the twenty-five points of the Nazi Party, announced in 1920, or the political affirmations expressed in *Mein Kampf* in later years. The Tribunal must examine whether a concrete plan to wage war existed, and determine the participants in that concrete plan".¹⁷

b. *War crimes:*

Violations of the laws or customs of war which include, but are not limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave-labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war, of persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity.

119. The Tribunal emphasized that before the last war the crimes defined by article 6 (b) of its Charter were already recognized as crimes under international law. The Tribunal stated that such crimes were covered by specific provisions of the Regulations annexed to The Hague Convention of 1907 respecting the Laws and Customs of War on Land and of the Geneva Convention of 1929 on the Treatment of Prisoners of War. After enumerating the said provisions, the Tribunal stated: "That violation of these provisions constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well settled to admit of argument."^{18, 19}

c. *Crimes against humanity:*

Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or any war crime.

120. Article 6 (c) of the Charter of the Nürnberg Tribunal distinguished two categories of punishable acts, to wit: first, murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts committed against any civilian population, before or during the war, and second, persecution on political, racial or religious grounds. Acts within these categories, according to

the Charter, constituted international crimes only when committed "in execution of or in connexion with any crimes within the jurisdiction of the Tribunal". The crimes referred to as falling within the jurisdiction of the Tribunal were crimes against peace and war crimes.

121. Though it found that "political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty", that "the policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out", and that "the persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt", the Tribunal considered that it had not been satisfactorily proved that before the outbreak of war these acts had been committed in execution of, or in connexion with, any crime within the jurisdiction of the Tribunal. For this reason the Tribunal declared itself unable to "make a general declaration that the acts before 1939 were crimes against humanity within the meaning of the Charter".²⁰

122. The Tribunal did not, however, thereby exclude the possibility that crimes against humanity might be committed also before a war.

123. In its definition of crimes against humanity the Commission has omitted the phrase "before or during the war" contained in article 6 (c) of the Charter of the Nürnberg Tribunal because this phrase referred to a particular war, the war of 1939. The omission of the phrase does not mean that the Commission considers that crimes against humanity can be committed only during a war. On the contrary, the Commission is of the opinion that such crimes may take place also before a war in connexion with crimes against peace.

124. In accordance with article 6 (c) of the Charter, the above formulation characterizes as crimes against humanity murder, extermination, enslavement, etc., committed against "any" civilian population. This means that these acts may be crimes against humanity even if they are committed by the perpetrator against his own population.

PRINCIPLE VII

Complicity in the commission of a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity as set forth in Principle VI is a crime under international law.

125. The only provision in the Charter of the Nürnberg Tribunal regarding responsibility for complicity was that of the last paragraph of article 6 which reads as follows: "Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such a plan."

126. The Tribunal, commenting on this provision in

¹⁶ *Ibid.*, page 225.

¹⁷ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, Nürnberg 1947, page 225.

¹⁸ *Ibid.*, page 253.

¹⁹ During its discussion on the crime of killing hostages, the Commission took note of the fact that the Geneva Conventions of 12 August 1949, and more specifically article 34 of the Convention relative to the protection of civilian persons in time of war, prohibit the taking of hostages.

²⁰ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, Nürnberg 1947.

connexion with its discussion of count one of the indictment, which charged certain defendants with conspiracy to commit aggressive war, war crimes and crimes against humanity, said that, in its opinion, the provision did not "add a new and separate crime to those already listed". In the view of the Tribunal, the provision was designed to "establish the responsibility of persons participating in a common plan"²¹ to prepare, initiate and wage aggressive war. Interpreted literally, this statement would seem to imply that the complicity rule did not apply to crimes perpetrated by individual action.

127. On the other hand, the Tribunal convicted several of the defendants of war crimes and crimes against humanity because they gave orders resulting in atrocious and criminal acts which they did not commit themselves. In practice, therefore, the Tribunal seems to have applied general principles of criminal law regarding complicity. This view is corroborated by expressions used by the Tribunal in assessing the guilt of particular defendants.²²

Part IV. THE QUESTION OF INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION

128. The General Assembly, by resolution 260 B (III), invited the International Law Commission "to study the desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons, charged with genocide or other crimes over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions", and requested it, in carrying out that task, "to pay attention to the possibility of establishing a Criminal Chamber of the International Court of Justice".

129. At its first session, the Commission appointed as special rapporteurs to deal with this question Messrs. Ricardo J. Alfaro and A. E. F. Sandström who were requested to submit to the Commission, at its second session, one or more working papers on the subject.

130. At the second session, each of the special rapporteurs presented a report. These reports were discussed by the Commission during its 41st to 44th meetings.

131. In presenting his report (A/CN.4/20), Mr. Sandström first raised the question whether the judicial organ mentioned in the resolution was to be created as an organ of the United Nations and stated that, in that case, an amendment of the Charter of the United Nations would be necessary.

132. Several members of the Commission held the view that an international criminal court could be created by means of a convention open to signature by States, Members and non-members of the United Nations; that such a court was not necessarily envisaged as an organ of the United Nations; that Article 7 of the Charter contained a mere enumeration of the prin-

cipal organs of the United Nations; that the said article did not preclude the possibility of creating new subsidiary organs; and that, therefore, the creation of an international judicial organ as contemplated by the resolution would not require an amendment of the Charter. It was pointed out, furthermore, that the essential question before the Commission was whether it was desirable and possible to create an international criminal jurisdiction, and that the problem with which the General Assembly was concerned would be the same, whether a judicial organ were set up within the framework of the United Nations or outside the organization.

133. On the question of desirability and possibility of establishing an international criminal court, Mr. Sandström stated that he could only consider the problem in a concrete manner; and that it was impossible under such conditions to consider separately desirability and possibility.

134. Mr. Sandström expressed the view that an international judicial organ such as envisaged in the resolution of the General Assembly would be desirable only if effective. Whether established within or without the framework of the United Nations, such an international judicial organ would have the defects which he had pointed out in his report and would be ineffective, especially in respect of grave international crimes. He therefore concluded that its establishment was not desirable.

135. The Commission next considered the report presented by Mr. Alfaro (A/CN.4/15, A/CN.4/15/Corr.1). With regard to the question of desirability, Mr. Alfaro stated that if "desirable" meant useful and necessary, the creation of an international criminal jurisdiction vested with power to try and punish persons who disturbed international public order was desirable as an effective contribution to the peace and security of the world. In the community of States, as in national communities, there were aggressors and disturbers of the peace, and mankind had a right to protect itself against international crimes by means of an adequate system of international repression. The rule of law in the community of States could only be ensured by the establishment of such a system. Public opinion had been in favour of an international criminal jurisdiction since the end of the First World War, when the Treaty of Versailles provided for the arraignment of William of Hohenzollern for "a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties". Such public opinion had found expression also in the official and unofficial action, plans and views emanating from Governments, international bodies, law associations, statesmen and jurists, as stated in Part II of Mr. Alfaro's report. Mr. Alfaro also expressed his conviction that the creation of an international organ of criminal justice would have a deterring effect on potential aggressors and that even if its establishment were not feasible, it would always be desirable.

136. As to the possibility of establishing the judicial organ envisaged, Mr. Alfaro stated that he could not see any legal reason which made it impossible for States to set up by convention a judicial organ for the

²¹ *Ibid.*, page 226.

²² *Ibid.*, pages 281, 287, 295, 298, 306, 314, 319, 320, 321, 330.

trial of persons responsible for crimes under international law. That the creation of such an organ was juridically and politically possible seemed to be demonstrated by several facts, namely, that the Treaty of Versailles made provision to that effect; that by the Geneva Convention of 1937, thirteen nations agreed to create an international judicial organ for the trial of persons responsible for terrorism; that the two International Military Tribunals of Nürnberg and Tokyo had been created and had actually functioned; and that seven different draft statutes for international criminal organs had been formulated by, presented to, or adopted by, official and non-official entities (A/CN.4/7/Rev.1, pages 47-147).

137. Some members of the Commission referred to the many difficulties which the establishment and functioning of an international criminal jurisdiction would encounter, as for instance, that nations would refuse to give up their territorial jurisdiction or to submit to the compulsory jurisdiction of the international organ; that a tribunal would be unable to bring the accused before it and to enforce its judgments; and that the Tribunals of Nürnberg and Tokyo could function effectively only because the States which established these Tribunals were occupying the territory in which the trials took place and had the accused in their power; that punishment of aggressors would depend on their being on the losing side, and that no illusory ideas should be encouraged as to the possibility of setting up the organ in question.

138. Other members of the Commission held the view that while difficulties undeniably existed, they did not constitute an impossibility. If States were free to refuse to submit to an obligatory international criminal jurisdiction, they had also the power to agree thereto. Though the community of States lacked a police force at the present time, it might have one in the future.

139. It was pointed out by some members that the Commission was only concerned with the legal and technical aspects of the question and that it was for the General Assembly to weigh the purely political considerations that might militate in favour of or against the creation of an international criminal court. The view was stated that, even if it were found that the establishment of the international judicial organ envisaged was not practicable or expedient at this time, this did not mean that it was not possible.

140. After consideration of the matter by the Commission, the Chairman put the two points discussed to the vote, with the following results:

By 8 votes to one, with 2 abstentions, the Commission decided that the establishment of an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide or other crimes over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions is desirable.

By 7 votes to 3, with one abstention, the Commission decided that the establishment of the above-mentioned international judicial organ is possible.

141. The Commission took up next the question of

the possibility of establishing a criminal chamber of the International Court of Justice.

142. In their reports, Mr. Sandström and Mr. Alfaro were agreed that the establishment of a criminal chamber of the International Court of Justice, vested with power to try persons accused of certain crimes, would necessitate an amendment of the Statute of the Court which, in Article 34, provided that only States may be parties in cases before the Court.

143. Mr. Alfaro stated in his report that, subject to this condition, the creation of a criminal chamber was possible. At the opening of the discussion of this part of his report, he stated that this did not imply that he favoured the creation of a criminal chamber of the International Court of Justice.

144. Mr. Sandström expressed his agreement with the objections raised by some members of the Commission against the creation of a criminal chamber of the International Court of Justice.

145. After an exchange of views on different aspects of this question, the Commission decided to state that it has paid attention to the possibility of establishing a criminal chamber of the International Court of Justice and that, though it is possible to do so by amendment of the Court's Statute, the Commission does not recommend it.

Part V. PREPARATION OF A DRAFT CODE OF OFFENCES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND

146. By resolution 177 (II), paragraph (b), the General Assembly requested the International Law Commission to prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind, indicating clearly the place to be accorded to the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal.

147. At its first session the Commission appointed Mr. Jean Spiropoulos special rapporteur on this subject and invited him to prepare a working paper for submission to the Commission at its second session. The Commission also decided that a questionnaire should be circulated to Governments inquiring what offences, apart from those defined in the Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal, should, in their view, be comprehended in the draft code.

148. At the session under review, Mr. Spiropoulos presented his report (A/CN.4/25) to the Commission, which took it as a basis of discussion. The subject was considered by the Commission at its 54th to 62nd and 72nd meetings. The Commission also took into consideration the replies received from Governments (A/CN.4/19, part II, A/CN.4/19/Add.1 and A/CN.4/19/Add.2) to its questionnaire.

149. The Commission first considered the meaning of the term "offences against the peace and security of mankind", contained in resolution 177 (II). The view of the Commission was that the meaning of this

term should be limited to offences which contain a political element and which endanger or disturb the maintenance of international peace and security, and that the draft code, therefore, should not deal with questions concerning conflicts of legislation and jurisdiction in international criminal matters. Nor should such matters as piracy, traffic in dangerous drugs, traffic in women and children, slavery, counterfeiting currency, damage to submarine cables, etc., be considered as falling within the scope of the draft code.

150. The Commission thereafter discussed the meaning if the phrase "indicating clearly the place to be accorded to" the Nürnberg principles. The sense of the Commission was that this phrase should not be interpreted as meaning that the Nürnberg principles would have to be inserted in their entirety in the draft code. The Commission felt that the phrase did not preclude it from suggesting modification or development of these principles for the purpose of their incorporation in the draft code.

151. The question as to the subjects of criminal responsibility under the draft code was then examined by the Commission. The Commission decided that it would only deal with the criminal responsibility of individuals.

152. Several meetings were devoted to a discussion of the particular offences to be included in the draft code. Tentative decisions were taken by the Commission on this matter and referred to the Drafting Sub-Committee mentioned in paragraph 157 below.

153. The Chairman brought to the attention of the Commission a communication from the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization in which it was recommended that, with a view to the protection of historical monuments and documents and works of art in case of armed conflict, the destruction of such cultural objects should be defined as a crime punishable under international law. The Commission took note of the recommendation, and agreed that such destruction comes within the general concept of war crimes. The matter will be given detailed consideration when the definitive drafting of the code is undertaken.

154. The Commission considered at some length the responsibility of a person acting as Head of State or as responsible government official. The tentative decision taken on this matter follows the relevant principle of the Nürnberg Charter and judgment as formulated by the Commission.²³

155. In respect of the responsibility of a person acting under superior orders, the Commission also decided tentatively to follow the relevant principle of the Nürnberg Charter and judgment, as formulated by the Commission.²⁴

156. Another problem considered by the Commission was the implementation of the code. The Commission concluded that, pending the establishment of a competent international criminal court, such implementation

would have to be achieved through the enactment, by the States adopting the code, of the necessary legislation for the trial and punishment of persons charged with offences under the code.

157. In the light of the deliberations in the Commission, a Drafting Sub-Committee, composed of Messrs. Alfaro, Hudson and Spiropoulos, prepared a provisional draft of a code (A/CN.4/R.6). This draft was referred by the Commission to the special rapporteur, Mr. Spiropoulos, who was requested to continue work on the subject and to submit a further report to the Commission at its third session.

Part VI. PROGRESS OF WORK ON TOPICS SELECTED FOR CODIFICATION

158. The International Law Commission at its first session, having in pursuance of article 18 of its Statute, surveyed the whole field of international law with a view to selecting topics for codification, decided to give priority to three topics from fourteen provisionally selected for codification. These three topics were:

- (1) Law of treaties;
- (2) Arbitral procedure;
- (3) Regime of the high seas.

159. The Commission, at its second session, considered reports on these three subjects and reached certain decisions which were not intended to have a definitive and binding character, but to serve for the guidance of the special rapporteurs in their future work. The special rapporteurs were requested to continue work on the topics in the light of the discussions which had taken place in the Commission and to submit further reports at the next session.

Chapter I. Law of Treaties

160. At its first session the International Law Commission elected as special rapporteur for the law of treaties, Mr. James L. Brierly, who prepared a report (A/CN.4/23) on the topic for the second session of the Commission. The Commission devoted its 49th to 53rd meetings to a preliminary discussion of this report with a view to assisting the special rapporteur in the continuance of his work between the second and third sessions of the Commission. The Commission also had available replies of Governments to a questionnaire addressed to them under article 19, paragraph 2, of its Statute (A/CN.4/19, part I, A).

161. The Commission devoted some time to a consideration of the scope of the subject to be covered in its study. Though it took a provisional decision that exchanges of notes should be covered, it did not undertake to say what position should be given to them by the special rapporteur. A majority of the Commission favoured the explanation of the term "treaty" as a "formal instrument" rather than as an "agreement recorded in writing". Mention was frequently made by members of the Commission of the desirability of emphasizing the binding character of the obligations under international law established by a treaty.

²³ See Principle III in part III of the present report.

²⁴ See Principle IV in part III of the present report.

162. A majority of the Commission were also in favour of including in its study agreements to which international organizations are parties. There was general agreement that, while the treaty-making power of certain organizations is clear, the determination of the other organizations which possess capacity for making treaties would need further consideration.

163. On the question of the effect of constitutional provisions as to the exercise of capacity to make treaties, there was a divergence of views and no decision was reached.

164. Finally, the Commission discussed the part of the special rapporteur's report dealing with reservations. There was a large measure of agreement on the general principles on this topic formulated in the report, and particularly on the point that a reservation requires the consent at least of all parties to become effective. But the application of these principles in detail to the great variety of situations which may arise in the making of multilateral treaties was felt to require further consideration.

Chapter II. Arbitral Procedure

165. At its first session, the International Law Commission elected Mr. Georges Scelle special rapporteur to study the topic of arbitral procedure. At its second session, Mr. Scelle submitted his report (A/CN.4/18) in which he proposed a preliminary draft of a code of arbitral procedure. The Commission also had before it the replies of Governments (A/CN.4/19, part I, B) to a questionnaire circulated by it.

166. The Commission devoted its 70th to 73rd meetings to a discussion of the subject.

167. The report of the special rapporteur, which served as the basis of discussion in the Commission, was confined to arbitration between States, or inter-governmental arbitration.

168. The special rapporteur emphasized the following thesis: An arbitration procedure had already been drawn up by The Hague Conferences of 1899 and 1907 and by the League of Nations (General Act of 26 September 1928, revised by the General Assembly of the United Nations in 1949). The elements of codification therefore existed but needed to be consolidated and developed. At the present time, States were bound by numerous undertakings to have recourse to arbitration, but it sometimes happened that they sought to evade their obligations, *inter alia*, by making the constitution of an arbitral tribunal or the conclusion of a *compromis* impossible, or by hampering the functioning of the tribunal. A code of arbitral procedure should close those loopholes. It should be borne in mind that international arbitration was distinct from international jurisdiction proper in that it left it to the parties to define the issue and to choose the arbitrators. The arbitrators, however, made their award on the basis of law (article 37 of The Hague Convention of 1907) and had to be furnished with all the powers necessary to perform their task. As the law stood at present, this was possible only if Governments acted

in good faith and showed a conciliatory spirit. Normally, the Governments would draw up a *compromis* and, using varying procedures, appoint arbitrators. Provision should be made for intervention, in the absence of agreement between the parties, by an international authority whose decisions would be binding. In some cases that authority might be the arbitral tribunal itself and, in other cases, the International Court of Justice. The special rapporteur accordingly proposed that the arbitral tribunal should be constituted, if necessary, prior to the conclusion of the *compromis*, to enable it, if required, to draw up the *compromis* itself and adopt the procedure required to enable the award to be reached.

169. The Commission gave special attention to the first three paragraphs of the "proposed preliminary draft text", contained in the report of Mr. Scelle.

170. Paragraph I of this draft text read as follows:

"The compromissory clause or undertaking to have recourse to arbitration may apply to questions which may arise eventually or to questions already existing. Whatever the instrument or agreement on which it is based, the clause is strictly obligatory and must be implemented in good faith.

"In the event of dispute as to whether this obligation exists, the matter shall be referred to the International Court of Justice by a direct application submitted by the more diligent party, and the International Court of Justice shall pronounce final and binding judgment on the arbitrability of the dispute in a chamber of summary procedure and in application, in particular, of Articles 29 and 41 of its Statute (except where the parties to the dispute have expressly agreed on a different procedure for deciding the pre-judicial²⁵ question)."

171. In the view of Mr. Scelle, in the event of a dispute as to whether an issue existed or as to whether it fell within the terms of the obligation to arbitrate, the issue should be referred to a judicial authority for final decision. That authority would be the International Court of Justice pronouncing judgment in a chamber of summary procedure.

172. The special rapporteur proposed, in the second place, that the International Court of Justice should be empowered to order provisional measures in accordance with Article 41 of its Statute. On the other hand, some members of the Commission pointed out that, if called upon to pass judgment, the Court would apply its Statute as a whole, including Article 41, without any need to refer to that article. The Commission recognized that the provisional measures referred to in Article 41 would cease to apply when the Court pronounced its judgment, whereas these measures ought to apply until the arbitral award had been given.

173. The Commission accepted the following text:

"If the parties disagree as to the existence of a dispute or as to whether an existing dispute is within

²⁵ The French term *préjudicielle* in the original text of the report of the special rapporteur might be better translated into English by the term "preliminary".

the scope of the obligation to have recourse to arbitration, these questions ought, in the absence of agreement between the parties upon another procedure for dealing with it, to be brought before the Chamber for Summary Procedure of the International Court of Justice by any party by a written application, and the judgment rendered by the Chamber for Summary Procedure shall be final and without appeal."

174. Paragraph II of the draft text submitted by Mr. Scelle read as follows:

"If the dispute is of the kind referred to in the undertaking to resort to arbitration and cannot be settled within a reasonable time by diplomatic negotiation or other amicable means, the parties shall appoint an arbitrator or constitute an arbitral tribunal by mutual agreement in a special conventional instrument. The most diligent party shall take the initiative in this appointment.

"The appointment shall be made in accordance with the procedure agreed upon for this purpose in the instrument containing the undertaking to resort to arbitration. If nothing has been stipulated in this connexion in the said instrument, or if the parties are unable to agree, the most diligent party may have recourse to the procedure provided in articles 22 and 23 of the General Act of Arbitration, as revised by the General Assembly of the United Nations.

"If one of the parties, by systematically abstaining, obstructs the operation of the procedure laid down in the said articles, the missing arbitrators shall be appointed by the President of the International Court of Justice in accordance with article 23, paragraph 3, of the said General Act. The tribunal so constituted shall hear the case and its judgment shall be binding.

"When the arbitrator or members of the arbitral tribunal are appointed by mutual agreement, the parties may act in whatever manner they deem most appropriate and refer the matter to a single arbitrator, to an existing judicial body or to a tribunal constituted as they think fit.

"Nevertheless, generally speaking and having due regard to the circumstances of the case, it is recommended in the light of experience (a) that the persons chosen as arbitrators should possess the qualifications set forth in Article 2 of the Statute of the International Court of Justice; (b) that the sole arbitrator or the majority of the arbitrators should be chosen from among the nationals of States having no direct (or indirect?) interest in the case, that the tribunal should have an odd number of judges, preferably five, and that it should be presided over by one of the neutral judges."

175. The discussion on the above-quoted paragraph was brief and showed no wide divergencies of opinion. With regard to the first sub-paragraph, a member of the Commission observed that the expression "a reasonable time" was too vague. With regard to the second sub-paragraph, a member of the Commission said that the reference to articles 22 and 23 of the General Act of 1928 did not provide an adequate solution. With

regard to the third sub-paragraph, the special rapporteur agreed that the last sentence stipulating that "the Tribunal so constituted shall hear the case and its judgment shall be binding" was superfluous. With regard to the fourth and fifth sub-paragraphs, some members of the Commission thought that it was unnecessary to elaborate the qualifications required of the arbitrators and that arbitration by Heads of State should not be excluded. On this last point, some other members of the Commission were of a different opinion, observing that the intervention by Heads of State was likely to introduce political elements in the arbitration. As to the number of arbitrators, some members of the Commission observed that it would not be necessary to provide for an arbitral tribunal composed of five members except in cases of important international disputes. It was also suggested that the adjective "direct" before the word "interest" in the fifth sub-paragraph should be deleted.

176. Paragraph III of the draft text proposed by Mr. Scelle read as follows:

"Once the arbitral tribunal has been set up by agreement between the parties or by the subsidiary procedures indicated above, it shall not be open to any of the outstanding Governments to alter its composition.

"If a vacancy occurs, the arbitrator shall be replaced by the method laid down for appointments.

"If it is necessary to replace a single arbitrator, the appointment of the new arbitrator shall, in the absence of agreement between the parties, be entrusted to the third Power which would have been competent to appoint the first arbitrator, or to the President of the International Court of Justice.

"An arbitrator may not participate in the judgment of a case with which he has previously had to deal in any capacity. Any doubt in this connexion shall be decided by the tribunal.

"A party may not propose the disqualification²⁶ of one of the arbitrators except on account of a fact arising subsequent to the constitution of the tribunal unless it can reasonably be supposed to have been unaware of the fact or has been the victim of fraud. The matter shall be decided by the tribunal. In the case of a single arbitrator, the decision shall rest with the International Court of Justice through summary procedure.

"A 'national' arbitrator may not withdraw or be withdrawn by the Government which has appointed him. Should this occur, the tribunal is authorized to continue the proceedings and to render an award which shall be binding. If the withdrawal prevents the continuation of the proceedings, the tribunal may request that the absent arbitrator be replaced and, if the procedure employed for his appointment fails, may request the President of the International Court of Justice to replace him."

²⁶ The French term *récusation* used in the original text of the report of the special rapporteur might be better translated into English by the term "challenge".

177. The fourth sub-paragraph of the above-quoted paragraph, in accordance with which "an arbitrator may not participate in the judgment of a case with which he has previously had to deal in any capacity", gave rise to some discussion. Some members of the Commission regarded the formula as too broad, asking whether an arbitrator appointed by one party should be disqualified because he had dealt with related cases or had, as a teacher or author, expressed opinions concerning the case at issue. They pointed out that the character of the arbitrators appointed by the parties was to a certain extent special and that, in accordance with established practice, Governments should be given wide latitude in the choice of such arbitrators and be allowed, if need be, to appoint legal experts in their service. It was proposed that the words "with which he has previously had to deal" should be replaced by the words "in which he had previously participated".

178. The Commission unanimously accepted the following general formula:

"No party may appoint as national arbitrator a person who has previously been actively connected with the particular case submitted to arbitration".

179. The fifth sub-paragraph of paragraph III concerning challenge (*récusation*) also gave rise to some discussion. Doubts were expressed as to the advisability of including a provision concerning the challenge of arbitrators. If provision had been made for the challenge of judges in the case of a judicial tribunal it was because the constitution of such a tribunal, unlike an arbitral tribunal, was permanent and the judges were not appointed by the parties. The special rapporteur said that challenge was permissible only where a new fact, such as the insanity or venality of an arbitrator, had come to light after the appointment of the arbitral tribunal. Divergent views were expressed as to whether the arbitral tribunal or the International Court of Justice should decide on the challenge. Finally, it was suggested that the question should be reconsidered in the light of the views expressed by members of the Commission.

180. The sixth sub-paragraph of paragraph III concerning the resignation of the national arbitrator or his withdrawal by the Government which appointed him gave rise to a lengthy discussion. In the special rapporteur's view, when arbitrators had been appointed they exercised their functions on behalf of both parties. They were independent of the Government which appointed them and that Government could not therefore withdraw them or instruct them to withdraw. The resignation of an arbitrator should be subject to acceptance by the arbitral tribunal. Some members of the Commission thought this view went too far. Arbitration differed from judicial settlement of disputes in that its procedure was more flexible; consequently, various questions must be left to the agreement between the parties. It would discourage arbitration if unduly strict rules were imposed on Governments. Other members of the Commission replied that it was essential that the new code of arbitral procedure should prevent the parties from evading the obligations to which they had subscribed and from paralysing arbitration.

181. The Commission agreed to request the special rapporteur to submit, at its next session, a revised draft taking into account the views expressed during the discussions.

Chapter III. Regime of the High Seas

182. The International Law Commission, at its first session, elected Mr. J. P. A. François special rapporteur to study the topic of the regime of the high seas. At its second session, Mr. François submitted his report (A/CN.4/17) on the topic. The Commission had before it also the replies of Governments (A/CN.4/19, part I, C) to a questionnaire circulated by it.

183. The Commission considered this topic at its 63rd to 69th meetings, using as a basis of discussion the report of the special rapporteur. In this report, Mr. François set out the various subjects which might be studied with a view to the codification or the progressive development of maritime law. The Commission was of the opinion that it could not undertake a codification of maritime law in all its aspects and that it would be necessary to select the subjects the study of which could be begun by the Commission as a first phase of its work on the topic.

184. The Commission thought that it could, for the time being, leave aside all those subjects which were being studied by other United Nations organs or by the specialized agencies.²⁷ The Commission also left out subjects which, because of their technical nature, were not suitable for study by it. Lastly, it set aside a number of subjects the limited importance of which did not appear to justify their consideration by the Commission in the present phase of its work. The subjects retained by the Commission are set forth in the following paragraphs.

NATIONALITY OF SHIPS

185. The Commission considered that an attempt should be made to determine the general principles governing this matter in the various countries. It invited the special rapporteur to submit a further report on this subject at its next session.

186. With regard to the question of ships without a nationality and of ships possessing two or more nationalities, the Commission adopted the principle that every ship should have a flag and one flag only.

COLLISION

187. The Commission decided to disregard, for the present, problems of private international law involved in the question of collision. The Commission considered it important, however, to determine which court was competent in criminal cases arising out of collision and that, after the case of the *Lotus* and its repercussions throughout the world, it could not remain silent on the subject. The special rapporteur was requested to make a study of the subject and to propose a solution to the Commission at its next session.

²⁷ On this matter, see memorandum by the Secretariat (A/CN.4/30).

SAFETY OF LIFE AT SEA

188. The Commission ascribed great importance to the international regulations for preventing collisions at sea, which constituted Annex B of the Final Act of the London Conference of 1948. The special rapporteur was requested to study the question and to endeavour to deduce from these regulations principles which the Commission might discuss at its next session.

189. The Commission took the view that principles could be formulated, taking into account article 11 of the Brussels Convention of 23 September 1910 for the unification of certain rules relating to assistance and salvage at sea, which provided that after a collision the captain of each of the ships was bound to lend assistance to the other ship in so far as he could do so without serious danger to his ship, his passengers and his crew, and taking into account also article 8 of the Convention of 23 September 1910 for the unification of certain rules relating to collision, which provided that the captain of a ship was bound to render assistance to every person found in the sea in danger of his life, in so far as he could do so without serious danger to his ship, his passengers and his crew.

THE RIGHT OF APPROACH

190. Detailed consideration of this question was deferred until the next session.

SLAVE TRADE

191. The Commission requested the special rapporteur to study treaty regulations in this field with a view to deriving therefrom a general principle applicable to all vessels which might engage in slave trade.

SUBMARINE TELEGRAPH CABLES

192. The Commission agreed on the principle that all States were entitled to lay submarine telegraph and telephone cables on the high seas and considered that the same principle should also apply to pipelines. The Commission requested the special rapporteur to include proposals to that effect in his report for the next session, and at the same time to examine the question of protective measures.

RESOURCES OF THE SEA

193. The Commission requested the special rapporteur to study the problem of protecting the resources of the sea for the benefit of all mankind by the generalizing of measures laid down in bilateral or multilateral treaties. It was agreed that consultations might have to be held with other organizations, especially technical organizations, which dealt with the question of the protection of the resources of the sea.

RIGHT OF PURSUIT

194. The Commission will resume consideration of the right of pursuit at its next session, on the basis of proposals to be drafted by the special rapporteur,

with due regard to the results of the Codification Conference held at The Hague in 1930.

CONTIGUOUS ZONES

195. The Commission took the view that a littoral State might exercise such control, as was required for the application of its fiscal, customs and health laws, over a zone of the high seas extending for such a limited distance beyond its territorial waters as was necessary for such application.

196. The Commission requested the special rapporteur to assemble the fullest possible documentary material on claims made by States and on the measures adopted by them with regard to their contiguous zones, such material to include information as to the various limits laid down by States.

SEDENTARY FISHERIES

197. After an exchange of views, the Commission requested the special rapporteur to study existing regulations governing sedentary fisheries and to report on his findings at the next session.

THE CONTINENTAL SHELF

198. The Commission recognized the great importance, from the economic and social, as well as from the juridical points of view, of the exploitation of the sea-bed and subsoil of the continental shelf. Methods existed whereby submarine resources might be exploited for the benefit of mankind. Legal concepts should not impede this development. One member of the Commission expressed the view that the exploitation of the products of the continental shelf might be entrusted to the international community; the other members considered that there were insurmountable difficulties in the way of such internationalization. The Commission took the view that a littoral State could exercise control and jurisdiction over the sea-bed and subsoil of the submarine areas situated outside its territorial waters with a view to exploring and exploiting the natural resources there. The area over which such a right of control and jurisdiction might be exercised should be limited; but, where the depth of the waters permitted exploitation, it should not necessarily depend on the existence of a continental shelf. The commission considered that it would be unjust to countries having no continental shelf if the granting of the right in question were made dependent on the existence of such a shelf.

199. The Commission agreed that, where two or more neighbouring States were interested in the submarine area of the continental shelf outside their territorial waters, boundaries should be delimited. It should not be possible for States to penetrate into the region attributable to another State for purposes of control and jurisdiction.

200. In the opinion of the Commission, the sea-bed and subsoil of the submarine areas above referred to were not to be considered as either *res nullius* or *res communis*. The sea-bed and subsoil were subject to

the exercise, by the littoral States, of control and jurisdiction for the purposes of their exploration and exploitation. The exercise of such control and jurisdiction was independent of the concept of occupation. There could be no question of such right of control and jurisdiction over the waters covering those parts of the sea-bed. Those waters remained under the regime of the high seas. The exercise in them of navigation and fishing rights might be impaired only in so far as was strictly necessary for the exploitation of the sea-bed and subsoil. For works and installations established

in the waters of the high seas for working the sea-bed and subsoil, special security zones might be set up, but they could not be classed as territorial waters. The Commission considered that protection of the resources of the sea should be independent of the concept of the continental shelf.

201. The Commission requested the special rapporteur to submit, at its next session, a further report and to include therein concrete proposals based on the conclusions above set forth.

LIST OF OTHER DOCUMENTS RELATING TO THE WORK OF THE SECOND SESSION OF THE COMMISSION NOT REPRODUCED IN THIS VOLUME

<i>Document</i>	<i>Title</i>	<i>Observations and references</i>
A/CN.4/15/Corr.1	Corrigendum to Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur	Corrections incorporated in A/CN.4/15
A/CN.4/21	Provisional Agenda for the Second Session	Incorporated in A/CN.4/SR.39, footnote 4
A/CN.4/24	Revised Provisional List of International and National Organizations Concerned with Questions of International Law, prepared by the Secretary-General for the Purpose of Distribution of Documents of the International Law Commission	Mimeographed
A/CN.4/26	Bibliography on the Regime of the High Seas	<i>Ibid.</i>
A/CN.4/28	Bibliography on International Criminal Law and International Criminal Court	<i>Ibid.</i>
A/CN.4/29	Bibliography on Arbitral Procedure	<i>Ibid.</i>
A/CN.4/31	Bibliography on the Law of Treaties	Printed as annex to document ST/LEG/SER.B/3, United Nations publication, Sales No.: 1952.V.4
A/CN.4/34	Report of the International Law Commission covering its second session 5 June - 29 July 1950	Mimeographed Printed with slight drafting changes as document A/1316
A/CN.4/36	Memorandum on the Soviet Doctrine and Practice with Respect to Arbitral Procedure (Prepared by the Secretariat)	Mimeographed
A/CN.4/37	Memorandum on the Soviet Doctrine and Practice with Respect to the Law of Treaties (Prepared by the Secretariat)	<i>Ibid.</i>
A/CN.4/38	Memorandum on the Soviet Doctrine and Practice with Respect to the regime of the High Seas (Prepared by the Secretariat)	<i>Ibid.</i>
A/CN.4/L.1	Agenda for the 39th Meeting of the Commission	Incorporated in A/CN.4/SR.39, footnote 1
A/CN.4/L.2	Text of the Nürnberg Principles Adopted by the International Law Commission	Text printed in the "Report"
A/CN.4/R.1	Additional Crimes Proposed by Members of the International Law Commission for Inclusion in the Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind	Incorporated in A/CN.4/SR.60, footnote 15 and A/CN.4/SR.61, footnote 4
A/CN.4/R.2	List of Crimes Proposed in the Replies from Governments for Inclusion in the Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind	Mimeographed See A/CN.4/19 and Add.1, 2
A/CN.4/R.3	Systematic List of the International Crimes Proposed by V. V. Pella in his Memorandum	Incorporated in A/CN.4/SR.61, footnote 16
A/CN.4/R.4	Regime of the High Seas: Principles Proposed by G. Amado	Incorporated in A/CN.4/SR.64, footnote 1
A/CN.4/R.5	Regime of the High-Seas: Principles Submitted as a Basis of Discussion by J. M. Yepes	Incorporated in A/CN.4/SR.64, footnote 3a
A/CN.4/R.6	Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind: Text Proposed by the Drafting Committee	Incorporated in A/CN.4/SR.72, footnote 2a
A/CN.4/R.7 and Add.1 to 7, A/CN.4/R.7/Rev.1 A/CN.4/R.7/Add.1/Rev.1 A/CN.4/R.7/Add.2/Rev.1 A/CN.4/R.7/Add.3/Rev.1 A/CN.4/R.7/Add.4/Rev.1 A/CN.4/R.7/Add.5/Rev.1 A/CN.4/R.7/Add.6/Rev.1 A/CN.4/R.7/Add.7/Rev.1	Draft Report of the International Law Commission Covering its Second Session	Mimeographed (See vol. I for the drafting changes in the "Report")
A/CN.4/SR.39 to A/CN.4/SR.81	Summary Records of the 39th to 81st Meetings of the Commission	Printed in English in vol. I

SALES AGENTS FOR UNITED NATIONS PUBLICATIONS

- ARGENTINA**
Editorial Sudamericana, S.A., Calle Alsina 500, BUENOS AIRES.
- AUSTRALIA**
H.A. Goddard Pty., Ltd., 255a George Street, SYDNEY, N.S.W.; 90 Queen St., MELBOURNE, Victoria.
Melbourne University Press, CARLTON N.J. Victoria.
- AUSTRIA**
Gerold & Co., Graben 31, WIEN I
B. Willerstorff, Book Import and Subscription Agency, Markus Sittikusstrasse 10, SALZBURG.
- BELGIUM**
Agence et Messageries de la Presse, S.A., 14-22 rue du Persil, BRUSSELS.
W. H. Smith & Son, 71-75 bd Adolphe-Max, BRUSSELS.
- BOLIVIA**
Librería Selecciones, Empresa Editora "La Razón", Casilla 972, LA PAZ
- BRAZIL**
Livreria Agir, Rua Mexico 98-B, Caixa Postal 3291, RIO DE JANEIRO, D.F.; and at SÃO PAULO and BELO HORIZONTE.
- CAMBODIA**
Papeterie-Librairie nouvelle Albert Portail, 14 av. Bouilloche, PNOM-PENH.
- CANADA**
The Ryerson Press, 299 Queen Street West, TORONTO, Ontario.
- CEYLON**
The Associated Newspapers of Ceylon, Ltd., Lake House, P.O. Box 244, COLOMBO
- CHILE**
Librería Ivens, Casilla 205, SANTIAGO. Editorial del Pacifico, Ahumada 57, SANTIAGO
- CHINA**
The World Book Co., Ltd., 99 Chung King Road, 1st Section, TAIPEI, Taiwan.
The Commercial Press, Ltd., 211 Honan Rd., SHANGHAI.
- COLOMBIA**
Librería América, Sr. Jaime Navarro R., 49-58 Calle 51, MEDFLLIN.
Librería Buchholz Galería, Av. Jiménez de Quesada 8-40, BOGOTÁ.
Librería Nacional, Ltda., 20 de Julio, San Juan Jesus, BARRANQUILLA.
- COSTA RICA**
Tres Hermanos, Apartado 1313, SAN JOSÉ.
- CUBA**
La Casa Belga, René de Smedt, O'Reilly 455, HAVANA.
- CZECHOSLOVAKIA**
Ceskoslovensky Spisovatel, Národní Trida 9, PRAGUE 1.
- DENMARK**
Messrs. Einar Munksgaard, Ltd., Nørregade 6, COPENHAGEN.
- DOMINICAN REPUBLIC**
Librería Dominicana, Calle Mercedes 49, Apartado 656, CIUDAD TRUJILLO.
- ECUADOR**
Librería Científica Bruno Moritz, Casilla 362, GUAYAQUIL; and at QUITO.
- EGYPT**
Librairie "La Renaissance d'Egypte", 9 Sharia Adly Pasha, CAIRO.
- EL SALVADOR**
Manuel Navas y Cia, "La Casa del Libro Barato", 1ª Avenida Sur 37, SAN SALVADOR.
- FINLAND**
Akateeminen Kirjakauppa, 2 Keskuskatu, HELSINKI.
- FRANCE**
Editions A. Pedone, 13 rue Soufflot, PARIS, V*.
- GERMANY**
R. Eisenschmidt, Kaiserstrasse 49, FRANKFURT/MAIN.
Buchhandlung Elwert & Meurer, Hauptstrasse 101, BERLIN-SCHÖNEBERG.
Alexander Horn, Spiegelgasse 9, WIESBADEN.
W.E. Saabach, G.m.b.H., Ausland-Zeitungs-handel, Gertrudenstrasse 36, COLOGNE 1.
- GREECE**
Kauffmann Bookshop, 28 Stadion Street, ATHENS.
- GUATEMALA**
Sociedad Económica Financiera, Edif. Briz, Do. 207, 6a Av. 14-33, Zona 1, GUATEMALA CITY.
- HAITI**
Max Bouchereau, Librairie "A la Caravelle", Boite postale 111-B, PORT-AU-PRINCE.
- HONDURAS**
Librería Panamericana, Calle de la Fuente, TEQUIGALPA.
- HONG KONG**
Swindon Book Co., 25 Nathan Road, KOWLOON.
- ICELAND**
Bokaverzlun Sigfusar Eymundssonar, Austurstreti 18, REYKJAVIK.
- INDIA**
Orient Longmans, CALCUTTA, BOMBAY, MADRAS and NEW DELHI.
Oxford Book & Stationery Company, Scindia House, NEW DELHI, and at CALCUTTA.
P. Varadachary & Co., 8 Linghi Chetty Street, MADRAS 1.
- INDONESIA**
Jajasan Pembangunan, Gunung Sahari 84, DIKARTAKA.
- IRAN**
"Guity", 482 av. Ferdowsi, TEHERAN.
- IRAQ**
Mackenzie's Bookshop, Booksellers and Stationers, BAGHDAD.
- ISRAEL**
Blumstein's Bookstores, Ltd., 35 Allenby Road, P.O.B. 4154, TEL AVIV.
- ITALY**
Libreria Commissionaria Sansoni, Via Gino Capponi 26, FLORENCE.
- JAPAN**
Maruzen Co., Ltd., 6 Tori-Nichome, Nihonbashi, P.O.B. 605, TOKYO Central.
- JORDAN**
Joseph & Bahous & Company, Dar-UI-Kutub, P.O. Box 66, AMMAN.
- LEBANON**
Librairie Universelle, BEIRUT.
- LIBERIA**
Mr. Jacob Momolu Kamara, Gurly and Front Streets, MONROVIA.
- LUXEMBOURG**
Librairie J. Schummer, Place Guillaume, LUXEMBOURG.
- MEXICO**
Editorial Hermes, S.A., Ignacio Mariscal 41, MEXICO, D.F.
- NETHERLANDS**
N. V. Martinus Nijhoff, Lange Voorhout 9, THE HAGUE.
- NEW ZEALAND**
The United Nations Association of New Zealand, G.P.O. 1011, WELLINGTON.
- NORWAY**
Johan Grundt Tanum Forlag, Kr. Augustsgt. 7a, OSLO.
- PAKISTAN**
Thomas & Thomas, Fort Mansion, Frere Road, KARACHI.
Publishers United, Ltd., 176 Anarkali, LAHORE.
The Pakistan Co-operative Book Society, 150 Govt. New Market, Azimpura, Dacca, East Pakistan, and at CHITTAGONG.
- PANAMA**
José Menéndez, Agencia Internacional de Publicaciones, Plaza de Arango, PANAMÁ.
- PARAGUAY**
Agencia de Librerías de Salvador Nizza, Calle Pte. Franco 39-43, ASUNCIÓN.
- PERU**
Librería Internacional del Peru, S.A., Casilla 1417, LIMA; and at AREQUIPA.
- PHILIPPINES**
Alema's Book Store, 749 Rizal Avenue, MANILA.
- PORTUGAL**
Livreria Rodrigues, Rua Auréa 186-188, LISBON.
- SINGAPORE**
The City Bookstore, Ltd., Winchester House, Collyer Quay, SINGAPORE.
- SPAIN**
Librería José Bosch, Ronda Universidad 11, BARCELONA.
Librería Mundi-Prensa, Lagasca 38, MADRID.
- SWEDEN**
C. E. Fritze's Kungl. Hovbokhandel, Fredsgatan 2, STOCKHOLM 16.
- SWITZERLAND**
Librairie Payot, S.A., 1 rue de Bourg, LAUSANNE; and at BASLE, BERNE, GENEVA, MONTREUX, NEUCHÂTEL, VEVEY, ZURICH.
Librairie Hans Raunhardt, Kirchgasse 17, ZURICH 1.
- SYRIA**
Librairie universelle, DAMASCUS.
- THAILAND**
Pramuan Mit, Ltd., 55, 57, 59 Chakrawat Road, Wat Tuk, BANGKOK.
- TURKEY**
Librairie Hachette, 469 Istiklal Caddesi, BEYOGLU-ISTANBUL.
- UNITED STATES OF AMERICA**
Van Schaik's Bookstore (Pty.), P.O. Box 724, PRETORIA.
- UNITED KINGDOM**
H.M. Stationery Office, P.O. Box 569, LONDON S.E.1; and at H.M.S.O. Shops in LONDON, BELFAST, BIRMINGHAM, BRISTOL, CARDIFF, EDINBURGH and MANCHESTER.
- UNITED STATES OF AMERICA**
International Documents Service, Columbia University Press, 2960 Broadway, NEW YORK 27, N.Y.
- URUGUAY**
Oficina de Representación de Editoriales, Prof. Héctor d'Elia, 18 de Julio 1333, Palacio Díaz, MONTEVIDEO.
- VENEZUELA**
Librería del Este, Av. Miranda 52, Edif. GALIPAN, CARACAS.
- VIETNAM**
Librairie Albert Portail, 185-193 rue Catinat, SAIGON.
- YUGOSLAVIA**
Drzavno Pridruzece, Jugoslovanska Knjiga, Terazije 27/II, BELGRADE.
Cankars Endowment (Cankarjéva Založba), LJUBLJANA (Slovenia).

XII. 56

Orders from countries where sales agents have not yet been appointed may be sent to

Sales Section, European Office of the United Nations,
Palais des Nations, GENEVA, Switzerland

or

Sales and Circulation Section, United Nations,
NEW YORK, U.S.A.

Printed in France

17638 - February 1958 - 2,650

Price: \$ U.S. 4.00; 28/- stg.; Sw. fr. 17.00
(or equivalent in other currencies)

United Nations publication
Sales No.: 1957. V. 3, Vol. II
A/CN.4/Ser.A/1950/Add.1