



THE FUNDAMENTAL RULES OF THE INTERNATIONAL  
LEGAL ORDER

*JUS COGENS AND OBLIGATIONS ERGA OMNES*



THE FUNDAMENTAL RULES OF THE  
INTERNATIONAL LEGAL ORDER

*Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*

Edited by

CHRISTIAN TOMUSCHAT AND JEAN-MARC THOUVENIN

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS  
LEIDEN/BOSTON

A CIP Catalogue record for this book is available from the Library of Congress.

Printed on acid-free paper.

ISBN 90 04 149813

© 2006 Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.

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

Brill Academic Publishers incorporates the imprint Martinus Nijhoff Publishers.

<http://www.brill.nl>

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

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

Printed and bound in The Netherlands.

## Table of Contents

### Foreword

*Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin*.....ix

### CHAPTERS

- I. L'identification des règles fondamentales – un problème résolu ?  
*Paul Tavernier*..... 1
- II. *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and other Rules –  
The Identification of Fundamental Norms  
*Stefan Kadelbach* .....21
- III. An Example of *Jus Cogens*: The Status of Prisoners of War  
*Stefanie Schmahl* .....41
- IV. Un exemple remarquable d'application du *jus cogens*, le statut de  
prisonnier de guerre  
*Philippe Weckel*.....69
- V. *Jus cogens* and the Law of Treaties  
*Władysław Czapliński*.....83
- VI. The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the  
Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a *Jus Cogens*  
Obligation: An Obligation Without Real Substance?  
*Stefan Talmon*.....99
- VII. L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le  
recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles  
fondamentales  
*Théodore Christakis* ..... 127
- VIII. La spécificité des réparations pour crimes internationaux  
*Elisabeth Lambert-Abdelgawad* ..... 167

IX.	Do Damages Claims Arising from <i>Jus Cogens</i> Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts? <i>Thomas Giegerich</i> .....	203
X.	L'immunité des Etats <i>Isabelle Pingel</i> .....	239
XI.	Limits of International Law Immunities for Senior State Officials in Criminal Procedure <i>Torsten Stein</i> .....	249
XII.	The Right of Third States to Take Countermeasures <i>Christian Hillgruber</i> .....	265
XIII.	Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringements of Fundamental Rules of the International Legal Order? <i>Matthias Ruffert</i> .....	295
XIV.	La saisine de la Cour internationale de Justice en cas de violation des règles fondamentales de l'ordre juridique international <i>Jean-Marc Thouvenin</i> .....	311
XV.	Violations of Fundamental Norms of International Law and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters <i>Andreas Zimmermann</i> .....	335
XVI.	La compétence universelle en matière pénale <i>Michel Cosnard</i> .....	355
XVII.	Universal Jurisdiction in the Area of Private Law – The Alien Tort Claims Act <i>Georg Nolte</i> .....	373
XVIII.	Compétence civile universelle et droit international général <i>Jean-François Flauss</i> .....	385

XIX. Conclusions	
<i>Alain Pellet</i> .....	417
XX. Reconceptualizing the Debate on <i>Jus Cogens</i> and Obligations <i>Erga Omnes</i> – Concluding Observations	
<i>Christian Tomuschat</i> .....	425
The Contributors .....	437
Index .....	443
Table of Cases / Index de jurisprudence .....	463





## *Foreword*

On 22 and 23 October 2004, members of the *Société française pour le droit international* and the *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*, together with a few specially invited Polish guests, met in the Senate Hall of Humboldt University in Berlin to discuss the problems raised by the distinction between rules of international law according to a criterion of hierarchical superiority or inferiority, a phenomenon now widely accepted as the specific feature of a legal system that seeks to protect certain core values of the international community against any possible encroachments. *Jus cogens* and obligations *erga omnes* are the key words of this tendency. The materials from the Berlin meeting have been collected in this volume. While the contributions of the French participants are reproduced *tels quels*, of course after careful revision, the contributions originally presented in German were rewritten in English in order to grant a wider circle of interested persons access to the thoughts and conclusions reached by the rapporteurs. Thus, the articles of this collective work appear in the two main diplomatic languages of our time. It is hoped that the reader will appreciate the fertile wealth of this pluralistic method.

The Berlin workshop was the fifth within a framework of co-operation between the two national societies of international law. Four years earlier, in October 2000, a workshop having almost the same format was held, also in Berlin, on the Kosovo situation (*Kosovo and the International Community. A Legal Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague *et al.* 2002, C. Tomuschat, ed.), and a colloquium organized in Paris in 2002 on the legal regime of the fight against terrorism resulted in the publication of the book “*New Threats to International Peace and Security*” (Pedone, Paris 2004). We are confident that the series of bi-annual meetings will be continued in the future.

It is not the aim of this co-operation between French and German lawyers to engage in an attempt to bring into being a special “French-German” or “European” international law. Certainly, during the course of the mutual

meetings it emerged that on both sides of the Rhine many views on issues of principle are shared. In particular, the internationalists from both sides are unwaveringly of the view that international law, as it has been shaped within the international community as a binding normative regime for peaceful coexistence among all of the nations of the globe, must be taken seriously and should not be treated as a set of policy directives that can be used or abandoned according to arbitrary determinations on the spur of the moment. This commonality of views has permeated all of our meetings, leading to the emergence of a true partnership. We have come to know one another better and have been able to learn about the way jurists from the neighbour nation assess developments on the wider international level. However, this German-French alliance does not claim a leadership in Europe, nor is it designed to exclude anyone. On the contrary, it is the firm belief of the two editors that international law can only prosper if careful attention is given to all the voices expressing themselves on current legal issues, including voices from Third World countries. Any striving for hegemony threatens to undermine the legitimacy of international law. The relatively narrow circle of participation in the meetings is essentially explained by the modest resources of the organizers who are convinced that a workshop limited to a maximum of roughly 30 persons constitutes the ideal forum for in-depth discussions. As far as Europe-wide initiatives are concerned, the European Society of International Law has become the appropriate interlocutor since its foundation in the spring of 2004.

We are extremely grateful to the Robert Bosch Foundation, Stuttgart, which made the workshop possible through a generous grant.

Also, as four years ago in the preparation of the book on Kosovo, Irene Bodle has taken care of the linguistic correctness of the English texts.

*Berlin and Paris,*

*Christian Tomuschat*

*Jean-Marc Thouvenin*

## CHAPITRE I

### *L'identification des règles fondamentales, un problème résolu ?*

PAUL TAVERNIER

La notion de *jus cogens*, longtemps et longuement discutée par la doctrine dans les années 60 et 70 à l'occasion des travaux de la Commission du droit international relatifs au droit des traités, est maintenant acceptée de manière pratiquement unanime par les auteurs, mais aussi par les gouvernements, à l'exception du gouvernement français qui a refusé de voter, de signer et de ratifier la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 parce qu'elle fait référence au *jus cogens* dans ses articles 53 et 64<sup>1</sup>. Cette soi-disant « exception française » et cet isolement délibéré au sein de la communauté internationale sont de plus en plus difficiles à maintenir, d'autant que la jurisprudence des juridictions internationales se réfère de manière croissante au *jus cogens*. Il est vrai que la principale d'entre elles, la Cour internationale de Justice est restée très prudente à cet égard... peut-être sous l'influence du juge français...

On peut donc constater un consensus (ou quasi-consensus) sur la notion même de *jus cogens*. En revanche, le consensus disparaît en ce qui concerne le contenu du *jus cogens* et même sa définition. La jurisprudence et la doctrine hésitent entre plusieurs termes qu'elles rapprochent et assimilent parfois au *jus cogens*, mais qu'elles s'efforcent aussi de séparer et de distinguer. Il en est ainsi de la notion d'ordre public ou d'obligation *erga omnes*, ou encore de formules comme celle des droits intransgressibles, voire indérogeables. Dans ces conditions, la question de l'identification des règles fondamentales (*jus cogens* et obligations *erga omnes*) apparaît comme une question essentielle. Pourtant, trente-cinq ans après les travaux de la CDI sur le droit des traités, qui fournissaient une solution, ou du moins une piste pour résoudre ce problème, peut-on vraiment considérer que le

---

<sup>1</sup> Voir à ce sujet Olivier DELEAU, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *A.F.D.I.*, 1969, pp. 14-23.

problème est résolu ? Les organisateurs de ce colloque ont eu raison de mettre un point d'interrogation.

Deux problèmes méritent d'être abordés à cet égard : d'une part, quelle est l'autorité chargée de définir et d'identifier les règles fondamentales (I) et, d'autre part, comment cette identification est-elle réalisée (II).

## I. QUI PEUT ET DOIT IDENTIFIER LES REGLES FONDAMENTALES ?

S'agissant de règles fondamentales (*Grundnormen*), nous sommes placés devant un problème constitutionnel et de droit « constitutionnel », au sens large, c'est-à-dire un problème concernant la société ou la communauté internationale, et non pas une société ou communauté étatique ou nationale. On se heurte donc immédiatement à la structure décentralisée d'une société internationale qui reste dominée par les Etats et par la souveraineté qui leur est reconnue (A). Toutefois, les juridictions internationales affirment de plus en plus clairement leur compétence pour déterminer les règles de *jus cogens* ou les identifier (B).

### A. LA DECENTRALISATION DU POUVOIR D'IDENTIFICATION DES REGLES FONDAMENTALES

Il n'y a pas dans la société internationale contemporaine d'autorité supérieure aux Etats, ni législative, ni exécutive, ni judiciaire. Certes la création et le développement d'Organisations internationales au XIXème siècle, puis surtout au XXème siècle, ont légèrement modifié les données du problème en faisant apparaître les structures qui s'apparentent à certains égards aux structures étatiques, mais ne remettent pas en cause fondamentalement la souveraineté des Etats. Il est vrai qu'après la Seconde Guerre mondiale, une nouvelle génération d'Organisations internationales a vu le jour, comportant un degré très poussé d'intégration et rapprochant celles-ci progressivement et de plus en plus du modèle étatique, tout en restant très éloignées de celui-ci.

Cette structure décentralisée a été reconnue et soulignée depuis fort longtemps par les auteurs classiques qui se sont intéressés au droit international. Il n'y a pas de législateur international chargé d'élaborer des « lois internationales » qui s'imposeraient à tous les Etats, de même que les lois nationales s'imposent à tous les citoyens. Lorsqu'on parle de « lois

internationales », par exemple quand on se réfère aux « lois et coutumes de la guerre », il s'agit d'un abus de langage ou d'une simple commodité de langage qui ne doit pas induire le juriste en erreur<sup>2</sup>.

Toutefois, celui-ci ne saurait se limiter à une analyse purement formaliste, ne tenant pas compte de certaines réalités qui se développent. Ainsi, ne peut-on pas considérer que les organes pléniers des Organisations internationales, comme l'Assemblée générale des Nations Unies, ou les organes correspondants dans certaines Institutions spécialisées, ou éventuellement dans d'autres organisations à vocation universelle, peuvent, à certains égards et dans une certaine mesure, exercer des fonctions d'ordre législatif et se comporter comme des législateurs ou des « quasi-législateurs » dans la société internationale de transition que nous connaissons. Dans cette perspective, l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (repris textuellement dans l'article 53 de la Convention de 1986 sur le droit des traités entre Etats et Organisations internationales ou entre Organisations internationales) peut être interprété comme suggérant une telle analyse lorsqu'il précise qu'aux fins de la Convention, « une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la Communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ».

On peut mentionner ici le processus d'identification des règles d'humanité fondamentales en cours actuellement devant la Commission des droits de l'Homme, organe qui fait rapport à l'Assemblée générale<sup>3</sup>.

Cette version « démocratique » de l'autorité internationale chargée d'identifier les règles fondamentales est loin de recueillir un assentiment unanime. Certains voient déjà se dessiner l'ombre de la majorité tyrannique

---

<sup>2</sup> Voir les conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (convention n° IV). La Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre parle des « lois de l'humanité ». Cette expression est reprise dans la fameuse clause de Martens énoncée dans le préambule de la Convention n° IV de La Haye de 1907. Elle figure également dans les conventions de Genève de 1949 (article 63, al. 4 de la I<sup>ère</sup> convention, article 62, al 4 de la II<sup>ème</sup> convention, article 142, al. 4 de la III<sup>ème</sup> convention et article 158, al. 4 de la IV<sup>ème</sup> convention. L'article Ier, al. 2 du Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits internationaux (Protocole I) se réfère aux « principes de l'humanité » et non plus aux « lois de l'humanité ».

<sup>3</sup> E/CN.4/2004/90 du 25 février 2004, rapport du Secrétaire général sur les règles d'humanité fondamentales.

et « automatique » et, s'appuyant sur la souveraineté des Etats, font l'éloge du courage de l' « objecteur persistant ».

Une autre version, de type « autoritaire », pour l'identification des règles fondamentales a également été suggérée par certains juristes. Ceux-ci font remarquer que la Communauté internationale dispose d'ores et déjà d'une ébauche d'exécutif mondial sous la forme du Conseil de sécurité. En effet, la Charte des Nations Unies a confié au Conseil des attributions et des compétences extrêmement importantes en matière de maintien de la paix. Ces compétences lui permettent d'adopter des résolutions qui s'imposent aux Etats, dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par le célèbre chapitre VII, dont il a usé... et peut-être abusé, depuis plus d'une décennie avec la fin de la guerre froide. Il est tout à fait concevable que le Conseil de sécurité identifie certaines règles fondamentales comme relevant du *jus cogens* ou imposant des obligations *erga omnes*. Cela est d'autant plus concevable que plusieurs règles du *jus cogens* concernent directement le maintien de la paix, à commencer par l'interdiction du recours à la force énoncée à l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies et reconnue très généralement comme relevant du *jus cogens*. Toutefois, les règles de fonctionnement du Conseil de sécurité, et en particulier le droit de veto dont bénéficient les cinq grandes puissances, et qui sera peut-être étendu à quelques nouveaux Etats, rendent peu acceptable pour les autres Etats la reconnaissance au profit de cet organe d'une prérogative aussi exorbitante. En outre, les puissances détentrices du droit de veto peuvent utiliser ce droit pour s'opposer à l'identification d'une règle fondamentale par le Conseil de sécurité, ce qui suscitera inévitablement l'opposition des autres Etats.

Les membres permanents peuvent très bien bloquer une décision du Conseil de sécurité qui constaterait une violation d'une règle fondamentale. L'exemple de la guerre des Etats-Unis contre l'Irak en 2003 est tout à fait éclairant. Le gouvernement de Washington, non seulement s'est passé de l'autorisation du Conseil pour recourir à la force, alors que l'interdiction posée à l'article 2 § 4 relève incontestablement du *jus cogens*, mais encore il s'est arrogé le droit de fixer – et donc d'identifier – lui-même les limites à l'interdiction du recours à la force, en interprétant de manière très extensive l'exception de légitime défense prévue à l'article 51 de la Charte. Suffisait-il aux autorités américaines d'invoquer une soi-disant « autorisation implicite » qui leur aurait été donnée par les résolutions antérieures du Conseil de sécurité ? Pouvaient-elles, unilatéralement, déterminer les

conditions d'une légitime défense « préventive », voire « préemptive » ou même « anticipatoire » ?

Confier à un « exécutif mondial » la tâche d'identifier les règles fondamentales apparaît donc à la fois inacceptable et totalement irréaliste. En effet, il nous semble que la société internationale contemporaine, quelles que soient les évolutions qu'elle a connues et qui se dessineront certainement dans l'avenir, reste une société d'Etats, où l'analyse de Georges Scelle qui a mis en valeur le phénomène du « dédoublement fonctionnel », demeure parfaitement valable. Il en résulte que l'Etat et ses organes exercent une double fonction et agissent à la fois en tant qu'organe de la Communauté internationale et pour leur propre compte : ils le font notamment pour identifier les règles relevant du *jus cogens* ou celles qui imposent des obligations *erga omnes*.

On peut cependant se demander si l'affirmation croissante du rôle des juridictions internationales dans l'identification des règles fondamentales ne contribue pas à modifier la situation et ne conduit pas à leur reconnaître un véritable pouvoir de détermination de ces règles.

#### *B. L'EMERGENCE D'UN POUVOIR JUDICIAIRE DE DETERMINATION DES REGLES FONDAMENTALES*

Tout d'abord quelques précisions d'ordre sémantique. Alors que nous nous interrogeons jusqu'à présent sur l'« identification » (*Identifizierung*) des règles fondamentales, on peut se demander si le rôle attribué aux juridictions internationales et exercé par elles ne va pas plus loin et s'il ne procède pas plutôt de la « détermination » (*Bestimmung*) de ces règles fondamentales : non seulement les juridictions constatent leur existence, mais elles participent aussi à leur naissance et à leur développement. Alors que l'identification est un processus relativement neutre et passif, la détermination implique un plus grand engagement et une action positive<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Si les dictionnaires juridiques de langue française ne sont pas d'un grand secours pour éclairer cette distinction entre « identification » et « détermination », les dictionnaires philosophiques sont intéressants à consulter. Le dictionnaire Salmon [Jean SALMON (sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles-Paris : Bruylant-AUF, 2001] contient une rubrique « identification » qui concerne le droit humanitaire, et plus précisément le « processus de reconnaissance des personnes ou des biens ayant droit à la protection en période de conflit, notamment les blessés, malades ou naufragés ». Par ailleurs, la rubrique « arraisonnement » montre que cette procédure permet l'identification d'un navire. En dehors du droit de la mer, ou du droit humanitaire, le dictionnaire Salmon ne parle



Or on constate que la fonction dévolue aux juridictions internationales en matière de règles fondamentales s'apparente davantage à leur détermination et à leur fixation qu'à une simple identification.

Les dispositions figurant dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités à l'article 66, reprises dans l'article 66 de la Convention de 1986, confient à la Cour internationale de Justice le soin de décider des questions touchant à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64, c'est-à-dire portant sur le *jus cogens*. Les parties peuvent aussi soumettre le litige à l'arbitrage. La Convention de 1986 omet cette dernière possibilité, mais, en revanche, elle prévoit le recours à la Cour internationale de Justice par la voie de la demande d'avis, l'avis étant accepté comme décisif par toutes les parties au différend (article 66 § 2, al. e). Un rôle central était ainsi attribué à la Cour mondiale en matière de détermination des règles fondamentales et de *jus cogens*, mais ces textes n'ont jamais donné lieu à application.

Toutefois, la Cour de La Haye a eu l'occasion à plusieurs reprises d'évoquer le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* depuis le célèbre *dictum* de l'affaire de la *Barcelona Traction* : « Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la Communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique... »<sup>5</sup>. Néanmoins, la Cour est restée très prudente, voire méfiante, à l'égard de la notion de *jus cogens*, évitant d'utiliser l'expression et ayant recours parfois à des périphrases, comme dans l'avis de 1996 sur les armes nucléaires où elle parle de « principes intransgressibles du droit international coutumier » et considère qu'en font partie « un grand nombre de règles du droit

---

pas de l'identification des normes ou des règles. En revanche, la rubrique « *jus cogens* » traite, entre autres, du « procédé de détermination du contenu », sans donner de définition et en ne le distinguant pas de l'identification. Le *Vocabulaire technique et philosophique de la philosophie* d'André LALANDE (Librairie Félix Alcan) précise que l'identification (*Identifikation* en allemand) consiste à « reconnaître pour identique, soit numériquement, soit en nature... ou encore quand on reconnaît une classe de faits assimilable à une autre... » (vol. III, supplément, 1932, p. 69). Quant à la détermination (*Bestimmung* en allemand), elle consiste à « fixer la nature ou la limite d'un objet de pensée ; particulièrement : a) spécifier les caractères qui distinguent un concept des autres concepts du même genre » (vol. I, 1926, p. 156).

<sup>5</sup> CIJ, arrêt du 5 février 1970, affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd*, Belgique c. Espagne, *Rec.*, p. 3, 32 § 33.

humanitaire applicable dans les conflits armés»<sup>6</sup>. Le président Bedjaoui, dont on sait le rôle éminent qu'il a joué dans l'élaboration de cet avis, n'a pas hésité, dans sa déclaration, à qualifier ces principes comme relevant du *jus cogens*<sup>7</sup>. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la Cour avait considéré que les Conventions de Vienne de 1961 et 1963 avaient codifié des « obligations impératives » (ordonnance du 15 décembre 1979, *Rec.* 1979, p. 20). On peut donc dire que l'on trouve dans la jurisprudence de la CIJ, aussi bien dans les arrêts que dans les avis, des éléments qui montrent que la Cour n'ignore pas les problèmes posés par l'identification et la détermination des règles fondamentales et du *jus cogens*. Elle s'aventure cependant avec précaution sur ce terrain miné, comme en témoigne encore récemment l'arrêt du 6 novembre 2003 dans l'affaire des *Plate-formes pétrolières* (Iran c. Etats-Unis). Un commentateur avisé relève que « la Cour est parvenue à éviter de justesse la confrontation avec le *jus cogens*, pour cette fois encore »<sup>8</sup>.

Dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, le *jus cogens* a été évoqué, semble-t-il, par certains juges dans leurs opinions séparées, mais la Cour elle-même est restée très prudente. Elle n'utilise pas le terme *jus cogens*, mais elle identifie cependant des obligations *erga omnes* pesant sur Israël lorsqu'elle affirme que « les obligations *erga omnes* violées par Israël sont l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination ainsi que

---

<sup>6</sup> C.I.J., Avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.*, p. 257.

<sup>7</sup> C.I.J., Avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.*, p. 273.

<sup>8</sup> Philippe WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, n° 1, 2004, p. 223. De manière plus générale, la prudence de la Cour internationale de Justice à l'égard du *jus cogens* a été relevée par plusieurs auteurs : voir par exemple Clarisse BARTHE, *La mise en évidence de la règle de droit par le juge international. Essai sur la fonction heuristique*, Thèse, Droit, Université des Sciences sociales de Toulouse, 2001, 380 p., notamment pp. 314 et s. « l'évocation prudente du *jus cogens* et des obligations *erga omnes* ». Au contraire, quelques auteurs, minoritaires semble-t-il, reprochent au juge sa trop grande audace : voir par exemple Raphaële RIVIER, *Droit impératif et juridiction internationale*, Thèse, Droit, Université de Paris II, 2001, 650 p. Pour cet auteur « l'existence du droit impératif se manifeste à l'occasion de son application et le juge est l'agent indispensable de sa réalisation. Mais, au cours de ce processus d'extériorisation, le juge finit par se substituer à la communauté internationale par l'identification des règles impératives, ce qui n'est pas sa fonction » ( p. 353).

certaines des obligations qui sont les siennes en vertu du droit international humanitaire »<sup>9</sup>.

Si l'organe judiciaire principal des Nations Unies n'a pas fait preuve d'une grande audace, cela peut aussi tenir parfois à la timidité des plaideurs. Jean-Marc Thouvenin fait remarquer, par exemple, que la Cour a admis sans difficulté le caractère *erga omnes* du principe de l'autodétermination dans l'affaire du *Timor oriental* et il pense que « si elle avait été saisie de la question, elle aurait pu faire un pas de plus et consacrer clairement l'appartenance du principe du droit des peuples au *jus cogens*, et en déduire la possibilité d'une *actio popularis* en défense de ce droit »<sup>10</sup>. Quoi qu'il en soit, d'autres juridictions internationales, à vocation universelle, comme les Tribunaux pénaux internationaux, ou à vocation régionale, comme la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour interaméricaine des droits de l'Homme n'ont pas hésité à se reconnaître compétentes pour identifier certaines règles du *jus cogens*.

En ce qui concerne le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, on cite souvent le jugement rendu le 10 décembre 1998 par la Chambre de première instance II dans l'affaire  *Anto Furundzija*  où le Tribunal a affirmé que la règle de prohibition de la torture relevait du *jus cogens*. Mais on peut citer d'autres décisions : jugement du 14 décembre 1999 dans l'affaire  *Goran Jelusic*  (génocide) ; jugement du 14 janvier 2000 dans l'affaire  *Zoran Kupresic*  (normes du droit humanitaire)<sup>11</sup> ; jugement du 8 août 2001 dans l'affaire  *Radislav Krstic*  (génocide). Comme on l'a fait remarquer, le TPIY s'est référé au *jus cogens* essentiellement à propos de la torture, du génocide et de la protection des civils pendant les conflits armés<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> C.I.J., Avis du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, § 155.

<sup>10</sup> Jean-Marc THOUVENIN, « L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *A.F.D.I.*, 1995, pp. 328-353, notamment p. 336 où l'auteur mentionne la position prise par la Cour au paragraphe 29 de l'arrêt.

<sup>11</sup> « La plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger » (*Le Procureur c. Zoran Kupresic et consorts*, § 520).

<sup>12</sup> Dans l'affaire *Galic* (jugement du 5 décembre 2003, chambre de première instance I) le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie affirme que l'interdiction générale des attaques contre les civils est une norme impérative du droit international coutumier, mais il ne se prononce pas formellement sur le caractère de *jus cogens* de la règle particulière interdisant de répandre la terreur (§ 98). Sur cette affaire, concernant le siège de Sarajevo, voir

En revanche, la jurisprudence est moins claire sur l'existence d'autres normes relevant du *jus cogens*, sur les raisons qui poussent le Tribunal à élever certaines normes à cette dignité et sur l'existence d'autres normes aussi fondamentales qui ne sont pas qualifiées comme appartenant au *jus cogens*<sup>13</sup>.

Les juridictions régionales des droits de l'Homme n'ont pas hésité non plus à se prononcer sur l'existence de règles de *jus cogens*. La Cour européenne des droits de l'Homme l'a fait dans l'arrêt *Al-Adsani* du 21 novembre 2001 où elle admet que « l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international »<sup>14</sup>. Elle se réfère d'ailleurs au jugement *Furundzija*, mais elle souligne que tous les précédents concernent la matière pénale et qu'on ne peut pas encore en tirer des conséquences en matière civile. Elle a confirmé et complété cette jurisprudence dans l'affaire *Kalogeropoulou et autres* à propos des crimes contre l'humanité, laissant entendre que les règles relatives aux crimes contre l'humanité ne relèvent pas du *jus cogens* dans l'état actuel du droit international, mais n'excluant pas une évolution dans le futur<sup>15</sup>.

---

Philippe WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, 2004, pp. 530-536.

<sup>13</sup> Voir Frederik HARHOFF, « La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux », pp. 65-80, in Paul TAVERNIER (sous la direction de), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruxelles : Bruylant, 2004, X - 281 p. (collection du CREDHO n° 6).

<sup>14</sup> Voir Jean-François FLAUSS, « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2003, pp. 156-175 ; Jean-François FLAUSS, « Répression des actes de torture et compétence civile universelle (A propos de l'arrêt *Al-Adsani* de la Cour européenne des droits de l'Homme) », *Dalloz*, 2003, pp. 1246-1250 ; Olivier de FROUVILLE, Observations sur les affaires *Al-Adsani*, *Fogarty* et *McElhinney*, *J.D.I.*, 2002, pp. 273-278 ; David LLOYD JONES, Article 6 ECHR and immunities arising in public international law », *I.C.L.Q.*, 2003, pp. 463-472 ; Christian MAIERHÖFER, « Der EGMR als « Modernisierer » des Völkerrechts ? – Staatenimmunität und *ius cogens* auf dem Prüfstand », *EuGRZ*, 2002, pp. 391-398 ; Florence MASSIAS, « Arrêt *Al-Adsani* c. Royaume-Uni (21 novembre 2001) relatif à l'immunité des Etats », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, pp. 149-164 ; Michel PUECHAVY, Note, *Gazette du Palais*, 4-5 octobre 2002, pp. 30-32 ; Emmanuel VOYIAKIS, « Access to court v State immunity », *I.C.L.Q.*, 2003, pp. 297-332 ; Fouad ZARBIEV, « Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, 2004, pp. 621-644.

<sup>15</sup> C.E.D.H., 12 décembre 2002, *Kalogeropoulou et autres contre la Grèce et l'Allemagne*, requête n° 59021/00. Cette requête a été déclarée irrecevable. La « Cour ne juge pas établi qu'il

La Cour interaméricaine des droits de l'Homme s'est montrée moins restrictive et beaucoup plus ouverte au *jus cogens* dans l'avis n° 18 du 17 septembre 2003 sur la condition juridique et les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. Dans cet avis, rendu à la demande du Mexique, la Cour interaméricaine a qualifié le principe d'égalité et de la non-discrimination comme un principe de *jus cogens*. Comme l'a noté Philippe Weckel, la Cour a adopté résolument une approche évolutive et extensive du *jus cogens* et elle s'est posée non seulement en tant que juridiction régionale des droits de l'Homme, mais en tant que juridiction internationale et juge du droit international général<sup>16</sup>. Une telle attitude pourrait conduire éventuellement à des conflits avec la Cour internationale de Justice, ou, au contraire, inciter celle-ci à être moins réticente à l'égard du *jus cogens*.

La jurisprudence de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme est intéressante à mentionner, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'un organe juridictionnel. On peut en effet considérer que celle-ci exerce des fonctions quasi-juridictionnelles. Dès 1987, elle a affirmé que « les Etats membres de l'OEA reconnaissent une norme de *jus cogens* prohibant l'exécution des mineurs »<sup>17</sup>. Cette prise de position a été confirmée et précisée dans quatre rapports de la Commission du 22 octobre 2002<sup>18</sup> et du 29 décembre 2003<sup>19</sup>. La Commission estime que l'interdiction

---

soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat », « ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur » (p. 10). Sur cette affaire, voir Kerstin BARTSCH et Björn ELBERLING, « *Jus cogens vs. State Immunity, Round Two : The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision* », *German Law Journal*, 2003, pp. 477-491.

<sup>16</sup> Philippe WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale. Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Avis n° 18 du 17 septembre 2003, *Condition juridique et droits des travailleurs migrants en situation irrégulière* », *R.G.D.I.P.*, 2004, pp. 234-237. Voir aussi Caroline LALY-CHEVALIER, Fanny DA POÏAN et Hélène TIGROUDJA, Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (2002-2004), *R.T.D.H.*, 2005, pp. 459-498, notamment pp. 464-468.

<sup>17</sup> Commission interaméricaine des droits de l'Homme, rapport n° 3/87, affaire n° 96-47, *Roach et Pinkerton c. Etats-Unis*, 1987, § 56.

<sup>18</sup> Commission interaméricaine des droits de l'Homme, rapport n° 62/02, affaire n° 12.285, *Michael Domingues c. Etats-Unis*, 22 octobre 2002, §§ 84-85.

<sup>19</sup> Commission interaméricaine des droits de l'Homme, rapport n° 97/03, affaire n° 11.193, *Gary T. Graham, now known as Shaka Sankofa v. United States*, 29 décembre 2003, §§ 52 et s. ; rapport n° 100/034, affaire n° 12.240, *Douglas Christopher Thomas v. United States*,

de l'exécution des mineurs de dix-huit ans au moment du crime appartient aux règles du droit coutumier et constitue désormais une règle de *jus cogens* :

« The Commission is therefore of the view that a norm of international customary law has emerged prohibiting the execution of offenders under the age of 18 years at the time of their crime. Moreover, the Commission is satisfied, based upon the information before it, that this rule has been recognized as being of a sufficiently indelible nature to now constitute a norm of *jus cogens*, a development anticipated by the Commission in its Roach and Pinkerton decision ».

D'autres instances juridictionnelles, régionales ou techniques, n'ont pas hésité non plus à se prononcer sur l'existence de normes du *jus cogens*, ce qui permet d'affirmer que la Cour internationale de Justice ne possède pas de monopole en ce domaine<sup>20</sup>. On peut citer la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie qui s'est référée dans plusieurs de ses avis aux normes impératives du droit international général (avis n° 1, 2 et 9)<sup>21</sup> ainsi que le Tribunal arbitral Guinée-Bissau / Sénégal<sup>22</sup> et le Tribunal arbitral OSPAR<sup>23</sup>.

En définitive, dans la société internationale actuelle, le rôle principal en matière d'identification des règles fondamentales semble bien revenir au juge international et non aux Etats, ce qui est susceptible de choquer certains juristes, lesquels n'ont pas pris toute la mesure de la place grandissante prise par le juge dans les sociétés contemporaines, qu'il s'agisse des sociétés nationales, étatiques, mais aussi transnationales et internationales. On peut même parler d'une « judiciarisation » de plus en plus envahissante de la vie sociale que d'aucuns déplorent. Il serait évidemment trop long d'entrer dans

---

29 décembre 2003, §§ 40 et s. ; rapport n° 101/03, affaire n° 12.412, *Napoleon Beazley v. United States*, 29 décembre 2003, §§ 48 et s.

<sup>20</sup> Contrairement à ce que certains affirment, on ne voit pas pourquoi les juridictions nationales ne pourraient pas non plus déterminer l'existence de règles de *jus cogens*, la seule question susceptible de se poser étant l'effet d'une telle détermination. On se bornera à citer à cet égard l'arrêt de la Chambre des Lords britannique du 24 mars 1999 dans l'affaire *Pinochet*.

<sup>21</sup> Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, avis n° 1 (29 novembre 1991), avis n° 2 (11 janvier 1992), avis n° 9 et 10 (4 juillet 1992).

<sup>22</sup> Tribunal arbitral, affaire de la *Délimitation de la frontière maritime Guinée-Bissau / Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, *R.G.D.I.P.*, 1990, p. 234.

<sup>23</sup> C.P.A., Tribunal arbitral OSPAR, sentence du 2 juillet 2003, *Accès à l'information en application de l'article 9 de la Convention OSPAR (Irlande c. Royaume-Uni)*; voir Philippe WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, 2003, pp. 986-994.

ce débat. En revanche, une question demeure en suspens et doit encore être abordée, à savoir comment le juge procède-t-il à l'identification des règles fondamentales ?

## II. COMMENT S'EFFECTUE L'IDENTIFICATION DES REGLES FONDAMENTALES

En 1969 Michel Virally terminait ses réflexions sur le *jus cogens* en constatant qu'il était impossible « de donner un réponse *a priori* et globale à la question de savoir quelles sont les règles qui font partie aujourd'hui du *jus cogens* » et qu'il était « nécessaire de procéder à un examen attentif du droit conventionnel et des précédents coutumiers : la détermination du contenu du *jus cogens* n'exige pas d'autres méthodes que celles qui s'imposent chaque fois que l'on veut établir l'existence d'une règle de droit international général, même simplement dispositive, mais elle n'autorise pas non plus qu'on se dispense d'y recourir »<sup>24</sup>. Ces remarques conservent en grande partie leur actualité et on peut affirmer que le processus d'identification et de détermination des règles fondamentales (*jus cogens* et obligations *erga omnes*) oscille entre deux pôles qui tiennent à la nature conventionnelle ou coutumière qu'on attribue à ces règles. Mais il dépend aussi de la variabilité du contenu de ces règles.

### A. L'IDENTIFICATION ET LA NATURE DES REGLES

Paul Reuter classait les sources du droit en trois grandes catégories : les sources autoritaires, conventionnelles et spontanées<sup>25</sup>. Si on écarte l'hypothèse – qui n'est pas totalement exclue – de règles fondamentales imposées unilatéralement (source « autoritaire »), les débats à propos du processus d'identification de ces règles et normes se focalise autour du processus conventionnel ou coutumier qui est à la base de leur formation.

Ces débats se sont déroulés notamment au sein de la Commission du droit international à propos du droit des traités. Certains membres de la Commission avaient envisagé de recourir au procédé de l'énumération, c'est-à-dire qu'une liste des principes relevant du *jus cogens* aurait été

---

<sup>24</sup> Michel VIRALLY, « Réflexions sur le « *jus cogens* » », *A.F.D.I.*, 1966, pp. 5-29.

<sup>25</sup> Paul REUTER, « Principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 103, 1961/II, pp. 425-656, notamment pp. 461 et s.

dressée. Une telle solution, bien qu'elle présentât certains avantages, mais aussi des défauts importants, n'a pas été retenue en définitive. On peut remarquer qu'elle supposait en réalité le problème de l'identification déjà résolu. De plus, elle conférait aux Etats souverains le rôle essentiel puisque la liste des règles fondamentales devait figurer dans un traité. Un tel procédé n'est pas sans rappeler la solution retenue dans les traités relatifs aux droits de l'Homme pour certains droits qualifiés d'indérogeables, ce qui s'apparente dans une certaine mesure au *jus cogens*. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 4), mais aussi la Convention européenne des droits de l'Homme (article 15) et la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (article 27) contiennent chacun une liste de ces droits indérogeables, introduisant ainsi une hiérarchie entre les droits. S'il y a un fonds commun dans ces listes, elles ne sont pas identiques et elles ont été complétées par des protocoles ultérieurs. Le *jus cogens* également n'est pas immuable et les listes de règles relevant de cette catégorie varient d'un auteur à l'autre et peuvent aussi être modifiées et complétées. Toutefois, la Commission du droit international et la Convention de Vienne n'ont pas adopté le procédé de l'énumération.

Ce procédé n'étant pas retenu par les auteurs de la Convention de 1969, on aurait pu concevoir que ceux-ci s'entendent pour préciser la procédure à suivre pour identifier les règles du *jus cogens*. Or ils ne l'ont pas fait, se bornant à donner des indications générales, dont on peut tirer quelques directives assez imprécises. En effet, il résulte de l'article 53 de la Convention de 1969 qu' « une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la Communauté internationale dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Ce texte, souvent cité et commenté, est susceptible de plusieurs lectures en ce qui concerne l'identification des règles du *jus cogens*. Il peut s'accommoder aussi bien d'une interprétation fondée sur une analyse de type conventionnel, l'acceptation et la reconnaissance de la Communauté internationale étant inscrite dans un traité, ou d'une interprétation de type « coutumier », le processus d'apparition et de consécration de la règle s'apparentant à celui de la coutume. Mais en tout état de cause, il s'agit de normes, conventionnelles ou coutumières, d'une nature tout à fait spécifique. Il est d'ailleurs difficile de préciser quel type de



convention, ou quel type de règle coutumière, répond à la définition donnée par la Convention de Vienne.

Les deux processus de formation et d'identification des règles du droit impératif peuvent se rejoindre et la situation de l'Etat, notamment de l'Etat qui est en position d'« objecteur persistant », n'est pas fondamentalement différente dans un cas et dans l'autre<sup>26</sup>. En effet, un Etat peut-il échapper à l'emprise d'une règle de *jus cogens*, que celle-ci soit établie et identifiée par voie conventionnelle ou par voie coutumière? La plupart des auteurs n'acceptent pas une telle solution<sup>27</sup>. Maurizio Ragazzi<sup>28</sup>, par exemple, se prononce en ce sens lorsqu'il examine la question de l'opposabilité *erga omnes* des règles de *jus cogens* et le principe de l'objecteur persistant. Robert Kolb<sup>29</sup> est, pour sa part, plus nuancé en ce qui concerne ce qu'il appelle l'« objecteur tenace ». On peut se demander en effet si la situation de l'objecteur persistant est tenable à long terme et s'il ne doit pas prendre en compte non seulement le caractère absolu que revêtent les normes de *jus cogens*, mais aussi une certaine relativité qui leur est reconnue.

---

<sup>26</sup> En sens contraire, mais avec des nuances, Jean SALMON, « Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI<sup>ème</sup> siècle », *Cours euro-méditerranéens Bancaja*, vol.VI, 2002, pp. 35-363, notamment pp. 137-138 : « Rôle de l'objecteur persistant dans le mécanisme du changement ». Pour Jean Salmon, « La voix isolée de [l'objecteur persistant] ne peut empêcher la création d'une nouvelle règle générale de droit international *inter se* pour les Etats qui adoptent celle-ci » ; en revanche, cette règle ne lui est pas opposable : « c'est la rançon de l'attachement au principe de l'accord ». Il admet néanmoins que « la position isolée de l'objecteur persistant est à ce point inconfortable, qu'il rentre tôt ou tard dans le rang ». Toutefois, l'objecteur persistant qui se fonde sur une règle conventionnelle est « dans une position bien plus confortable » et « il lui est toujours possible de se prévaloir du caractère sacro-saint des traités pour obtenir le respect de ses droits conventionnels ». Sur le problème général de l'objecteur persistant, voir l'article classique de Pierre-Marie DUPUY, « A propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'« objecteur persistant » », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris : Pedone, 1991, pp. 257-272.

<sup>27</sup> Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, Paris : L.G.D.J., 2002, 7<sup>ème</sup> édition, 1510 p., notamment p. 333 : à propos de l'opposabilité de la norme coutumière, les auteurs envisagent le cas de l'objecteur persistant et ils ajoutent « bien entendu, il faut faire application du principe selon lequel un Etat ne peut s'opposer à la mise en œuvre d'une règle « impérative » (*jus cogens*) : tous les Etats sont liés par une règle coutumière qui présente cette qualité ». Mais ils renvoient également aux régimes conventionnels opposables *erga omnes*.

<sup>28</sup> Maurizio RAGAZZI, *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford : Clarendon Press, 1997, p. 67 et s.

<sup>29</sup> Robert KOLB, *Théorie du jus cogens international. Essai de relecture du concept*, Paris : PUF, 2001, p. 175.

*B. L'IDENTIFICATION ET LA VARIABILITE DES REGLES*

Les règles fondamentales, en particulier les règles du *jus cogens*, sont variables non seulement dans le temps, mais peut-être également dans l'espace et dans leur substance.

Dès le début, il a été admis que le *jus cogens* n'était pas un droit immuable et intemporel, contrairement au droit naturel. La Convention de Vienne a prévu l'hypothèse de la « survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) » (article 64). Il en résulte d'ailleurs de délicats problèmes de droit intertemporel qui sont abordés dans l'article 71 de la Convention de Vienne de 1969 (« conséquences de la nullité d'un traité en conflit avec une norme impérative du droit international général »). Par ailleurs, il n'est pas facile de préciser à partir de quel moment une règle nouvelle de *jus cogens* apparaît dans l'ordonnement juridique<sup>30</sup>.

En outre il est permis de s'interroger sur le point de savoir si l'évolution du *jus cogens* doit être conçue à « sens unique », dans une optique de progrès permanent, et par ajouts successifs de nouveaux principes ? On se trouverait devant un processus de sédimentation. En sens contraire, peut-on concevoir des processus d'obsolescence ou de désuétude des règles du *jus cogens*. Une telle hypothèse n'est pas envisagée fréquemment en doctrine, mais elle ne saurait être exclue sur un plan strictement logique. L'évolution pourrait donc se produire par voie d'addition, mais aussi de soustraction. C'est ce que suggèrent certains et ce qui ressort implicitement de la présentation de ces questions par Jean Combacau et Serge Sur dans la dernière édition de leur manuel : ils insistent en effet sur le lien de certaines règles de *jus cogens* avec la période de la guerre froide, époque « marquée par le révisionnisme juridique soutenu par les Etats nouveaux et les pays socialistes »<sup>31</sup>.

De la variabilité des règles de *jus cogens* dans le temps, on passe assez aisément à la variabilité de celui-ci dans l'espace. Dans les années 60 et 70,

---

<sup>30</sup> Sur tous ces points, voir notre thèse : Paul TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public (problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire)*, Paris : L.G.D.J., 1970, III-351 p. Ces questions ont été évoquées assez rapidement par la Commission interaméricaine des droits de l'Homme, dans les affaires citées *supra* notes n° 17, 18 et 19.

<sup>31</sup> Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, Paris : Montchrestien, 6<sup>e</sup> édition, 2004, p. 156 et s., notamment p. 159.

alors qu'on discutait du droit des traités, certains se posaient déjà la question de savoir si le *jus cogens* était par essence un droit universel ou s'il pouvait aussi exister un *jus cogens* régional, notamment pour les pays socialistes (affaires de la Tchécoslovaquie et de l'Afghanistan). Ces discussions conservent leur intérêt, malgré la disparition de la division du Monde en deux blocs et un contexte juridique et politique fort différent. En effet, on peut déceler dans l'avis n° 18 de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme des éléments en faveur d'une approche régionale du *jus cogens*, même si la tonalité générale de cet avis est résolument universaliste. La jurisprudence de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme est plus claire encore à cet égard. Dès l'affaire *Roach et Pinkerton*, elle affirmait que « les Etats membres de l'OEA reconnaissent une norme de *jus cogens* prohibant l'exécution des mineurs. Une telle règle est acceptée par tous les Etats du système interaméricain, y compris les Etats-Unis »<sup>32</sup>.

La notion de *jus cogens* apparaît décidément comme une notion « à géométrie variable », d'autant plus que sa variabilité est aussi, semble-t-il, fonction des matières et des domaines qu'elle concerne. Les débats à ce sujet ont pris naissance en premier lieu à propos du droit des traités. Ils ont ressurgi ensuite à propos de la question de la responsabilité internationale des Etats et des crimes internationaux. On s'est aperçu à cette occasion que l'identification de certaines règles de droit impératif qui avait été faite dans le cadre du droit des traités, entraînant notamment la nullité des traités contraires et l'interdiction des représailles armées, pouvait être remise en cause partiellement dans le contexte du droit de la responsabilité internationale. Par exemple, l'interdiction du recours à la force, telle qu'elle est énoncée à l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies, ne constituerait une norme de *jus cogens*, dans le contexte du droit de la responsabilité internationale, que si on était en présence d'une agression. De même, la lecture de l'arrêt *Al-Adsani* de la Cour européenne des droits de l'Homme suggère qu'il faudrait faire une différence en ce qui concerne l'interdiction de la torture : elle relève incontestablement du *jus cogens* dans le domaine du droit pénal, mais ce ne serait pas encore le cas pour la matière civile. On pourrait ajouter également que les exigences du procès pénal, que doivent

---

<sup>32</sup> Commission interaméricaine des droits de l'Homme, rapport n° 3/87, affaire n° 96-47, *Roach et Pinkerton c. Etats-Unis*, 1987, § 56. En revanche, les affaires plus récentes (*Domingues, Graham, Thomas et Beazley*) citées plus haut (voir notes n° 18 et 19) insistent davantage sur l'aspect universel de la règle de *jus cogens*.

respecter les juridictions pénales internationales, ne sont pas les mêmes que celles auxquelles sont soumises les autres juridictions internationales, comme la Cour internationale de Justice ou les Cours régionales des droits de l'Homme<sup>33</sup>.

En sens inverse, certains auteurs prônent une interprétation extensive des règles du *jus cogens*. Ainsi, Antonio Cassese considère-t-il, dans son commentaire de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, que la règle de la légitime défense relève du *jus cogens* au même titre que la règle de l'interdiction du recours à la force<sup>34</sup>. Selon l'éminent juriste, « logiquement l'article 51, en constituant une exception à l'article 2, paragraphe 4, (qui est devenu une norme de *jus cogens* selon l'avis de tous les Etats) ne peut que posséder la même force normative » (p. 790). On aurait ainsi, dans le domaine des règles fondamentales, une application de l'adage selon lequel l'accessoire suit le principal (*accessorium sequitur principale*). Une application de ce même adage apparaît dans l'affaire *Galic* jugée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à propos de la règle générale prohibant les attaques contre les civils et de la règle particulière interdisant de répandre la terreur<sup>35</sup>.

La variabilité du contenu du *jus cogens* est donc un élément à la fois de richesse et de complexité dans le processus d'identification des règles fondamentales, d'autant plus qu'il faut aussi tenir compte des méthodes propres à l'auteur de l'identification. Par exemple, les modes de raisonnement de la Cour internationale de Justice et ceux des Tribunaux pénaux internationaux ou ceux des Cours des droits de l'Homme, sont assez différents.

---

<sup>33</sup> En ce sens, nos observations dans l'ouvrage de Mireille DELMAS-MARTY, Emmanuela FRONZA et Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, Paris : Société de législation comparée, 2004, 488 p. : Paul TAVERNIER, « Les tribunaux pénaux internationaux et le droit international des droits de l'Homme », pp. 395-402.

<sup>34</sup> Antonio CASSESE, « Article 51 », pp. 771-792 (notamment p. 790), in : Jean-Pierre COT et Alain PELLET (sous la direction de), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 1991, 2<sup>ème</sup> éd., XIV-1571 p.

<sup>35</sup> T.P.I.Y., *Galic*, 5 décembre 2003, § 98. La conclusion du Tribunal est claire, mais le raisonnement est quelque peu alambiqué. Le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer expressément sur le caractère de norme impérative de la règle particulière, mais il affirme néanmoins qu'« étant une illustration de la norme générale et s'accordant avec elle par voie de conséquence, la règle interdisant les actes ou menaces qui visent à répandre la terreur ne s'oppose pas et ne déroge pas aux normes impératives du droit international ».

## CONCLUSION : UN PROBLEME INSOLUBLE ?

Au terme de ce rapide survol du territoire des règles fondamentales, peut-on considérer que l'identification de celles-ci est désormais un problème résolu ? Certainement pas. Mais cela ne nuit nullement au développement d'une notion qui occupe une place de plus en plus grande dans le droit international contemporain et qui ne correspond pas à une étape, maintenant révolue, de la société internationale, comme semble le suggérer certains. En effet, les enjeux associés à l'identification de règles fondamentales sont fort divers et variables. Ils sont d'ordre juridique avec un souci de hiérarchisation des normes par opposition à l'absence de toute hiérarchie dans le droit international classique. Cela peut conduire à une sorte de « constitutionnalisation » du droit international, avec tous les problèmes que cela est susceptible d'entraîner, notamment lorsque plusieurs règles fondamentales entrent en concurrence<sup>36</sup>. Un autre enjeu tient au souci d'introduire des « valeurs » dans un droit traditionnellement peu soucieux de celles-ci<sup>37</sup>. De la « moralisation » du droit international, on passe assez facilement à sa « pénalisation ». D'autres enjeux, plus politiques, peuvent apparaître. Paul Reuter, lorsqu'il me parlait des discussions qu'il avait sur ces questions à la Commission du droit international, me disait que, pour lui, le *jus cogens* était défendu par l'URSS, parce qu'il permettait à celle-ci de réintroduire la coutume dans la théorie des sources du droit international.

Compte tenu de tous ces enjeux divers et parfois contradictoires, on peut comprendre que les notions de règles fondamentales, de *jus cogens* et

---

<sup>36</sup> On peut songer, par exemple, à l'hypothèse suivante : face à une menace grave et imminente de génocide un Etat peut-il rester inactif, en spectateur impuissant, ou bien une intervention militaire lui est-elle permise ? L'interdiction du recours à la force (article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies) ne doit-elle pas céder devant la prohibition du génocide ?

<sup>37</sup> Dans sa longue opinion concordante jointe à l'avis n° 18 rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, le juge CANÇADO TRINDADE met l'accent sur l'ouverture du droit international contemporain à des valeurs supérieures et fondamentales. Il considère que le rôle du juriste est de déterminer avec fermeté et clarté ce qui est le droit et, selon lui, la Cour interaméricaine a rempli sa mission dans cette affaire. Pour le juge brésilien le droit émane moins de la volonté des Etats que de la conscience de l'Homme : « [the law] does not emanate from the inscrutable «will» of the States, but rather from human conscience. General or customary international law emanates not so much from the practice of States (not devoid of ambiguities and contradictions), but rather from the *opinio juris communis* of all the subjects of international law (the States, the international organizations and the human beings). Above the will is the conscience » (§87).

d'obligations *erga omnes* sont souvent des notions floues. Mais ne doit-on pas, à la suite de Mireille Delmas-Marty, faire l'éloge du « flou du droit »<sup>38</sup>. Ce sont en effet souvent les imprécisions et les incertitudes dans les contours de la règle et de la norme, fût-elle aussi fondamentale, par exemple, que l'interdiction de la torture ou l'interdiction du recours à la force, qui en font sa puissance et son utilité. Aussi ne faut-il pas s'étonner que le problème de l'identification et de la détermination des règles fondamentales soit pour le moment un problème non résolu et peut-être un problème insoluble dans l'avenir<sup>39</sup>. Cela lui permet de rester ou de devenir un « pont aux ânes » qui donnera sans doute encore longtemps l'occasion aux juristes de disserter et de polémiquer en développant quelques banalités connues de tous, comme ils aiment parfois à le faire<sup>40</sup>.

#### SUMMARY

The concept of *jus cogens*, which was discussed at length for a long time during the sixties and the seventies in connection with the work of the International Law Commission on the law of treaties, has now been accepted almost unanimously. By contrast, this consensus disappears concerning the content of *jus cogens* and even its definition. The identification of the basic rules raises two problems: first, which authority is called upon to define and identify them, and second, how does this identification take place?

Concerning the first issue, we are witnessing a decentralization of the power of identification and at the same time the emergence of a judicial power to determine these rules, accruing to the International Court of Justice but also to other international judicial bodies (international criminal courts and tribunals and regional human rights courts).

The process of identification of the basic rules gravitates around the two poles of international treaty law and international custom. Its complexity is furthermore enhanced on account of the variations of the basic rules in the

---

<sup>38</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'Homme*, Paris : PUF, 1986, 332 p.

<sup>39</sup> Olivier de FROUVILLE (*in* : Emmanuel DECAUX, *Droit international public*, Paris : Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 2004, collection Hypercours) parle d'un « *jus cogens* introuvable » (p. 58).

<sup>40</sup> Voir par exemple Michel VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris : Pedone, 1964, pp. 488-505.

temporal (new rules of *jus cogens*) as well as in the regional dimension (regional *jus cogens*).

Ultimately, the uncertainties surrounding the identification of the basic rules do not hamper their development in contemporary international law, and the vagueness resulting from this indeterminacy may even favour, in this field like in others, progress of the law.

## CHAPTER II

# Jus Cogens, *Obligations Erga Omnes* and other Rules – *The Identification of Fundamental Norms*

STEFAN KADELBACH

### I. THE DEVELOPMENT OF FUNDAMENTAL RULES

1) Since the beginning of international law in the modern sense, the relationship between morals and law attracted the interest of lawyers and philosophers alike. Vitoria, Grotius and Christian Wolff were cited as references for fundamental rules which are higher in authority than law stipulated in treaties or developed in custom.<sup>1</sup> With regard to binding obligations in positive law, the evolution of law with moral or constitutional content has been traced back to the 19<sup>th</sup> century.<sup>2</sup> The prohibition against slavery and the slave trade, the first Geneva Convention of 1864 and the Hague Conferences on the law of war at the turn of the centuries come to mind. Some international lawyers of that time proclaimed the existence of an international public order which was placed on a higher rank than treaty law.<sup>3</sup> In the era between the two World Wars, this idea was taken up again.<sup>4</sup> However, it was not be-

---

<sup>1</sup> With regard to Vitoria and Grotius see Francisco Gómez Robledo, “Le jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *Recueil des Cours* 172 (1981-III), 9, at 23 *et seq.*, 189 *et seq.*; Marcel Thomann, “Introduction”, in: *id.* (ed.), *Christian Wolff, Gesammelte Werke*, vol. II-25, Hildesheim/New York 1972, pp. I, XXXIII.

<sup>2</sup> Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Helsinki 1988, pp. 23 *et seq.*; see also Laurent Grosse, « Racines historiques et fondements contemporains des normes impératives (jus cogens) dans la théorie et la pratique du droit international », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* 73 (1995), 225 *et seq.*

<sup>3</sup> Johann Caspar Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen 1868, paras. 410 *et seq.*; Friedrich von Martens, *Traité de droit international*, vol. I, Paris 1883, p. 551; Pasquale Fiore, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, 4th ed. Torino 1909, paras. 742, 755.

<sup>4</sup> Alfred Verdross, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des Cours* 30 (1929-V), 271, at 304; *id.*, “Forbidden Treaties in International Law”, *AJIL* 31 (1937), 571 *et seq.*; Friedrich August von der Heydte, “Die Erscheinungsformen des zwischenstaatlichen Rechts:



fore the end of the Second World War that the development of distinct categories of fundamental rules took place.<sup>5</sup>

The Charter of the Nuremberg Military Tribunal and the Charter of the United Nations mark the beginning of a new era. Several projects of the International Law Commission (ILC) provide evidence of a change in paradigm, particularly so the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, the codification of the law of treaties and the long-lasting work on state responsibility.<sup>6</sup> The preparation of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT) and what are today its Articles 53 and 64 induced a debate on peremptory norms of international law (*jus cogens*) which has influenced decisions of the International Court of Justice. In the *Barcelona Traction Case*, the Court mentioned for the first time obligations *erga omnes*.<sup>7</sup> Following the Report on State Responsibility by Special Rapporteur Roberto Ago submitted in 1976, the ILC expressed its opinion on the concept of “international crime” which was widely disputed thereafter.<sup>8</sup>

2) After the end of the Cold War era, this development received new impulses, in particular with respect to State responsibility and international criminal law. As to State responsibility, the Iraqi invasion of Kuwait was followed by an unprecedented involvement of the international community in the procedure of processing compensation claims against an aggressor State.<sup>9</sup> The terms of reparation were sketched out in a Security Council Resolution which functioned as a peace treaty between Iraq and the international community. The United Nations Claims Commission was created as a

---

*jus cogens* und *jus dispositivum* im Völkerrecht”, *Zeitschrift für Völkerrecht* 16 (1932), 461 *et seq.*; Josef Jurt, *Zwingendes Völkerrecht*, Zurich 1933, pp. 89 *et seq.*

<sup>5</sup> Further reference in Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1992, pp. 77 *et seq.*, 128 *et seq.*

<sup>6</sup> More detailed analysis in *op. cit.* (note 5), pp. 36 *et seq.*

<sup>7</sup> *ICJ Reports* 1970, p. 2, para. 33.

<sup>8</sup> *5<sup>th</sup> Report on State Responsibility*, *YILC* 1976-II, part two, pp. 28 *et seq.*; Report of the International Law Commission, *YILC* 1980-II, part two, p. 32 (Draft Article 19); see also Marina Spinedi, “International Crimes of State: The Legislative History”, in: Joseph H. Weiler *et al.*(eds.), *International Crimes of State*, Berlin/New York 1989, pp. 7 *et seq.*; classic criticism in: Krystyna Marek, “Criminalizing State Responsibility”, *Revue belge de droit international* 14 (1978/79), 460 *et seq.* The notion of „international crimes” of States was substantially modified in the final version of the Articles, but some faint traces remain, see *infra*, III.

<sup>9</sup> Cf. Stefan Kadelbach, „Staatenverantwortlichkeit für Angriffskriege und Verbrechen gegen die Menschlichkeit”, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 40 (2003), 63, 68 *et seq.*, 86 *et seq.*

subsidiary body of the Security Council, thus replacing the usual arbitral tribunal and mixed claims commission procedures. Although this example has kept its exceptional character and ought not to be overestimated, it points towards a more common interest-oriented approach vis-à-vis the observance of the prohibition against aggression which is illustrative of the early 90s. In the following years, the ILC was able to bring its project on State responsibility to a close and developed new concepts of fundamental norms which are now reflected in its Articles on State Responsibility as taken note of by the UN General Assembly.<sup>10</sup> Further steps were taken in the Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda and the Rome Statute of the International Criminal Court.

The new debate on exceptions to State immunity, both before criminal courts and in civil law suits, as well as the efforts of several States to expand universal jurisdiction are consequences of the preceding development and the further elaboration on the concept of *jus cogens* and *erga omnes* obligations.<sup>11</sup> With respect to exceptions to State immunity, recent jurisprudence does not suggest a rapid development in that direction. On the one hand, *jus cogens* was used as an argument by the House of Lords in the *Pinochet* case for not granting immunity.<sup>12</sup> In the *Distomo* case, which involved tort claims relating to events during the Second World War, Greek courts also favoured a similar conclusion.<sup>13</sup> On the other hand, the European Court of Human Rights, in the

---

<sup>10</sup> General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, UN GAOR 56, Suppl. No. 10, pp. 29 *et seq.*

<sup>11</sup> For further discussion see Jack Alan Levy, "As Between Princz and King: Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunity as Applied to *Jus Cogens* Violations", *Georgetown LJ* 86 (1998), 2703 *et seq.*; Lee M. Caplan, "State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *AJIL* 97 (2003), 741 *et seq.*

<sup>12</sup> Judgment of 24 March 1999, reprinted in *ILM* 39 (2000), 135; annotations by Pierre-Marie Dupuy, « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », *RGDIP* 103 (1999), 289 *et seq.*; Christian Dominicé, « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat », *ibid.*, 297 *et seq.*; Michel Cosnard, « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *ibid.*, 309 *et seq.*; F.A.N. van Alebeek, « The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial », *BYIL* 71 (2000), 29 *et seq.*; Matthias Ruffert, "Pinochet Follow-Up: The End of Sovereign Immunity?", *NILR* 48 (2001), 171 *et seq.*; Campbell McLachlan, "Pinochet Revisited", *ICLQ* 51 (2002), 959 *et seq.*

<sup>13</sup> *Livadia County Court*, judgment no. 137/1997 of 24 July 1998; *Areopagos*, judgment no. 11/2000 of 5 May 2000, *DIKE international*, 722, at 731/2; see also Elena Vournas, "Prefecture of Voiotia v Federal Republic of Germany: Sovereign Immunity and the exception for *Jus Cogens* Violations", *NY School J Int'l & Comp L* 21 (2002), 629 *et seq.*; Burkhard Heß,

*Al Adsani* case, denied an immunity exception for *jus cogens* in civil law proceedings. The complaint was raised against British courts which granted state immunity to a third State (Kuwait) in a lawsuit involving compensation for damages resulting from torture; the applicant had contended that the *jus cogens* character of the prohibition against torture should have overruled immunity.<sup>14</sup> The ECHR did not qualify the granting of State immunity as a human rights violation and stated that an immunity exception was not recognized in international law. Similarly, the ECHR dismissed a complaint brought by Greek citizens against the decision taken by the Minister of Justice of Greece to halt execution of the *Distomo* judgment against the Federal Republic of Germany, affirming the *Al Adsani* rationale.<sup>15</sup> Finally, the International Court of Justice, in the *Arrest Warrant* case, upheld the immunity of a foreign minister before national courts, even if charged with war crimes and crimes against humanity, at least as long as he was still holding office; it thus rejected the argument brought forward by Belgium that the *jus cogens* character of the offences at issue required an exception.<sup>16</sup>

The judgments referred to so far indicate little more than that case-law is still developing. They do not indicate that there is no exception to immunity at all: The statement with respect to human rights exceptions to State immunity was not necessary to decide the case, it is an *obiter dictum*. In its reasoning on which the judgment rests the ECHR found that States, by not granting a *forum* for claims for compensation against third States, do not

---

“Kriegsentschädigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 40 (2003), 107, at 188 *et seq.*

<sup>14</sup> ECHR, *Al Adsani v United Kingdom*, Reports ECHR 2001-XI, 79; see case notes by Angel Sánchez Legido, “Ius cogens, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial”, *Revista española de derecho internacional* 53 (2001), 313 *et seq.*; Christian Maierhöfer, “Der EGMR als ‘Modernisierer’ des Völkerrechts? Staatenimmunität und ius cogens auf dem Prüfstand”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 29 (2002), 15 *et seq.*; Christian Tams, “Schwierigkeiten mit dem Ius Cogens”, *Archiv des Völkerrechts* 40 (2002), 331 *et seq.*; M.C. Zwanenburg, “Het EHRM, staatsimmunitéit en ius cogens”, *NCJM-bulletin* 27 (2002), 760 *et seq.*

<sup>15</sup> ECHR, *Kalogeropoulou et al. v Greece and Germany*, Reports 2002-X, p. 389.

<sup>16</sup> *Arrest Warrant* case, judgment of 14 February 2002, reprinted in *ILM* 41 (2002), 536, paras. 56 *et seq.*; see Antonio Cassese, “When May Senior Officials Be Tried for International Crimes?”, *EJIL* 13 (2002), 853 *et seq.*; Christian Maierhöfer, “Weltrechtsprinzip und Immunität: das Völkerstrafrecht vor den Haager Richtern”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 30 (2003), 545 *et seq.*

participate in those States' wrong; it did not have to decide whether it would have been unlawful to exempt certain acts from immunity. The ICJ stressed that immunity had to be distinguished carefully from impunity, and it left the question open whether immunity can still be invoked once a representative of a State has ceased to hold office.<sup>17</sup> It remains to be seen whether peremptory law will affect the principle of sovereign immunity in the future. The question whether or not such an exception would be sensible is a different topic, but it is not pre-empted by international case-law.

The question that has arisen in the cases cited above goes deeper than the extent of sovereign immunity. It addresses the very structure of the international legal order, namely whether the fundamental character of the rules at issue is such as to place them on a higher rank with the consequence that they prevail over "ordinary" international law. In that case, one might deduce certain legal consequences from the fundamental character of such rules alone. Once a primary rule is recognized as belonging to that category, all secondary norms so far attributed to *jus cogens*, *erga omnes* obligations and, possibly, international criminal law would apply. Newly developing legal consequences and exceptions, in turn, would have to be related to all fundamental primary norms.

At second glance, however, things prove more complex.<sup>18</sup> Not all cross-references between these categories appear to be accepted. To begin with, it is generally recognized that the categories are far from identical. *Erga omnes* obligations do not only cover (some or all) *jus cogens* norms, but also rules which govern the status and boundaries of States, cities, islands and internationalized territories which may be easily modified by treaty. With respect to legal consequences, it is at least doubtful whether unilateral violations of *jus cogens* in all cases trigger enhanced responsibility vis-à-vis the community of States, or whether this is only the case if the violation is massive and wide-

---

<sup>17</sup> *Ibid.* para. 61: "Accordingly, the immunities enjoyed under international law by an incumbent or former Minister for Foreign Affairs do not represent a bar to criminal prosecution in certain circumstances."

<sup>18</sup> See A.J.J. de Hoogh, "The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", *Austrian JPIL* 42 (1991), 183 *et seq.*; Cherif M. Bassiouni, "International crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", *Law and Contemporary Problems* 59 (1996), 63 *et seq.*; Michael Byers, "Conceptualizing the Relationship Between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", *Nord JIL* 66 (1997), 211 *et seq.*; Władysław Czapliński, "Concepts of *jus cogens* and *erga omnes* in the Light of Recent Developments", *Polish YIL* 23 (1997/98), 87 *et seq.*

spread. It is therefore necessary to address the question of how to define *jus cogens* and other types of fundamental norms.

## II. CATEGORIES

The different categories of fundamental rules are distinguished according to the legal consequences attributed to them. *Jus cogens* denominates rules whose effect is to make conflicting treaties void (Articles 53 and 64 VCLT) and, arguably, the prohibition against reservations to *jus cogens* treaty provisions.<sup>19</sup> *Erga omnes* obligations, by contrast, have been considered so far, by and large, as a concept of State responsibility.<sup>20</sup> Being defined as obligations vis-à-vis the international community of States, they impose special duties on the offending State which may go beyond the bilateral reparation scheme which applies in reciprocal legal relationships. One of its elements is the right of States not directly affected by an internationally wrongful act to invoke the responsibility of the violator, be it on their own behalf, on behalf of subjects of international law who are not in a position to bring a claim themselves, or simply as members of the international community of States.<sup>21</sup> Universal jurisdiction, in turn, is yet another principle which is exclusively related to international criminal law.

---

<sup>19</sup> As to reservations see Thomas Buergenthal, "The advisory practice of the Inter-American Court of Human Rights", *AJIL* 79 (1985), 1, at 25; Rolf Kühner, *Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen*, Berlin *et al.* 1986, pp. 138/9, 146, 209; Theodor Meron, "On a Hierarchy of International Human Rights", *AJIL* 80 (1986), 1, at 17.

<sup>20</sup> See Claudia Annacker, "The legal regime of *erga omnes* obligations in international law", *Austrian JIL* 46 (1994), 13 *et seq.*; Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford 1997; Jost Delbrück, "'Laws in the Public Interest' – Some observations on the foundations and identification of *erga omnes* norms in international law", in: *Liber Amicorum Günther Jaenicke*, Berlin *et al.* 1998, pp. 17 *et seq.*

<sup>21</sup> Linos-Alexandre Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite*, Paris 1990, pp. 156 *et seq.*; Christian Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against their Will", *Recueil des Cours* 241 (1993-IV), 209, 295 *et seq.*; Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des Cours* 250 (1994-VI), 217, 308 *et seq.*; Jochen A. Frowein, "Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law", *Recueil des Cours* 248 (1994-IV), 345 *et seq.*; James Crawford, *Third Report on State Responsibility*, U.N. Doc A/CN.4/507/Add. 4, 2000, paras. 386 *et seq.*; Karl Zemanek, "New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations", *Max Planck Yb U.N. L* 4 (2000), 1 *et seq.*

However, the categories have at least a common core. The distinction between *jus cogens* and *erga omnes* obligations, to begin with the most important norms, is not as clear-cut as it appears. The *Barcelona Traction* case which expressly refers to *erga omnes* obligations is often also cited as a reference for *jus cogens*.<sup>22</sup> The equation of both seems to be justified by the observation that the primary rules which belong to *jus cogens* and *erga omnes* norms are basically the same. The examples usually given for both are the prohibition against aggressive war, genocide, crimes against humanity and war crimes, the core elements of humanitarian law and of the human rights conventions, the right of peoples to self-determination and the protection of the environment from severe and lasting degradation.<sup>23</sup>

For an answer to the question of how to keep both sets of norms apart, the case-law of the ICJ is of little help. It is ambiguous as far as the legal consequences of fundamental rules are concerned. In the *Barcelona Traction* judgment, where the ICJ acknowledged the existence of *erga omnes* rules, the Court showed reluctance in granting standing to third States if international conventions with special procedures for the settlement of claims applied;<sup>24</sup> for *jus cogens*, it would have been at least debatable if treaties may compromise the interests of the State community by agreement *inter se*. In the *East Timor* case the Court rejected Portugal's motion to enforce the Timorese people's right to freely dispose of its natural resources, which is considered to be an essential component of self-determination, because Indonesia was not a party to the dispute. The Court considered that "the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things",<sup>25</sup> thus affirming the statement in the *Barcelona Traction* case. If, however, the same question arose with respect to *jus cogens*, it is not so clear whether the answer would have been the same: a treaty excluding one party's right to invoke the illegality of the suppression of self-

---

<sup>22</sup> Taslim O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, Dobbs Ferry/London 1974, p. 185; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>nd</sup> ed. Manchester 1984, p. 213; Hannikainen, *op. cit.* (note 2), pp. 269 *et seq.*

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, p. 2, para. 91.

<sup>25</sup> *East Timor*, ICJ Reports 1995, p. 102, para. 29, with notes by C. Antonopoulos, "Effectiveness v. the Rule of Law Following the East Timor Case", *NYIL* 27 (1996), 75 *et seq.*, and Peter D. Coffman, "Obligations erga omnes and the Absent Third State", *GYIL* 39 (1996), 285 *et seq.*; see also *Armed Activities on the Territory of the Congo*, Order of 10 July 2002, reproduced in *ILM* 41 (2002), 1175, para. 71.

determination, a case which might occur in agreements between neighbour States on the reciprocal protection of minorities, would at least cast doubts with respect to its validity.<sup>26</sup>

Moreover, as will be discussed more in detail below, the International Law Commission suggests drawing a distinction between *jus cogens* and norms which impose obligations on States against the community of States as a whole, usually referred to as *erga omnes* rules, thus suggesting that *jus cogens* norms and *erga omnes* norms are different concepts.<sup>27</sup>

As to the third category of fundamental norms, crimes under international law, it is easier to see that it is distinct from the other two. Acquisition of territory by aggression, to name an example, may not be recognized as legal by treaty or otherwise, but whether launching a war of aggression constitutes an individual crime is still controversial.<sup>28</sup> It thus may be inferred that acts outlawed by criminal law, if committed by, or imputable to, a State also constitute violations of *erga omnes* rules. However, this conclusion cannot be drawn the other way round.

These uncertainties resulting from the linking of substantive law and secondary rules draw attention to the criteria which have to be met in order to attribute legal consequences to primary law of a fundamental character. In the following sections, *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international criminal law have to be analyzed separately, before conclusions can be drawn. The legal consequences or, to take the term used by the International Law Commission, the secondary rules are the decisive criterion.

### III. PEREMPTORY NORMS OF INTERNATIONAL LAW (*JUS COGENS*)

1) Although there is a well recognized minimum content of peremptory law, such as the rules enumerated above, the criteria which help to identify *jus cogens* norms are not entirely clear. Before the VCLT was promulgated,

---

<sup>26</sup> See judge Schücking, dissenting, *Oscar Chinn Case*, *CPIJ Rec.*, Ser. A/B, no. 63, p. 149; with respect to this question see also below, section III.

<sup>27</sup> See below, section IV.

<sup>28</sup> Reluctant in this respect Hans-Heinrich Jescheck, "International Criminal Law", *EPIL*, vol. IV, p. 1119, at 1121; in favour Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, vol. I/3, 2nd ed. Berlin 2002, pp. 1043 *et seq.*

different theories were found in legal writings.<sup>29</sup> Positivist approaches held the most important structural norms of the international legal order to be *jus cogens* such as the obligation to comply with treaties (*pacta sunt servanda*) and custom, which normativists used to place at the top of the hierarchy of norms.<sup>30</sup> Natural law theorists tend to include obligations anchored in morals such as humanitarian law derived from human dignity or rules which any legal order necessarily requires.<sup>31</sup>

The drafters of the Vienna Convention adopted a formal definition, describing norms as peremptory which are recognized by the community of States as a whole as norms from which no derogations are permitted and which may be replaced only by norms having the same character (Art. 53 VCLT). That description, guided by the desire not to enter into a debate on primary rules, was often criticized as empty or circular, but, to the present writer's view, wrongly so.

2) The definition relates to the legal consequences of *jus cogens*: those norms are of a peremptory nature from which no exception may be made, not even by consensus. It follows that reservations to provisions of treaties which embody *jus cogens* may not be accepted. Furthermore, the exclusion of consensus as a justification for derogations *inter se* allows us to assume, *a fortiori*, that unilateral exceptions may not be accepted either. International law provides ample evidence for rules which expressly set out limitations on the contracting parties' right to derogate from certain treaty obligations.

The prohibition against the resort to armed force, for instance, as enshrined in Art. 2 (4) UNC, is only confined by the exceptions admitted under UN law itself. Thus, apart from self-defence, it is up to the United Na-

---

<sup>29</sup> Kadelbach, *op. cit.* (note 5), pp. 130 *et seq.*; Robert Kolb, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Paris 2001; *id.*, « Théorie du jus cogens international », *Revue belge de droit international* 36 (2001), 5 *et seq.*

<sup>30</sup> See Josef L. Kunz, "The Nature of Customary Law", *AJIL* 47 (1953), 662, at 665; Krysztyna Marek, « Contribution à l'étude de jus cogens en droit international », *Hommage à Paul Guggenheim*, Geneva 1968, p. 426, at 443/4, 448. Kelsen left this question open, see Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York 1952, p. 483.

<sup>31</sup> As to the ethical substance von der Heydte, *loc. cit.* (note 4), 472; Gómez Robledo, *loc. cit.* (note 1), 108; Adolfo Molina Orantes, "El 'jus cogens' en el Derecho internacional codificado", *Homenaje Luis Sela Sempil*, vol. I, Oviedo 1970, p. 81, at 87; modern ideas of *jus necessarium* based on consensus are found in Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3<sup>rd</sup> ed. Berlin 1984, pp. 41, 331 *et seq.*, 424, 481, 871/2, 886, 911.



tions alone to either take (Art. 43 UNC) or authorize coercive measures.<sup>32</sup> Aggressive war is outlawed in absolute terms. Consequently, territorial title derived from coercive conquest cannot be consolidated into lawful possession;<sup>33</sup> a treaty recognizing such an acquisition as lawful would be held invalid by any international court.

Various human rights conventions provide other examples.<sup>34</sup> Many of them contain core guarantees which the member States may not suspend even in a period of national emergency, such as the right to life and the ban on torture, arbitrary detention, slavery and forced labour.<sup>35</sup> To some human rights conventions, reservations are impermissible.<sup>36</sup> Others impose the duty on the member States to prosecute or extradite perpetrators who violate essential guarantees; if individual violations are qualified as crimes, there is no basis for assuming that agreements between States may derogate from the underlying obligation.<sup>37</sup>

Humanitarian law as enshrined in the four Geneva Conventions of 1949 may serve as a third example.<sup>38</sup> Parties to these Conventions are under an

---

<sup>32</sup> For a reconstruction of the *jus cogens* nature of the prohibition against the use of force see N. Kreipe, *Les "autorisations" données par le Conseil de sécurité à des mesures militaires*, Ph. D. thesis Paris/Münster 2004, esp. pp. 55, 268.

<sup>33</sup> Article 5 of General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974, on the definition of aggression.

<sup>34</sup> See Hannikainen, *op. cit.* (note 2), pp. 425 *et seq.*; Karen Parker/Lynn Beth Neylon, "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights", *Hastings ICLR* 12 (1989), 411 *et seq.*; Kadelbach, *op. cit.* (note 5), pp. 284 *et seq.*; Gaetano DeSimeone, *Jus cogens e diritti umani nelle relazioni internazionali*, Salerno 1994.

<sup>35</sup> See Article 4 International Covenant on Civil and Political Rights; Article 15 (2) [European] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; Article 27 (2) American Convention on Human Rights; Article 2 of the UN Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 February 1984 (CAT); Article 6 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture of 9 December 1985.

<sup>36</sup> Article 9 Supplementary Convention on Slavery of 7 September 1956; Article 21 European Convention on the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 26 November 1987; with respect to reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948, see the advisory opinion *ICJ Reports* 1951, p. 13, at pp. 23, 29.

<sup>37</sup> With respect to torture Article 4 CAT; as to slavery and the slave trade Article 99 of the UN Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982.

<sup>38</sup> Egon Schwelb, "Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission", *AJIL* 61 (1967), 946 *et seq.*; Meron, *loc. cit.* (note 19); Jalil

obligation to respect and to ensure respect for certain rights “under all circumstances”.<sup>39</sup> Special treaties derogating from the essential guarantees are prohibited.<sup>40</sup> Waivers by the protected persons themselves or by their home States with regard to substantive rights or as to claims resulting from their violation are not permitted.<sup>41</sup> The prohibition against reprisals as a reaction to unilateral violations by a party to an armed conflict underlines that humanitarian law is beyond the authority of the contracting parties.<sup>42</sup> As in the conventions against genocide and against torture, grave breaches are subject to prosecution by any member State.<sup>43</sup>

The conclusion to be drawn from the combination of primary and secondary rules in such cases is quite obvious: If such treaty obligations are recognized also in international customary law, a strong case can be made for them to belong to international *jus cogens*.<sup>44</sup>

3) It is hard to find examples of the operation of *jus cogens* in the jurisprudence of the ICJ. The Court has not yet expressly, directly and unequivocally relied on *jus cogens*. So far, such statements are only found in separate

---

Kasto, *Jus Cogens and Humanitarian Law*, London 1994; Rafael Nieto Navia, “International Peremptory Norms (Jus cogens) and International Humanitarian Law”, in: *Man’s Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, The Hague 2003, pp. 595 *et seq.*

<sup>39</sup> See common Article 1 of the four Geneva Conventions of 12 August 1949; common Article 3 spells out core guarantees which no party may dispense with such as the obligation to treat all persons *hors de combat* humanely and indiscriminately as well as the prohibitions against wanton killing, torture, taking of hostages, degrading treatment of all kinds and summary executions without fair trial; see also Article 75 (2) of the First and Article 4 (2) of the Second Additional Protocol to the Geneva Conventions of 8 June 1977 (AP I and II).

<sup>40</sup> See, e.g., Article 6 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (GC III); Article 7 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (GC IV).

<sup>41</sup> Articles 7 and 10 (5) common to the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick Members of Armed Forces in the Field (GC I), the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (GC II) and GC III; Articles 8 and 11 (5) GC IV; Articles 11 (2) and 55 (2) AP I.

<sup>42</sup> Articles 46 GC I, 47 GC II, 13 (3) GC III, 33 GC IV; Articles 20, 53 lit c), 54 (4), 55 (2), 56 (4) AP I.

<sup>43</sup> Articles 50 GC I, 51 GC II, 130 GC III, 147 GC IV.

<sup>44</sup> Michel Virally, « Réflexions sur le ‘jus cogens’ », *AFDI* 12 (1966), 5, at 26; Meron, *loc. cit.* (note 19), 16; Kadelbach, *op. cit.* (note 5), p. 186/7.

or dissenting opinions.<sup>45</sup> The Court usually refers to *jus cogens* in a rather indirect and somewhat distanced manner. In the *North Sea Continental Shelf* cases decided in 1969, it held that the case gave no reason to enter into the question as to whether the equidistance principle laid down in the 1958 Geneva Continental Shelf Convention derogated from *jus cogens*.<sup>46</sup> The coincidence in timing with the final stage of the *travaux préparatoires* of the Vienna Convention and the Vienna Conference on the Law of Treaties is conspicuous where an important State, France, rejected the VCLT as a whole because of its *jus cogens* provisions.<sup>47</sup> In later rulings, the Court continued this style of indirectly alluding to peremptory norms without expressly elaborating on the concept. In the *Tehran Hostages* case, it was stated that diplomatic immunity was “essential” and there was “no more fundamental principle”.<sup>48</sup> The *Gulf of Maine* judgment mentions, *obiter*, in distinguishing different types of customary law, “a limited set of norms for ensuring the co-existence and vital co-operation of the members of the international community”.<sup>49</sup> The *Nicaragua* judgment goes furthest when citing the ILC’s commentary on its work on the law of treaties for having expressed the view that “the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*”, and when quoting the memorials of the parties to the dispute in the same sense.<sup>50</sup> The advisory opinion on *Nuclear Weapons* refers to the content of fundamental rules of hu-

---

<sup>45</sup> See judge Moreno Quintana, *Guardianship of Infants*, *ICJ Reports* 1958, p. 54, 106/7; judge *ad hoc* Fernandes, *Passage Over Indian Territory*, *ICJ Reports* 1960, p. 5, 135/6; judge Tanaka, *South West Africa Cases*, *ICJ Reports* 1966, p. 2, 298, and *North Sea Continental Shelf Cases*, *ICJ Reports* 1969, p. 2, 182; judge Ammoun, *Namibia*, *ICJ Reports* 1971, p. 15, 77 *et seq.*; Nagendra Singh, *Nicaragua Case*, *ICJ Reports* 1986, p. 14, 153; judge Sette Camara, *ibid.*, p. 199/200; judge Weeramantry, *Gabcikovo-Nagymaros Case*, *ICJ Reports* 1997, p. 7, 114/5.

<sup>46</sup> *ICJ Reports* 1969, p. 2, para. 72.

<sup>47</sup> As to the position of France, see Olivier Deleau, “Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités”, *AFDI* 15 (1969), 7 *et seq.*; with respect to the Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations of 21 March 1986, which has followed Article 53 VCLT, see J. Dauchy, « Travaux de la Commission juridique de l’Assemblée Générale des Nations-Unies », *AFDI* 32 (1986), 528, at 542/3.

<sup>48</sup> *ICJ Reports* 1979, p. 4, para. 38; *ICJ Reports* 1980, p. 1, para. 88.

<sup>49</sup> *ICJ Reports* 1984, p. 246, para. 111.

<sup>50</sup> *ICJ Reports* 1986, p. 14, para. 190.

manitarian law applicable in armed conflict as “intransgressible principles of customary law”.<sup>51</sup>

In some cases the question might have been posed whether the International Court of Justice was bound by the jurisdiction agreed upon between the parties if such a restriction would have the effect of setting aside *jus cogens* rules. In the *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, the Congo invoked the *jus cogens* character of the Genocide Convention in order to establish jurisdiction. The Court deemed itself confined to the consent of the parties to the dispute.<sup>52</sup> This result does not go without saying: if parties to a treaty may not deviate from peremptory norms of international law, it is also arguable that they cannot do so by defining the rules applicable to a dispute.

The *Oil Platforms* case is another judgment in which *jus cogens* could have played a role and the *Congo* rationale was put into some doubt. The Court had assumed jurisdiction in this case on the basis of a Treaty of Amity between the parties, Iran and the United States, dating from 1955. One of its clauses provided that the Treaty should not preclude the application of measures, *i.a.*, “necessary to protect [...] essential security interests” of a High Contracting Party. Obviously, this was meant to cover military operations. The question was brought up whether this provision was to be construed as going beyond the limits set with regard to the use of force by general international law. One argument might have been that such a bilateral derogation from *jus cogens* would have rendered the Treaty invalid and, therefore, ruled out such an interpretation. Instead, the Court relied on the principles of treaty interpretation including Article 31 paragraph 3 (c) VCLT. According to this provision, interpretation must take into account “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”. The Court held that the 1955 Treaty of Amity could not be seen as intending “to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force” as set forth in the United Nations Charter and customary international law.<sup>53</sup> This line of reasoning results from doubts about whether or not to go beyond the wording of the Treaty of Amity at all.<sup>54</sup> At the same time, the question, which was answered negatively in

---

<sup>51</sup> *ICJ Reports* 1996 (I), p. 257, para. 79.

<sup>52</sup> Order of 10 July 2002, reprinted in *ILM* 41 (2002), 1175, paras. 22, 36 and 71.

<sup>53</sup> Judgment of 6 November 2003, reprinted in *ILM* 42 (2003), 1334, paras. 32 *et seq.*

<sup>54</sup> See Separate Opinion of judge Higgins, *ibid.*, p. 1387, paras. 49 *et seq.*

the *Congo* case, was avoided, namely, whether the Court was entitled to subject peremptory law to the agreement of the parties on jurisdiction.<sup>55</sup> In effect, however, the Court subjected a bilateral FCN treaty to judicial review against the standards of customary international law.

4) Some peculiarities of the International Court of Justice when dealing with peremptory law notwithstanding, the existence of *jus cogens*, in principle, today is well established. The VCLT today is formally binding on more than 100 States, and peremptory law is seen to reflect a principle well rooted in customary law. The undisputed common denominator of all *jus cogens* norms is the prohibition against disposing over certain rights. The reason behind this restriction on the capacity of States to conclude treaties is that the obligations which derive from *jus cogens* must be respected not in the interest of parties to a treaty on the basis of reciprocity, but as a result of their common interest character.

This restriction of reciprocity allows us to draw certain conclusions with respect to areas of international law other than the law of treaties.<sup>56</sup> In the law of State responsibility, it is a consequence of the concept of *jus cogens* that consent is not accepted as a ground precluding wrongfulness if it is given for an infringement of *jus cogens* norms.<sup>57</sup> Furthermore, any other legal consequence attached to the violation of norms whose binding effect depends on the reciprocal observation by the parties concerned must be seen against the public interest character of *jus cogens* rules. Thus, violations by one party and the *tu quoque* argument may not be used to excuse wrongful acts if they conflict with peremptory law. Unilateral reprisals taken in order to force the wrongdoer to return to lawful behaviour may not transgress the limits set by *jus cogens*, since the public interests at stake are not subject to unilateral discretion. Likewise, self-defence and necessity are restricted. It is these consequences for the law of State responsibility following from the non-reciprocal character of *jus cogens* which may have led to some confusion with respect to its distinction from *erga omnes* obligations.

---

<sup>55</sup> That this issue might have been raised in the deliberations of the Court is indicated by the separate opinion of judge Buergenthal, *ibid.*, p. 1410, para. 23, who denies the power of the Court to apply *jus cogens* without the consent of the parties to the dispute; but see the opinion by judge Schücking, cited *supra*, note 26.

<sup>56</sup> See Giorgio Gaja, "Jus Cogens Beyond the Vienna Convention", *Recueil des Cours* 172 (1981-III), 271 *et seq.*

<sup>57</sup> Art. 26 Articles on State Responsibility.

To sum up, the concept of *jus cogens* is founded on community interests and characterized by the prohibition against disposing over certain rights, be it to one's own disadvantage or to the detriment of others who are not in a position to provide effectively for their protection themselves, such as peoples, groups or individuals.

#### IV. ERGA OMNES OBLIGATIONS

1) The concept of *erga omnes* obligations is a matter of State responsibility.<sup>58</sup> Other than *jus cogens*, obligations *erga omnes* are not defined in international treaty law, due to the fact that the general law of State responsibility has not found its way into a codifying convention. It is difficult to find generally recognized criteria for the identification of *erga omnes* rules. The usual method is to analyze State practice with respect to cases in which States not directly affected by an international wrong took counter-measures without being held liable for a wrongful act themselves.<sup>59</sup>

2) The International Court of Justice has mentioned *erga omnes* norms repeatedly and describes them as obligations towards the international community of States as a whole. In its *Barcelona Traction* judgment, "the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also [...] principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination" are mentioned as examples.<sup>60</sup> The advisory opinion on *Namibia* and the *East Timor* judgment add the right of peoples to self-determination.<sup>61</sup> In its advisory opinion on the *Wall in the Occupied Palestinian Territory*, this statement was affirmed.<sup>62</sup> In addition, this opinion referred to "certain ... obligations under international humanitarian law".<sup>63</sup> The remarks which were made with respect to former juris-

---

<sup>58</sup> See the thorough discussion in Crawford, *loc. cit.* (note 21), paras. 369 *et seq.*

<sup>59</sup> *Supra*, note 21.

<sup>60</sup> *ICJ Reports* 1970, p. 2, para. 33; with respect to genocide see also *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, *ICJ Reports* 1996 (II), p. 616, para. 31; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application)* (*supra*, note 52), at para. 71.

<sup>61</sup> *Namibia*, *ICJ Reports* 1971, p. 15, para. 126; *East Timor*, *ICJ Reports* 1995, p. 102, para. 29.

<sup>62</sup> Advisory opinion of 9 July 2004, reprinted in *ILM* 43 (2004), 1009, paras. 88, 155/6.

<sup>63</sup> *Ibid.*, at para. 155.

prudence in this context are interesting. The Court refers to its advisory opinion concerning *Nuclear Weapons* already cited above. Accordingly,

“a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and ‘elementary considerations of humanity’ ... that they are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law ... In the Court’s view, these rules incorporate obligations which are essentially of an *erga omnes* character.”<sup>64</sup>

“Elementary considerations of humanity”, a term inspired by the Martens clause and used for the first time by the Court in the *Corfu Channel* case,<sup>65</sup> have certain connotations to *jus cogens* whose application, as we have seen, the Court takes pains to avoid. In the following paragraph, it argues that common Article 1 of the Geneva Conventions, which demands to “respect and to ensure respect ... under all circumstances”, is indicative of the *erga omnes* character of humanitarian law.<sup>66</sup> As pointed out above, this argument has been used in legal writings as evidence for grouping the essential contents of these Conventions among the *jus cogens* rules.<sup>67</sup> Thus, the Court continues its tradition of not using the term “*jus cogens*” and, in doing so, opens the floor for speculation as to whether *jus cogens* and *erga omnes* norms coincide.

3) The Special Rapporteur of the ILC for the law of State responsibility did not engage in any considerations with respect to primary rules and confined himself to following the *Barcelona Traction* judgment when it came to the question of examples for obligations *vis-à-vis* the international community, but he also considered certain obligations in environmental law, such as those involving harm to the global commons.<sup>68</sup> In the Articles on State Responsibility as taken note of by the UN General Assembly in 2001, the ILC did not use the term *erga omnes*. Instead, different concepts are found

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, at para. 157, citing *ICJ Reports* 1996 (I), p. 257, para. 79; see also Dietrich Schindler, “Die erga omnes-Wirkung des humanitären Völkerrechts”, in: Ulrich Beyerlin *et al.* (ed.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin *et al.* 1995, pp. 199 *et seq.*

<sup>65</sup> *ICJ Reports* 1949, p. 2, 22.

<sup>66</sup> *Palestine Wall* opinion (note 62), at para. 158.

<sup>67</sup> See *supra*, note 38.

<sup>68</sup> Crawford, *loc. cit.* (note 21), paras. 374, 379.

which relate to that category, but are only vaguely described and appear to be insufficiently coordinated.

According to the Articles, there are

- obligations vis-à-vis the international community,
- peremptory norms (*jus cogens*) and
- grave breaches of international law.

4) The first of these categories is used to describe cases in which States which are not also victim States in the sense of Article 42 of the Articles on State Responsibility have the right to invoke the liability of the State. Third States are entitled to do so if the duty infringed is owed to the international community as a whole (Article 48). However, in these cases only a limited set of legal consequences may be invoked by third States, such as the obligation to bring the illegal behaviour and the situation resulting from it to an end, to refrain from such conduct in the future and to make reparation for the damage to the victim State.

5) Apart from these consequences, which can be traced back to the notion of *erga omnes* norms, the concept of peremptory law is also used in the Articles on State Responsibility. Article 26 makes clear that grounds precluding wrongfulness such as consent, self-defence, reprisals (“countermeasures”), *force majeure*, necessity and distress must not serve as an excuse for violations of *jus cogens*. As shown above, this provision is a consequence of the restriction of reciprocity which results from the general-interest character of peremptory norms.

6) For “grave breaches”, further legal consequences are spelled out. Grave breaches are described as massive and systematic non-compliance with obligations which result from peremptory norms of general international law (Article 40). The category of “grave breaches”, a concept which was introduced by the four Geneva Conventions of 1949,<sup>69</sup> replaced the disputed notion of international crime (*crime d’Etat*) in earlier drafts of the ILC mentioned above.<sup>70</sup> With respect to additional modes of reparation, however, little more than lawful countermeasures (retorsion) and non-recognition are provided for.<sup>71</sup> These instruments may seem toothless at first sight, but they

---

<sup>69</sup> *Supra*, note 43.

<sup>70</sup> *Supra*, note 8.

<sup>71</sup> This result is criticised, partly as rendering the distinction between ordinary delicts and more fundamental breaches of international law superfluous, see Christian J. Tams, “Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?”, *EJIL* 13



may entail serious repercussions before the institutions of the U.N. The International Court of Justice, in its advisory opinion on the *Wall on Palestinian Occupied Territory*, followed that concept. Having established that Israel had violated *erga omnes* norms of the U.N. Charter (self-determination of peoples) and humanitarian law, the Court stressed the obligation of third States not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall, to see to it that any illegal consequence resulting from that activity be brought to an end and, as parties to the universally accepted Fourth Geneva Convention, to ensure compliance with humanitarian law embodied in that Convention.<sup>72</sup> There is a slight difference in terminology, however, since the International Court of Justice refers to grave breaches as *erga omnes* norms, which the Articles define as massive and systematic violations of *jus cogens*.

7) With regard to the Articles on State Responsibility, it appears that different concepts were melted together.<sup>73</sup> Whereas simple non-recognition is a consequence of the legal irrelevance of unilateral acts in conflict with *jus cogens*, a *duty* not to recognize is moreover a secondary rule of State responsibility and as such characteristic of an *erga omnes* norm. If *jus cogens* is conceived as a limitation on the capacity to conclude treaties, it becomes apparent that both bodies of law coincide at this point: Not even third States are allowed to contribute to the legal consolidation of a measure contrary to *jus cogens*. However, as a consequence, this result ought to be the same for all kinds of *jus cogens* violations, other than indicated in the Articles on State Responsibility, and irrespective of their gravity.

All of the three categories incorporated in the Articles are equipped with specific secondary rules. Obligations towards the international community are obviously meant to be a sub-concept of the *erga omnes* obligations in the sense it has been referred to above.<sup>74</sup> It widely overlaps with *jus*

---

(2002), 1161 *et seq.*, partly as a falling back into bilateralism, see Andrea Gattini, "A Return Ticket to 'Communitarisme', Please", *id.*, 1181 *et seq.*

<sup>72</sup> *Supra*, note 62.

<sup>73</sup> See also the commentary by Pierre-Marie Dupuy, "A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility", *EJIL* 13 (2002), 1053 *et seq.*; Linos-Alexander Sicilianos, "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", *ibid.*, 1127 *et seq.*

<sup>74</sup> See above, section II.

*cogens*, but is not identical to it. Accordingly, the categories of *jus cogens* and obligations towards the international community are similar in content. It is the type and scale of the violation which make the difference. So far, the provisions set out in the Articles seem sensible. The distinction between duties *vis-à-vis* the international community and „grave breaches”, however, is only understandable if the debates of the late 70s and the 80s on “international crimes” are taken into account,<sup>75</sup> but it is not necessary. Both categories are identical.

## V. INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Crimes under international law which are subject to universal jurisdiction are a category of their own. Just as *jus cogens* and *erga omnes* norms, they are defined by their legal consequences, *i.e.* individual criminal responsibility of those who committed, initiated, or otherwise contributed to their violation as well as the right, if not the obligation, of all States to prosecute the offender before their domestic courts. A definition is not provided, once and for all, in a single document, but follows from pertinent treaty law such as the four Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols thereto as well as from the conventions against genocide, slavery and torture.

Many of these crimes are enumerated in Articles 6 to 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, but these catalogues are not exhaustive. In particular, it is arguable that conventions against terrorist acts may serve as additional reference.

All of these offences are violations of international *jus cogens* if condoned, encouraged or supported by a treaty or other acts of a State. They are also violations of *erga omnes* norms if they are imputable to individual States. This conclusion is not true *vice versa*, even if case-law sometimes points in that direction. To name an example, in cases concerning the shooting of refugees from the German Democratic Republic at the border of the Federal Republic of Germany during the Cold War era, German courts as well as the European Court of Human Rights seemed to favour the opinion

---

<sup>75</sup> *Supra*, note 8; also Marina Spinedi, “From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility”, *EJIL* 13 (2002), 1099 *et seq.*; Eric Wyler, “From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’”, *ibid.*, 1147 *et seq.*

that violations of human rights, such as the right to life, which legal writings rightly consider to be *jus cogens*, automatically constitutes an international crime.<sup>76</sup> However, this only holds true as far as these acts, at the same time, constitute crimes against humanity which, arguable as it may be in these cases, ought to have been established positively by the ECHR.<sup>77</sup> At any rate, it is undisputed that not all individual *jus cogens* or *erga omnes* violations constitute crimes under international law.

## VI. CONCLUDING REMARKS

Peremptory norms, obligations *erga omnes* and universal criminal law often are identified inductively, by referring to concrete, intuitively convincing candidate rules of primary law. However, the distinctive criterion is their legal consequences. This means that a rule of general international law may only be grouped into one of these categories if treaties and State practice link them with specific secondary rules. Both categories widely overlap, but are not identical. Criminal offences subject to universal jurisdiction, in turn, ought to be distinguished carefully from both of them.

Therefore, abstract deductions from the fundamental character of a rule with respect to its legal consequences are problematic. With regard to the current debate on immunity exceptions for crimes under international law, be it before criminal law courts or for civil law suits, it follows that the attribution to the body of *jus cogens* or *erga omnes* alone does not win the case. Whether or not such an exception would be desirable is another topic. In any event, conventional or customary practice must prove such consequences as recognized in international law.

---

<sup>76</sup> See European Court of Human Rights, *Streletz, Kessler and Krenz v Germany*, Reports ECHR 2001-II, 351, paras. 90 *et seq.*, 105; *K.-H. W. v. Germany*, Reports ECHR 2001-II, p. 463.

<sup>77</sup> Cf. Georg Nolte, "Article 103 (2)", in: Hans v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (eds.), *Das Bonner Grundgesetz – Kommentar*, 4<sup>th</sup> ed. Munich 2001, para. 134.

## CHAPTER III

# *An Example of Jus Cogens: The Status of Prisoners of War*

STEFANIE SCHMAHL

### I. INTRODUCTION

Captivity is a legal status of the law of armed conflict applicable to individuals and not to a group of persons. Consequently, the status of prisoners of war is one of the points of departure for the theoretical question of whether individuals enjoy legal capacity in international law and, at the same time, one of the oldest indications of the existence of international law at all<sup>1</sup>.

Against this background and because of its fundamental nature, it *prima facie* stands to reason that the status of prisoners of war belongs to the basic rules of international law and is considered as *jus cogens*. But – is this really true? In the following, I will try to give a dogmatic analysis of the status of prisoners of war in the framework of the international legal order. In this respect, particular importance will be attributed to the problem of whether the freedom of States to modify the status of prisoners of war is – completely or, at least, partly – restricted. Furthermore, I will also consider the meaning of the prohibition on renunciation as laid down in Art. 7 of the Third Geneva Convention.

### II. IDENTIFICATION OF *JUS COGENS*

#### *1. DERIVATION OF JUS COGENS AND LEGAL CONSEQUENCES OF A BREACH OF JUS COGENS*

The differentiation between derogable and peremptory norms of international law is relatively new. Formerly, it was assumed that States as sover-

---

<sup>1</sup> Helmut Strebelt, “Kriegsgefangene”, in: Karl Strupp/Hans-Jürgen Schlochauer (eds.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, volume 2, Berlin 1961, p. 343.

eign entities and as original generators of international law could make determinations on (almost) everything. This (virtually) unlimited competence of discretion has been reduced to such a degree that the substantive content of sovereignty can be said to have changed. Since sovereignty is not any longer regarded as a status of independence from the legal order, international law prevails over the States and the State community as a whole<sup>2</sup>. Although this change occurred over a long period of time and developed collaterally with the prohibition on the use of force on the one hand and with the growth of mechanisms for the enforcement of human rights on the other, the precise moment that led to the recognition of this new situation can be identified: the community of States decided to codify the international law of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) in 1969<sup>3</sup>. At that time, the States predominantly agreed on the proposition that an international treaty must not contain provisions which conflict with peremptory norms of general international law<sup>4</sup>. Such norms giving effect to a particular general interest of the international community as a whole<sup>5</sup> are characterized as *jus cogens*. Even if, up to now, not all details of their derivation and legal nature are fully clarified, peremptory norms of international law are mostly the result of the creation of (corresponding) customary law.

---

<sup>2</sup> As set out by Georg Dahm, *Völkerrecht*, volume 3, Stuttgart 1962, pp. 57 *et seq.*; and more recently Martin Nettesheim, “Das kommunitäre Völkerrecht”, *JuristenZeitung* 2002, 569 *et seq.*

<sup>3</sup> Cf. United Nations Conference on the Law of Treaties, Off. Rec., documents of the Conference (UN Doc. A/CONF.39/11/Add. 2.), New York 1971, p. 287.

<sup>4</sup> The wording of Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties was strongly disputed. Australia, Belgium, France, Liechtenstein, Luxemburg, Monaco, Switzerland and Turkey finally voted against the formulation. Twelve more States abstained. Because of the “*jus cogens* provision” France even voted against the whole treaty, see Michael Schweitzer, “*Jus cogens* im Völkerrecht”, *Archiv des Völkerrechts* 15 (1971/72), 197, at 210 *et seq.* Thus, some authors argue that the concept of *jus cogens* cannot be used by States which clearly rejected the notion of *jus cogens* since the beginning, see Gennady M. Danilenko, “International Jus Cogens: Issues of Law Making”, *European Journal of International Law* 2 (1999), 42, at 56 *et seq.*

<sup>5</sup> Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3d ed., Berlin 1984, para. 525; Stephan Verosta, “Die Vertragsrechtskonferenz der Vereinten Nationen 1968/69 und die Wiener Konvention über das Recht der Verträge”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 29 (1969), 654 *et seq.*

Norms of this category may not be eliminated, derogated from or waived by any bilateral or multilateral agreement<sup>6</sup>. According to Art. 53 VCLT such treaties are null and void. In case a new peremptory norm of general international law emerges after the treaty has entered into force (so called *jus cogens superveniens*), any existing provision of a treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates pursuant to Art. 64 VCLT. For both cases, Art. 71 VCLT stipulates the duty to eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law, and to bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm<sup>7</sup>. These brusque legal consequences are not essentially attenuated by the procedure foreseen in Art. 65 *et seq.* VCLT. Any treaty which conflicts with a peremptory norm – different from treaties that are void for other reasons – should not be applied during a proceeding on the evaluation of its validity. It is hardly conceivable that the international legal order would accept the applicability, even for a very short period of time, of a treaty which conflicts with *jus cogens*.

Analogous reasoning can be applied to acts which lie outside the scope of the treaty: Firstly, unilateral acts that conflict with peremptory norms of international law are not valid<sup>8</sup>. At least, according to Art. 41 (2) of the Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts taken note of by the General Assembly in December 2001<sup>9</sup>, no State shall recognize as lawful a situation created by a(n) (unilateral) serious breach of an obligation

---

<sup>6</sup> Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1992, pp. 228 *et seq.*; Karl Doehring, “Die undifferenzierte Berufung auf Menschenrechte”, in: Ulrich Beyerlin *et al.* (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin *et al.* 1995, p. 355, at p. 357.

<sup>7</sup> As to the problem whether reservations to a treaty that offend peremptory norms are without legal effect or not, see Human Rights Committee, General Comment No. 24 (1994) on “Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant”, para. 18, on the one hand, and the persuasive critique by Eckart Klein, “A Comment on the Issue of Reservations to the Provisions of the Covenant Representing (Peremptory) Rules of General International Law”, in: Ineta Ziemele (ed.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime*, Leiden/Boston 2004, pp. 59 *et seq.* See also Christian Tomuschat, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford 2003, p. 162.

<sup>8</sup> Christian Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours* 281 (1999), 9, at 82.

<sup>9</sup> Resolution 56/83.

arising under a peremptory norm of general international law. Nonetheless, it is disputed whether or not unilateral acts violating a peremptory norm of international law are also null and void according to the internal (intrastate) legal order<sup>10</sup>. The ICTY assumed in its *Furundzija* judgment that a(n) (unilateral) violation of the prohibition of torture may also have a direct impact on national law<sup>11</sup>. This means that peremptory norms may produce a legal effect at the municipal law level: they de-legitimize any legislative or administrative act thus authorizing the prohibited conduct<sup>12</sup>. Secondly, practice that contradicts existing *jus cogens* is hindered from crystallizing into customary law. On the other hand, even a persistent objector may not elude – by protest – the binding effect of an already existing peremptory norm of international law<sup>13</sup>. Moreover, if, during the course of time, a “normal” customary norm has developed into a peremptory norm, it will be mandatory from that time onwards even for a State which has persistently objected to its effects. The reason for this result lies in the purpose of peremptory norms of general international law: they are objective and designed to produce a deterrent effect, in that they signal to all members of the international com-

---

<sup>10</sup> Cf. Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Alphen/Rijn 1980, p. 18, who argues that any unilateral action which contravenes *jus cogens* can have no legal force, whereas Theodor Meron, “On a Hierarchy of International Human Rights”, *American Journal of International Law* 80 (1986), 1, at 20 *et seq.*, expresses doubts regarding this view.

<sup>11</sup> See Trial Chamber, *Prosecutor v. Anto Furundzija (1998) ICTY 3 (10 December 1998)*, Case No. IT-95-17/1-T10, para. 155 *et seq.* Assenting Erika de Wet, “The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, *European Journal of International Law* 15 (2004), 97 *et seq.*

<sup>12</sup> Antonio Cassese, *International Law*, Oxford 2001, p. 145.

<sup>13</sup> Antonio Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford 1986, p. 178; Hans-Peter Neuhold, “Völkerrechtlicher Vertrag und Drittstaaten”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 28 (1988), 51, at 63; Giorgio Gaja, “Jus Cogens Beyond the Vienna Convention”, *Recueil des Cours* 172 (1981-III), 271, at 281; Andreas L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft, Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, München 2001, pp. 347 *et seq.* For an opposite view see Matthias Herdegen, *Völkerrecht*, 2<sup>nd</sup> ed., München 2002, § 3, at para. 4. – The Inter-American Commission on Human Rights appears to have recognized that a persistent objection cannot be advanced against *jus cogens*: “For a norm of customary international law to be binding on a State which has protested the norm, it must have acquired the status of *jus cogens*”. See *Reach and Pinkerton v. U.S.*, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, OEA/Ser.L/VII/71, 168, para. 54.

munity that they are absolute values from which nobody may deviate<sup>14</sup>. Reflecting the “international public order”<sup>15</sup>, *jus cogens* norms are independent of the individual and particular will of the legal actor concerned<sup>16</sup>. Peremptory norms rank among the indispensable constitutional principles of the international community<sup>17</sup>.

The lack of juridical force of legal rules that conflict with a peremptory norm of international law does not require, though, a higher ranking of the *jus cogens* norm vis-à-vis derogable rules of international law<sup>18</sup>. It is rightly said in legal literature that the national legislator may also provide for the legal consequences of nullity without giving the respective norm precedence or an overriding importance (e.g. section 134 of the German Civil Code)<sup>19</sup>. Furthermore, the existence of a material hierarchy of norms would require an institutional structure that is able to guarantee this hierarchy. Such a structure cannot be found in the organization of the United Nations, as State sovereignty is still reflected in Art. 2 (1) of the UN Charter. Even in its pre-

---

<sup>14</sup> Cf. Trial Chamber, *Prosecutor v. Anto Furundzija* (note 11), para. 154.

<sup>15</sup> Mosler, *op. cit.* (note 10), pp. 29 *et seq.*; Eric Suy, “Droit des Traités et Droits de l’Homme”, in: Rudolf Bernhardt *et al.* (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin/Heidelberg 1983, p. 935, at 938.

<sup>16</sup> This is, *inter alia*, proven by the fact that Art. 26 of the Articles on Responsibility of States rules that neither consent, force majeure, distress nor necessity preclude the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law. Similarly Theodor Meron, “International Law in the Age of Human Rights”, *Recueil des Cours* 301 (2003), 21, at 258.

<sup>17</sup> Cf. Georg Dahm, *Völkerrecht*, volume I, Stuttgart 1958, pp. 13 *et seq.*; Heinrich Reimann, *Ius cogens im Völkerrecht*, Zürich 1971, p. 43.

<sup>18</sup> As already pointed out by Günter Jaenicke, “Zur Frage des internationalen ordre public”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 7 (1967), 77 *et seq.*; Alfred Verdross, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Freiburg i. Br./Rombach 1973, p. 21; Josef Weiler/Andreas L. Paulus, “The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?”, *European Journal of International Law* 8 (1997), 545, at 558 *et seq.*; Wolfram Karl, “Menschenrechtliches ius cogens – Eine Analyse von ‚Barcelona Traction‘ und nachfolgender Entscheidungen”, in: Eckart Klein (ed.), *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht*, Berlin 2003, p. 102, at 116 *et seq.*; Bardo Fassbender, “Sovereignty and Constitutionalism in International Law”, in: Neil Walter (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford 2003, p. 115, at pp. 130 *et seq.*

<sup>19</sup> Eckart Klein, “Menschenrechte und ius cogens”, in: Roland Bieber *et al.* (ed.), *Festschrift für Georg Ress*, 2005, p. 151, at p. 152. – Similarly Christian Maierhöfer, “Der EGMR als ‚Modernisierer‘ des Völkerrechts? – Staatenimmunität und ius cogens auf dem Prüfstand”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2002, 391, at 395 *et seq.*



sent stage of development, the international community embodied in the UN has no single and supreme legislature whose enactments would prevail over those of subordinate lawmaking bodies<sup>20</sup>. Finally, it has to be borne in mind that the UN is not constructed in a democratic manner. Therefore it is doubtful whether UN control over a hierarchy of norms would be desirable.

Of course, this result does not preclude grave violations of peremptory norms of international law from entailing serious breaches of obligations owed to the international community as a whole, and that these obligations are qualified as obligations *erga omnes*. Already in 1996, the International Law Commission held, in accordance with the ICJ in its *Barcelona Traction* decision<sup>21</sup> that, in the case of a peremptory norm of international law being violated, all States – and not only an injured State – are to be seen as affected and that, by reason of the importance of the rights involved, they have a legal interest in their protection<sup>22</sup>. This is a coherent dictum; the importance of the subject-matter for the international community and the very nature of a peremptory norm explain why every State has its own particular legal interest in seeing a peremptory norm globally observed<sup>23</sup>. Although the most recent ILC Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts (namely articles 40, 41, 42 and 48) take up the legal categories of *jus cogens* and obligations *erga omnes* in a more reluctant way compared to the text adopted on first reading (i.e. article 19)<sup>24</sup>, any State other than an injured State is still entitled, pursuant to Art. 48 (1) (b), to invoke responsibil-

---

<sup>20</sup> Only in Art. 103 of the UN Charter is a hierarchical principle of general international law made explicit. But this provision merely regulates that the obligations under the Charter prevail over any conflicting obligation under any other international agreement. This supremacy of the Charter vis-à-vis treaty-law does not have any implication for the general precedence of peremptory norms of international law.

<sup>21</sup> *Barcelona Traction*, *ICJ Reports 1970*, p. 3, at p. 32, para. 33. – On a number of subsequent occasions the Court has taken the opportunity to affirm the notion of obligations to the international community as a whole, although it has been cautious in applying it. Cf. e.g. *East Timor*, *ICJ Reports 1995*, p. 90, at p. 102, para. 29; *Crimes of Genocide*, *ICJ Reports 1996*, p. 595, at p. 616, para. 31.

<sup>22</sup> ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *ILC Yearbook 1996 II/2*, p. 60.

<sup>23</sup> Klein, *op. cit.* (note 19), p. 162; Meron, *loc. cit.* (note 10), 9.

<sup>24</sup> More pessimistic George Abi-Saab, “The Uses of Article 19”, *European Journal of International Law* 10 (1999), 339, at 352. Differentiating: Bardo Fassbender, “Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2003, 1, at 8.

ity if the obligation breached is owed to the international community as a whole<sup>25</sup>. Accordingly, any State is regarded as guardian of the common international interests<sup>26</sup>. Therefore, obligations that arise from a peremptory norm always have *erga omnes* effects<sup>27</sup> – which does not mean, of course, that the same result is true *vice versa*. Rights characterized by an *erga omnes* reach are not necessarily identical with *jus cogens*. Despite a certain overlap, the latter concept is narrower than the former<sup>28</sup>.

## 2. CHARACTERIZATION OF A LEGAL NORM AS *JUS COGENS*

The question arises which norms constitute *jus cogens*. Even if there is little conformity in detail, it is generally accepted that the consensus on values that is founded on the common social interest of States may strengthen a norm with the result that it is regarded as a peremptory norm. This is proven by the fact that *jus cogens* did not exist before it had been accepted by States, and only after long debates was its existence accepted<sup>29</sup>. The “common conscience of values” that has been reached is reflected in various areas of the contemporary international legal order. The Preamble of the Charter of the United Nations, which not only reaffirms faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person but also in the equal rights of nations large and small, in justice, social progress and better standards of life in larger freedom, evidences that the international legal order has evolved from a (split) society of “nationalized” values into a society of common values and interests<sup>30</sup>. Although the Preamble formulates mere objectives and purposes and is not legally binding itself, it has consid-

---

<sup>25</sup> As to the relationship between Art. 48 (1) (b) and Art. 42 (b) of the ILC Articles (2001), see Sabine von Schorlemer, “Verfahrensrechtliche Aspekte bei Ansprüchen aus Verletzungen von Erga-omnes-Normen”, in: Eckart Klein, *op. cit.* (note 18), p. 238, at pp. 248 *et seq.*

<sup>26</sup> Karl Doehring, *Völkerrecht*, 2nd ed., Heidelberg 2004, § 16, para. 822; Albert Bleckmann, *Völkerrecht*, Baden-Baden 2001, § 8, para. 510. Critical Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law* 77 (1983), 413, at 432.

<sup>27</sup> Stefan Hobe/Otto Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, 8<sup>th</sup> ed., Tübingen *et al.* 2004, p. 174.

<sup>28</sup> More detailed Michael Byers, “Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules”, *Nordic Journal of International Law* 1997, p. 211, at p. 236 *et seq.*

<sup>29</sup> As to the development see Schweitzer, *loc. cit.* (note 4), 198 *et seq.*

<sup>30</sup> Notably the Preamble of the UN Charter uses the term “common interest” in para. 7.

erably contributed to the emergence of new legal structures in international law. This “value approach” has promoted the development of peremptory norms of international law which transcend the individual needs of States by emphasizing common interests<sup>31</sup>.

Because of the insistence of most States on their sovereignty and the fact that the UN is still based on the principle of sovereign equality of all its Members (Art. 2 [1] UN Charter), *jus cogens* can be simply a matter of entirely essential concerns that justify an interest of the community as a whole<sup>32</sup>. For that reason Art. 53 VCLT defines a peremptory norm of general international law as a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole and as a norm from which no derogation is permitted. Nevertheless, there is no agreement on the content of *jus cogens* norms. The “Restatement of the Law” edited by the American Law Institute clarifies: “[A]lthough the concept of *jus cogens* is now accepted, its content is not agreed on”<sup>33</sup>.

Nevertheless, one can assume that besides the prohibition on the use of force<sup>34</sup> particularly fundamental human rights such as the prohibitions of torture, slavery, racial discrimination and genocide belong to the category of peremptory norms of international law. This is illustrated by the “value orientation” of the minimum standard of human rights<sup>35</sup>. Just like other (national) legal orders the international legal order also aims to recognise, and ensure respect for, human life and dignity. In the meantime, this “value approach” has been normatively consolidated in terms of Art. 53 VCLT<sup>36</sup>. Ac-

---

<sup>31</sup> Eckart Klein, *Statusverträge im Völkerrecht*, Berlin *et al.* 1980, pp. 53 *et seq.*

<sup>32</sup> See e.g. the dictum of the German Constitutional Court of 1965: „Das Völkergewohnheitsrecht ist durchweg nachgiebiges Recht ... Nur einige elementare Rechtsgebote werden als vertraglich unabdingbare Regeln des Völkergewohnheitsrechts anzusehen sein”, cf. BVerfGE 18, 441, at 448 *et seq.* Recently repeated in: BVerfG, decision of 26 October 2004, 2 BvR 955/00, para. 97. Further see Inter-American Human Rights Commission, Resolution 3/87 (United States), Annual Report 1986/87, Case No. 9647 (*Pinkerton*), para. 55.

<sup>33</sup> American Law Institute (ed.), *Restatement of the Law, Third, The Foreign Relations Law of the United States*, 3<sup>rd</sup> ed. 1987, § 102 note 6.

<sup>34</sup> In the *Nicaragua* case, the ICJ referred to the characterization of the principle of non-use of force as a “conspicuous example of a rule of international law having the character of *jus cogens*”, see *Nicaragua, ICJ Reports 1986*, p. 14, at p. 100. However, it did not endorse that characterization explicitly.

<sup>35</sup> Fassbender, *loc. cit.* (note 24), 6 *et seq.*

<sup>36</sup> Meron, *loc. cit.* (note 10), 14; Koji Teraya, “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, *European Journal*

According to the Articles on the Responsibility of States (2001) the obligations for the protection of fundamental human rights rank among the vital concerns of the international community (see Art. 50 [1] [b]). Pursuant to the overwhelming opinion in legal literature, the irreducible core content of human rights is not anymore at the discretion of States. Instead it reflects the interests of those represented by the State: the human beings who are the true beneficiaries of human rights norms<sup>37</sup>.

### 3. CHANGES TO THE CONTENT OF A JUS COGENS NORM

According to the wording of Art. 53 VCLT, peremptory norms of general international law can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character. Provided that peremptory norms of international law are regarded as the outcome of the existing sources of general international law, mainly of customary law, and provided that the emergence of new customary law must be in accordance with the existing *jus cogens*<sup>38</sup>, one final question remains unsolved. Can a subsequent rule of *jus cogens* modifying an earlier rule of *jus cogens* be established through practice and customary law, that is in conflict with the earlier rule? Or is the emergence of a new peremptory norm of international law simply impossible? To avoid a cementation of the current “portfolio” of peremptory norms of international law this problem has to be faced. As a possible solution it may be conceivable that the *opinio juris* of States changes first and that the necessary State practice follows later on. But even this assumption does not brush all the difficulties aside<sup>39</sup>. The alteration of the content of a peremptory norm is certainly not acceptable regarding the most elementary human rights such as the prohibition against slavery. In light of the purpose of the international legal order that aims to achieve a harmonious human

---

*of International Law* 12 (2001), 917, at 931; Juan Antonio Carrillo Salcedo, “Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law”, *European Journal of International Law* 8 (1997), 583, at 588.

<sup>37</sup> Cf. Kadelbach, *op. cit.* (note 6), pp. 65 *et seq.*, with further references.

<sup>38</sup> See above at II.1. (p. 44).

<sup>39</sup> The ILC (*Yearbook of the ILC* 2 [1966] 169, at 248) suggested that a new norm of *jus cogens* may arise by a general multilateral treaty. But Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>nd</sup> ed. 1984, p. 226, has rightly questioned the status of a new multilateral treaty which, at the time of its conclusion, would be in conflict with an earlier rule of *jus cogens*.

cohabitation and respect for the dignity and value of every human being it is evident that there are peremptory norms of international law which are permanently mandatory and non-derogable.

### III. THE *JUS COGENS* CHARACTER OF THE STATUS OF PRISONERS OF WAR

In view of the principles described above it is questionable whether the regime of prisoners of war belongs to the class of peremptory norms of general international law.

#### I. *THE CORPUS JURIS OF THE STATUS OF PRISONERS OF WAR*

The legal status of prisoners of war is mainly reflected in the existing conventions, especially the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War<sup>40</sup>. Currently, the Convention has 192 States parties and is, thus, one of the international agreements with the highest acceptance worldwide. Also, the Additional Protocols of 12 December 1977<sup>41</sup>, which enlarge the scope of application of the Geneva Conventions and widen the protection of prisoners of war, have a high number of parties<sup>42</sup>.

Nevertheless, norms of *jus cogens* can only arise from general rules of international law and not directly from universal treaties. Multilateral trea-

---

<sup>40</sup> Although partially laid down in Articles 4-20 of the Annex to the Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907 (3 Martens NRG, 3ième série [1862-1910], 630), the status of prisoners of war received its first extensive regulation after the First World War with the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 27 July 1929 (108 LNTS 434). But this Convention only had 27 States parties and fell back on the definition of prisoners of war set out in the Hague Convention. – Due to the complications that appeared during the Second World War while awarding the status of prisoners of war, the 1929 Convention was replaced by the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, drawn up on 12 August 1949 (75 UNTS [1950] 135-285) which, henceforth, defined the term of prisoners of war independently.

<sup>41</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977; and Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), of 8 June 1977 (1125 UNTS [1979] 3-608).

<sup>42</sup> At present, Additional Protocol I has 161, and Additional Protocol II has 156 States Parties. – Among the Member States of NATO only Turkey and the United States have not yet ratified the Additional Protocols.

ties can be a basis, more correctly: a vehicle<sup>43</sup> for the generation of peremptory norms of international law. They may reflect the existence of a certain *opinio juris* of the international community which can crystallize as customary international law if an equivalent State practice is added<sup>44</sup>. Also, multilateral treaties may serve to express and strengthen *jus cogens* that already exists. But, as an exclusive legal resource they are not able to furnish proof for the existence of peremptory norms of general international law. To the contrary, it is widely recognized that a mere stipulation in a treaty providing that derogation from the terms of specific rules embodied in the treaty is not permitted does not transform the relevant rules into peremptory norms. The “terminability” of most of the treaties, even of most of the human rights treaties, as well as the possibility to express reservations to treaties contradicts this presumption<sup>45</sup>. Thus we have to distinguish two different norms – a treaty provision and a rule of general international law having perhaps a peremptory character – which exist side by side and do not mingle but preserve their own legal specificity<sup>46</sup>.

Therefore, and despite the almost worldwide applicability of the Third Geneva Convention the question of whether the provisions governing the treatment of prisoners of war are among the „peremptory norms of international law” remains virulent. To ascertain the *jus cogens* character of the prisoner of war regime, one has to compare the relevant treaty provisions with the established values of the community of States as a whole. In this respect, it is necessary that the community accepts the relevant norms as

---

<sup>43</sup> See the term used by the ILC, *Yearbook of the ILC 2 (1966)*, p. 248.

<sup>44</sup> Karl Doehring, “Gewohnheitsrecht aus Verträgen”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 36 (1976), 77 *et seq.*; *id.*, “Gewohnheitsrechtsbildung aus Menschenrechtsverträgen”, in: Eckart Klein, *op. cit.* (note 18), pp. 67 *et seq.*

<sup>45</sup> Rightly Klein, *loc. cit.* (note 19), 153 *et seq.*; Danilenko, *loc. cit.* (note 4), 59. Similarly Reimann, *op. cit.* (note 17), pp. 50 *et seq.* Cf. also note 7.

<sup>46</sup> See *Nicaragua, ICJ Reports 1986*, p. 14, at p. 95, para. 178: “... even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if the States in question are bound by these rules of treaty-law and those of customary law, these norms retain a separate existence”. Cf. also Vladimir Djuro Degan, “Some Objective Features in Positive International Law”, in: Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague 1996, p. 123, at p. 138; Arthur Watts, “The International Court and the Continuing Customary Law of Treaties”, in: Nisuke Ando *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague 2002, Vol. 1, p. 251, at p. 261.

being compulsory<sup>47</sup>. Furthermore, a corresponding State practice is required. Nevertheless, these practical demands of supportive *consuetudo* might stand in reverse proportionality to the moral significance of the provision's material content<sup>48</sup>. This point will be addressed later.

## 2. DEFINITION OF PRISONERS OF WAR

Pursuant to the perception of the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land of 1907, which also passed into the Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 1929, every non-uniformed person coming across a combat zone was, basically<sup>49</sup>, regarded as being outside the scope of this Convention. This perspective has changed with the wording and purpose of Art. 4 of the Third Geneva Convention, according to which every person participating in any manner in combat comes, in principle, under the Agreement's protection<sup>50</sup>.

This innovation entails a considerable enlargement of the category of prisoners of war. Both combatant and non-combatant members of the armed forces as well as individuals with a legal status equal to that of a combatant enjoy a (secondary) status as prisoners of war if they are either disabled by the adversary, defenceless or if they capitulate<sup>51</sup>. They must not be fought against anymore but have to be treated as prisoners of war until their status has been determined by a competent tribunal (see Art. 5 [2] of the Third Geneva Convention)<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension*, Antwerp 2001, p. 52; Michael Akehurst, "The Hierarchy of Sources of International Law", *British Yearbook of International Law* 47 (1974-75), 273, at 282 *et seq.*

<sup>48</sup> Similarly Karl, *loc. cit.* (note 18), 111 *et seq.*

<sup>49</sup> There were [and still are], of course, some exceptions regarding civilians, see e.g. articles 44 *et seq.* of the Annex to the Hague Convention of 1907.

<sup>50</sup> Uniform and emblems do not anymore play an important role. Each combatant who falls into the power of an adverse party shall be a prisoner of war. In order to receive the status of combatant it is only provided that the combatant must carry his arms openly, see Art. 44 (3) of Additional Protocol I. Further Myres S. McDougal/Florentino P. Feliciano, *The International Law of War*, Dordrecht *et al.* 1994, pp. 553 *et seq.*

<sup>51</sup> See Art. 41 of Additional Protocol I.

<sup>52</sup> It may be arguable (but by no means generally recognized) that individual soldiers who, in the course of their operations, have not complied with all the conditions which are contained in Article 4 A para. 2 (b) – (d) of the Third Geneva Convention (e.g. by secretly planting a bomb in civilian clothing against civilians) thereby forfeit their (potential) prisoner of war status (see Judgment of the *Privy Council of the House of Lords* in the case of *Mohamed*

The status of prisoners of war is not excluded in case the Detaining Power does not recognize the government to which the members of the armed forces confess to belong<sup>53</sup>. The status of prisoners of war cannot be denied either on the ground that the combatant is a member of the armed forces of an aggressor. Likewise, it is not permissible to argue that the combatant has committed or abetted war crimes<sup>54</sup>. The (only) purpose of captivity consists of capturing and detaining the person concerned in custody in order to prevent him or her from participating in further war actions. It is thus neither a matter of physically knocking out the enemy, nor of sanctioning the first use of force of arms, nor of prosecuting war crimes. The essence of the treatment of prisoners of war is that it must not constitute a sanction but a set of precautionary measures<sup>55</sup>. Even if a person is a war criminal, he or she qualifies for prisoner of war status. The prisoner of war is a mere preventive detainee of the Detaining Power<sup>56</sup>. The possibility of separately punishing a prisoner for criminal acts that contravene the international law or the law of the Detaining Power remains, of course, unaffected (see Art. 99 *et seq.* of the Third Geneva Convention)<sup>57</sup>.

---

*Ali v. Public Prosecutor (1968) [1969] 1 AC 430*). Such a determination of a forfeiture of prisoners of war status, however, would have to be made on an individual basis, following the proper procedures under Art. 5 (2) of the Third Geneva Convention. – The provision of Art. 5 (2) even applies in cases where the Detaining Power declares that it has no doubt about the lack of status of the person detained. A different interpretation would reduce the protective effect of Art. 5 of the Third Geneva Convention and would give the Detaining Power an easy means to circumvent its obligations. Therefore, a presumption of prisoner of war status applies not only when the captured person himself or herself claims this status but also when the claim is made by the State party on which the person depends, see *Venice Commission* (European Commission for Democracy Through Law), Opinion No. 245/2003 of 12-13 December, on the Possible Need for Further Development of the Geneva Conventions, para. 26 *et seq.*

<sup>53</sup> Christopher Greenwood, “Scope of Application of Humanitarian Law”, in: Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford 1995, para. 206.

<sup>54</sup> See Art. 44 (2) of Additional Protocol I.

<sup>55</sup> Charles Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris 1982, p. 90; Ingrid Detter, *The Law of War*, 2nd ed., Cambridge 2000, p. 327.

<sup>56</sup> Horst Fischer, “Protection of Prisoners of War”, in: Fleck, *op. cit.* (note 53), para. 701; Torsten Stein/Christian von Buttlar, *Völkerrecht*, 11th ed., Köln *et al.* 2005, para.1262.

<sup>57</sup> For more details see Knut Ipsen, “Combatants and Non-Combatants”, in: Dieter Fleck, *op. cit.* (note 53), para. 317.



Under this aspect, it already becomes apparent that the purpose of the law on prisoners of war – similar to the purpose of international humanitarian law in general – mainly consists of protecting individuals<sup>58</sup>. After the supreme command of conserving peace has been broken, it is then the object and purpose of *jus in bello* to enforce the minimum commands of being humane<sup>59</sup>. In this respect, not only those persons deserve protection who were not participating at all in combat operations but also those persons who are victims of war and thus not any longer able to continue fighting. A different treatment of prisoners of war dependent on their affiliation to an unlawful aggressor or to a lawfully defending State is unacceptable<sup>60</sup>. The law of armed conflict neither privileges an attacked State nor discriminates against an aggressor<sup>61</sup>. Instead it is intended to establish equal rights and equal duties for all participants. The Preamble of Additional Protocol I to the Geneva Conventions makes this point very clear in that the High Contracting Parties reaffirm that the provisions of the Geneva Conventions and of the Protocol must be fully applied in all circumstances to all persons who are protected by those instruments, without any adverse distinction based on the nature or origin of the armed conflict or on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflicts.

### 3. THE PRINCIPLE OF HUMANE TREATMENT AS AN EXPRESSION OF THE JUS COGENS CHARACTER OF THE STATUS OF PRISONERS OF WAR

Against this background it is only appropriate that Art. 13 (1) of the Third Geneva Convention establishes the fundamental legal rule that every prisoner must at all time be humanely treated. In making this basic rule

---

<sup>58</sup> However, this does not hinder, *jus in bello* from also protecting the legitimate self-interest of States by limiting the damages which usually occur during armed conflicts, see Michael Bothe, “Friedenssicherung und Kriegsrecht”, in: Wolfgang Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, 3<sup>rd</sup> ed., Berlin 2004, § 8 para. 58; Dietrich Schindler, „Abgrenzungsfragen zwischen ius ad bellum und ius in bello”, in: Ivo Hangartner/Stefan Trechsel (eds.), *Völkerrecht im Dienste des Menschen, Festschrift für Hans Haug*, Bern 1986, pp. 251 *et seq.*

<sup>59</sup> Knut Ipsen, in: *id.*, *Völkerrecht*, 5<sup>th</sup> ed., München 2004, § 67, para. 10.

<sup>60</sup> Doehring, *op. cit.* (note 26), § 11, para. 613.

<sup>61</sup> Only by virtue of a non-discriminatory application of humanitarian principles will the risk of abusing a war as a disciplinary action against a “nation of delinquents” be encountered and effectively reduced, see Stefanie Schmahl, “Der Menschenrechtsschutz in Friedenszeiten im Vergleich zum Menschenrechtsschutz im Krieg”, in: Jana Hasse *et al.* (eds.), *Humanitäres Völkerrecht*, Baden-Baden 2001, p. 41, at pp. 60 *et seq.*

more specific, Art. 13 (2) to Art. 16 of the Convention provides that the respective Detaining Power must not treat prisoners of war in an inhumane or degrading manner. All prisoners of war shall be treated alike by the Detaining Power, without any adverse distinction based on race, nationality, religious beliefs or political opinion. Measures of reprisal against prisoners of war are strictly prohibited.

Art. 3, which is common to all four Geneva Conventions, reiterates these elementary commands for cases of armed conflicts of a non-international character. This provision establishes primary protective rules of international law to be applied in favour of persons who are captured and incapacitated by the adversary. The protection of life, the prohibition of torture and hostage-taking as well as the prohibition on executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples, are regarded as being so essential that they remain prohibited at any time and in any place. Therefore, the rights laid down in common Art. 3 produce an effect not only on armed conflicts of a non-international but also of an international character. As the ICJ stated in its *Nicaragua* judgment, the particular rules of Art. 3 in addition to the more elaborated rules in the main chapters of the Geneva Conventions constitute the “minimum yardstick” of armed conflicts of an international character. The ICJ held as being decisive in the *Corfu Channel* case of 1949 that they reflect the “elementary considerations of humanity”<sup>62</sup>. Also the ICTY has emphasized in its *Tadić* decision that a multitude of international humanitarian law rules, especially their minimum humanitarian standard, is applicable to international as well as to non-international conflicts<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> *Nicaragua, ICJ Reports 1986*, p. 14, para. 218: “There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect, what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’ (*Corfu Channel Merits, ICJ Reports 1949*, p. 22 [...]).” See also *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996*, p. 226, para. 79.

<sup>63</sup> *Prosecutor v. Tadić, ICTY Appeals Chamber*, Decision of 2 October 1995, para. 96 and para. 127. – As to the assimilation of both legal areas see Claus Krefß, “Friedenssicherungs- und Konfliktvölkerrecht auf der Schwelle zur Postmoderne”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1996, 648.

The remarks of both Courts have been criticized under the aspect of lacking proof of customary content and customary standing<sup>64</sup>. But this critique does not hold true: the evidence of a permanent State practice is not necessary as the relevant rules of humanitarian character have developed into rules of general international law reflecting objective moral values<sup>65</sup>. The achieved “common conscience of values” in the modern international legal order, especially regarding human dignity and the inherent and equal value of every human being, is not disputed anymore<sup>66</sup>. The development of international humanitarian law finds its predominant basis in ethical principles and connotations which rely on the recognition and protection of human dignity. Thus, the rules stipulated by Art. 3 are not the only starting point for the more specific rules of all four Geneva Conventions. Their applicability is inconceivable without respect for fundamental human rights. The process of development of norms from general principles of humanitarian law reduces, therefore, the conditions which have to be fulfilled for the evidence of *consuetudo*<sup>67</sup>. Or to say it in a concise manner: the higher the material value and the convincing ethical power of a norm for the recognition of human dignity, the lesser are the requirements for the established State practice<sup>68</sup>. *Jus cogens* tends to set certain greater values above power.

Since the entry into force of the four Geneva Conventions, respect for fundamental human rights during armed conflicts is not in theory called into question any longer. Many UN resolutions as well as numerous resolutions of the Red Cross Conferences allude to the importance of those stan-

---

<sup>64</sup> See dissenting opinion of Judge Jennings in *Nicaragua, ICJ Reports 1986*, p. 528, at p. 537 *et seq.*; cf. also Theodor Meron, “The Geneva Conventions as Customary Law”, *American Journal of International Law* 81 (1987), 348.

<sup>65</sup> Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford 1989, pp. 25 *et seq.*; Hernan Salina Burgos, “The application of international humanitarian law as compared to human rights law in situations qualified as internal armed conflict, internal disturbances and tensions, or public emergency, with special reference to war crimes and political crimes”, in: Frits Kalshoven/Yves Sandoz (eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht *et al.* 1989, p. 1, at p. 12.

<sup>66</sup> See above, at II. 2. (p. 47 *et seq.*).

<sup>67</sup> D. W. Greig, “The Underlying Principles of International Humanitarian Law”, *Australian Yearbook of International Law* 9 (1985), 46, at 80.

<sup>68</sup> Similarly Michael Byers, “Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules”, *Nordic Journal of International Law* 66 (1997), 211, at 222 *et seq.*; Karl, *loc. cit.* (note 18), 116; Danilenko, *loc. cit.* (note 4), 49.

dards<sup>69</sup>. The ILC indicates fundamental human rights even explicitly as *jus cogens* (see Art. 50 [1] lit. b and lit. c)<sup>70</sup>. Art. 130 of the Third Geneva Convention contains a list of actions – such as wilful killing, torture or inhumane treatment including biological experiments – that are characterized as grave breaches of the Convention and are, thus, internationally prosecutable. The Member States of the European Union as well as the UN organs have consistently affirmed the importance of the content of this provision<sup>71</sup>. Similarly, the Statutes of the ICTY and the ICC expressly refer to the grave breaches in terms of Art. 130 of the Third Geneva Convention<sup>72</sup>. With a similar purpose, Art. 6 para. 1 (2) of the Third Geneva Convention stipulates that no special agreement concluded between the High Contracting Parties shall adversely affect the situation of prisoners of war, as defined by the present Convention, nor restrict the rights which it confers upon them.

Therefore, it cannot be disputed that there is a common opinion which considers humanitarian minimum standards as *jus cogens*. Otherwise the derogation clauses of today's existing human rights conventions, which expressly limit the possibility of derogation regarding the most fundamental

---

<sup>69</sup> See, e.g., with respect to the International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC): Council of Delegates Resolution of 28 November 1997 as well as IFRC, *World Disasters Report 2002*, Chapter 7, and *World Disasters Report 2003*, Chapter 4. – Regarding the UN organs, see e.g.: General Assembly Resolution 2444 (XXIII) of 19 December 1968, Security Council Resolution 1261 of 25 August 1999, Security Council Resolution 1286 of 19 January 2000, Security Council Resolution 1325 of 31 October 2000. Cf. also the Turku Declaration of Minimum Humanitarian Standards of 2 December 1990, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55.

<sup>70</sup> With reference to the International Court's description of the basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict as intransgressible in character (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, p. 226, at 257, para. 79), it is also justified, according to the ILC, to treat these rules as peremptory, see Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the ILC (2001), Art. 40, para. 5, at p. 284.

<sup>71</sup> See e.g. the EC Declaration of 22 January 1991, *European Journal of International Law* 4 (1993), 146 *et seq.*, as well as ECOSOC Resolution 2076 (LXII) of 13 May 1977; General Assembly Resolution 56/10037 of 5 August 2002; Security Council Resolution 955 (1994) of 8 November 1994.

<sup>72</sup> Cf. Art. 2 of the Statute of the ICTY as well as Art. 8 para. 2 (a) of the Rome Statute of the ICC. – The ICTY, Trial Chamber II, explicitly stated in *Kupreškić et al.* (judgment of 14 January 2000, para. 520) that most norms of international humanitarian law belong to *jus cogens*.

human rights, would not make any sense<sup>73</sup>. These non-derogable human rights coincide, in their overwhelming part, with the humanitarian minimum standard; they have the same moral roots<sup>74</sup>. For that reason, the ICJ rightly declares that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Art. 4 of the Covenant whereby only certain provisions may be derogated from in a time of national emergency<sup>75</sup>. Even more clearly, the Inter-American Human Rights Commission states that in situations of armed conflict the protections provided for under international human rights and humanitarian law may complement and reinforce one another, sharing as they do a common nucleus of non-derogable rights and a common purpose of promoting human life and dignity<sup>76</sup>.

Even in practice, where violations of fundamental humanitarian norms still occur, the States themselves do not question the general applicability of these elementary rules. To the contrary, they try to justify their behaviour either by alleging countermeasures, by refusing to admit that there is a war<sup>77</sup> or by relying on a presumed lack of status as prisoners of war<sup>78</sup>. Thus, the

---

<sup>73</sup> See Art. 4 (2) CCPR, Art. 15 (2) ECHR and Art. 27 (2) ACHR.

<sup>74</sup> Karl Josef Partsch, "Human Rights and Humanitarian Law", in: Rudolf Bernhard (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, volume II (1995), p. 910; Meron, *loc. cit.* (note 16), 68 *et seq.* – See also Art. 1 (2) of the Optional Protocol I to the Geneva Conventions which affirms the so called Martens Clause.

<sup>75</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, p. 226, at para. 25. Cf. also the recent dictum of the ICJ in its advisory opinion of 9 July 2004, *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*, para. 102 – 113.

<sup>76</sup> *Inter-American Commission on Human Rights*, Decision of 12 March 2002, *Request for Precautionary Measures – Detainees at Guantanamo Bay*, *Human Rights Law Journal* 23 (2002), 15, at 16. Cf. also *Inter-American Court on Human Rights*, Decision of 29 September 1999, *Coard et al. v. U.S.*, Report No. 109/99, para. 42; as well as *Human Rights Committee*, General Comment No. 29 (2001) of 24 July 2001, on States of Emergency, and General Comment No. 31 (2004) of 29 March 2004, on Article 2 of the Covenant, para. 11.

<sup>77</sup> China, e.g., refused to admit that there was a war in Korea and denied United States pilots, for that reason, the status of prisoners of war. They were instead treated as „spies“ captured flying over China's territory. Cf. General Assembly Resolution 906 (IX) 1954 condemning the treatment as contrary to the Korean Armistice Agreement at Panmunjom on 25 September 1953.

<sup>78</sup> For example, the position of the U.S. Government is that the individuals detained at Guantánamo are unlawful enemy combatants, and that they may, therefore, be tried by military tribunals (established by the Military Order of the U.S. President of 13 November 2001 [41 ILM 252, 2002]) without having the right of access to counsel or the courts to challenge

humanitarian minimum standards laid down in the Third Geneva Convention do not only reflect the common *opinio juris* but also the corresponding *consuetudo*. They are regarded as being irrevocably mandatory and recognized as *jus cogens*. The guarantee of an elementary, non-discriminatory individual protection of prisoners of war refers back to the general “value approach” of the international legal order which is in favour of the recognition of human life and dignity. The humanitarian minimum standards bind not only the States’ parties to the Third Geneva Convention but moreover all legal subjects of international law. In this respect, the status of prisoners of war is independent from contractual commitment. A historic example may corroborate this result: In 1942, the former Soviet Union expressly declared that reprisals would not be taken against German prisoners of war despite the flagrant violations of the laws of war that they had committed<sup>79</sup>. This statement confirms that the prohibition of reprisals against prisoners of war was rooted in general international law and considered as *jus cogens*: the USSR was not bound by the Geneva Convention of 1929<sup>80</sup>. Likewise, even a denunciation of the Third Geneva Convention, which according to Art. 142 is available to any of the High Contracting Parties, does not exclude the State’s obligation to respect the status of prisoners of war as customary law. Art. 142 para. 4 of the Third Geneva Convention clarifies this finding as it stipulates that the denunciation shall in no way impair the obligations which the parties to the conflict shall remain bound to fulfil by virtue of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and the dictates of the public conscience.

---

their detention (see Stefanie Schmahl, “Specific Methods of Prosecuting Terrorists in National Law”, in: Christian Walter *et al.* [eds.], *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin *et al.* 2004, p. 81, at p. 112). – But the U.S. Supreme Court has recently clarified that 28 U.S. § 2241 grants prisoners the right to challenge their detention in accordance with *habeas corpus* rules. The Court ruled that the U.S. have complete jurisdiction and control over Guantánamo, cf. Decision of 28 June 2004, *Rasul v. Bush*, No. 03-334. Furthermore, the Court stated that the “incommunicado detention” violates Art. 5 of the Third Geneva Convention, see Decision of 28 June 2004, *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 03 – 6696. As to the writ of *habeas corpus* in the Commonwealth cf. detailed David Clark/Gerard McCoy, *The Most Fundamental Legal Right*, Oxford 2000.

<sup>79</sup> USSR Academy (ed.), *International Law*, Moscow 1960, p. 418.

<sup>80</sup> Detter, *op. cit.* (note 55), p. 331.

#### IV. DEROGABLE RIGHTS IN THE FRAME OF THE STATUS OF PRISONERS OF WAR

Nevertheless, one should not draw the conclusion from the aforementioned statements that all the particular rights regulated by the Third Geneva Convention – the Convention comprises, in total, 143 Articles – are generally non-waivable and non-derogable.

##### *1. DEROGATION OF CERTAIN RIGHTS OF THE STATUS OF PRISONERS OF WAR*

Not all norms of the prisoners of war regime protect particular concerns of the international community as a whole<sup>81</sup>. It might be true that every norm realizes, in some way and to some extent, a common need – even if this need merely reflects a matter of the common interest in the continuity of derogable rights. But, to characterize all provisions of the Third Geneva Convention as peremptory norms of international law risks flatly denying the general competence of the States to exercise their sovereign positions. It therefore will be decisive to elaborate why and in whose essential interest a norm of international law exists. Norms that are mainly motivated by the interest of the community of States as a whole or whose main purpose consists of protecting individuals' interests may be attributed a peremptory character rather than those norms which only reflect a particular sovereign interest. A right to a lawsuit preceding a death penalty exists, e.g., for the general need for the good administration of justice. Without such a right the social life of human beings would be highly endangered<sup>82</sup>. The intangibility of the status of prisoners of war comprises, therefore, merely those rights of which no State anymore assumes are at its disposal, for example, the protection against inhumane treatment and the prohibition of discrimination on the grounds of race or religion. Or in other words: inasmuch as the prisoner of war status arises from those substantive rules of conduct that prohibit what has come to be seen as intolerable because of the threat it presents to the survival of States and their peoples and the most basic human values, it constitutes *jus cogens*.

---

<sup>81</sup> Bleckmann differs, *op. cit.* (note 26), § 6, at para. 300.

<sup>82</sup> Doehring, *loc. cit.* (note 6), 357.

But below this threshold, there are human rights recognized by treaties or by customary law that are not classified as peremptory norms but as derogable rules of international law<sup>83</sup>. States may still deviate from these standards. For example, the States remain free to reduce, by consent, the contractually agreed protection of property because private property does not fall into the category of peremptory norms of human rights, at least as long as the deprivation of property does not threaten the livelihood of the owner<sup>84</sup>. Similar considerations apply to Art. 18 (3) of the Third Geneva Convention which protects the personal belongings of prisoners. In the same way, the highly detailed obligations of accommodation contained in the Third Geneva Convention are not in all their details an outflow of *jus cogens* but rather may be accommodated according to circumstance. Nevertheless, the Detaining Power is – aside from the termination of the treaty as a whole – not allowed to unilaterally waive even derogable rights of the Third Geneva Convention. It is precisely multilateral humanitarian and human rights treaties which regularly guarantee rights that, albeit derogable, have *erga omnes* effects vis-à-vis all States' parties (so called obligations *erga omnes contractantes*)<sup>85</sup>. Furthermore, even if a norm characterized as *jus dispositivum* may be modified by all the parties to a treaty, this is not true relating to third States if the norm represents a rule of general international law. Here, the binding force of the general rule will remain unchanged<sup>86</sup>.

Inasmuch as the obligations stipulated in the Convention serve to secure respect for the fundamental human rights of prisoners of war, a “peremptory core content” is visible from which no State may derogate. For example, the provisions on the labour of prisoners of war (Art. 49 to Art. 57 of the Third Geneva Convention) incorporate an indispensable humanitarian

---

<sup>83</sup> Nettesheim, *loc. cit.* (note 2), 576; Eckart Klein, “Bedeutung des Gewohnheitsrechts für den Menschenrechtsschutz”, in: *ibid.*, *op. cit.* (note 18), p. 11, at p. 19.

<sup>84</sup> It is not disputed that the States may, at the conclusion of a Peace Treaty, dispose of the private property belonging to their citizens, see Ellinor von Puttkammer, “Peace Treaties of 1947”, in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3 (1997), pp. 956 *et seq.*, and BVerfGE 41, p. 126, at pp. 167 *et seq.* – Only wilful confiscations that aim to destroy the owner economically or physically violate the humanitarian core of general international law, see BVerfG, decision of 26 October 2004, *loc. cit.* (note 32), para. 106.

<sup>85</sup> See Meron, *loc. cit.* (note 16), 262; Karl Zemanek, “The Legal Foundations of the International System”, *Recueil des Cours* 266 (1997), 9, at 256.

<sup>86</sup> Christoph Grabenwarter, “Probleme paralleler Rechtsverbürgungen durch Vertrag und Gewohnheitsrecht”, in: Eckart Klein (ed.), *op. cit.* (note 18), p. 147, at p. 154.



*nucleus* in that they restrict the duty to work exclusively to physically and mentally healthy prisoners on the one hand, and in that they completely outlaw the deployment of prisoners of war in arms industries on the other. The main purpose of the first rule is to protect the body and life of the prisoner, while the prohibition on utilizing the labour of prisoners of war in the arms production is based upon on the idea of not humiliating the protected persons. By this reasoning, at least, the jurisprudence of the Nuremberg Military Tribunal relative to the arrangement between the “Deutsche Reich” and the Vichy-Government on the utilization of French prisoners of war in the German armament production can be explained. The U.S. Military Tribunal ruled: “Under such circumstances we have no hesitancy in reaching the conclusion that if Laval or the Vichy Ambassador to Berlin made any agreement such as that claimed with respect to the use of French prisoners of war in German armament production, it was manifestly *contra bonos mores* and hence void”<sup>87</sup>.

Certainly, the difficulty remains that all substantive provisions of the Third Geneva Convention serve to some degree to shape the inviolable content of human dignity<sup>88</sup> and that an unambiguous definition of this content is hardly achievable. In order to locate the non-derogable core of a rule governing the status of prisoners of war one will have to operate – just as well as in the quest for the core content of a basic right according to the German public law doctrine – with the principle of proportionality and, thus, be dependent on an appreciation of values.

## 2. RESTRICTION ON CERTAIN RIGHTS OF THE STATUS OF PRISONERS OF WAR

The assumption that the prisoner of war regime forms part of the body of peremptory norms of international law is not opposed to the fact that specific rights of prisoners of war may be restricted. The qualification of a status as inviolable does not mean that limitations or restrictions of specific rights would never be conceivable. For example, according to Art. 34 (1) of the Third Geneva Convention, prisoners of war shall enjoy complete latitude in the exercise of their religious duties, including attendance at the service of

---

<sup>87</sup> Quoted according to the United Nations War Crimes Commission (ed.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Volume X (The I.G. Farben and Krupp Trials), London 1949, p. 69 (Case No. 58, The Krupp Trial), at 141.

<sup>88</sup> Hobe/Kimminich, *op. cit.* (note 27), p. 517.

their faith, on the condition that they comply with the disciplinary routine prescribed by the military authorities. Likewise, Art. 71 of the Convention authorizes the Detaining Power to limit the number of letters and cards sent by each prisoner of war. All in all, the Third Geneva Convention does not refuse the Detaining Power the right to take reasonable and necessary security measures vis-à-vis its prisoners. If it is, e.g., to be feared that special items may be misused for physical attacks or for suicide, then those doubts may legitimize restrictions on access to those items although access is normally provided for by the Convention<sup>89</sup>.

Most of the rights of the Third Geneva Convention which are subject to restrictions or limitations pertain to the class of derogable law. This connection is not an immutable one, however. The freedom of religion as laid down in Art. 34 of the Convention may belong to the *jus cogens* rules inasmuch as it is associated with respect for human dignity. Beyond its inviolable core content, however, the freedom of the exercise of religion can well be restricted for security reasons.

#### V. THE MEANING OF THE PROHIBITION OF RENUNCIATION ACCORDING TO ART. 7 OF THE THIRD GENEVA CONVENTION

Lastly, I will try to clarify the meaning of Art. 7 of the Third Geneva Convention, according to which prisoners of war may under no circumstances renounce in part or in whole the rights secured to them by the Convention, and by the special agreements referred to in Art. 6 of the Convention, if there are any such rights<sup>90</sup>. On behalf of the aforementioned statements one could argue that it is inconsistent to leave some rights of prisoners of war to the discretionary competence of the Detaining Power whereas the individuals who are the true beneficiaries of the Convention may in no circumstances renounce the rights secured to them.

This objection, however, is not convincing. The underlying reason for the prohibition of renunciation pursuant to Art. 7 of the Convention lies in the perception that the State must not be generally liberated by the subjective behaviour of the individual concerned. If it were admissible for a prisoner of war to substantially renounce all his rights guaranteed by the Third

---

<sup>89</sup> Similarly Venice Commission, *loc. cit.* (note 52), para. 66.

<sup>90</sup> An identical clause is laid down in Art. 8 of the Fourth Geneva Convention.

Geneva Convention, the international “value approach” of human dignity and freedom would be in danger. Furthermore, a prisoner of war regularly stands in a defenceless and vulnerable situation vis-à-vis the Detaining Power<sup>91</sup> and therefore cannot act freely and in a self-determined way. Especially during the Second World War many States tried – often in cynical ways – to legitimise violations of the Third Geneva Convention with an alleged renunciation of rights by the prisoners of war concerned. The prohibition of renunciation of rights was thus adopted in light of experience showing that persons may be pressured into making a particular choice, but that proving duress or pressure is difficult. That is the reason why the Geneva Convention now stipulates that the rights of prisoners of war cannot be denounced and are inalienable<sup>92</sup>. The lack of the possibility to dispose of individual rights in war may be compared to the purpose reflected in Art. 9 para. 3 (2) of the German Basic Law according to which agreements that restrict or seek to impair the right to form associations shall be null and void, and measures directed to this end shall be unlawful. Both Art. 9 para. 3 (2) of the German Basic Law and Art. 7 of the Third Geneva Convention give individuals a certain formal compensation for their (occasionally) lost autonomy in and during particular situations. Because of the strong inequilibrium between the Detaining Power on the one hand and the prisoner of war on the other, the possibility for an individual to decide his destiny autonomously simply does not exist. Art. 11 (2) of Additional Protocol I to the Geneva Conventions follows the same line, which stipulates that it is prohibited to carry out medical or scientific experiments on persons who are in the power of the adverse Party, not even with their consent.

Nonetheless, a prisoner of war is not obliged to make use of the rights guaranteed in the Convention. For example, the fact that a released prisoner of war does not return to his home country – maybe because he fears prosecution for desertion and/or immediate death – does not affect the prohibition of renunciation pursuant to Art. 7. The released prisoner of war does not substantially renounce his right to be repatriated according to Art. 118

---

<sup>91</sup> Cf. Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2004, p. 25.

<sup>92</sup> The ICRC Commentary states that the prohibition of renunciation of rights is absolute, see *Commentary on the Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 84 (Jean Pictet, ed., 1952).

of the Third Geneva Convention but simply does not make use of it<sup>93</sup>. In this respect, prisoners of war have the right to refuse repatriation. Considerable difficulties would arise if there were no such a right<sup>94</sup>. Art. 7 of the Third Geneva Convention must not be interpreted to the detriment of prisoners of war. The problem turns mainly on a concern that the prisoner of war is himself allowed to make his decision freely<sup>95</sup>.

Moreover – and similar to the renunciation of the exercise of fundamental rights which the predominant German doctrine considers admissible – it may be assumed that the consent of the holder of a legal interest legitimises State actions inasmuch as his approval is maintained. Also the law of prisoners of war contains human rights which – albeit substantially inalienable according to Art. 7 – tie in with a written or unwritten element of the individual will and thus allow approval of the person concerned. The holder of the right does not renounce his substantial right but simply declares that he is not willing to exercise his right for a certain period. For example, according to Art. 52 of the Third Geneva Convention, if the prisoner is an (expressed) volunteer, he or she may be employed for labour which is of an unhealthy or dangerous nature. To the extent that an explicit consent of the prisoner concerned is conceivable the Detaining Power acts in accordance with the Convention.

Similarly, the approval of a prisoner of war to participate in a public press report that covers his personal destiny during the armed conflict may remove the otherwise possibly existing degrading moment. Prisoners of war are entitled in all circumstances to respect for their person and their honour according to Art. 14 (1) of the Third Geneva Convention. Without or

---

<sup>93</sup> Friedrich Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, vol. 2, München 1969, § 27, p. 152.

<sup>94</sup> Such incidents arose after the Second World War, before the Geneva Conventions came into effect. The most notable case became the one concerning the repatriation to the Soviet Union of soldiers from the Baltic States who had served in the German Army. There was no support in international law for their repatriation to the Soviet Union. Their citizenship was, in many cases, questionable. Nevertheless, there were transfers of prisoners of war to the Stalin regime where they were all certain to meet immediate death. Cf. Detter, *op. cit.* (note 55), p. 335.

<sup>95</sup> Jan P. Charmatz/Harold M. Witt, “Repatriation of Prisoners of War and the 1949 Geneva Convention”, *Yale Law Journal* 61 (1953), 391, at 402 *et seq.*; J. Mayda, „The Korean Repatriation Problem and International Law”, *American Journal of International Law* 47 (1953), 414, at 435; Yoram Dinstein, “The Release of Prisoners of War”, in: Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, 1984, p. 37, at p. 43.

against his or her will a prisoner of war must not be exhibited to the public because in those circumstances he or she would run the risk of becoming an *object* of the reporting<sup>96</sup>. Media presentations of prisoners of war who admit penitently and under pressure the illegal behaviour of their home country (e.g. as they were carried out by Iraq during the Second Golf Conflict), or the filming of handcuffed, scared, kneeling and humbled prisoners of war (actions allowed by the U.S. during the Third Golf Conflict) contravene international law<sup>97</sup>. *With* his approval, a prisoner may be interviewed in front of a camera. In this respect, the self-conception of the person concerned excludes a violation of his honour and dignity<sup>98</sup>. Whether a prisoner of war is acting voluntarily in specific cases is, of course, a very difficult problem which can only be (partially) solved by the distribution of the burden of proof.

## VI. CONCLUSION

To sum up: Inasmuch as humanitarian minimum standards are in question, the status of prisoners of war is, in fact, a classic example of peremptory norms of general international law. In parallel to fundamental human rights, a “general value consensus” of the international community is also visible which is so global and transcendental that the prerequisites for the corresponding State practice may be lower. But the qualification of the status of prisoners of war as *jus cogens* does not prevent some provisions of the prisoners law being characterized as *jus dispositivum*. Not all of the very detailed provisions of the Third Geneva Convention reflect *jus cogens*. Only insofar as the obligations laid down in the Third Geneva Convention serve to maintain and respect the humanitarian “*noyau dur*” are they intransgressible barriers to measures taken by the State of custody.

The prohibition of renunciation laid down in Art. 7 of the Third Geneva Convention supports the view that the status of prisoners of war is *jus cogens*. This character cannot be called into question with the argument that some provisions of the Convention still rely on the individual will of the

---

<sup>96</sup> Similarly Horst Fischer, “Fernsehaufnahmen von Kriegsgefangenen: Vom Verstoß zum Kriegsverbrechen”, *BOFAXE No. 244* of 24 March 2003.

<sup>97</sup> Ipsen, *op. cit.* (note 59), § 69, at para. 19.

<sup>98</sup> Ulrich Fastenrath, “Berichterstattung oder Entwürdigung”, in: Kai Ambos/Jörg Arnold (eds.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, Berlin 2004, pp. 435 *et seq.*; *ibid.*, “Berichterstattung oder Entwürdigung?”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24 March 2003, p. 7.

beneficiary. The *corpus juris* of the status of prisoners of war is predominantly established in the interest of the protected individuals and not in the interest of the Detaining Power. The prisoner as beneficiary of the human rights guaranteed by the Third Geneva Convention may validly express – albeit within strict limits – his will. To secure that the State does not infringe a prisoner’s rights under the pretext that the prisoner has waived certain rights, the Third Geneva Convention is very specific and the appropriate norms regularly provide explicit requirements for possible approvals<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> Fischer, *loc. cit.* (note 56), para. 704, at § 5.



## CHAPITRE IV

### *Un exemple remarquable d'application du jus cogens, le statut de prisonnier de guerre*

PHILIPPE WECKEL

La lecture de l'article 64 de la Convention de Vienne de Vienne sur le droit des traités évoque fortement la définition de la norme constitutionnelle : la norme impérative est reconnue comme telle et elle ne peut être modifiée que par une norme de même nature. Ce parallèle avec le droit constitutionnel ne contribue pas à clarifier le *jus cogens*. En effet, dans les ordres juridiques internes, l'existence d'une procédure particulière d'élaboration des normes constitutionnelles simplifie leur identification qui s'avère infiniment plus périlleuse en droit international. Aussi, je suis particulièrement reconnaissant à Christian Tomuschat de m'avoir proposé d'aborder la question du *jus cogens* à travers la troisième convention de Genève portant statut des prisonniers de guerre. Pour la première fois j'ai vu fonctionner un mécanisme juridique cohérent illustrant dans la pratique du droit ce concept de droit impératif qui m'avait semblé jusqu'à présent trop abstrait, pour ne pas dire teinté souvent de dogmatisme.

Le cas du statut de prisonnier est intéressant parce qu'il permet d'articuler la réflexion sur l'indérogeabilité même, c'est-à-dire de replacer le *jus cogens* dans le cadre du droit des traités qui a justifié la formulation de ce concept. Dans ce cas précis la restriction apportée à la liberté des parties de déterminer le contenu de leur accord est clairement compréhensible et circonscrite. Alors oui, j'ai rencontré ici le *jus cogens*.

Cependant il ne faut pas se méprendre sur la portée de cet exemple d'application du concept de *jus cogens*. Le statut de prisonnier de guerre est très original – ou plus exactement les quatre conventions de Genève occupent une place à part dans l'architecture du droit international<sup>1</sup> et ce

---

<sup>1</sup> Cet exposé est limité à l'exemple de la troisième Convention de Genève. Toutefois les dispositions essentielles qui peuvent être pertinentes au regard de la question du *jus cogens* ont été également insérées dans les trois autres conventions. Même si elles trouvent historiquement leur origine dans l'expérience de la captivité des militaires, elles témoignent, par leur insertion dans les autres instruments, de l'unité et de l'unicité du droit de Genève..



particularisme favorise singulièrement l'indérogeabilité. En outre, le cas relève de ce qu'il est convenu d'appeler en droit interne l'*ordre public de protection*. Les rédacteurs du statut ont clairement voulu prémunir les belligérants contre les concessions qu'ils pourraient être amenés à faire dans une situation de vulnérabilité à l'égard de l'adversaire. L'indérogeabilité évoque dans ce contexte celle qui protège le salarié contre l'employeur, le locataire contre le propriétaire, l'assuré contre la société d'assurances, etc. S'agissant du statut de prisonnier de guerre, la restriction à la liberté de conclure un engagement est restreinte dans l'intérêt même des contractants et elle est admise et revendiquée par eux de ce fait. Le cas bénéficie donc d'une conjonction, vraisemblablement unique, d'éléments très favorables à la démonstration du *jus cogens*. Le Statut présente une nature particulière (I) et il est protégé par l'interdiction des accords dérogoires et l'inaliénabilité des droits conférés par la Convention (II).

## I. NATURE PARTICULIERE DU STATUT

L'ensemble des Etats est actuellement lié par les Conventions de Genève et par la Convention III en particulier. Si Nauru avec ses 13 000 habitants semble faire exception dans la mesure où il n'a pas encore déposé de déclaration de succession, il est désormais admis qu'une telle succession est automatique et ne suppose pas une manifestation de volonté. L'universalité effective du statut de prisonnier de guerre est ainsi acquise dans sa double nature conventionnelle et coutumière. Cette universalité devrait assurer une protection concrète au détenu conformément à l'objectif fondamental du droit humanitaire (A). Il s'agit aussi d'un statut objectif, opposable à tous et bénéficiant d'autorité particulière (B).

### A. PROTECTION CONCRETE DES PRISONNIERS

Cette universalité devrait assurer une protection concrète au détenu. Les instruments de protection des droits de l'homme poursuivent le but d'apporter une protection effective à la personne qui se traduit par l'accès à des voies de recours et débouche par conséquent sur un contrôle *a posteriori*. Or la logique du droit humanitaire, telle qu'elle est illustrée par la troisième

convention de Genève, est différente parce que la réparation paraît secondaire par rapport à la préoccupation de prévenir les atteintes à la personne. Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme constate des violations du droit à la vie cinq ans après des bombardements illégitimes ayant causé la mort de civils en Tchétchénie, on doit s'en féliciter comme d'un événement qui conforte l'autorité de la règle de droit<sup>2</sup>. Toutefois, cette condamnation a posteriori marque l'échec du droit dans sa fonction de prévention et, de ce point de vue, les finalités du droit humanitaire ne sont pas atteintes. Le développement récent du droit international pénal – on sait la finalité préventive de la répression – illustre bien la protection concrète recherchée par le droit humanitaire. Ce droit atteint l'ordonnement juridique des personnes pour être appliqué sur le terrain, pendant le conflit armé, lors des opérations militaires ou durant la détention des personnes protégées. Contrairement aux instruments de protection des droits de l'homme, l'Etat n'est pas le seul destinataire des obligations internationales, ni même le seul destinataire immédiat, car ces obligations pèsent sur les puissances belligérantes, expression qui recouvre les autorités de fait, sur les commandants et leurs subordonnés, les civils même hors de tout contexte militaire. Les Etats ont, individuellement, perdu ainsi le contrôle du bloc central du droit humanitaire dont l'intégrité ne peut être menacée par la réciprocité, les réserves, la suspension ou la dénonciation, ou bien, considération essentielle pour notre propos, par des accords particuliers dérogatoires.

Or avec la nouvelle génération des instruments contemporains de l'émergence du droit international des droits de l'homme, les quatre conventions de Genève, le droit humanitaire a acquis une nouvelle dimension, puisqu'il est aussi clairement créateur de droits pour les personnes protégées. C'est bien là l'innovation fondamentale du statut de prisonnier de guerre de 1949 qui marque une transformation de ce régime par rapport à la Convention de 1929.

### *B. REGIME OBJECTIF*

La portée particulière de la troisième Convention de Genève par rapport aux accords internationaux ordinaires a été remarquablement mise

---

<sup>2</sup> Arrêts du 24 février 2005, *Khatchiev c. Russie, Assaïeva et autres c. Russie, Assaïeva c. Russie*.

en évidence par la Commission des réparations Ethiopie/Erythrée dans les sentences qu'elle a rendues le 1<sup>er</sup> juillet 2003 (*Prisonniers de guerre*)<sup>3</sup>. Les circonstances s'y prêtaient dans la mesure où l'Erythrée avait clairement refusé d'être lié par les Conventions de 1949 au moment de son accession à l'indépendance. Dans ces conditions la succession automatique du nouvel Etat aux traités multilatéraux tels que ces instruments devaient être écartées et seule la portée coutumière du statut de prisonnier de guerre pouvait être examinée<sup>4</sup>. Les arbitres observent ainsi que l'Erythrée a accédé et non succédé à la Convention en 2000. C'est ainsi sur ce plan de la portée coutumière que la Commission des réclamations a dégagé des conclusions particulièrement intéressantes.

Que la Convention de Genève III ait vocation à refléter l'état du droit international coutumier est indiscutable. Toutefois cet instrument qui a pour objet d'établir un statut complet et dans une large mesure autosuffisant comporte de nombreuses dispositions très variées. Ainsi, l'article 26 prescrit que l'usage du tabac doit être autorisé et l'article 28 prescrit la mise en place de cantines dans tous les camps de prisonniers de guerre pour procurer, notamment, du tabac aux internés. Il est difficile de mettre sur le même plan cette obligation pesant sur la puissance détentrice avec, par exemple, l'interdiction des mutilations physiques ou des expérimentations médicales explicitée à l'article 13. L'Erythrée a soutenu que seules les règles les plus importantes auraient intégré le droit coutumier et la nature coutumière devrait être écartée pour les dispositions secondaires ou à caractère technique. Or les arbitres n'ont pas retenu ce critère qui procède d'ailleurs d'une mauvaise appréciation du droit coutumier qui contient aussi bien des règles précises – on peut évoquer la détermination des limites du plateau continental – que des principes généraux comme le respect des considérations d'humanité. L'Erythrée pouvait néanmoins se prévaloir à l'appui de sa thèse de la jurisprudence du Tribunal militaire allié de 1949 (*Van Leeb*). La Commission des réclamations souligne l'évolution du droit humanitaire depuis cinquante ans et la différence entre la Convention de 1929 relative au statut des prisonniers de guerre et la 3<sup>ème</sup> Convention de Genève de 1949<sup>5</sup>. Cette dernière a dépassé dans son contenu et sa portée le

---

<sup>3</sup> « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP* 2003, 4, 969-983.

<sup>4</sup> ET4., par. 33 à 36.

<sup>5</sup> ET4. par. 39.

précédent instrument estiment-ils en soulignant dans un passage remarquable la double nature de la Convention, à la fois traité loi et instrument de codification du droit coutumier :

“treaties, like the Geneva Conventions of 1949, that develop international humanitarian law are, by their nature, legal documents that build upon the foundation laid by earlier treaties and by customary international law. These treaties are concluded for the purpose of creating a treaty law for the parties to the conventions and for related purpose of codifying and developing customary international law that is applicable to all nations. The Geneva Conventions of 1949 successfully accomplished both purposes”<sup>6</sup>.

Ce n'est pas tant aux yeux des arbitres cette double nature qui fait l'originalité de la Convention de 1949 que son accomplissement intégral. Un régime objectif a ainsi été établi sur les deux piliers du droit conventionnel et du droit coutumier, à la fois loi et coutume donc. L'universalité « accomplie » dont bénéficie cet instrument accélère selon la Commission le processus d'accession de son contenu à la nature coutumière<sup>7</sup>. Surtout elle admet qu'il faille présumer que l'ensemble de ses dispositions ont acquis un caractère coutumier à charge pour celui qui prétend le contraire d'en rapporter la preuve. Au vu de cette décision arbitrale on peut estimer qu'une seule disposition aurait un caractère exclusivement conventionnel. Il s'agit de l'article 41 qui impose l'affichage de la Convention dans l'enceinte du camp de prisonniers<sup>8</sup>.

### *C. MISE EN ŒUVRE D'UNE NORME « INTRANSRESSIBLE »*

Le caractère coutumier par essence des prescriptions formant le statut de prisonnier de guerre est illustré avec un relief particulier par celles des dispositions qui sont relatives au rôle du CICR. L'Erythrée a contesté le droit du CICR d'accéder aux prisonniers en affirmant que ce droit avait un fondement purement conventionnel en raison de son caractère procédural. “Eritrea asserts that the provisions dealing with the acces of the ICRC are among the detailed or procedural provisions that have not attained such

---

<sup>6</sup> ET4, par. 39.

<sup>7</sup> ET4., par. 40.

<sup>8</sup> ET4 par. 141

status (of customary law)<sup>9</sup>. Cet Etat avait refusé au Comité l'accès aux prisonniers. Les arbitres relèvent l'enracinement exceptionnel de l'activité du CICR dans la pratique internationale sur plus d'un siècle. Ils écartent l'idée que les dispositions de la Convention de Genève relative aux CICR n'auraient pas acquis en cinquante ans d'application un caractère coutumier. Ils avancent plusieurs justifications qui en réalité sont toutes déterminantes. D'abord, ces dispositions constituent une part importante de la protection des prisonniers de guerre. Du point de vue des personnes internées le droit d'accès du CICR ne saurait bien sûr pas être considéré comme un aspect secondaire de leur statut. Ensuite, les dispositions actuelles incorporent la pratique antérieure qui avait elle-même émergé en droit coutumier. Ainsi le Comité possède une personnalité objective.

Enfin, "they are of such importance for the prospect of compliance with the law that it would be irresponsible for the Commission to consider them inapplicable as customary international law". Pour appuyer cette affirmation de l'importance qu'il convient de reconnaître au droit de protection appartenant au CICR les arbitres citent le fameux passage de l'Avis sur *La licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*<sup>10</sup> évoquant le caractère *intransgressible* des règles fondamentales du droit international humanitaire<sup>11</sup>. Ainsi un mécanisme de contrôle de l'application du droit – plus précisément un mécanisme de vérification – est relié à une règle cardinale qualifiée d'intransgressible.

Cette mention de l'avis de 1996 permet vraisemblablement aux arbitres d'introduire une discrète référence au *jus cogens*. Si l'on admet que telle était leur intention, il faut alors constater que les prérogatives du CICR constituent une garantie essentielle du respect d'une règle intransgressible. Les particularités de cette affaire permettent de comprendre l'utilité concrète de ce recours au *jus cogens*. Il convient de rappeler que l'Erythrée avait ouvertement refusé de se considérer comme lié par les Conventions de Genève au moment de son indépendance. Pour s'autoriser à ne pas tenir compte d'une objection aussi clairement formulée par le nouvel Etat à l'effet à son égard de la règle coutumière, il ne fallait sans doute pas moins pour les

---

<sup>9</sup> ET17, par. 59.

<sup>10</sup> Avis du 8 juillet 1996, par. 79.

<sup>11</sup> ET17, par. 61.

arbitres que la reconnaissance d'une autorité particulière et supérieure conférée par la Cour mondiale à cette règle.

## II. INDEROGEABILITE ET INTANGIBILITE DES PRESCRIPTIONS DE LA CONVENTION

Le traitement des prisonniers de guerre fixé par la Convention de Genève est garanti par la « clause de sauvegarde » inscrite à l'article 6 qui empêche une remise en cause de ce traitement par la voie d'accords spéciaux conclus par les belligérants (A). Cette indérogeabilité prend tout son sens lorsqu'elle est associée à l'inaliénabilité des droits conventionnels du prisonnier établie par l'article 7 (B).

### A. INDEROGEABILITE DE LA CONVENTION

La question des rapports de la Convention de Genève III avec d'autres instruments conventionnels, des accords *inter se* en particulier, se pose d'une manière originale, très différente de la manière dont cette question doit être envisagée pour la plupart des traités internationaux. Le Commentaire de l'article 6 qui traite des accords spéciaux est à cet égard éclairant. On constate qu'historiquement le traitement des prisonniers de guerre a d'abord fait l'objet d'arrangements conclus par les belligérants pendant ou à la fin des hostilités et que l'adoption d'une convention multilatérale en cette matière a obéi à des considérations d'humanité et le souci de garantir un traitement humain aux personnes tombées aux mains de l'ennemi. La Convention de 1929 a repris et développé le contenu des accords qui avaient été conclus pendant la Première guerre mondiale.

#### 1. *Pratique des accords spéciaux*

L'indérogeabilité est à situer dans ce contexte d'une activité conventionnelle qui se développe dans le cadre d'un conflit armé et alors que les relations diplomatiques sont suspendues. Les arrangements visés par l'expression d'accords spéciaux sont très divers et hétérogènes. Il pouvait s'agir d'instruments ayant pour objet de compléter le règlement de La Haye pour améliorer le traitement des prisonniers de guerre qui ont été conclus en 1917 et 1918. On doit également signaler les accords d'armistice qui peuvent contenir des stipulations relatives aux prisonniers de guerre. Le plus souvent les accords spéciaux permettent de résoudre des problèmes concrets comme

le rapatriement des prisonniers. Ils règlent des cas particuliers ou édictent une réglementation.

Quoiqu'il en soit, « d'une manière générale, explique le Commentaire, les accords spéciaux ne sont pas soumis aux conditions de forme qui sont de règle en matière de traités internationaux telles que signature et ratification. Ils rentrent manifestement dans la catégorie de ce qu'on appelle « les Conventions en forme simplifiée », que caractérisent, d'une part, l'absence d'intervention formelle du chef de l'Etat, et, d'autre part, la diversité de la forme sous laquelle ils sont conclus : échange de lettres ou de notes, parfois même accords simplement oraux ». Les arrangements en question sont passés aussi bien par les commandants de terrain que par les autorités gouvernementales. « Durant la guerre, en effet, s'imposent des mesures d'application immédiate, sans qu'il soit possible d'observer les formalités requises en d'autres temps; les accords sont valables si les autorités contractantes n'ont pas excédé leurs compétences. Tel sera, notamment, le cas des arrangements locaux et temporaires destinés à l'échange de prisonniers ».

Dans ces conditions on comprend que les négociateurs aient pu accepter l'introduction dans le texte de la Convention d'une « clause de sauvegarde » qui restreint la possibilité de conclure des accords spéciaux. L'argument de la protection de la souveraineté opposé à cette clause proposée par le CICR n'a pas convaincu la très forte majorité des délégations qui s'est prononcée en sa faveur.

## 2. *La « clause de sauvegarde de l'article 6 »*

Cette clause de sauvegarde qui figure à l'article 6 de la Convention est ainsi rédigée : « Aucun accord ne pourra porter préjudice à la situation des prisonniers, telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde ». Cette disposition est destinée à éviter la répétition de certaines pratiques de la Seconde guerre mondiale qui s'étaient révélées néfastes pour les prisonniers. Pour l'essentiel, il s'agit du cas des prisonniers de guerre français en Allemagne. « Au cours de la seconde guerre mondiale, explique le Commentaire, certains Gouvernements de Puissances belligérantes – en particulier des Gouvernements dont le territoire était occupé – ont conclu des accords enlevant aux prisonniers de guerre certains de leurs droits conventionnels en ce qui concerne notamment le contrôle de la Puissance protectrice, les travaux en rapport avec les opérations militaires ou les sanctions pénales ou disciplinaires. Le

cas qui retint principalement l'attention des auteurs de la Convention fut celui des prisonniers français en Allemagne.

Cédant aux offres du Gouvernement allemand, d'accord avec le Gouvernement français de Vichy, ces prisonniers abandonnèrent, en échange de certains avantages matériels, plusieurs de leurs prérogatives, ce qui entraîna finalement pour eux d'assez graves inconvénients ».

L'indérogeabilité s'explique donc par le souci de protéger les Etats contre eux-même, c'est-à-dire de prévenir les concessions malheureuses qu'ils seraient amenés à consentir dans les circonstances de la guerre, notamment lorsque la mauvaise fortune des armes les placeraient dans une situation d'infériorité lors de négociations avec l'adversaire. A cet égard l'article 6 peut être rapproché de l'article 10. Ce dernier est relatif au substitut à la Puissance protectrice, c'est-à-dire concrètement à l'organisme impartial qui assure la protection du prisonnier de guerre. Il précise qu'il « ne pourra être dérogé aux dispositions qui précèdent par un accord particulier entre des Puissances dont l'une se trouverait, même temporairement, vis-à-vis de l'autre Puissance ou de ses alliés, limitée dans sa liberté de négociation par suite des événements militaires, notamment en cas d'une occupation de la totalité ou d'une partie importante de son territoire ». La justification de l'indérogeabilité des accords spéciaux explicitée à l'article 6 est certainement plus large, puisqu'elle permet de préserver l'intégrité du traitement des prisonniers de guerre qui pourrait être menacée par la conclusion de tels accords. En définitive, l'absence de formalisme dans la formation de ces actes, la multiplicité des autorités qui peuvent être amenées à les négocier, ainsi que les circonstances difficiles dans lesquelles ces arrangements peuvent être passés justifient l'existence de la clause de sauvegarde.

Cette dernière garantit l'intangibilité du statut, ce qui recouvre à la fois le maintien d'un standard de protection des captifs et la préservation des droits conférés à ces personnes.

### *3. Le maintien d'un certain niveau de traitement favorable*

L'article 6 précise que les accords spéciaux ne doivent pas porter préjudice à la situation des prisonniers. Sont visés les arrangements qui engendrent une aggravation de leur condition. Certains accords ont amélioré le sort de ces personnes dans l'immédiat, mais se sont révélés désavantageux par la suite. L'application de ce critère impose donc de mesurer l'incidence effective d'un tel accord. Bien entendu, cette règle signifie *a contrario* que les belligérants peuvent toujours développer un



traitement plus favorable aux captifs, par exemple soumettre ces derniers à un régime de résidence surveillée au lieu et place de la détention dans un camp. Le Commentaire insiste sur le fait que le critère du caractère non préjudiciable de l'accord est apparu insuffisant pour protéger effectivement les prisonniers. On pressent bien qu'il risque en effet de conduire à une appréciation de l'arrangement en termes de balance entre les inconvénients et les avantages. Aussi l'article 6 dispose-t-il qu'aucun accord spécial ne pourra restreindre les droits que la Convention « accorde » aux prisonniers, établissant un lien entre la clause de sauvegarde et la règle de l'inaliénabilité des droits conventionnels posée par l'article 7.

*B. INTANGIBILITE DES DROITS CONVENTIONNELS CONFERES AUX PRISONNIERS*

Incontestablement l'acquisition de droits subjectifs par les personnes protégées constitue la grande innovation des Conventions de Genève et plus particulièrement de celle qui est relative au traitement des prisonniers de guerre. Cette portée de la Troisième Convention conforte dans une mesure considérable l'intangibilité de cet instrument en même temps qu'elle la justifie. De ce point de vue son article 6 (accords spéciaux) doit être analysé en rapport avec son article 7 (inaliénabilité des droits). Ensemble ces dispositions établissent clairement un ordre public de protection qui préserve la personne en captivité des atteintes à son statut résultant d'accords spéciaux désavantageux et du consentement arraché à un individu privé de sa liberté. Le Commentaire de l'article révèle qu'en adoptant cette disposition les négociateurs ont eu essentiellement à l'esprit deux situations. D'une part, ils ont envisagé le cas dans lequel un accord dérogoire prendrait une apparence licite dans la mesure où il laisserait au prisonnier la possibilité de renoncer à certains de ses droits. D'autre part, ils ont songé à l'hypothèse dans laquelle l'un des deux belligérants cesserait d'exister juridiquement, au moins provisoirement. La puissance détentrice pourrait alors être tentée de négocier directement avec les captifs les aménagements pratiques apportés à la mise en œuvre de la Convention. Dans ces deux hypothèses, la responsabilité de préserver ses droits serait abandonnée à la personne vulnérable. Ainsi, l'enrôlement du prisonnier dans l'armée de l'Etat détenteur, pratique qui s'était développée pendant la période de la Première guerre mondiale, a illustré les pressions conduisant à l'abandon de la nationalité et la perte du statut international.

1. *Absence de consentement libre et éclairé du prisonnier*

Comme la conclusion d'accords spéciaux, l'inaliénabilité des droits conventionnels soulève la question du libre consentement dans des circonstances de dépendance à l'égard de l'ennemi. Il est intéressant de relever que le CICR avait envisagé initialement que seules les renonciations obtenues sous la contrainte fussent rendues impossibles. Or les délégués des Etats en ont décidé autrement : selon le Commentaire la Conférence a « adopté une formule absolue ne faisant plus allusion à la contrainte, signifiant ainsi aux Etats parties aux Conventions qu'ils ne pourraient être dégagés de leurs obligations vis-à-vis des prisonniers de guerre, même si ces derniers en manifestaient le désir exprès et en toute liberté ». Les délégués ont surtout estimé qu'il serait en pratique délicat ou impossible de prouver l'existence de pressions ou de la contrainte sur les personnes détenues. Ils étaient conscients des inconvénients que pouvait engendrer l'interdiction absolue<sup>12</sup> dans des situations particulières (on peut songer aux Alsaciens enrôlés de force dans l'armée allemande et capturés par les forces alliés). Ils ont néanmoins considéré la nécessité de protéger le plus grand nombre de prisonniers en évitant de créer des exceptions qui seraient finalement incontrôlables. Les négociateurs ont « estimé qu'en temps de guerre et se trouvant au pouvoir de l'ennemi, les prisonniers ne sont pas réellement dans une situation morale d'indépendance et d'objectivité suffisantes pour apprécier en toute connaissance de cause la portée d'une renonciation à leurs droits ». Soumis à la pression morale qui résulte de l'environnement coercitif de leur captivité les prisonniers ne peuvent avoir réellement consenti aux atteintes à leurs droits. Le TPIY a d'ailleurs développé un raisonnement similaire dans l'affaire *Knorjelic*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Ni l'article 6, ni l'article 7 n'établissent de distinction entre les différents droits reconnus au prisonnier. Le Commentaire de l'article 6 souligne qu'une « proposition visant à n'interdire que les accords restreignant « les droits fondamentaux » fut repoussée par la Conférence diplomatique pour la raison que la Convention donne des garanties minima aux prisonniers et qu'il serait difficile d'établir une distinction entre les droits fondamentaux et ceux qui ne le sont pas ». A vrai dire tous les droits n'ont pas le caractère absolu attribué à l'interdiction de la torture.

<sup>13</sup> Arrêt de la Chambre d'appel du 17 septembre 2003 ; le consentement apparent du détenu n'exclut pas le travail forcé, par. 194 ; la même conclusion s'applique au déplacement forcé, par.229, chronique de jurisprudence internationale, *RGDIP*, 2003, 4, 994-1000, sp. par. 50 et 54.

L'ensemble du raisonnement qui sous-tend la rédaction des articles 6 et 7 de la Convention répond parfaitement au concept d'ordre public de protection et, d'ailleurs, il est fait référence en note dans le commentaire à « l'exemple de certaines législations sociales qui s'appliquent aux intéressés indépendamment de leur volonté »<sup>14</sup>.

## 2. *Question de la sanction de l'intangibilité de la Convention*

Pour une large part la reconnaissance de droits individuels aux prisonniers de guerre devrait renforcer la sanction des violations qui pourraient résulter de la conclusion d'accords spéciaux. Il s'agit là d'une préoccupation et d'une perspective fondamentales des Conventions de Genève. Le Commentaire de l'article 7 rappelle ainsi le vœu émis par les sociétés nationales de la Croix-rouge en 1946 de « conférer aux droits reconnus par les Conventions un caractère personnel et intangible permettant aux bénéficiaires de les invoquer indépendamment de l'attitude de leur Etat ». La Troisième Convention de Genève s'est efforcée de supprimer toute ambiguïté sur la portée du Statut à l'égard des bénéficiaires qui doivent être informés du contenu de cet instrument et disposent d'un recours auprès de l'autorité militaire (requêtes) et de plaintes auprès de la Puissance protectrice ou son substitut. Un ensemble de garanties concrètes sont offertes au prisonnier par l'article 78 pour lui permettre d'user effectivement de son droit de recours. Il appartient en définitive au CICR de faire valoir l'intégrité de la Convention à l'encontre des accords spéciaux illicites.

Le Commentaire observe que « jusqu'ici, il n'a été question que des rapports des prisonniers de guerre avec le belligérant au pouvoir duquel il se trouve. Qu'en est-il lorsque les violations résultent d'une mesure prise conformément à un accord signé par l'Etat d'origine des prisonniers ? Ceux-ci ne pourraient-ils se retourner contre lui ultérieurement, tout au moins dans les pays où les droits individuels peuvent être invoqués devant les tribunaux ? Une réponse affirmative doit, semble-t-il, être donnée à la question ». L'idée générale est que l'effectivité du statut dépend largement de la vigilance des prisonniers eux-mêmes, mais la mise en œuvre de cet objectif ambitieux dépend naturellement de l'ouverture de recours nationaux contre les accords spéciaux illicites. La possibilité que la conclusion d'un tel accord puisse exposer les autorités à la mise en jeu de la

---

<sup>14</sup> Note 6 p. 99.

responsabilité personnelle, pénale le cas échéant, peut également être considérée.

Le Commentaire encore (article 6) résume très bien cette question des accords spéciaux contraires à la Convention de Genève III : « l'application régulière de la Convention (...) est non seulement l'affaire des belligérants, mais elle intéresse l'ensemble de la communauté des Etats et des peuples parties à cette Convention. Le droit de Genève excède le champ d'un simple traité de réciprocité. Le patrimoine humanitaire qu'il représente n'est pas, et ne saurait être, à la merci d'intérêts politiques transitoires. La personne est ici considérée pour sa valeur propre. L'Etat n'est plus seul sujet de droits et ce pas que les Conventions de Genève ont franchi marque l'un des progrès importants du droit international contemporain ». Le statut garantit des droits inaliénables de la personne qui se trouvent hors d'atteinte des Etats lorsqu'ils agissent dans l'exercice de leur pouvoir de traiter. En réalité ce ne sont pas les Etats en tant que tels qui sont visés, mais plutôt ces autorités étatiques qui, dans les circonstances exceptionnelles d'un conflit armé, pourraient faire un usage de ce pouvoir d'engager l'Etat affectant les engagements fondamentaux permanents et à long terme souscrits par ce dernier et sa responsabilité à l'égard de ses nationaux. C'est de la protection de l'Etat contre certains accords qui lui sont imputables dont il s'agit ici.

Si l'expression du consentement à être lié est soumise à des conditions de forme dont la violation peut, dans certaines conditions admises par tous, affecter la validité d'un traité, il n'est pas illogique d'admettre aussi que certaines restrictions de fond, également reconnues par tous les Etats dans le cas de la troisième Convention de Genève, puissent être invoquées par l'Etat au nom duquel l'accord a été conclu pour justifier la nullité de cet acte. Refuser une telle possibilité aux Etats participerait d'une conception étonnamment restrictive de leur souveraineté. En l'absence du formalisme qui caractérise communément les procédures nationales de conclusion des traités, il n'est pas d'autre moyen de protéger les intérêts fondamentaux des Etats contre les risques qui résultent de la pratique des arrangements passés avec l'ennemi en temps de guerre que de faire appel au concept de *jus cogens*.

## SUMMARY

The legal regime of prisoners of war is interesting because it allows the observer to articulate his reflections on "non-derogability" as such, i.e. to

consider *jus cogens* within the framework of the law of treaties which has given rise to the formulation of this concept. In this specific situation, the restriction limiting the freedom of the parties to determine the content of any agreement is clearly understandable and well defined. The relevant configuration pertains to what in domestic law is usually called the public order of protection (*l'ordre public de protection*). Clearly, the authors of the legal regime wished to immunize the belligerent parties against any concessions which they might be led to make in a situation of vulnerability vis-à-vis an adversary. Non-derogability recalls in this connection similar rules which protect the employed person against the employer, the tenant against the landlord and the insured person against the insurance company.

The Geneva Conventions and, in particular, Geneva Convention III, have gained effective universal applicability, which permits them to provide actual protection to the persons concerned. They establish at the same time an objective regime which is guaranteed by the customary nature which is accorded to them in their entirety. Lastly, they ensure the implementation of an “intransgressible” rule.

The treatment of prisoners of war provided for by the Geneva Convention is guaranteed by the “safeguard clause” enunciated in Article 6 which stands in the way of any deterioration of this treatment by way of special agreements concluded between the belligerent parties. Concerning such arrangements concluded between adversaries during hostilities, the argument that sovereignty must prevail over *jus cogens* is not persuasive. In fact, such agreements derogate from the rules on form and competence governing the conclusion of international commitments and they are more often than not accepted in disastrous circumstances under the pressure of the enemy. Non-derogability attains its full meaning when viewed in conjunction with the inalienability of the conventional rights of the prisoner as established by Article 7. This inalienability is justified by the climate of coercion hovering over the prisoner of war which sheds a note of suspicion on any renunciation of his rights.

In the absence of the protective formalism which generally characterizes the national procedures for the conclusion of treaties, there is no other remedy capable of safeguarding the fundamental interests of States against the risks which derive from the practice of arrangements made with the enemy in times of war than to have recourse to the concept of *jus cogens*.

## CHAPTER V

# *Jus Cogens and the Law of Treaties*

WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI

### I. THE ORIGIN OF *JUS COGENS* AND ITS REGULATION THROUGH THE VIENNA CONVENTION OF 1969

The origins of imperative obligations under international law can be found in the works of Christian Wolff (*Jus gentium*, 1764) and Emmerich de Vattel (*Droit des gens*, 1758). Both writers suggested that their roots could be traced in natural law.<sup>1</sup> From the theoretical point of view, the concept of *jus cogens* appeared at the end of the 19<sup>th</sup> century when some authors claimed the possible invalidity of international agreements contrary to certain imperative norms of international law although it was not possible to identify those norms. Different authors referred to *jus cogens*, invoking numerous theoretical justifications for it, like principles of international morality, general principles recognized by the international community, etc. The first discussion of the issue was conducted by Alfred Verdross, who drew a distinction between two kinds of *jus cogens*: discrete rules that had become compulsory (including e.g. the prohibition addressed to States to disturb other States in the use of the high seas), and rules seeking to prevent conduct *contra bonos mores*. The States should not conclude conventions contrary to those rules.<sup>2</sup> The concept of peremptory norms was introduced into contemporary international law through the Vienna Convention on the Law of Treaties. It has sometimes been indicated that the origins of that concept are much older and can be found in the jurisprudence of the PCIJ. The previous Hague Court based its jurisprudence on the premise of full and unlimited freedom of the parties to conclude international agreements, although in fact that freedom has never been absolute.<sup>3</sup> The expression “*jus cogens*” in the meaning adopted in international law appeared for the first

---

<sup>1</sup> See Alfred Verdross, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Freiburg 1973, p. 25.

<sup>2</sup> Alfred Verdross, “Forbidden Treaties in International Law”, *AJIL* 31(1937), 571, at 572

<sup>3</sup> See Julio A. Barberis, “Le concept de « traité international » et ses limites”, *AFDI* 30 (1984), 239, at 263.

the meaning adopted in international law appeared for the first time in the *Serbian and Brazilian Loans* case:<sup>4</sup> the Court referred to the notion known in most legal systems and identified it with public order.

The so-called Hitler-Stalin Pact (known also as Ribbentrop-Molotov agreement) is a good example of confusion and difficulties. Numerous politicians, including Polish Foreign Minister Skubiszewski and top officials from the Baltic States, stated several times on different occasions that the Pact was null and void. The Pact was a non-aggression treaty accompanied by a secret protocol on partition of zones of influence in Central and Eastern Europe. It did not contain any formal reference to the use of force, although this could be implied from its context. From the point of view of the law of treaties, there was no reason to declare the Pact null and void as no circumstance affecting its validity was present. It was only non-opposable to Poland or to any other State in the region. Let us recall that the sanction of invalidity under international law is very limited, contrary to opposability.<sup>5</sup>

Art. 103 of the UN Charter could also be invoked as a possible example of a peremptory norm of international law.<sup>6</sup> However, that provision confines itself to setting forth the primacy of the Charter over any other international agreement inconsistent with it, constituting therefore a classical conflict clause: it neither prohibits the conclusion of treaties contrary to the Charter nor proclaims their invalidity. The solution is confirmed by a number of international agreements in different fields, on both universal and regional levels. The model provisions are Art. 1, 4 and 20 of the Charter of the OAS, and Art. 1 of the NATO Pact. In our opinion, Art. 103 covers all kinds of norms included in the UN Charter, while the category of *jus cogens* concerns exclusively substantive norms. The procedural issues relate rather to obligations *erga omnes*, even if that distinction is unclear in light of the ICJ judgment in the *Barcelona Traction* case. Our stance is supported by the *Nicaragua* judgment of the Hague Court. The Court decided with respect to

---

<sup>4</sup> *PCIJ Publ.* 1929, series A, No. 20/21, p. 46.

<sup>5</sup> On the notion of opposability in international law see Vladimir Duro Degan, *Sources of International Law*, The Hague *et al.* 1997, pp. 339 *et seq.*

<sup>6</sup> As to the view on the superior position of the Charter in the international legal system cf. Ronald St. J. Macdonald, "The Charter of the United Nations and the Development of Fundamental Principles of International Law", in: Bin Cheng and Edward Duncan Brown (eds.), *Contemporary Problems of International Law. Essays in Honour of Georg Schwarzenberger on his 80<sup>th</sup> Birthday*, London 1988, pp. 196 *et seq.*

the relationship between conventional obligations and customary ones concerning self-defence that even though the content of the customary rule of self-defence could be established on the basis of a practice connected with the application of the UN Charter, this process yielded results only with regard to the substantive aspects of the norm. The rights and duties under customary law of a State invoking the right to self-defence did not, however, include a duty to inform the UN Security Council of the armed attack that occurred. That duty was incumbent exclusively upon the member States of the United Nations, and not upon those States which are bound by the rules enunciated in the UN Charter only by virtue of their quality as customary law, in accordance with Art. 38 of the Vienna Convention. It is not our principal task to discuss the distinction between *jus cogens* and obligations *erga omnes*, but we would like to indicate that the latter expression should refer to the procedural issues, and in particular to the authority to bring international claims in connection with the violation of peremptory norms of international law. The ICJ in the *East Timor* case has not confirmed that approach, but it is still the only logical solution. We shall return to the analysis later.

The concept of peremptory norms involved a number of difficult questions during the preparatory work preceding the Law of Treaties Convention. All rapporteurs of the ILC (G. Fitzmaurice, 3<sup>rd</sup> Report of 1958; H. Lauterpacht, 1<sup>st</sup> Report of 1953; H. Waldock, 2<sup>nd</sup> Report of 1963) proposed to include in the draft provisions on invalidity of treaties contrary to certain rules of international law, in particular to the fundamental principles of the United Nations and to the norms establishing international crimes subject to universal jurisdiction. The notion of *jus cogens* was included in Art. 13 of the 1963 Draft, although the discussion within the ILC revealed considerable criticism of that expression. Some other terms were proposed instead of *jus cogens* but none of them found acceptance (even if they were partially taken into account in the wording of Art. 53 of the Convention). The final draft of 1966 included the notion of *jus cogens* in Art. 50. The criticism of that provision within the ILC and the 6<sup>th</sup> Committee of the General Assembly, as well as the comments by different States on the draft, were based upon two premises: rejection of *jus cogens* in general and questioning of substantive elements of the proposed regulation. Finally, during a preparatory stage 32 States expressed their acceptance of the concept of peremptory norms (which constituted some 30% of the then members of the UN), while ten



States criticized it. Those figures suggest that the concept of *jus cogens* cannot be viewed as customary law prior to the entry into force of the Vienna Convention. In the final vote on the present Art. 53, 72 states voted for the solution proposed, 3 against, and 18 abstained.<sup>7</sup> The way of adopting of Art. 53 led some authors to the conclusion that the concept of *jus cogens* would be of an exclusively contractual character, and it would never acquire the status of customary law unless the Vienna Convention would gain universal acceptance.<sup>8</sup> Another author remarked in connection with the retroactivity clause of the Vienna Convention that it was introduced during the Conference as Art. 4 in order to avoid the retroactive effect of certain provisions of the Convention, including Art. 53 and 64. This shows that both stipulations amounted to progressive development of international law.<sup>9</sup>

Art.53 of the Vienna Convention reads as follows:

“A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purpose of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

The reference to *jus cogens* can be found also in Art. 64, according to which “if a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates”. Finally, in case of a dispute among the parties to the Convention as to the interpretation of Art. 53 and 64, any of the parties concerned can refer that dispute to the ICJ or arbitration.

---

<sup>7</sup> Jerzy Sztucki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Wien/New York 1974, *passim*; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester 1984, pp. 202-226; Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris 1972, pp. 138-143; Degan, *op. cit.* (note 5), in particular pp. 226 *et seq.*

<sup>8</sup> Sztucki, *ibid.*, p. 106.

<sup>9</sup> Christos Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam *et al.* 1976, p. 39. On the opposite view, defended *inter alia* by R. Ago and St. Nahlik, see Theodor Meron, “International Law in the Age of Human Rights. General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours* 301 (2003), 9, at 201.

## II. THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES CONNECTED WITH PEREMPTORY NORMS

The authors dealing with *jus cogens* emphasize two aspects: absolute prohibition of any form of its violation, and invalidity of any instrument contrary to it. Although we remain skeptical as to the possibility of practical application of the concept of peremptory norms in contemporary international law, we agree that the concept has been generally accepted. We agree with the authors criticizing the insufficiency of the definition.<sup>10</sup> First of all, it defines the rule through its legal effects. Secondly, it presupposes a very high level of consensus within the international community. Thirdly, the difficulties in the law-making process cannot be neglected. Those problems will be discussed *infra*.

The first problem is connected with the possible catalogue of peremptory norms in international law. The ILC decided to include that notion in the draft convention although it was convinced that no catalogue of peremptory norms could be formulated.<sup>11</sup> The commentary to the Vienna Convention mentioned the bans on illegal use of force (aggression), slavery, piracy, racial discrimination, apartheid and genocide. During the preparatory work for the Convention and the Vienna Conference itself 26 examples of norms allegedly qualifying as peremptory were suggested, but only three of them (prohibition of the use of force, genocide and slavery) found support by more than ten States. However, it was also manifest that the drafters of the Convention did not consider a definition of the content of peremptory norms to be their principal aim. Consequently a precise description of *jus cogens* was left to the subsequent practice. Unfortunately, it is neither particularly rich nor consistent. We limit ourselves to discussing some questionable examples connected with the law of treaties.

The first example that comes to mind is beyond any doubt the *pacta sunt servanda* principle. Everybody agrees that this is the norm constituting the foundation not only of international law, but of every legal order. Let us suppose that the *pacta sunt servanda* principle is of a peremptory nature.

---

<sup>10</sup> "Article 53 does not represent the optimum of legal wisdom. Although it was intended to provide law on a very delicate and unsettled matter, it provided neither any examples of jus cogens rules in its text nor a clear definition comprising all the constituting elements of the concept of international jus cogens" –Rozakis, *ibid.*, p. 83.

<sup>11</sup> *YBILC* 1963, vol.II, p.198.

That would mean that any international agreement conflicting with an earlier one would be contrary to that principle, and therefore invalid as contrary to *jus cogens*. However, if we look at the provision of the Vienna Convention of 1969 concerning the application of successive treaties relating to the same subject-matter (Art. 30), there is no reference to the invalidity of the later treaty. On the contrary, generally speaking, the Convention establishes a principle that the later (incompatible) agreement prevails over the earlier one. If there is any doubt, it is for the State concluding both treaties to decide which treaty it intends to apply.

Another example of an allegedly international peremptory norm is the right to self-determination. It was invoked in at least three situations implying the application of *jus cogens* rules as understood in the Vienna Convention.<sup>12</sup> But if the right to self-determination was peremptory, the claim of different territories to secession should have been supported, and this is not the case. In particular the opinions of the Badinter Committee on Yugoslavia (and especially Opinion No. 2 of 11 January 1992)<sup>13</sup> constitute important proof that the right to secession has not been accepted under international law. The ICJ declared the principle of self-determination to be one of the fundamental norms of contemporary international law (not *jus cogens*), but it declined to draw the logical consequences from its possible peremptory status by rejecting the preliminary objections raised by Australia against the application brought by Portugal against Australia (in fact, the Court once more rejected the *actio popularis* in international law). The language of the Court seems to be deliberate and it follows the line traced by the *Tehran Hostages* case. In its 1980 decision the Court defined obligations under dip-

---

<sup>12</sup> As for two of them, see *infra*. The third case concerned the claims by Somalia invoking the invalidity of boundary treaties concluded by Abessinia and Italy (1897 and 1907), Abessinia and UK (1897), and UK and Italy (1924). Those treaties constitute the basis for present borders between Somalia and Eritrea and Kenya, respectively. Cf. Jan Sandorski, *Nieważność umów międzynarodowych*, Poznań 1978, p. 192. The issue is, however, complicated as no claims to territorial changes and modification of boundaries in Africa received any support by the international community. The rule of *uti possidetis* was generally accepted.

<sup>13</sup> Opinions 1-3, see *ILM* 31(1992), 1494; see also critical opinions by the present author, *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki międzynarodoprawne (1990-1992)*, Warszawa 1998, pp.53 ff; Hurst Hannum, "Self-Determination, Yugoslavia, and Europe: Old Wine in New Bottles?", *Transnational Law and Contemporary Problems* 3 (1993), pp.59 *et seq.*; Alain Pellet, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee. A Second Breath for the Self-Determination of Peoples", *EJIL* 3 (1992), 178 *et seq.*

lomatic law as vital and fundamental for the international community, but did not describe them as peremptory.<sup>14</sup>

That paradox shows how difficult it can be to reach agreement on a complete catalogue of peremptory norms in international law. However, the references to *jus cogens* in the judicial practice are extremely modest, and no treaty has been declared null and void because of its conflicting with a peremptory norm. We shall come back to that problem later.

The second issue relates to who can invoke a violation of *jus cogens* by the treaty in question. During the codification conference in Vienna the delegations of Luxembourg, Chile, Israel, Switzerland and some other States emphasized that the acceptance of the right of every State to claim the invalidity of a treaty contrary to a peremptory norm of international law would be a logical consequences of the provision of Art. 53.<sup>15</sup> The proposal was, however, rejected by the participants. Another argument confirming that the power to invoke the invalidity of a treaty contrary to a peremptory norm can be derived from Art. 65 inasmuch as it specifies the procedure of derogation from treaties (but not of their invalidation). The stipulation does not draw any distinction between different grounds of invalidity of treaties. It refers to the rights of the parties, and in all cases in which the Vienna Convention uses that notion it means the parties to the particular treaty concerned. The obligation formulated in Art. 53 is therefore not owed *erga omnes*.

The possibility of asserting the invalidity of treaties under Art. 53 of the Vienna Convention is supported by a solution adopted by the ILC in its Articles on State Responsibility.<sup>16</sup> Dealing with countermeasures, Art. 48 is devoted to the premises under which a State other than an injured State can invoke the responsibility of another State. Such claims are admissible if the obligations breached are owed to a group of States including the claimant State, or to the international community as a whole. Their scope is limited by comparison with the entitlements of an injured State and encompasses the rights: to require cessation of a wrongful act as well as guarantees of non-repetition and to demand the performance of the obligation in favour of the

---

<sup>14</sup> *ICJ Reports* 1980, pp. 40-43.

<sup>15</sup> See Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (jus cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki 1988, p. 179.

<sup>16</sup> Annexed to UNGA Resolution 56/83 of 12 December 2002; see James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge 2002.

injured State(s). This does not exclude other forms of action against the perpetrator, but the State acting as defensor legis should be able to prove that it actually acts on behalf or in the interest of the injured party. The ILC deliberately did not refer to the notion of obligations *erga omnes*, although it actually dealt with that kind of obligations. It is clear that the provisions of the Articles on State Responsibility referred to apply also to the conclusion of a treaty contrary to peremptory norms (as such a treaty would entail a violation of *jus cogens*) and entitle third States to claim the invalidity of that treaty. It seems also that such power should be granted to the principal political organs of the UN, including the UN General Assembly and the UN Security Council. Those powers could be realized in cooperation with the ICJ, which could give an advisory opinion upon request of the agencies mentioned in Art. 96 of the UN Charter.

Another interesting argument in favour of a right of third parties to assert the invalidity of a treaty relates to the possibility of invoking Art. 51 of the UN Charter (collective self-defence) in case of a treaty providing for the illegal use of force against a State.<sup>17</sup> An additional problem arises in connection with the use of force or threat of use of force. What is the relationship between Art. 53 and Art. 52 of the Vienna Convention? Is Art. 52 *lex specialis* with respect to Art. 53? If there is a general consensus that the ban on the use of force constitutes undoubtedly an imperative norm, why was Art. 52 introduced into the Convention? The only logical explanation is that there was a general consensus among the participants as to the invalidity of a treaty concluded under coercion, but not as to *jus cogens*. Otherwise we would have to conclude that the ban on use of force is not imperative....

It is equally unclear at which moment the parties to a treaty contrary to *jus cogens*, and in particular third States, could invoke the invalidity of that treaty and consequently apply countermeasures. In our opinion, the mere conclusion of the treaty (or the moment at which it becomes known to the third parties) allows for claiming its invalidity; however, countermeasures could be applied exclusively when the treaty has been executed in practice. Our position is based upon the proposal by the ILC in the Articles on State Responsibility. According to Art. 40, only serious breaches of *jus cogens* are covered by measures provided by the Articles and justify intervention by

---

<sup>17</sup> Antonio Cassese, in: *id.* / Joseph H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law Making*, Berlin 1988, p. 100.

third parties. Although we are not convinced that any gradation of violations of *jus cogens* should be admissible, we nonetheless accept the proposal.<sup>18</sup>

Separability of the provisions of such an agreement in case of its non-conformity with *jus cogens* is another important issue. The general rule formulated in the Vienna Convention is that a treaty declared null and void is inseparable, unless the reason of invalidity is connected to certain provisions only. In such situation the agreement in question could remain valid, unless some additional conditions are met. However, if the treaty is contrary to a peremptory norm, this rule is not applicable.

Convalidation of a treaty invalidated because of its non-conformity with *jus cogens* is the next problem. Some delegations suggested at the Conference that a treaty concluded under the coercion or threat of use of force could be convalidated, not only by an express declaration of the party concerned but also by acquiescence. In our opinion, however, by analogy to the effects of Art. 52, such a treaty cannot be remedied.

Finally, we would like to consider the relationship between the admissibility of reservations and *jus cogens*. We refer here to the test proposed by the ICJ in the *North Sea Continental Shelf* case. The Court considered whether the 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone could develop into customary law. The judges stated that the admissibility of reservations to the Convention is an important argument against the transformation of that act into customary law. We would say that the statement of the Court failed to make the necessary distinction between customary law and peremptory rules. The admissibility of reservations would preclude the creation of a peremptory norm, but not of a customary one. The former requires the universal consent of (nearly) all the States<sup>19</sup> presupposing in addition the existence of a special *opinio iuris cogentis*

---

<sup>18</sup> Similarly, Giorgio Gaja, "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", *Recueil des Cours* 172 (1981), 271, at 281, suggests that the conclusion of the treaty contrary to *jus cogens* is not forbidden; the execution should however be subjected to sanctions.

<sup>19</sup> At the Vienna conference, Mustafa K. Yasseen, speaking on behalf of the Drafting Committee, stated that the expression "international community as a whole" denoted the fact that the peremptory norm should be accepted by the vast majority of states, but not necessarily by all of them. The small number of opponents could not therefore invoke their status as persistent objectors. Such approach seems to be confirmed by the position of the international community (and in particular that of the UN) towards apartheid in the Republic of South Africa. However, if the number of opposing states increases, the possibility of establishing the peremptory nature of the norm concerned diminishes. In our opinion, the position referred to is not convincing.

which in our opinion precludes mere reference to acquiescence. The latter can emerge even if some States do not adhere to the practice that does not need to be unanimous or uniform. We do not consider here the *jus cogens*-making process in detail. In our opinion, the requirements formulated in Art. 53 of the Vienna Convention suggest that the formation of those norms takes place exclusively by way of customary law.<sup>20</sup> The reason for this statement is clear: there are almost no international treaties with truly universal participation. Of course, we do not exclude a situation in which an existing peremptory norm, having emerged as customary law, would then be codified by a multilateral treaty. We could also envisage the creation of *jus cogens* via acts of international organizations, including in particular by resolutions of their political organs. The ICJ has expressed such opinion in its advisory opinion on the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide*.<sup>21</sup> However, most of the acts according to the statutes of those organizations are exclusively of a non-binding nature, which implies that the member States represented in the particular bodies of the organization vote for some issue because of political reasons and not necessarily because they want to express their intention to be bound by a specific norm. We do not exclude that such resolutions constitute an important element in the formation of customary rules, and voting within the organization can become one of the factors of evaluation of *opinio iuris*. But this is not enough to establish a peremptory norm of international law. However, even if we accept the possibility of a peremptory rule being modified by a superseding customary rule, we must remember that any attempt to start a new practice aimed at the creation of a new customary rule should immediately meet the reaction of the international community as a violation of existing peremptory norms, including countermeasures by third states. If no such reaction occurs, it must be submitted that the norm in question loses its imperative character.

It is doubtful whether regional (particular) norms can be of a peremptory nature. The definition formulated in Art. 53 of the Vienna Convention suggests that *jus cogens* is composed exclusively of norms of general international law which are accepted and recognized by the international com-

---

<sup>20</sup> During the Vienna Conference the representative of Switzerland proposed a discussion on the peremptory law making but the proposal was rejected. See Sztucki, *op. cit.* (note 7), p. 107.

<sup>21</sup> *ICJ Reports* 1951, p. 27.

munity as a whole. However, the definition was adopted for the needs of the said Convention. The notion of peremptory norms developed since that time has acquired a new dimension. Theoretically we could accept the existence of regional *jus cogens*. The examples of such norms could be constitutional instruments of the Council of Europe, including the European Convention on Human Rights and the customary principles of democracy and rule of law that may acquire a status superior to other norms in the Euro-Atlantic legal space. However, the acceptance of those norms is not really general even at regional level. The European Convention allows for reservations (although no restrictions can be imposed upon the core human rights embodied in it) and limitations of specific rights if the State interest so requires. The right to democracy and the rule of law enjoy relatively wide recognition in the region, but they have not been implemented effectively and consistently – suffice it to refer here to the stance of the EU member States towards the States responsible for grave breaches of human rights like China or Cuba.

The effect of invalidation of treaties contrary to a peremptory norm of international law was considered at the Vienna Conference. It is formulated in a different way than the effects of other grounds of invalidity of treaties. Art. 71 requires the parties not only to restore in their mutual relations the situation which would have existed if the act had not been concluded (which is a usual effect of invalidity), but also to eliminate the consequences of the application of any provision contrary to the peremptory norm, and to bring their mutual relations into conformity with that norm. Similarly, a special provision was introduced to cover the effects of invalidity on the ground of violation of *jus cogens superveniens*. In that case, the invalidity is not declared *ab initio*, but from the moment when the new peremptory norm comes into existence, and the effects of the performance of the treaty prior to that occurrence remain valid. In our opinion, this is a termination of the treaty rather than its invalidation. The respective dispositions of the Vienna Convention were adopted by 87 votes against 5, 12 delegations abstaining.

### III. *JUS COGENS* BEYOND THE VIENNA CONVENTION

Art. 53 of the Vienna Convention has never been invoked in practice. There were several cases in which it could have been taken into account, but that never took place. Among bilateral agreements which were analyzed in



that context, reference was made to the 1921 Treaty between Persia and Soviet Russia, the so-called Guarantee Treaty on Cyprus, the Treaty of 1975 on Western Sahara, and the 1978 Camp David Peace Treaty between Israel and Egypt.<sup>22</sup> We add to this list also the recent Treaty on Accession of the Central and Eastern European States, Malta and Cyprus to the European Union of 2003.

The Treaty of 26 February 1921<sup>23</sup> granted to Russia a purely unilateral right to intervene in Persia in the case of a domestic conflict or a threat of subversive activities against Russia taking place from the territory of the latter. The Treaty was denounced by Iran on 5 November 1979 on the ground of changed circumstances. One commentator remarked that the change of circumstances derived also from the emergence of the general ban on the use of force on the basis of Art. 2 (4) of the UN Charter, as well as from the coming into being of a universal system of collective security, and indicated that the principle of non-use of force constituted also one of the possible peremptory norms of international law. However, *jus cogens* was not referred to in the Iranian declaration of 1979.

The Guarantee Treaty provided for a possibility of intervention of its parties in Cyprus in case of violation of its conditions. It was accepted by the UN Security Council and was never contested neither by the parties nor by any third State during the numerous discussions on the Cyprus issue within the UN. Cyprus denounced the Treaty in 1964, invoking its non-conformity with the principle of non-use of force.<sup>24</sup>

As to the Western Sahara Treaty, concluded on 14 November 1975 between Spain, Morocco and Mauritania, Algeria claimed its invalidity on the ground of an alleged conflict of that treaty with the principle of self-determination of the local population. However, the main argument advanced by the States contesting it was not the violation of the right of the local population to self-determination, but the lack of legitimacy on the part of Spain to conclude it.

---

<sup>22</sup> Natalino Ronzitti, "Trattati contrari a norme imperative del diritto internazionale?", in: *Studi in onore di G. Sperduti*, 1984, p. 209; see also Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, Paris 1986, pp. 103-104.

<sup>23</sup> 9 *LNTS* 384; see also W. Michael Reisman, "Termination of the USSR's Treaty Right of Intervention in Iran", *AJIL* 74 (1980), 144 *et seq.*

<sup>24</sup> Gaja, *loc. cit.* (note 18), 279.

The action of the UN General Assembly in respect of the Israel-Egypt Peace Treaty was the most serious attempt to cancel a treaty on the basis of a violation of *jus cogens*. The arguments put forward against that treaty were connected with the infringement of the principle of self-determination of the Palestinian people and the absence of the PLO, which invoked the *pacta tertiis* rule. The agreements of Camp David on West Jordan and the Gaza Strip were declared by GA resolutions 34/65B of 29 November 1979 (para 4), and 35/169B of 15 December 1980 (para 2) to have “no validity”, but the parties to them never invalidated them; thus, no practical effects resulted from the resolutions.

The most recent example of a treaty alleged to conflict with *jus cogens* can be found in the Treaty of Accession of the Central and Eastern European States, Malta and Cyprus to the European Union of 2003. The final outcome of accession negotiations resulted in the conclusion of the treaty providing for the accession of the whole Republic of Cyprus to the EU. However, because of the negative decision of the referendum in the Greek part of the Island, the treaty entered into force exclusively for the Republic of Cyprus, and not for the so-called Turkish Republic of Northern Cyprus. One could ask whether such a solution does not violate the territorial integrity of Cyprus.

Notwithstanding the concept of *jus cogens*, attempts to build up a certain hierarchy between different categories of treaties have also been undertaken. The first such attempt in that respect took place in March 1949 when the USSR declared that the NATO Treaty was incompatible with the obligations of the UK and France under the Anglo-Soviet Treaty of Alliance and the Franco-Soviet Treaty of Alliance of 1944. However, both treaties were formally denounced by the USSR in 1955, after the accession of the FRG to NATO. There are first the norms of a dispositive nature that are crucial for the functioning of the international community. The ICJ referred to them as fundamental and vital. There are certain provisions in the human rights treaties which are not derogable and should be safeguarded under all circumstances (including a state of emergency). The admissibility of reservations to those conventions is restricted, and their provisions can neither be violated nor suspended in case of applying countermeasures. Stipulations to that effect can be found e.g. in the four Geneva Conventions on humanitarian law of 1949 and in the European Convention on Human Rights of 1950; the rights provided by those instruments have largely acquired a customary

status.<sup>25</sup> The primacy of (universal) human rights treaties over other (bilateral) conventional obligations was emphasized by the Government of Hungary when taking the decision on the opening of the boundary with Austria for GDR nationals in August 1989.<sup>26</sup> Finally, the same argument was presented in the discussions concerning the annexation of the Golan Heights by Israel in 1981 on the basis of a domestic statute.<sup>27</sup> The attempts to establish a hierarchy of treaties in international law can be dangerous. Some socialist authors suggested e.g. that the treaties on friendship and mutual assistance concluded between the communist States were superior to all other conventional engagements.<sup>28</sup>

A reference should be made here also to peace treaties. Contrary to the previous periods, they were relatively rare after the entry into force of the Vienna Convention. If concluded, they usually put one of the parties (aggressor State) in a disadvantageous position. However, from the perspective of contemporary international law, and in particular the principle of the non-use of force, as well as the rules governing international responsibility of States, the limitations imposed on the exercise of the sovereignty of an aggressor cannot be considered as contrary to *jus cogens*.

---

<sup>25</sup> See in particular Jean François Flauss, “La protection des droits de l’homme et les sources du droit international”, in: *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international. Colloque SFDI de Strasbourg*, Paris 1998, pp. 24 *et seq.*, 48 *et seq.*, and 71 *et seq.*; Wolfram Karl, “Menschenrechtliches Jus cogens – Eine Analyse von ‘Barcelona Traction’ und nachfolgender Entwicklungen”, in: Eckart Klein (ed.), *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Kolloquium 26-28. September 2002 Potsdam*, Berlin 2003, p. 102; José Antonio Pastor Ridruejo, “La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el ‘Jus cogens’ internacional”, in: *Estudios de derecho internacional. Homenaje a Profesor Miaja de la Muela*, Madrid 1979, p. 581; Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford 1989, pp. 41 *et seq.*, 79 *et seq.* and 136 *et seq.*

<sup>26</sup> Cf. Dieter Rauschnig, “Budapest ist an das Völkerrecht gebunden”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* of 31 August 1989.

<sup>27</sup> Vincent Coussirat-Coustère, “Israël et le Golan. Problèmes juridiques résultant de la loi du 14 décembre 1981”, *AFDI* 28 (1982), 185, at 198 *et seq.*

<sup>28</sup> Vladimir Grigorevich Butkevich, *Sovetskoe pravo i mezhdunarodny dogovor*, Kiev 1977, p. 95.

IV. CONCLUSION – FUTURE PROSPECTS OF *JUS COGENS* IN INTERNATIONAL LAW

The introduction of the concept of *jus cogens* into the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 led to important disputes among authors as to the normative nature and importance of that notion. Although ambiguous, it seems to be generally accepted by the international community as an important element of certain moral order in international relations. However, we still expect that the bold experiment of the ILC and then the Vienna Codification Conference will be confirmed by the jurisprudence of international judicial bodies, including the ICJ. First experiences are not very promising inasmuch as neither the Hague Court nor the European Court of Human Rights have been willing to accept all the consequences of the peremptory nature of certain fundamental legal norms, only the Criminal Tribunal for the former Yugoslavia constituting an exception to the rule. The negative example has been followed by domestic courts, which to date have not been ready to confirm the imperative character of certain norms of international law. We do hope, however, that future developments will confirm the place and role of *jus cogens* in the contemporary international community. This would require States to agree upon important restrictions concerning their sovereignty and freedom of action, and consensus in that respect is urgently needed. Revolutionary changes should also take place with regard to the acceptance of *erga omnes* effects of peremptory norms, and to the procedural entitlements of all States willing to bring claims against the violation of peremptory norms. Last but not least, the principles governing State responsibility for violations of fundamental and vital obligations must be implemented and applied in practice, and they should be supported by the activity of the International Criminal Court leading towards the punishment of perpetrators of – at least – the most important crimes against international law. We are also convinced that the reform of the UN Security Council, including the limitation of the veto power of the permanent members of the Council, could ensure more respect for international law.



## CHAPTER VI

# *The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?*

STEFAN TALMON

### I. INTRODUCTION

1) The Articles of the International Law Commission (ILC) on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ILC Articles on State Responsibility) provide in Art. 41(2) that ‘no State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach’ of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.<sup>1</sup> A peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is defined as a norm which is accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.<sup>2</sup> The ILC identified as *jus cogens* the prohibition of aggression and the illegal use of force, the prohibitions against slavery and the slave trade, genocide and racial discrimination and apartheid, the prohibition against torture, the basic rules of international humanitarian law and the right of self-determination.<sup>3</sup> The following norms have been added to these:

---

<sup>1</sup> General Assembly Resolution 56/83 (2001), 12 December 2001, Annex. The General Assembly took note of the articles and commended them to the attention of Governments without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate action (*ibid.*, para. 3).

<sup>2</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), 23 May 1969 (1155 UNTS 331), Art. 53.

<sup>3</sup> Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session, GAOR, 56<sup>th</sup> Session, Supp. No. 10 (A/56/10), 2001, pp. 283-284, paras. 4,5.

the prohibition of cruel, inhuman or degrading treatment<sup>4</sup> and crimes against humanity, the prohibition of piracy, and the principle of permanent sovereignty over natural resources.<sup>5</sup> The German Constitutional Court considered even the 'basic rules for the protection of the environment' as forming part of *jus cogens*.<sup>6</sup>

The obligation of non-recognition as laid down in the ILC Articles recently gained prominence in the advisory opinion of the International Court of Justice (ICJ) on the *Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004).<sup>7</sup> The Court advised that the construction of the wall being built by Israel, the occupying power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, and its associated regime, were contrary to international law. It held that Israel had violated certain obligations *erga omnes* including the obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination, certain rules of humanitarian law applicable in armed conflict which are fundamental to the respect of the human person and elementary considerations of humanity, and Art. 1 common to the four Geneva Conventions.<sup>8</sup> The Court then stated:

'Given the character and the importance of the rights and obligations involved, the Court is of the view that all States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem. They are also under an obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction.'<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> German Federal Constitutional Court, 2<sup>nd</sup> Chamber, Order of 24 June 2003, 2 BvR 685/03, BVerfGE 108, p. 129, at para. 67.

<sup>5</sup> See e.g. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6<sup>th</sup> edn., Oxford 2003, p. 489.

<sup>6</sup> Order of the German Federal Constitutional Court of 26 October 2004, 2 BvR 955/00, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, pp. 175-183, at p. 178 (translation supplied).

<sup>7</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004 (hereinafter *Wall in the Occupied Palestinian Territory*), available at <[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)>.

<sup>8</sup> *Ibid.*, paras. 155-158.

<sup>9</sup> *Ibid.*, para. 159. See also the written statement by France to the ICJ, dated 30 January, 2004: 'Since it is internationally wrongful, the act of constructing the wall on the Occupied Palestinian Territory also entails legal consequences for third States and international organizations. *Inter alia*, they are under an obligation not to recognize as lawful the situation created by the route taken by this wall.' The statement is available at <<http://www.icj-cij.org>>.

This was the second time that the ICJ had found that States were under an obligation not to recognize an illegal situation. In the *Namibia* advisory opinion of 1971, the Court held that the presence of South Africa in Namibia was illegal and that States Members of the United Nations were under an obligation to refrain from any act and in particular any dealings with the Government of South Africa implying the recognition of the legality of South Africa's presence and administration.<sup>10</sup>

State practice also knows of numerous examples of collective non-recognition of situations created by a serious breach of the prohibition of the use of force and other *jus cogens* obligations. For example, on 11 March 1932, in the wake of the Manchurian conflict between Japan and China, the Assembly of the League of Nations declared that 'it is incumbent upon the members of the League of Nations not to recognize any situation, treaty or agreement which may be brought about by means contrary to the Covenant of the League of Nations or to the Pact of Paris.'<sup>11</sup> The political organs of the United Nations have frequently called upon States not to recognize illegal States such as Rhodesia, the South African Bantustans and the Turkish Republic of Northern Cyprus,<sup>12</sup> the annexation of territory,<sup>13</sup> governments in-

---

<sup>10</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports 1971, p. 16 (hereinafter *Namibia*).

<sup>11</sup> LNOJ, Spec. Supp. No. 101, 1932, pp. 87-88. On the collective non-recognition of Manchukuo, see David Turns, 'The Stimson Doctrine of Non-Recognition: Its Historical Genesis and Influence on Contemporary International Law', *Chinese Journal of International Law* 2 (2003), 105-143; Stefan Talmon, *Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten*, Tübingen 2006 (forthcoming), ch. 2.I.

<sup>12</sup> There is ample literature on the question of non-recognition of new States created by a violation of *jus cogens*: see John Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge 1987, pp. 123-163; Vera Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in International Law*, Dordrecht 1990; Heike Krieger, *Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht*, Berlin 2000, pp. 176-256; Talmon, *op. cit.* (note 11), ch. 1-3.

<sup>13</sup> See e.g. Commission of Human Rights resolution 2005/8, 14 April 2005, para. 5 (non-recognition of the Israeli annexation of the Syrian Golan Heights), Security Council resolution 478 (1980), 2 August 1980, para. 5 (non-recognition of the Israeli annexation of East Jerusalem); Security Council resolution 662 (1990), 9 August 1990, para. 2 (non-recognition of the Iraqi annexation of Kuwait).



stalled by a foreign illegal occupying power,<sup>14</sup> the legality of the presence and administration of an occupying power,<sup>15</sup> and even the result of elections.<sup>16</sup>

2) In the advisory opinion on the *Wall in the Occupied Palestinian Territory*, the ICJ confirmed that the obligation ‘not to recognize as legal’ territorial acquisitions resulting from the threat of use of force reflects customary international law.<sup>17</sup> This finding is supported by a long list of declarations and instruments to this effect, starting in 1949 with the Draft Declaration on the Rights and Duties of States which provided in Art. 11 that ‘every State has the duty to refrain from recognizing any territorial acquisition by another State’ in violation of the prohibition of the threat or use of force.<sup>18</sup> In 1964, the Second Conference of Heads of State and Government meeting in Cairo stated in a Declaration on Peaceful Coexistence and the Codification of its Principles by the United Nations that ‘States must abstain from all use or threat of force directed against the territorial integrity and political independence of other States; a situation brought about by the threat or use of force shall not be recognized.’<sup>19</sup> The obligation ‘not to recognize as legal’ the acquisition or occupation of territory resulting from aggression or the threat or use of force was also included in the 1970 Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations (Friendly Relations Declaration), the 1970 Declaration on the Strengthening of International Security, the 1974 Definition of Aggression, the 1975 Helsinki Final Act of the Conference of Security and Co-operation in Europe, and the 1987

---

<sup>14</sup> See e.g. Security Council Resolution 661 (1990), 6 August 1990, para. 9(b) (non-recognition of any regime set up by the occupying power); Presidential Statement of 3 May 1985 (non-recognition of interim government in illegally occupied Namibia).

<sup>15</sup> See e.g. Security Council Resolution 283 (1970), 29 July 1970, paras. 1, 2 (non-recognition of South African presence in Namibia).

<sup>16</sup> See e.g. Security Council Resolutions 554 (1985), 17 August 1984, para. 5 (non-recognition of the results of the so-called ‘elections’ in South Africa); 439 (1978), 13 November 1978, para. 3 (non-recognition of organs established by elections in Namibia).

<sup>17</sup> *Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004, para. 87.

<sup>18</sup> ILC Yb. 1949, pp. 286-290, at p. 288.

<sup>19</sup> Odette Jakowitsch/Karl P. Sauvant, *The Third World Without Superpowers: The Collected Documents of the Non-Aligned Countries*, Vol. 1, New York 1978, pp. 50-51.

Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations.<sup>20</sup>

In its Articles on State Responsibility, the ILC has extended the obligation 'not to recognize as lawful' beyond aggression and the illegal use of force to all situations created by a serious breach of a *jus cogens* obligation. While there is some State practice with regard to the non-recognition of situations created by a serious breach of the right of self-determination of peoples and the prohibition of racial discrimination (*viz.* the prohibition of apartheid),<sup>21</sup> there is virtually no such practice to support a duty of non-recognition with regard to situations created by serious breaches of other *jus cogens* norms such as the prohibitions of slavery and the slave trade, genocide, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment, crimes against humanity, or the basic rules of international humanitarian law. In view of the lack of State practice, it has rightly been questioned whether customary international law knows of a general duty of non-recognition of all situations created by a serious breach of *jus cogens*.<sup>22</sup>

This paper examines the content of the obligation 'not to recognize as lawful' a situation created by a serious breach of a *jus cogens* obligation, and the practical difficulties that may arise in complying with this obligation. It also asks whether an obligation of non-recognition makes legal sense in cases of serious breaches of *jus cogens* obligations, other than those resulting in the creation of a new State or the acquisition or occupation of territory.

## II. THE CONTENT OF THE OBLIGATION OF NON-RECOGNITION

1) While the obligation 'not to recognize as lawful' a situation created by a serious breach of the prohibition of the threat or use of force seems to be well established in international law, it is unclear exactly what that obliga-

---

<sup>20</sup> For a detailed analysis of these instruments, see Talmon, *op. cit.* (note 11), ch. 4.III.2.a.(3).

<sup>21</sup> But see the statement made on behalf of Australia in the *East Timor* case: 'Australia denies that States are under an automatic obligation, under general international law, not to recognize or deal with a State which controls and administers a territory whose people are entitled to self-determination. There is no automatic obligation of non-recognition or non-dealing, even though that State may be denying the people the right to self-determination.' (CR 95/14, 16 February 1995, p. 36, para. 5 (James Crawford)).

<sup>22</sup> Order of the German Federal Constitutional Court of 26 October 2004, 2 BvR 955/00 (sep. op. Lübke-Wolff), available at <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>.

tion entails. In his separate opinion in the advisory opinion on the *Wall in the Occupied Palestinian Territory* Judge Kooijmans stated:

‘Article 41, paragraph 2, [of the ILC Articles on State Responsibility] however, explicitly mentions the duty not to recognize as lawful a situation created by a serious breach just as operative subparagraph (3) (D) [of the Court’s Opinion<sup>23</sup>] does. In its commentary the ILC refers to unlawful situations which – virtually without exception – take the form of a legal claim, usually to territory. [...] all examples mentioned refer to situations arising from formal or quasi-formal promulgations intended to have an *erga omnes* effect. I have no problem with accepting a duty of non-recognition in such cases.

I have great difficulty, however, in understanding what the duty not to recognize an illegal fact involves. What are the individual addressees of this part of operative subparagraph (3) (D) supposed to do in order to comply with this obligation? That question is even more cogent considering that 144 States unequivocally have condemned the construction of the wall as unlawful (res. ES-10/13), whereas those States which abstained or voted against (with the exception of Israel) did not do so because they considered the construction of the wall as legal. The duty not to recognize amounts, therefore, in my view to *an obligation without real substance*.<sup>24</sup>

Most of the *jus cogens* norms which were identified by the ILC refer to factual situations or actions rather than to claims under international law. What does it mean, for example, not to recognize as lawful a situation created by acts of genocide or slavery? What actual legal consequences followed from the genocide in Rwanda for third States in terms of Art. 41(2) of the ILC Articles on State Responsibility? To say that States are under an obligation not to recognize a situation as lawful raises more questions than it answers.

The same is true in case of unlawful situations which take the form of a legal claim to territory. In contrast to Judge Kooijmans, the Court did not treat the construction of the wall as a ‘fact’ but treated it as amounting to a

---

<sup>23</sup> Operative subparagraph 3(D) reads: ‘All States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall and not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction’.

<sup>24</sup> *Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004, paras. 43, 44 (sep. op. Kooijmans) (italics added).

*de facto* 'claim' to territory. The Court recalled that both the General Assembly and the Security Council had referred, with regard to Palestine, to the customary rule of the 'inadmissibility of the acquisition of territory by war'.<sup>25</sup> The Court noted that, since 1977, Israel had conducted a policy and developed practices involving the establishment of settlements in the Occupied Palestinian Territory, contrary to the terms of Art. 49(6) of the Fourth Geneva Convention, and that the route of the wall as fixed by the Israeli Government included within the 'Closed Area'<sup>26</sup> some 80 per cent of the settlers living in the Occupied Palestinian Territory. Moreover, it was apparent that the wall's sinuous route had been traced in such a way as to include within that area the great majority of the Israeli settlements in the occupied Palestinian Territory (including East Jerusalem). From this, the Court concluded that 'the construction of the wall and its associated regime create a "fait accompli" on the ground that could well become permanent, in which case, and notwithstanding the formal characterization of the wall by Israel, it would be tantamount to *de facto* annexation.'<sup>27</sup> The Court, in effect, spelled out the obligation of States not to recognize as lawful any territorial acquisition by Israel brought about by the construction of the wall.<sup>28</sup> However, even if the obligation is to be interpreted as an obligation not to recognize as lawful a *de facto* claim to territory, the question still remains as to what the substance of that obligation is.

As both the Court's opinion and Art. 41(2) of the ILC Articles on State Responsibility show, the obligation not to recognize as lawful a certain situation must be distinguished from the obligation not to render aid or assistance in maintaining that situation. In some respects, the latter may be seen as a logical extension of the duty of non-recognition. However, it has a sepa-

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, Advisory Opinion, para. 117.

<sup>26</sup> The 'Closed Area' is the part of the West Bank lying between the armistice demarcation line between Israeli and Arab forces as fixed in 1949 ('Green Line') and the wall (*ibid.*, para. 85).

<sup>27</sup> *Ibid.*, para. 121.

<sup>28</sup> Cf. the sep. op. of Judge Koroma: 'Equally important is the finding that the international community as a whole bears an obligation [...] not to recognize any unilateral change in the status of the territory brought about by the construction of the wall.' (*ibid.*, para. 7). See also the statement of the Brussels European Council on the Middle East Peace Process: 'The European Union will not recognise any change to the pre-1967 borders other than those arrived at by agreement between the parties' (Presidency Conclusions – Brussels 25/26 March 2004, p. 10).

rate scope of application insofar as actions are concerned which would not imply recognition of the situation created by a serious breach as lawful.<sup>29</sup> Again, difficult questions arise. Does, for example, the financing by foreign States of a web of new roads in the occupied Palestinian territory, made necessary by the construction of the wall and the Israeli settlements in the West Bank, imply recognition of the illegal situation resulting from the construction of the wall? Or does it simply aid and assist in maintaining the situation created by the wall?<sup>30</sup> It may be argued that the financing of roads in the West Bank, as well as the provision of food aid by the UN Work and Relief Agency (UNWRA) to people cut off from their fields by the wall, do neither, as they simply alleviate the plight of the Palestinians in the occupied territories.

Subsequent practice with regard to the illegal situation resulting from the construction of the wall is inconclusive. The General Assembly, at its tenth emergency special session, only acknowledged the Court's ruling and called upon all States Members of the United Nations 'to comply with their legal obligations as mentioned in the Advisory Opinion'.<sup>31</sup> The Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in the occupied Palestinian territories reminded 'States of their obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the Wall and not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction', but without specifying exactly what that means.<sup>32</sup> State practice shows that the duty of non-recognition so far has not affected the relations of third States with Israel; in particular, no State has refrained from any dealings with the Government of Israel with regard to the occupied Palestinian territory on the Israeli side of the wall (including East Jerusalem), cut funds or aid provided to Israel proportionate to the money spent by Israel on the construction and maintenance of the wall, or altered its conduct in any other way.

---

<sup>29</sup> Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session, GAOR, 56<sup>th</sup> Session, Supp. No. 10 (A/56/10), 2001, p. 291, para. 12.

<sup>30</sup> See 'Israel seeks funds for separate Arab roads', *The Guardian*, 6 September 2004, p. 13.

<sup>31</sup> General Assembly Resolution ES-10/15, 20 July 2004, para. 3.

<sup>32</sup> Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, John Dugard, on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967, UN Doc. E/CN.4/2005/29, 7 December 2004, p. 19.

2) Legal literature has not contributed much to the elucidation of the content of the duty not to recognize as lawful a situation created by a serious breach of a *jus cogens* obligation. Most authors do not address the question of the content of the duty at all. Those who do, for the most part merely paraphrase the formulation used by the ILC. For Georges Abi-Saab, for example, the obligation ‘consists mainly in the non-recognition of what is considered illegal and of its results’.<sup>33</sup> But, what does ‘non-recognition’ mean; what are third States supposed to do to avoid implied recognition of the legality of what is considered illegal or of its results? For some writers, the obligation not to recognize a situation as lawful seems to amount to nothing more than a formal declaration of non-recognition in order to prevent prescriptive title or rights arising by adverse possession or negative prescription or by historical consolidation.<sup>34</sup> There are two problems with this view. First, there is serious doubt that in international law prescription can create rights out of situations brought about by illegal acts.<sup>35</sup> This applies particularly in situations created by a serious breach of a *jus cogens* obligation. Ian Brownlie has rightly pointed out that ‘the specific content of norms of this kind involves the irrelevance of protest, recognition, and acquiescence; prescription cannot purge this type of illegality’.<sup>36</sup> Thus, non-recognition does not serve any legal purpose in this context. Secondly, the question of prescriptive title or rights arises only if the object of non-recognition is not merely a factual situation but, at the same time, an asserted legal status such as statehood, or a claim to title to territory arising from the factual situation. No such claims to status or title will usually arise from acts of genocide, torture or slavery, or the violation of the basic rules of international humanitarian law.

---

<sup>33</sup> Georges Abi-Saab, ‘The Concept of “International Crimes” and its Place in Contemporary International Law’, in: Joseph H.H. Weiler/Antonio Cassese/Marina Spinedi (eds.), *International Crimes of State. A Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin 1989, pp. 141-150, at p. 149.

<sup>34</sup> See e.g. Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3<sup>rd</sup> edn., Cambridge 2001, p. 154 (‘But probably the gist of non-recognition is that, despite a continuous and effective control over the annexed territory, no prescriptive rights evolve in favour of the aggressor.’); James Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford 1979, p. 123, n. 179 (‘non-recognition is an attempt to prevent its attribution [of legal status] by the process of recognition and consolidation.’).

<sup>35</sup> See Brownlie, *op. cit.* (note 5), pp. 149-150. See also UN Doc. A/6799, 26 September 1967, p. 18, para. 77 (‘international law could not legalize the consequences of unlawful acts’).

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 490.

3) In order to determine the substance of the obligation 'not to recognize as lawful' a certain situation, it may be helpful to examine the origins of this term. The formulation first appeared in the work of the *ad hoc* Special Committee on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States.<sup>37</sup> Over a period of seven years, from 1963 to 1970, the Special Committee drafted the Friendly Relations Declaration which was finally adopted by the General Assembly by consensus on 24 October 1970.<sup>38</sup> In the context of the first principle of the Declaration on the prohibition of the threat or use of force, the Special Committee dealt with the question of the non-recognition of territorial acquisitions resulting from the threat or use of force. The non-aligned countries and the Latin American States on the Committee suggested including a provision in the Declaration that 'no territorial acquisitions or special advantages obtained either by force or by any other means of coercion shall be recognized.'<sup>39</sup> The proposal met with serious reservations on the part of the Western States<sup>40</sup> which argued that, while the doctrine of non-recognition of factual situations was superficially attractive, it was questionable whether it would work in practice. It was the task of the Special Committee to create norms which could be valid in the practical conduct of international relations, and the Committee should not blind itself to the realities of the modern world.<sup>41</sup> It was pointed out that it was difficult, as a strictly legal proposition, to deny the existence of specific situations resulting from the illegal use of force; it was doubtful whether that

---

<sup>37</sup> The *ad hoc* Special Committee was established by General Assembly Resolution 1966 (XVIII), 16 December 1963. On the work of the Committee, see UN Doc. A/AC.125/12, 3 April 1970, pp. 1-26.

<sup>38</sup> General Assembly Resolution 2625 (XXV), 24 October 1970.

<sup>39</sup> UN Docs. A/AC.125/L.48, 27 July 1967, Principle A, para. 4, sentence 2 (submitted by Algeria, Cameroon, Ghana, India, Kenya, Madagascar, Nigeria, Syria, UAR and Yugoslavia); A/AC.125/L.49, Rev.1, 1 August 1967, Principle A, para. 2(h) (submitted by Argentina, Chile, Guatemala, Mexico and Venezuela), both, also reproduced in UN Doc. A/6799, 26 September 1967, p. 10, paras. 26, 27. See also the earlier proposal of 11 non-aligned countries: UN Doc. A/AC.125/L.21, 22 March 1966, paras. 4, 5 and the proposal of Chile: UN Doc. A/AC.125/L.23, 22 March 1966: 'It shall be expressly declared that contemporary international law in no way recognizes the validity of *de facto* situations brought about by the illegal threat or use of force'. For earlier proposals, see UN Docs. A/AC.119/L.7 and A/AC.119/L.15.

<sup>40</sup> Especially Australia, Japan, the Netherlands, Sweden, the United Kingdom and the USA voiced concern about a comprehensive obligation of non-recognition.

<sup>41</sup> UN Doc. A/6230, 27 June 1966, p. 39, para. 101. For more details, see also UN Docs. A/AC.125/SR.25, 25 July 1966, pp. 16-17; A/AC.125/SR.26, 25 July 1966, pp. 12, 21-22.

idea could be transformed into a legal obligation at the present stage of development of international institutions. It was essential that rules of law should be applicable in practice. If the idea was to be retained and a principle of law applicable in international relations was to be formulated, the question would have to be raised again in more realistic terms.<sup>42</sup> There was a general fear that the duty of non-recognition might be used by some to constitute a bar to trade arrangements, normal communications, and practical contacts of any kind with the accused State. It was pointed out that it would hardly be realistic for any State to make so broad an undertaking. In any event, it was evident that the adoption of such a measure could not be based on any interpretation of Art. 2(4) of the UN Charter. The Swedish representative on the Committee, Hans Blix, led the way to a compromise by stating that, 'if States were asked merely not to "recognize" or "consider" as legal that which was illegal, there would be no great difficulty' with the obligation of non-recognition.<sup>43</sup> The idea of limiting the obligation of non-recognition in that way was taken up by the Drafting Committee which, in its Report to the Special Committee, advanced the following formula with a view to providing a basis for further debate:

'The territory of any State may not, on any grounds whatsoever, be the object of acquisition by any other State, following the use of armed force. No territorial acquisition or special advantages obtained by the illicit use of force shall be recognized as legal.'<sup>44</sup>

The formulation 'not to recognize as legal' was initially opposed by the non-aligned countries and the Latin American States, which had advocated in their proposals an obligation of unqualified non-recognition. The Syrian delegate stated that 'the words "as legal" [...] were unacceptable to his delegation, which was deeply concerned at attempts to interpret the statement as excluding *de facto* situations created by the illicit use of force.'<sup>45</sup> The representative of Mexico, speaking also on behalf of Argentina, Chile, Guatemala and Venezuela, declared that the delegations wished to re-state their view

---

<sup>42</sup> UN Doc. A/7326, p. 31, para. 75.

<sup>43</sup> UN Doc. A/AC.125/SR.81-96 [86], 21 October 1968, p. 43.

<sup>44</sup> UN Doc. A/7326, p. 41, para. 111, item 7. See also Hans Blix, 'Contemporary Aspects of Recognition', *Recueil des Cours* 130 (1970-II), 587, at 662-664; Konstantin Obradović, 'Prohibition of the Threat or Use of Force', in: Milan Šahović (ed.), *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*, Belgrade 1972, pp. 51-128, at pp. 92-95.

<sup>45</sup> UN Doc. A/AC.125/SR.81-96 [96], 21 October 1968, pp. 169-170.



that ‘territorial acquisitions or advantages obtained by the use of force or other forms of coercion should not be recognized either *de jure* or *de facto*. Such an addition would maintain the universal validity of the principle, as one of the general principles of law within the meaning of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, and as a principle whose origins could be traced back to the first Inter-American Conference in 1889 and which had been expressly recognized in various League of Nations and United Nations resolutions.’<sup>46</sup> Such absolute non-recognition – refusing recognition both to the legality (i.e. *de jure* recognition) and the factual control of the administration of the State in breach (i.e. *de facto* recognition) – was, however, unacceptable to the Western States whose view finally prevailed.<sup>47</sup> Paragraph 10 of the first principle of the Declaration provides that ‘no territorial acquisition resulting from the threat of use of force shall be recognized as legal.’ Hans Blix, who may be regarded as the father of the term ‘non-recognition as legal’, explained its meaning in his Hague Academy lectures in 1970 as follows:

*‘no formal admission may be made of the legality of a forcible territorial acquisition as described. This would appear to allow States to determine for themselves – in the absence of any collective action by the United Nations – to what extent they would allow practical co-operation and courtesies without any formal admission of the legality of the situation. There had been concerns that a flat provision for non-recognition could have been used for arguments against any practical relations and courtesies predicated upon an illegal situation – a position deemed unrealistic. This concern was allayed by the formulation eventually adopted. Its acceptance would not, of course, be a substitute for decisions by the United Nations Security Council on collective non-recognition in concrete cases. On the contrary, only such decisions and concrete guidance as to what*

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 161. Mexico maintained its legal position to the very end of the negotiations. At the last session of the Special Committee on 1 May 1970 the Mexican representative declared that ‘his delegation regarded the sentence: “No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal” as a declaration condemning as illegal any territorial gain resulting from the threat or use of force and, consequently, any *de jure* or *de facto* recognition of such gains was a violation of international law [...]’ (GAOR, 25<sup>th</sup> Session, Suppl. No. 18 (A/8018), 1970, p. 107, para. 210).

<sup>47</sup> See Bernt Graf zu Dohna, *Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen und die Zusammenarbeit zwischen den Staaten*, Berlin 1973, p. 81.

restraints shall be exercised under the label of non-recognition [...] can be expected to lead to any uniform and effective international reaction.<sup>48</sup>

The compromise on the content of the obligation of non-recognition was also adopted in the case of the 1974 Definition of Aggression, which provides in Art. 5(3) that 'no territorial acquisition or special advantage resulting from aggression shall be recognized as *lawful*'.<sup>49</sup> The initial proposals of the non-aligned countries only provided that territorial acquisitions 'shall not be recognized'.<sup>50</sup> It was at the 94<sup>th</sup> meeting of the Special Committee on the Question of Defining Aggression on 3 February 1972 when it was proposed that the words 'as legal' be added after the word recognized.<sup>51</sup> The addition of the words 'as legal' was again opposed by the Mexican delegate who stated that 'it should be laid down with the utmost clarity that States had a duty not to recognize such acquisitions either *de jure* or *de facto*'.<sup>52</sup> This, however, was unacceptable to the Western States, which were generally opposed to the inclusion of the obligation of non-recognition in the definition of aggression. As they could not prevent this, their main aim was to water down any such obligation.<sup>53</sup> The replacement of the word 'legal' by the word 'lawful' signified an editorial but not a substantive change. Several delegations expressly pointed out that Art. 5(3) of the Definition of Aggression was to be interpreted in line with the relevant provision on non-recognition in the Friendly Relations Declaration.<sup>54</sup>

Adding the words 'as legal' or 'as lawful' was intended to give States the broadest possible scope of action in their relations with the perpetrator of the illegal act and could have considerably weakened the obligation of non-

---

<sup>48</sup> Blix, *loc. cit.* (note 44), 664-665. See also Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford 1963, 420-423 who also draws a distinction between admission of legality (i.e. *de jure* recognition) and *de facto* recognition of control over territory.

<sup>49</sup> General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974, Annex (*italics added*).

<sup>50</sup> UN Docs. A/AC.134/L.3, and Add.1, 25 June 1968, preambular para. 6; A/AC.134/L.16 and Add. 1 and 2, 24 March 1969, para. 8. See also A/AC.134/L.12, 26 February 1969, para. 4 ('No territorial gains or special advantages resulting from armed aggression shall be recognized.').

<sup>51</sup> GAOR, 27<sup>th</sup> Session, Supp. No. 19 (A/8719), 1972, p. 17.

<sup>52</sup> UN Doc. A/AC.134/SR.100-109 [106], 29 August 1973, p. 30.

<sup>53</sup> Thomas Bruha, *Die Definition der Aggression*, Berlin 1980, p. 204.

<sup>54</sup> See e.g. GAOR, 29<sup>th</sup> Session, Supp. No. 19 (A/9619), 1974, p. 24 (USA); p. 26 (Yugoslavia). See also the Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression, UN Doc. A/9411, 10 December 1973, p. 13. para. 29.

recognition.<sup>55</sup> However, subsequent non-recognition practice in the cases of Rhodesia, the South African presence in Namibia, the Bantustan States in South Africa, the Turkish Republic of Northern Cyprus and the Iraqi annexation of Kuwait shows that the international community regards the obligation of non-recognition as amounting to more than the prohibition of a formal admission of legality; it requires States to refrain from any action implying recognition of the legality of the situation in question.<sup>56</sup> The concept of implied recognition is difficult to reconcile with an understanding of the obligation of non-recognition as precluding only the formal admission of legality.<sup>57</sup> The obligation of non-recognition of the legality of a certain situation thus amounts to a 'duty of active abstention'.<sup>58</sup>

4) The purely formal view of the obligation of non-recognition underlying the Friendly Relations Declaration and the Definition of Aggression was also not shared by the ICJ in the *Namibia* advisory opinion.<sup>59</sup> For the Court, the duty of non-recognition excluded not only the formal admission of the legality of a situation, but any acts or dealings that could 'imply a recognition' that the situation was legal.<sup>60</sup> The obligations of non-recognition were not restricted to obligations set forth by the Security Council. To the contrary, the Court gave advice on those dealings that were precluded 'under the Charter of the United Nations and general international law'.<sup>61</sup> The passage from the *Namibia* opinion which is usually cited in evidence for the proposition that the precise obligations of non-recognition must, in order to

---

<sup>55</sup> Gaetano Arangio-Ruiz, *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law*, Alphen aan den Rijn 1979, pp. 103-104.

<sup>56</sup> See e.g. Security Council Resolution 662 (1990), 9 August 1990, where the Council called upon 'all States, international organizations and specialized agencies not to recognize that annexation, and to refrain from any action or dealing that might be interpreted as an indirect recognition of the annexation'.

<sup>57</sup> See the problems faced by Brownlie, *op. cit.* (note 48), 420, n. 4.

<sup>58</sup> The ILC talks about a 'duty of abstention'; see Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session, GAOR, 56<sup>th</sup> Session, Supp. No. 10 (A/56/10), 2001, p. 287, para. 4.

<sup>59</sup> *Namibia, ICJ Reports* 1971, p. 16.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 55, para. 121.

<sup>61</sup> *Ibid.* While the Court took note of Security Council Resolution 283 (1970), 29 July 1970, which defined some of the steps to be taken by States against South Africa it did not deal with that Resolution (*ibid.*, p. 55, para. 120). The Court's findings as to the dealings that could imply recognition of the legality of the South African presence in Namibia were later adopted by the Security Council in its Resolution 301 (1971), 20 October 1971, para. 11.

exist, be invoked by the appropriate political organs of the United Nations acting within their authority under the Charter<sup>62</sup>, does not relate to the obligation of non-recognition but, generally, to the appropriate measures to be taken by the United Nations and its member States to bring the illegal situation to an end.<sup>63</sup> The obligations set out in the resolutions of the United Nations organs are not always very precise. In Resolution 276 (1970), which lies at the heart of the *Namibia* opinion, the Security Council had called upon all States, in rather general terms, to refrain from any dealings with the Government of South Africa which were inconsistent with the Council's declaration that the continued presence of the South African authorities in Namibia was illegal, and that consequently all acts taken by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia were illegal and invalid. The question of which dealings with the Government of South Africa were inconsistent with the Council's declaration thus remained. The Court was called upon to answer precisely this question by the Security Council.

The obligation and content of non-recognition do not depend upon any action by the appropriate political organs of the United Nations.<sup>64</sup> A decision by a competent organ of the United Nations may establish legal certainty as to the existence of a serious breach of a *jus cogens* obligation. But, in the absence of such a decision, States may make their own determination at their own risk. That the obligation arises directly under customary international law is also shown by the fact that, in several cases, the call for non-recognition has been contained in a non-binding resolution of the General Assembly or in a statement of the President of the Security Council, which do not create any obligation. It is suggested that, with regard to the obligation of collective non-recognition, the function of the political organs of the United Nations is one of coordination, rather than creation, of the obligation, as uncoordinated acts of non-recognition by individual States will not usually be very effective.

---

<sup>62</sup> See e.g. the statements of the representatives of Australia in the *East Timor* case: CR 95/10, 9 February 1995, pp. 24-25 (Derek Bowett); CR 95/14, 16 February 1995, p. 36, paras. 5-6 and p. 56, para. 63 (James Crawford).

<sup>63</sup> The Court deals with the determination of 'what measures are available and practicable, which of them should be selected, what scope they should be given and by whom they should be applied' (*ibid.*, p. 55, para. 120).

<sup>64</sup> See Brownlie, *op. cit.* (note 5), p. 491 ('This duty may be observed irrespective of or in the absence of any direction from the United Nations if in the careful judgment of the individual state a situation has arisen the illegality of which is opposable to states in general.')

While the Court did not adopt a purely formal approach to non-recognition, it did not preclude all dealings with the Government of South Africa with regard to Namibia. In operative clause 2 of its opinion the Court held that Member States of the United Nations were ‘under obligation [...] to refrain from any acts and in particular any dealings with the Government of South Africa *implying recognition of the legality*’ of South Africa’s presence in Namibia.<sup>65</sup> The obligation of non-recognition is thus not so rigid as to preclude *all* dealings under all circumstances, but precludes only such dealings as would imply recognition of legality.<sup>66</sup> This distinction between dealings implying recognition of legality and those not implying recognition of legality (and thus not being excluded by the obligation not to recognize as lawful) has been confirmed by the ILC, which held that the obligation not to render aid or assistance ‘has a separate scope of application insofar as actions are concerned which do not imply recognition’ of the situation as lawful.<sup>67</sup> In practice, three categories of actions may thus be distinguished: actions implying recognition of the legality of a situation (which may also aid or assist in maintaining the illegal situation); actions amounting to aid or assistance in maintaining the situation (without implying recognition of the legality of the situation); and actions which do neither of these. This distinction, however, still leaves unanswered the question as to which actions imply recognition of a situation as lawful.

5) The ILC’s Commentary on Art. 41(2) of its Draft Articles on State Responsibility is not very instructive on the content of the obligation of non-recognition of the legality of situations created by a serious breach in the sense of Art. 40. Spain pointed out that the ‘substantive consequences’ of serious breaches as set out in Art. 41(2) were ‘largely undefined’ and called upon the ILC ‘to clarify to the extent possible the obligations of all States’ and, in particular, to ‘streamline the content of the obligation not to recognize as lawful the situation created by the breach’.<sup>68</sup> There seems to be a lot

---

<sup>65</sup> *Namibia, ICJ Reports* 1971, p. 16, at p. 58, para. 133 (emphasis added).

<sup>66</sup> Cf. *ibid.*, p. 166 (sep. op. Dillard). On the limits of the duty of non-recognition, see also *ibid.*, p. 149 (sep. op. Onyeama); pp. 134-137 (sep. op. Petrán); p. 219 (sep. op. De Castro); p. 297, para. 123 (diss. op. Fitzmaurice).

<sup>67</sup> Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session, GAOR, 56<sup>th</sup> Session, Supp. No. 10 (A/56/10), 2001, p. 291, para. 12.

<sup>68</sup> State Responsibility. Comments and observations received from Governments, UN Doc. A/CN.4/515, 19 March 2001, p. 54.

of uncertainty among States as to the precise content of the obligation. France even stated that Art. 41(2) appears not to be essential as it adds 'nothing of substance'.<sup>69</sup> Virtually all examples in the Commentary of situations not to be recognized as lawful refer to attempted acquisitions of sovereignty over territory. With regard to the obligation not to recognize as lawful the ILC only states that 'it not only refers to the formal recognition of these situations, but also prohibits acts which would imply such recognition.'<sup>70</sup> As States will not usually formally recognize 'as lawful' situations created by acts of genocide or torture, the question arises as to what acts can imply such recognition and are thus precluded under Art. 41(2)?

The concept of non-recognition was first introduced in the work of the ILC by Willem Riphagen, the third Special Rapporteur on the topic of State Responsibility. Art. 6(1)(a) of the 1982 draft articles provided that 'an internationally wrongful act of a State, which constitutes an international crime, entails an obligation for every other States not to recognize as legal the situation created by such act'. The formula was inspired by the non-recognition rule in the 1970 Friendly Relations Declaration.<sup>71</sup> In his 'Preliminary Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility', submitted on 1 April 1980, he introduced non-recognition of a situation created by a wrongful act as one of several '(other) "responses"' to such an act. For Riphagen, it was 'obviously possible that a primary rule of international law requires a State to recognize an existing factual situation created by another State as "legal", *that is as entailing legal consequences*.'<sup>72</sup> He described non-recognition in the following terms: 'non-recognition [as a response to an internationally wrongful act] is refusing to give an otherwise mandatory follow-up to the event that has taken place.'<sup>73</sup> If this is applied to the non-recognition of a State created in violation of international law, it requires that the legal consequences that arise *ipso jure* from a State's creation be de-

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, UN Doc. A/CN.4/515/Add.2, 1 May 2001, p. 13.

<sup>70</sup> Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session, GAOR, 56<sup>th</sup> Session, Supp. No. 10 (A/56/10), 2001, p. 287, para. 5.

<sup>71</sup> ILC Yb. 1982 II/1, p. 48, para. 7.

<sup>72</sup> ILC Yb. 1980/II, p. 115, para. 45 (italics added).

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 117, para. 54. See also Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session, GAOR, 56<sup>th</sup> Session, Supp. No. 10 (A/56/10), 2001, p. 289, para. 8 ('where a serious breach in the sense of article 40 has resulted in a situation that might otherwise call for recognition, this has nevertheless to be withheld.').

nied. In particular, the rights, competences and privileges that are inherent in statehood – and only those – are to be withheld from the new State. Riphagen cites ‘immunities of foreign States and their property’ under general international law as an example of a legal consequence that may be ignored if the factual situation giving rise to that immunity was created in violation of international law.<sup>74</sup> Riphagen’s successor as Special Rapporteur, Gaetano Arangio-Ruiz, also interpreted ‘the obligation not to recognize as “legal”’ in the sense of not ‘producing legal effects at the international level and in the respective national systems’.<sup>75</sup> Imposing a duty of non-recognition of a situation ‘as legal’ was thus intended to deny any legal effect to a situation created by a serious breach of a *jus cogens* obligation.<sup>76</sup>

There are, however, very few factual situations created by such serious breaches that, under customary international law or treaties, automatically give rise to legal consequences, i.e. rights or privileges, that can be denied by other States.<sup>77</sup> Acts of aggression, the illegal use of force, the denial of the right of self-determination of peoples, acts of genocide or crimes against humanity may result in the creation of an illegal State or the illegal acquisition or occupation of territory.<sup>78</sup> International law knows of only a very limited number of rights inherent in statehood, such as State immunity and the right to exercise jurisdiction over the State’s territory and over all persons

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, pp. 115-116, para. 46. See also Willem Riphagen, ‘The Legal Consequences of Illegal Acts under Public International Law’, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 20 (1973), 27, at 34.

<sup>75</sup> UN Doc. A/CN.4/453/Add.2, 8 June 1993, 29, para. 50. See also Art. 18(1)(a) of the draft articles submitted by Gaetano Arangio-Ruiz: ‘all States shall [...] refrain from recognizing as legal or valid, under international or national law, the situation created by the international crime.’ (ILC Yb. 1995 II/2, p. 45, n. 14).

<sup>76</sup> Cf. Gowlland-Debbas, *op. cit.* (note 12), p. 249 with regard to the duty of non-recognition in Art. 14(2)(a) of the 1984 version of the Draft Articles on State Responsibility.

<sup>77</sup> The Commentary on the Harvard Draft Convention on Rights and Duties of States in Case of Aggression described the content of non-recognition as follows: ‘Rights flowing from acts of force would not be recognized.’ (AJIL Supp. 33 (1939), 818-909, at 890).

<sup>78</sup> See the statement of the observer for Malaysia in the Human Rights Commission: ‘It was imperative that the international community should firmly uphold the principle of non-recognition of territories acquired through Serbian aggression, ethnic cleansing and other illegal acts.’ (UN Doc. E/CN.4/1992/S-2/SR.3, 4 December 1992, p. 16, para. 71).

and things within it.<sup>79</sup> Non-recognition of an illegal State thus means denying the State the rights and privileges inherent in statehood. Belligerent occupation of foreign territory gives rise to limited rights of administration of the occupying power under customary international law and treaties.<sup>80</sup> It is arguable that, subject to humanitarian considerations and the interests of the civilian population in the occupied territory, these rights are to be denied to an aggressor. States may, for example, refuse to recognize and enforce laws enacted by the aggressor for the occupied territory or may deny recognition to title to property even if the acquisition of property was within the 1907 Hague Regulations on Land Warfare.<sup>81</sup> The aggressor may also be denied the customary international law privilege that belligerents are not responsible for damages caused to subjects of neutral States by military operations in accordance with the laws of war.<sup>82</sup> Acquisition of territory usually entails the extension of the territorial scope of existing treaties and the right to conclude treaties for the acquired territory;<sup>83</sup> it may also have an effect on voting and other rights, under treaties that provide for proportionate voting or other rights depending on the size of a party's territory or population. In the case of illegal acquisition of territory, these rights are to be denied.

While the denial of legal effects may make sense in the situations mentioned above, the question remains: what are the legal effects that can be denied by other States arising from factual situations created by acts of slavery, genocide, crimes against humanity, racial discrimination, torture, the violation of the basic rules of international humanitarian law and other norms of *jus cogens*? While acts of genocide entail consequences under international criminal law and, depending on the circumstances, the law of State responsibility, these consequences are, of course, not to be denied by third States. The denial of the legal effects of a situation could be interpreted in a wider

---

<sup>79</sup> For an overview of the rights inherent in statehood, see Stefan Talmon, 'The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: *Tertium Non Datur?*', *British Year Book of International Law* 75 (2004), 148-152.

<sup>80</sup> See e.g. Arts. 42-56 of the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annexed to the 4<sup>th</sup> Hague Convention, 18 October 1907 (100 BFSP 338) and Arts. 47-78 of the 4<sup>th</sup> Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949 (75 UNTS 287). See also the Order of the German Federal Constitutional Court of 26 October 2004, 2 BvR 955/00, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, 175-183, at 179.

<sup>81</sup> Cf. Brownlie, *op. cit.* (note 48), p. 406, n. 3 with further references.

<sup>82</sup> See Talmon, *op. cit.* (note 11), ch. 12.III.2.a; Brownlie, *op. cit.* (note 5), p. 490.

<sup>83</sup> See VCLT, Art. 29.



sense. It could be argued that any property or other rights predicated on acts of genocide or convictions secured by acts of torture are to be denied any legal effect by other States. It is also arguable that the general legal consequences of acts of State under international law, such as the personal and functional immunity of State officials from the jurisdiction of foreign courts or State immunity, may be denied if the acts in question constitute genocide or other serious breaches of *jus cogens* obligations.<sup>84</sup> At least the latter interpretation, however, would not be in conformity with the recent ruling of the ICJ in the *Arrest Warrant* case.<sup>85</sup> The German Federal Court of Justice expressly stated in its decision of 26 June 2003 that ‘recent attempts to limit the principle of State immunity and, in case of violations of norms of *jus cogens* not to recognize it’ were ‘not in conformity with general international law’.<sup>86</sup>

6) The answer to the question of what conduct the obligation of non-recognition imposes on States must be sought in customary international law, as reflected in the settled practice of States, the decisions of international and national courts and tribunals, and the resolutions of the appropriate political organs of the United Nations.<sup>87</sup> The content of the obligation will differ according to the factual situation which is not to be recognized as lawful. There is ample practice in respect of the non-recognition of States created by a serious breach of a *jus cogens* obligation. The violated norms identified were, in the case of Rhodesia, the right of self-determination of the people of Southern Rhodesia; in the case of the South African homeland States the prohibition of racial discrimination (*viz.* the prohibition of apartheid); and, in the case of the Turkish Republic of Northern Cyprus, the prohibition of the use of force.<sup>88</sup> The State not to be recognized as lawful is to be denied all rights, capacities and privileges inherent in statehood. In this connection, it is necessary to distinguish between the rights *inherent in statehood*, i.e. the rights a State can demand under general international law be-

---

<sup>84</sup> Cf. *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, 24 March 1999, *ILM* 38 (1999), 581, at 651 (*per* Lord Millet) but only with regard to functional immunity.

<sup>85</sup> *Arrest Warrant of 11 August 2000*, *ICJ Reports* 2002, para. 58.

<sup>86</sup> German Federal Supreme Court, 3<sup>rd</sup> Senate, Decision of 26 June 2003, III ZR 245/98, BGHZ 155, p. 279, para. 15 (translation supplied). See also *ibid.* for further references to the literature on this question.

<sup>87</sup> See *Namibia*, *ICJ Reports* 1971, p. 16, at p. 134 (*sep op.* Petrán).

<sup>88</sup> See Talmon, *op. cit.* (note 11), ch. III.2.b(2) with further references.

cause it is a State, and the *optional relations* between States (and the resulting rights and privileges) that depend on the consent or co-operation of other States. Only the former are subject to the duty of non-recognition; the latter may be precluded by the obligation not to render aid or assistance in maintaining the illegal State.<sup>89</sup>

Governments of existing States installed by an act of aggression, the illegal use of force or the denial of the right of self-determination are not to be treated as having the capacities of a government in international law.<sup>90</sup> It is argued that the same should apply in cases of governments coming to power by acts of genocide.

The content of the obligation of non-recognition of the illegal acquisition or occupation of territory by a State has been set out by the ICJ in the *Namibia* advisory opinion. Other States are not to enter into treaty relations with a wrongdoing State in all cases in which its government purports to act on behalf of or concerning the territory. Existing bilateral treaties or provisions of treaties with the wrongdoer, which involve active intergovernmental co-operation, must not be invoked or applied to the territory illegally occupied or annexed. States are to abstain from sending diplomatic or special missions to a wrongdoing State, or from including in their jurisdiction the territory in question. They must abstain from sending consular agents to the territory and must withdraw any such agent already there. States must also abstain from entering into economic or other forms of relationship or dealings with the wrongdoer on behalf of or concerning the territory.<sup>91</sup>

It is argued that the restraints set out in the *Namibia* opinion apply equally to the *de facto* annexed territory on the Israeli side of the wall (including East Jerusalem). For the European Union, for example, this means that the EC-Israeli Association Agreement with its preferential tariffs for products of Israeli origin must not be applied to products originating in the *de facto* annexed territory.<sup>92</sup> Products from the territory on the Israeli side of

---

<sup>89</sup> For a detailed study of the content of non-recognition of illegal States with respect to the Turkish Republic of Northern Cyprus, see Talmon, *op. cit.* (note 11), ch.5-12.

<sup>90</sup> Cf. Robert Jennings/Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9<sup>th</sup> edn, Harlow 1992, p. 199. See also Security Council Resolutions 554 (1984), 17 August 1984, and 566 (1985), 19 June 1985, and the Presidential Statement of 3 May 1985 (UN Doc. S/17151).

<sup>91</sup> *Namibia, ICJ Reports* 1971, p. 16, at p. 55, paras. 121, 122.

<sup>92</sup> Euro-Mediterranean Agreement establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other

the wall must not benefit from preferential treatment, unless they are imported to EU Member States under the EC's association agreement with the PLO and are accompanied by a movement certificate EUR.1 issued by the customs authorities of the Palestinian Authority in the West Bank.<sup>93</sup> In addition, agricultural products which, under Community law, require a plant health certificate issued in the plants' country of origin must not be imported at all into the EU from the territory on the Israeli side of the wall, unless they are accompanied by the necessary plant health certificate issued by the competent Palestinian authorities.<sup>94</sup> Diplomatic and consular agents based in East Jerusalem must be withdrawn and the jurisdiction of any diplomatic and consular mission in Israel proper must not extend to the territory on the Israeli side of the wall (including East Jerusalem).

With regard to situations created by genocide, torture, crimes against humanity and other serious breaches of a *jus cogens* norm there is no practice of non-recognition on which to draw. This is not surprising as these situations, as a rule, do not automatically give rise to any legal consequences which are capable of being denied by other States.

---

part, signed at Brussels, 20 November 1995: OJ L 147, 21 June 2000, p. 3. Art. 83 of the Agreement provides: 'This Agreement shall apply [...] to the territory of the State of Israel.'

<sup>93</sup> See Euro-Mediterranean Interim Association Agreement on Trade and Co-operation between the European Community, of the one part, and the Palestine Liberation Organization (PLO) for the benefit of the Palestinian Authority of the West Bank and the Gaza Strip, of the other part, signed at Brussels, 24 February 1997: OJ L 187, 16 July 1997, p. 3. Art. 73 provides: 'This Agreement shall apply [...] to the territory of the West Bank and the Gaza Strip.' On the procedure for the issue of movement certificates, see Protocol 3 to the Agreement. On the question with regard to the West Bank and Gaza Strip in general, see Moshe Hirsch, 'Rules of Origin as Trade or Foreign Policy Instruments? The European Union Policy on Products Manufactured in the Settlements in the West Bank and the Gaza Strip', *Fordham International Law Journal* 26 (2003), 572-594; Christian Hauswaldt, 'Problems under the EC-Israel Association Agreement: The Export of Goods Produced in the West Bank and the Gaza Strip under the EC-Israel Association Agreement', *European Journal of International Law* 14 (2003), 591-611. The difference between the West Bank and Gaza Strip and the territory on the Israeli side of the wall (including East Jerusalem) is that the EU Member States in the latter case have no discretion whether or not to accept certificates by Israeli authorities.

<sup>94</sup> See *Regina on the application of S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. and Others v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, Case C-140/02, ECR 2003, p. I-10635; *Regina v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. and Others*, Case C-219/98, ECR 2000, p. I-5241; *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. and Others*, Case C-432/92, ECR 1994, p. I-3087.

### III. PRACTICAL DIFFICULTIES WITH THE OBLIGATION OF NON-RECOGNITION

1) The obligation not to recognize as lawful a situation created by a serious breach of a *jus cogens* obligation gives rise to practical difficulties. The first difficulty is knowing when the obligation will arise. The question has been asked as to whether the imposition of the obligation is automatic or whether it must be activated by a prior authoritative finding by the appropriate political organ of the United Nations that a serious breach has occurred; in particular, whether a specific call for non-recognition by the Security Council is a prerequisite to activation of the obligation.<sup>95</sup> It has been pointed out that, if it was left to individual States, they might arrive at different conclusions, which would adversely affect the stability of the international legal order.<sup>96</sup> While earlier drafts of the ILC Articles on State Responsibility in the 1980s provided that the performance of the obligation of non-recognition was 'subject *mutatis mutandis* to the procedures embodied in the United Nations Charter with respect to the maintenance of international peace and security', and thus made it subject to a decision of the Security Council,<sup>97</sup> the final articles and the ILC's Commentary adopted in 2001 do not deal with this question. The obligations in Art. 41 of the ILC Articles on State Responsibility rest on the assumption of international solidarity in the face of a violation of a norm of *jus cogens*. They stem from an understanding that a collective response by all States is necessary to counteract the effects of such a violation. In practice, it is most likely that this collective response will be co-ordinated through the competent organs of the United Nations.<sup>98</sup> But this is not a prerequisite for the obligation of non-recognition to arise. Many, if not most, of the calls for non-recognition have been made

---

<sup>95</sup> See e.g. Australia's argument in the *East Timor* case: CR 95/9, 8 February 1995, p. 26, paras. 31, 32 (James Crawford).

<sup>96</sup> UN Docs. A/C.6/56/SR.11, 9 November 2001, p. 10, para. 58; A/C.6/55/SR.14, 10 November 2000, p. 9, para. 43 and State Responsibility. Comments and observations received from Governments, UN Doc. A/CN.4/515, 19 March 2001, p. 57 (China). See also the 4<sup>th</sup> Report on State Responsibility by Gaetano Arangio-Ruiz, UN Doc. A/CN.4/461/Add.1, 26 April 1994, pp. 6-7, para. 18.

<sup>97</sup> See Art. 6(2) of the 1982 draft articles (ILC Yb. 1982 II/1, p. 48) and Art. 14(3) of the 1984 draft articles (ILC Yb. 1984 II/2, p. 101 and ILC Yb. 1985 II/1, p. 13).

<sup>98</sup> Cf. Report of the International Law Commission on the Work of its 48<sup>th</sup> Session, GAOR, 51<sup>st</sup> Session, Supp. No. 10 (A/51/10), 1996, pp. 169-170.

in non-binding resolutions of the General Assembly and in statements of the President of the Security Council, which could neither authoritatively determine the existence of a serious breach nor create an obligation not to recognize a situation as lawful. The title of Art. 41 speaks of ‘particular consequences of a serious breach’, not of the particular consequences of a UN resolution. The ILC considers non-recognition to be the ‘minimum response’ to a serious breach of *jus cogens* that is called for on the part of all States, independently of more extensive measures which may be taken by States through international organizations. The obligation of non-recognition thus arises for each State as and when it forms the view that a serious breach of a *jus cogens* obligation has been committed, and each State will bear responsibility for its decision.<sup>99</sup>

2) The temporal element of the obligation constitutes another difficulty. It has been pointed out that Art. 42(2) of the ILC Articles on State Responsibility is problematic in that it contains no reference to time-frames.<sup>100</sup> Is non-recognition an open-ended obligation that only comes to an end with the successful establishment of the status quo ante?<sup>101</sup> It is definitely not a short-term measure. Non-recognition of Rhodesia lasted for 15 years, while non-recognition of South Africa’s illegal occupation of Namibia went on for 20 years. The Turkish Republic of Northern Cyprus has not been recognized for the last 22 years, the international community has refused recognition of the Israeli annexation of the Syrian Golan and East Jerusalem for 25 years, and the non-recognition of the illegal incorporation of the Baltic States into the Soviet Union lasted for 51 years. In all cases since 1945, collective non-recognition has ended only with the establishment of the *status quo ante*. However, the duty of non-recognition does not operate in a vacuum, divorced from the situation on the ground and the responses of the international community to that situation. After all, non-recognition is a collective response to protect the fundamental interests of the international commu-

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 165, para. 4.

<sup>100</sup> UN Doc. A/C.6/54/SR.23, 2 November 1999, p. 7, para. 47 (Australia). See also State Responsibility. Comments and observations received from Governments: UN Doc. A/CN.4/515, 19 March 2001, p. 47 (United Kingdom).

<sup>101</sup> Cf. the rhetorical statement of James Crawford, Counsel for Australia, that such an obligation not to recognize based on customary international law would go on ‘for years, for decades, indefinitely’ (*East Timor*, CR 95/9, 8 February 1995, p. 39, para. 62). See also the same: ‘If [...] there is an automatic and general duty of non-recognition, how can this be limited, qualified or excluded by United Nations organs?’ (*ibid.*, p. 41, para. 73).

nity. The practice of the political organs of the United Nations in the cases of Rhodesia and Namibia shows that changes to the illegal situation which do not constitute a return to the status quo may well affect the obligation not to recognize. As the obligation of non-recognition was based on a denial of the right to self-determination of the peoples in these territories, the Security Council felt compelled to renew its call for non-recognition when the white minority regimes organized elections among the population in order to legitimize the situation.<sup>102</sup> The obligation of non-recognition is also subject to the possible endorsement of a settlement by the international community. The Friendly Relations Declaration expressly provided that the duty not to recognize as legal any territorial acquisition resulting from the threat of use of force shall not be 'construed as affecting the powers of the Security Council under the Charter.'<sup>103</sup> A similar safeguard clause with regard to the competence of the Security Council under the Charter may be found in Art. 6 of the Definition of Aggression and Art. 59 of the ILC Articles on State Responsibility.

3) Another difficulty with the obligation not to recognize as lawful a situation created by a serious breach of a *jus cogens* obligation seems to lie in its relationship with the duty to 'co-operate to bring to an end through lawful means any serious breach' as provided for in Art. 41(1) of the ILC Articles on State Responsibility. In its Order of 26 October 2004, the German Federal Constitutional Court gave the obligation to co-operate priority over the obligation not to recognize.<sup>104</sup> The Court, assuming for the sake of argument that the expropriation without compensation of German-owned property by the Soviet Union in the Soviet zone of occupation of Germany between 1945 and 1949 constituted a serious breach of a norm of *jus co-*

---

<sup>102</sup> See Security Council Resolutions 423 (1978), 14 March 1978, para. 2; 445 (1979), 8 March 1979, paras. 5, 6; 448 (1979), 30 April 1979, para. 3 (all with regard to the elections in Rhodesia). Several States did not rule out recognition as a result of these elections; see Talmon, *op. cit.* (note 11), ch. 2.II.5.c. See also Security Council Resolution 439 (1978), 13 November 1978, paras. 1,3 (Namibia).

<sup>103</sup> Friendly Relations Declaration, principle 1, para. 10(b). But see also the declaration of the representative of the United Arab Republic with regard to para. 10(b) that this general safeguard clause 'could not be interpreted in any way that would suggest that the Security Council had any power to appropriate a part of the territory of a State to another State. Such an interpretation would be contrary to the Charter and to the draft declaration itself.' (GAOR, 25<sup>th</sup> Session, Supp. No. 18 (A/8018), 1970, p. 118, para. 250).

<sup>104</sup> Order of the German Federal Constitution Court of 26 October 2004, 2 BvR 955/00, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, 175-183

*gens*,<sup>105</sup> nevertheless held that the German Government was not under an obligation not to recognize as lawful the illegal expropriation and to treat it as null and void. The Court stated:

‘when there is a well-established factual situation and divergent political interests, States are only duty-bound to co-operate with a view to reaching agreement. The reason for the obligation to co-operate is that it is of prime importance to create a situation which, also in practical terms, mitigates the violation of the peremptory norms while safeguarding the interests of both parties.’<sup>106</sup>

In making this finding, the Court relied on the ICJ’s advisory opinion in the *Namibia* case. Although all States were under an obligation to recognize the invalidity of South Africa’s acts on behalf of or concerning Namibia, the prime aim was to resolve or eliminate the situation. For that reason, the Court argued, the international community had co-operated with South Africa in the termination of the occupation of Namibia. The Court held that the Federal Republic of Germany had fulfilled its obligation to co-operate in achieving reunification by way of peaceful negotiations with the former occupying power and other States.<sup>107</sup>

This reasoning has several flaws. First, the duty of co-operation in Art. 41(1) is addressed to third States; it does not stipulate a duty of third States or the injured State to co-operate with the responsible State in bringing to an end the serious breach of a *jus cogens* obligation, but rather a duty to co-operate among third States. The debates in the ILC show that Part Two, Chapter III, of the Articles on State Responsibility was to create obligations for ‘third States’.<sup>108</sup> The obligations of the responsible State are laid down in Chapters I and II of Part Two, and do not include a duty to co-operate with other States in bringing the serious breach to an end. Secondly, the injured State is also under an obligation not to recognize the situation created by a serious breach of a *jus cogens* obligation. A serious breach by definition

---

<sup>105</sup> The Court had rightly denied the *jus cogens* character of a duty to protect the property of a State’s own citizens; *ibid.*, p. 180.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>108</sup> See e.g. Fourth Report on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/517, 2 April 2001, p. 19, para. 48; State Responsibility. Comments and observations received from Governments: UN Doc. A/CN.4/515, 19 March 2001, p. 46 (United Kingdom) (‘obligations of non-recognition and non-assistance are imposed on third States’).

concerns the international community as a whole. Norms of *jus cogens* are thus not at the disposal of the injured State; it cannot unilaterally negotiate away the interests of the international community in ensuring a just and appropriate settlement.<sup>109</sup> If the protection of the property of its citizens against expropriation by an occupying power had indeed been a norm of *jus cogens*, it would not have been for Germany unilaterally to relinquish this property.

#### IV. CONCLUSION

Many problems still remain with regard to the obligation 'not to recognize as lawful' a situation created by the illegal threat or use of force or other serious breaches of *jus cogens* norms. There is more authority for the obligation as such (especially in cases of the illegal use of force, the denial of the right of self-determination of peoples, and the prohibition of racial discrimination) than for its particular content, and rules which readily correspond to the obligation have not yet fully developed in customary international law. In view of the content given to the obligation it is doubtful whether such rules will ever be developed with regard to serious breaches of some of the *jus cogens* norms identified by the ILC and others. The obligation of non-recognition of the legality of a specific situation amounts to a duty of active abstention. The factual situation created by the serious breach is to be denied its ordinary legal consequences. Thus, non-recognition can operate only in cases of a factual situation that also takes the form of a legal claim (to statehood, territorial sovereignty, governmental capacity, etc.) intended to have *erga omnes* effect. To the extent that factual situations entail such claims, the obligation of non-recognition does have real substance and may prove a powerful sanction by the international community against the responsible State. However, its scope of application seems to be rather limited.

---

<sup>109</sup> Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session, GAOR, 56<sup>th</sup> Session, Supp. No. 10 (A/56/10), 2001, pp. 289-290. para. 9. See also Arts. 26 and 20 of the ILC Articles on State Responsibility.





## CHAPITRE VII

### *L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales*

THÉODORE CHRISTAKIS

Les organisateurs de ces “journées franco-allemandes” m’ont confié la tâche de traiter la question de la “non reconnaissance des situations créées par une violation d’une règle fondamentale”, mais je pense ne pas trahir leur volonté en m’intéressant plutôt à l’*obligation* de non reconnaissance” de telles situations.

Cette précision terminologique s’impose car, comme on le sait, la reconnaissance est en principe un acte discrétionnaire. Chaque État peut en effet décider librement de reconnaître ou de ne pas reconnaître une situation quelconque. Toutefois, cette “faculté” de non reconnaissance n’a rien à voir avec l’*obligation* de non reconnaissance de certaines situations illicites que le droit international impose aujourd’hui, limitant de ce fait le caractère discrétionnaire de cet acte.

Mais dès que l’on parle d’une “obligation de non reconnaissance”, certaines questions préliminaires se posent.

La première question concerne l’identification des règles primaires dont la violation donne naissance à une obligation de non-reconnaissance. La réponse semble être donnée par le titre même de cet ouvrage : il s’agit des règles “fondamentales” du droit international, en commençant par l’interdiction de l’agression<sup>1</sup>. On pourrait ajouter que, *a contrario*, la violation de règles simplement “ordinaires” ne donne pas naissance à une telle obligation.

---

<sup>1</sup> On pourrait ainsi dire que l’obligation de non reconnaissance d’une *situation* juridique créée à la suite d’une violation d’une norme de *jus cogens* s’ajoute à la sanction de la nullité d’un *acte* juridique contraire à une telle norme (articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

Mais ceci nous amène à une deuxième question : quel doit être l'objet de l'obligation de non reconnaissance ? En effet, toutes les violations d'une "règle fondamentale" ou d'une norme de *jus cogens* ne créent pas forcément une "situation" susceptible d'être frappée par l'obligation de non reconnaissance. Imaginons qu'un État commet un génocide en exterminant une minorité qui se trouve sur son territoire. Il s'agit d'un fait illicite très grave, qui doit être condamné et sanctionné, mais qui est terminé dans le temps. Quelle serait alors la signification d'une "obligation de ne pas reconnaître un génocide" ? C'est plutôt l'inverse qui devrait nous préoccuper ici, à savoir *l'obligation de reconnaître* qu'un génocide a été commis. Pour qu'il existe donc une obligation de non-reconnaissance le simple fait illicite grave ne suffit pas. Encore faut-il que ce fait crée une "situation" juridique<sup>2</sup>. En pratique, les "situations", les "statuts" ou les prétentions qui sont le plus souvent frappés par une obligation de non-reconnaissance concernent l'annexion d'un territoire, l'instauration d'un gouvernement ou la proclamation d'un État nouveau à la suite d'une guerre d'agression ou d'une violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> C'est ainsi, par exemple, que l'article 41 du Projet de la CDI sur la responsabilité des États souligne qu'"aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40..." (§ 2, in *Rapport de la CDI*, 53<sup>ème</sup> session, A/56/10 (2001), p. 308, nous soulignons). Le commentaire de cet article ne définit toutefois pas ce terme. Selon le dictionnaire édité par G. Cornu une "situation" est une : "Conjoncture, ensemble de circonstances de fait d'ordre individuel, familial, collectif, politique, économique, social, international, etc., que le Droit prend en considération pour y attacher telle ou telle conséquence juridique" (CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2001, p. 816.). Les dictionnaires de droit international définissent eux aussi la situation comme un "ensemble de circonstances" (cf. BASDEVANT (J.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 569 ou SALMON (J.), (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1035). On pourrait soutenir que ce qui distingue fondamentalement la "situation" d'un simple "fait" est que la première est toujours susceptible d'évoluer, y compris en amenant à un rétablissement du *statu quo ante* ou, au moins, à la situation la plus proche de celle qui existait avant le fait illicite.

<sup>3</sup> Un autre exemple est donné dans l'avis consultatif que la CIJ a rendu le 9 juillet 2004 concernant les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, où la Cour souligne que : "Tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur et de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction" (§ 163, Point 3, alinéa D du "dispositif"). Dans son opinion individuelle jointe à l'avis, le Juge Kooijmans s'interroge néanmoins sur la pertinence de l'obligation de non reconnaissance en l'occurrence car il "voi[t] mal ce qu'implique l'obligation de ne pas reconnaître un fait illicite. Qu'est-ce que les différents destinataires de l'alinéa D) du point 3 sont-ils censés faire pour remplir cette

Malgré le caractère salvateur de l'obligation de non reconnaissance, plusieurs auteurs continuent à mettre en cause son existence. Le travail le plus important écrit en français sur la reconnaissance, la thèse de Joe Verhoeven publiée en 1975, constitue un plaidoyer féroce contre cette obligation "fantaisiste" qui a fait "faillite"<sup>4</sup>, contre cette "pieuse formule rhétorique"<sup>5</sup> dont le seul objectif est de donner une "fausse bonne conscience pernicieuse" aux États<sup>6</sup>. Dans un article publié pratiquement vingt ans après, Joe Verhoeven maintient sa position, en ne faisant que peu de concessions à cette "illusoire formule magique"<sup>7</sup>. Et dans une thèse soutenue à Paris en 1997, Fabrice Belaïch a aussi stigmatisé une obligation qui lui semble niée tant par les faits que par la nature du droit international<sup>8</sup>. Dans ce contexte, il convient de démontrer que l'obligation de non-reconnaissance n'est pas un fantôme juridique, mais fait bien partie du droit international général (I).

Mais si l'obligation existe, encore faut-il que celle-ci ne soit pas une coquille vide. Malheureusement, la question du contenu précis du devoir de non-reconnaissance n'a que très peu occupée la doctrine jusqu'à présent. La CDI elle-même a esquivé le problème. La deuxième partie de cette analyse essaiera donc d'éclairer le contenu de l'obligation de non-reconnaissance pour montrer que celle-ci n'est pas symbolique mais implique des conséquences concrètes pour les États (II).

---

obligation ? Cette question est d'autant plus pertinente que 144 États ont condamné sans équivoque l'édification du mur et l'ont déclarée illégale [...] (§ 44).

<sup>4</sup> VERHOEVEN (J.), *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 1975, p. 841.

<sup>5</sup> *Id.*, p. 293.

<sup>6</sup> *Id.*, p. 767.

<sup>7</sup> VERHOEVEN (J.), "La reconnaissance internationale : Déclin ou renouveau ?", *AFDI*, 1993, p. 39.

<sup>8</sup> BELAÏCH (F.), *La non-reconnaissance des situations internationalement illicites : Aspects contemporains*, Thèse pour le doctorat en droit sous la direction de Jean Combacau, Université Paris II (Panthéon-Assas), décembre 1997, 343 p.

## I. L'OBLIGATION N'EST PAS UN FANTÔME : L'EXISTENCE D'UN DEVOIR DE NON-RECONNAISSANCE

Trois arguments sont souvent invoqués pour nier l'existence d'une obligation de non-reconnaissance. Le premier renvoie à la structure même du droit international et soutient que l'obligation de non-reconnaissance n'est pas compatible avec celle-ci (A). Le deuxième met l'accent sur une prétendue inefficacité de l'obligation qui n'aurait donc aucune utilité pour le droit international (B). Le dernier se fonde sur une prétendue inexistence d'une obligation générale de non-reconnaissance en droit international coutumier et soutient que celle-ci ne peut exister que sur une base conventionnelle ou si elle est imposée par le Conseil de sécurité (C). Nous allons essayer de réfuter chacun de ces arguments.

### A. PREMIÈRE NEGATION : L'ARGUMENT STRUCTUREL

Selon ses détracteurs, l'obligation de non-reconnaissance se heurte à la structuration et à la solidarité rudimentaires de l'ordre juridique international "qui ruinent *ab initio*" la contestation d'une effectivité<sup>9</sup>. La théorie de la non-reconnaissance ne représenterait donc "qu'une tentative, à la limite aussi vaine que puérile, de nier le caractère largement embryonnaire du droit des gens contemporain"<sup>10</sup>. Comment serait-il possible, dit-on, d'imposer une obligation de non-reconnaissance dans une société où, en l'absence d'une autorité centralisée capable de qualifier objectivement une situation d'internationalement illicite, il appartient à chaque sujet individuellement de procéder à cette qualification ? L'obligation générale de non-reconnaissance serait ainsi absurde, car il n'existe pas de "droit objectif" auquel doivent obéir les sujets de droit, mais plutôt "des conceptions – qui peuvent être antagonistes – de la légalité objective auxquelles les prétentions de non-reconnaissance viennent apporter leur soutien"<sup>11</sup>.

On brandit ainsi contre la non-reconnaissance exactement le même argument structurel que l'on avait utilisé contre le concept de *jus cogens* lui-même : ce concept implique l'existence d'un ordre public similaire à celui du droit interne, ce qui est, dit-on, inconcevable dans une société internationale

---

<sup>9</sup> VERHOEVEN (J.), *La reconnaissance internationale...*, *op. cit.*, p. 588.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> BELAICH (F.), *La non-reconnaissance...*, *op. cit.*, p. 125.

dépourvue d'institutions centralisées capables de constater les illégalités et construite autour d'une structure individualiste et volontariste, privilégiant les relations intersubjectives.<sup>12</sup>

On peut répondre que cet argument structurel est en réalité circulaire car il dresse un mur conceptuel *a priori* de la soi-disant structure du droit international pour empêcher l'introduction de toute norme pouvant signifier une modification de cette structure. S'opposant à un progrès censé incompatible avec la structure existante d'un droit "imparfait", on consacre ainsi l'inamovibilité de ses imperfections. Pourtant, comme l'a bien écrit Robert Kolb, "la «structure du droit international» n'est qu'un inventaire momentané, non un dogme agissant"<sup>13</sup>.

Nous allons voir *infra* que, dans un grand nombre de cas, des organes internationaux (tels que le Conseil de sécurité des Nations Unies) ont procédé à de telles qualifications "centralisées", permettant la mise en place de régimes de nullité de certains actes et/ou de non reconnaissance de certaines situations illicites. L'absence toutefois d'une constatation centralisée n'efface pas pour autant l'obligation pour les États de tirer les conséquences d'une "violation grave d'une obligation découlant de normes impératives du droit international général"<sup>14</sup>. Comme l'a écrit le Juge Winiarski à propos de la nullité, "l'absence de procédure organisée ne supprime pas la nullité; la thèse: pas de nullité sans instance, n'est pas fondée"<sup>15</sup>. Que ce soit donc en matière de nullité ou de non-reconnaissance, voire en matière de *jus cogens* en général, le droit international s'est vu pénétré par des institutions jadis inconcevables qui, tantôt ont cohabité pacifiquement avec "la structure existante" de ce droit, tantôt ont permis de faire évoluer celle-ci.

---

<sup>12</sup> Pour une présentation de ces thèses voir, par exemple, GOMEZ ROBLEDI (A.), "Le *jus cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions", *RCADI*, 1981 (III), t. 172, pp. 80 et ss. ou KOLB (R.), *Théorie du ius cogens international*, Paris, PUF, 2001, pp. 35 et ss. Cf. aussi, SCHWARZENBERGER (G.), *International Law and Order*, Londres, 1971, pp. 27 et ss. et COMBACAU (J.), "Le droit international: bric-à-brac ou système?" in "Le système juridique", *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 102 et ss.

<sup>13</sup> KOLB (R.), *Théorie du ius cogens...*, *op. cit.*, p. 43

<sup>14</sup> Pour citer encore les articles 40 et 41 du projet de la CDI sur la responsabilité qui ne subordonnent nullement ces conséquences à l'existence d'une procédure institutionnelle centralisée.

<sup>15</sup> Dans son opinion dissidente à l'avis consultatif rendu par la CIJ le 13 juillet 1954 dans l'affaire de l'*Effet de jugements du TANU accordant indemnité*, *Rec.CIJ*, 1954, p. 65.

*B. DEUXIEME NEGATION : L'ARGUMENT DE L'INEFFICACITE*

La deuxième négation de l'obligation de non-reconnaissance est fondée sur l'argument de l'inefficacité. La doctrine de la non reconnaissance, dit-on, a connu "une faillite évidente" dans les faits<sup>16</sup>. Elle s'est avérée "impuissante à combattre effectivement des illégalités florissantes"<sup>17</sup> et "parfaitement inefficace"<sup>18</sup>. On comprendrait donc mal ce qu'un droit incapable de combattre les effectivités pourrait gagner en les refusant<sup>19</sup>, si ce n'est de créer "des fictions juridiques innombrables"<sup>20</sup> sans rapport avec la réalité. A la limite, cette institution serait dangereuse pour l'autorité du droit car, comme l'écrivait déjà Maurice Bourquin en 1938, "quand on organise la contrainte collective pour la mettre au service du droit, il est indispensable d'assurer sa suprématie. Rien n'est plus désastreux, rien ne rend un plus mauvais service au droit lui-même que de s'engager dans une telle partie et finir sur un échec"<sup>21</sup>.

Deux réponses peuvent être apportées à cette argumentation.

Premièrement, il nous semble quelque peu paradoxal de proposer le bannissement d'une réaction à la violation d'une règle de droit tout simplement parce que cette réaction ne s'avère pas toujours suffisante pour restaurer la légalité. Si les pompiers ne sont pas capables d'éteindre les incendies, la réaction logique n'est pas de supprimer le corps de pompiers, mais plutôt de le renforcer ! Comme l'avait déjà écrit Ti-Chiang Chen en 1951 :

"The doctrine of non-recognition, which postulates the responsibility of every State for the maintenance of the legal order, signifies the conviction of the States that the law exists. The failure of its application in any particular instance is strong argument that greater, and not less, collectivisation and strengthening of the authority of international law is

---

<sup>16</sup> Le terme "faillite" est utilisé à plusieurs reprises dans la monographie de VERHOEVEN (J.), *La reconnaissance internationale...*, (op. cit.). V. par ex. pp. 288, 308, 611, 841 et al.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 767.

<sup>18</sup> BELAICH (F.), *La non-reconnaissance...*, op. cit., p. 271.

<sup>19</sup> Cf. VERHOEVEN (J.), "La reconnaissance internationale : Déclin ou renouveau ?", op. cit., p. 38.

<sup>20</sup> Selon une déclaration du représentant du Royaume-Uni à l'ONU en 1948, citée par BLIX (H.), "Contemporary aspects of recognition", *RCADI*, 1970 (II), t. 130, p. 660.

<sup>21</sup> BOURQUIN (M.), "La stabilité et le mouvement dans l'ordre juridique international", *RCADI*, 1938, p. 33.

needed for the peaceful enjoyment of life in the world. To advocate the view that, because in the past the international society has been too weak to enforce its will upon law-breakers, so law-breaking in future shall receive immediate acknowledgment of the society is a policy of despair and a condemnation of international society to a perpetual state of anarchy".<sup>22</sup>

L'obligation de non reconnaissance a la difficile tâche d'empêcher la transformation du fait illicite en droit. En tant que telle, elle est donc par définition contre-factuelle et "ce «contre-factualisme» dénote à la fois toute la grandeur mais aussi toute la fragilité du principe de non-reconnaissance", car "pour être réellement efficace dans la durée, il doit s'accompagner d'autres démarches visant à s'attaquer au fait illicite afin de le défaire"<sup>23</sup>. Mais tout en espérant une intervention du Conseil de sécurité ou d'autres réactions collectives à l'illicite, l'obligation de non-reconnaissance constitue la sanction minimale de droit commun contre les effectivités illicites et remplit de ce fait une fonction importante pour affirmer la juridicité de l'ordre international.

Au-delà de ces considérations théoriques, un petit inventaire de la pratique est loin de confirmer l'inefficacité de l'obligation. Le Mandchoukouo n'a pas survécu, la Rhodésie du Sud a coulé, la Namibie et le Timor sont des États indépendants, les États Baltes ont "retrouvé" leur souveraineté, les "Bantoustans" se sont évaporés, le Koweït n'a pas été annexé, la "République Turque de Chypre du Nord" n'est pas un État, et les territoires occupés par Israël demeurent toujours des territoires occupés. Il serait certes abusif de prétendre que l'application de l'obligation de non-reconnaissance est la cause unique de ces succès du droit. Mais il serait aussi fallacieux de ne pas admettre sa contribution importante dans un grand nombre de cas.

Loin donc d'être "parfaitement inefficace", l'obligation de non-reconnaissance a une utilité incontestable pour la contestation du fait illicite et constitue, pour reprendre l'expression d'un auteur, un "véritable pied de

---

<sup>22</sup> CHEN (T.C.), *The international law of recognition*, London, Stevens & Sons Limited, 1951, p. 443.

<sup>23</sup> KOLB (R.), *Ius contra bellum : Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 45.



nez” à l’effectivité<sup>24</sup>. Il est intéressant, à cet égard, de constater combien le temps (et même un très bref laps de temps) a donné raison au Juge Skubiszewski qui, dans son opinion dissidente à l’arrêt rendu par la CIJ le 30 juin 1995 dans l’affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, a adhéré à une vision optimiste concernant la victoire du droit sur les effectivités illicites sur ce territoire, en écrivant :

“On nous a dit, à propos du Timor oriental que «notre opposition à ce qui s’[est] passé ne changer[a] rien à la réalité de la situation» (position des États-Unis d’Amérique, citée par la duplique [de l’Australie], par.47). C’est peut-être vrai pour le moment, mais nous connaissons tous des cas où une opposition s’est manifestée et où il est arrivé que diverses «réalités» ont offert moins de résistance au changement que n’auraient pu l’imaginer les gouvernements”.<sup>25</sup>

### C. TROISIEME NEGATION : L’ARGUMENT DE LA NON-POSITIVITE

La troisième négation de l’obligation se fonde sur une prétendue non-positivité. On se souvient, à cet effet, de l’argument invoqué par l’Australie dans l’affaire du Timor : aucune obligation automatique de non-reconnaissance n’existe en droit international général. Seule une résolution du Conseil de sécurité, a dit l’Australie, peut imposer une telle obligation<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> KOLB (R.), *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 164.

<sup>25</sup> *Rec. CIJ* 1995, § 123 de son opinion dissidente.

<sup>26</sup> Selon l’Australie : “*In principle, a State is entitled to recognize another State in actual and effective control of particular territory as sovereign over that territory, and to deal with it on that basis*” (*Counter-Memorial of the Government of Australia*, 1er juin 1992, Chapter 2, Section I, §§ 350-359, pp. 157-161. Voir aussi la plaidoirie devant la CIJ du professeur Crawford, conseil de l’Australie, CR 95/9, pp. 48-60). Certes, toujours selon cet État, une résolution d’un organe compétent des Nations Unies, “*may create an obligation binding on all States not to recognize a situation*” (*Counter-Memorial...*, *op. cit.*, § 355, p. 159. V. aussi CR 95/9, § 88, p. 60). Mais dans le cas d’espèce, et contrairement à d’autres affaires, aucune des résolutions du Conseil de sécurité ou de l’Assemblée générale n’ont créé une telle obligation : “*There was no direction by the United Nations in any of these resolutions that States must refrain from recognising or dealing with Indonesia in relation to East Timor*” (*Counter-Memorial...*, *op. cit.*, § 355, p. 159. V. aussi l’analyse qui précède cette conclusion in §§ 328-349, pp. 147-156). Ainsi, tout État était libre de reconnaître l’annexion du Timor par l’Indonésie ou au moins, selon la nuance importante qui figure dans la duplique de l’Australie, de reconnaître les conséquences de cette annexion (*Rejoinder of the Government of Australia*, 1er juillet 1993, §§ 214-230, pp. 120-132).

Si la CIJ n'a pas pu se prononcer<sup>27</sup>, un examen de la pratique et de l'*opinio juris* des États laisse peu de doutes sur l'existence de cette obligation. Le nombre de textes fondamentaux affirmant l'existence du principe, n'a cessé de croître (1), quant à la pratique concrète, elle montre bien que l'obligation a souvent été appliquée par les États, indépendamment de toute résolution obligatoire du Conseil de sécurité (2).

1. *Textes internationaux affirmant de manière générale et abstraite l'obligation de non reconnaissance*

La liste est longue tant dans le cadre régional qu'universel. Elle commence à partir de la fameuse "doctrine Stimson", formulée dans une note du 7 janvier 1932 par laquelle le Secrétaire d'État américain faisait savoir que les États-Unis ne reconnaîtraient "aucune situation ou accord qui pourraient être dus à des moyens contraires aux obligations et engagements du Pacte de Paris du 27 août 1928" de renonciation à la guerre<sup>28</sup>. Le principe a été rapidement repris dans divers instruments diplomatiques en Amérique, tels que le traité de non-agression et de conciliation signé à Rio le 10 octobre 1933<sup>29</sup>, la Déclaration sur les droits et devoirs des États adoptée à la VIIe conférence panaméricaine de Montevideo le 27 décembre 1933<sup>30</sup>, la Déclaration de Lima du 22 décembre 1938<sup>31</sup>, le préambule de la Convention de la Havane du 30 juillet 1940 sur l'administration provisoire des possessions européennes, l'article 17 de la Charte de l'OEA de Bogota du

---

<sup>27</sup> On sait, en effet, que la Cour s'est déclarée incompétente dans cette affaire. Quant à l'*obiter dictum* qui figure de façon sibylline dans le § 31 de l'arrêt, il ne peut certainement pas être lu comme une négation par la Cour de l'existence d'une obligation de non-reconnaissance en droit international général.

<sup>28</sup> Texte reproduit in SALMON (J.), *La reconnaissance d'Etat : quatre cas : Mandchou Kuo, Katanga, Biafra, Rhodésie du Sud*, Paris, Armand Colin, 1971, p. 70.

<sup>29</sup> Par lequel les hautes parties contractantes déclarent qu'elles "ne reconnaîtront aucun arrangement territorial qui n'a pas été obtenu par des moyens pacifiques, ni la validité d'une occupation ou l'acquisition de territoires qui peuvent avoir été réalisés par la force". V. *ibid.*, pp. 40-41.

<sup>30</sup> Selon l'article 11 : "Les États contractants établissent comme norme de conduite définitive l'obligation stricte de ne point reconnaître les acquisitions territoriales ou avantages spéciaux réalisés par la force...". Texte reproduit in *id.*, p. 55.

<sup>31</sup> "The pledge of non-recognition of situations arising from the foregoing conditions [conquest by force or by non-pacific means] is an obligation which cannot be avoided either unilaterally or collectively". Texte reproduit par VERHOEVEN (J.), *La reconnaissance internationale...*, *op. cit.*, p. 283.

30 avril 1948, confirmé par l'article 20 du protocole de Buenos Aires du 27 février 1967<sup>32</sup>, etc.

Dans le cadre européen la proclamation du principe a été plus tardive mais tout aussi forte. Ainsi, le principe a été consacré par des textes aussi divers que l'Acte final d'Helsinki de 1975<sup>33</sup>, la Déclaration de la CEE concernant les "Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique" du 16 décembre 1991<sup>34</sup> ou encore les avis de la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie<sup>35</sup>.

Sur le plan universel, il faut souligner que l'Assemblée générale des Nations Unies a eu l'occasion d'affirmer le principe à plusieurs reprises dans des résolutions aussi importantes que la résolution 2625 du 24 octobre 1970<sup>36</sup>, la résolution 3314 du 14 décembre 1974<sup>37</sup>, la résolution 36/103 du 9 décembre 1981<sup>38</sup> ou encore la résolution 42/22 du 18 novembre 1987<sup>39</sup>. La

<sup>32</sup> "Les conquêtes territoriales et les avantages spéciaux qui seront obtenus par la force ou n'importe quel autre moyen de coercition ne seront pas reconnus". Texte in SALMON (J.), *La reconnaissance d'Etat...*, op. cit., p. 41.

<sup>33</sup> "Aucune occupation ou acquisition de cette nature [comportant un recours direct ou indirect à la force] ne sera reconnue comme légale". Principe IV, texte in DECAUX (E.), (éd.), *Sécurité et coopération en Europe – Textes officiels du processus de Helsinki*, Paris, La Documentation française, 1992, p. 45.

<sup>34</sup> "La Communauté et ses États membres ne reconnaîtront pas des entités qui seraient le résultat d'une agression". Texte in *RGDIP*, 1992, p. 261.

<sup>35</sup> Et plus précisément son avis n° 10, du 4 juillet 1992, qui souligne que la reconnaissance est un acte discrétionnaire "sous la seule réserve du respect dû aux normes impératives du droit international général...", *RGDIP*, 1993, p. 594.

<sup>36</sup> Dans cette résolution, intitulée "Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États", l'Assemblée générale a solennellement proclamé que : "Nulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale".

<sup>37</sup> L'article 5§3 de la résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974, intitulée "Définition de l'agression" souligne que : "Aucune acquisition territoriale ni aucun avantage spécial résultant d'une agression ne sont licites ni ne seront reconnus comme tels".

<sup>38</sup> Dans cette résolution, intitulée "Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures", l'Assemblée générale a "réaffirmé" "le droit et le devoir des États de ne pas reconnaître les situations créées par la menace ou l'emploi de la force ou par des actes qui constituent une violation du principe de non-intervention et de non-ingérence" (III,e).

<sup>39</sup> Selon la résolution 42/22 du 18 novembre 1987, intitulée "Déclaration sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales" : "ne seront reconnues comme légales" ni

Commission de droit international, quant à elle, a dès sa première session, en 1949, souligné, dans l'article 11 du projet de Déclaration sur les droits et devoirs des États, que "tout État a le devoir de s'abstenir de reconnaître toute acquisition territoriale faite par un autre État en violation" du principe de l'interdiction du recours à la force<sup>40</sup>. Cinquante ans après, dans son projet d'articles sur la responsabilité des États, la Commission considère que cette obligation de non-reconnaissance concerne toute situation créée par "une violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative"<sup>41</sup>.

On voit bien qu'aucun de ces textes ne subordonne l'application du principe à une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies ou à une autre constatation centralisée de l'acte illicite. Au contraire, la plupart de ces textes parlent d'un véritable "devoir" des États dans ce domaine, individualisé et indépendant de toute autre réaction collective. Il s'agit, comme l'a souligné la CDI, de la "réaction minimum requise de la part des États aux violations graves" des règles fondamentales du droit international<sup>42</sup>.

## *2. La pratique des États confirme l'existence de l'obligation en droit international général*

On sait comment la résolution adoptée par l'assemblée générale de la SDN le 11 mars 1932, après l'occupation du *Mandchoukouo* par les troupes japonaises, fit sienne la "doctrine Stimson" en déclarant "que les Membres de la SDN sont tenus de ne reconnaître aucune situation, aucun traité et aucun accord qui pourraient être obtenus par des moyens contraires au Pacte de la Société des Nations et au Pacte de Paris"<sup>43</sup>. A peine une année plus tard, l'Assemblée "excluait" le maintien et la reconnaissance du régime en Mandchourie considérant que "ce maintien et cette reconnaissance n'ét[aient] pas compatibles avec les principes fondamentaux des obligations internationales existantes"<sup>44</sup>. En dehors, bien sûr, du Japon, seuls deux autres États de l'"Axe", l'Allemagne nazie et l'Italie fasciste, ont reconnu le

---

l'acquisition ni l'occupation de territoire résultant du recours à la menace ou à l'emploi de la force.

<sup>40</sup> Texte reproduit in SALMON (J.), *La reconnaissance d'Etat...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>41</sup> Articles 41 et 40 du projet cité *supra* (note 2).

<sup>42</sup> Commentaire de l'article 41, in *Rapport de la CDI*, 53<sup>ème</sup> session, A/56/10 (2001), p. 311.

<sup>43</sup> Texte reproduit in SALMON (J.), *La reconnaissance d'Etat...*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>44</sup> Rapport préparé par le Comité spécial de l'Assemblée en exécution de la résolution du 11 mars 1932 et adopté par l'Assemblée le 24 février 1933, in *ibid.*, p. 73.

Mandchoukouo. Pendant la même période, l'obligation de non-reconnaissance a été rappelée lors du *conflit de Chaco* entre la Bolivie et le Paraguay par la déclaration des États américains du 3 août 1932 ainsi que lors du *conflit de Létitia* entre la Colombie et le Pérou par la résolution du Conseil de la SDN du 18 mars 1933<sup>45</sup>. Le déclin du principe après l'annexion de l'*Éthiopie* par l'Italie en 1935 et pendant la période qui a précédé la deuxième guerre mondiale, n'a empêché ni le maintien du principe de non-reconnaissance par certains États, tels que les États-Unis, ni le recours à des fictions juridiques postérieurement à la libération de ces territoires, tels que le traité de paix avec l'Italie, signé à Paris le 10 février 1947, qui affirme la... continuité de l'État éthiopien<sup>46</sup>.

C'est d'ailleurs à cette époque que remonte une autre affaire qui a fait couler beaucoup d'encre, celle de l'*annexion des États baltes* par l'Union soviétique en 1940. Cette annexion ne fut pas reconnue par un grand nombre d'États et cela a créé une longue tension entre le fait et le droit, obligeant certains États à traiter *de facto* avec l'URSS de questions concernant les États baltes<sup>47</sup>. Cette situation a poussé certains auteurs à critiquer le principe de non-reconnaissance, considéré comme "la satisfaction ultime accordée à un personnel diplomatique et à un groupe de réfugiés dans l'attente de leur disparition après celle de leurs États, qui estompera un scandale parmi tant d'autres dont sont faites les relations internationales"<sup>48</sup>. Pourtant, après la dissolution de l'URSS en 1990, les trois États baltes n'ont eu de cesse de soutenir qu'ils n'avaient pas "accédé" à l'indépendance, mais qu'ils l'avaient plutôt "*restaurée*" "à la fin de l'occupation et de l'annexion par l'Union soviétique"<sup>49</sup>. Les autres pays ont accepté cet argument, refusant de procéder à une nouvelle reconnaissance d'État. C'est ainsi, par exemple, que le Ministre des Affaires étrangères de la

---

<sup>45</sup> Cf. ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public*, Paris, Sirey, t. III, 1977, p. 521.

<sup>46</sup> Pour le "fiasco" de l'Éthiopie et la pratique jusqu'en 1940, voir surtout VERHOEVEN (J.), *La reconnaissance internationale...*, *op. cit.*, pp. 288 et s. et DUGARD (J.), *Recognition and the United Nations*, Cambridge, Grotius, 1987, pp. 36 et ss. et la bibliographie qui y est mentionnée.

<sup>47</sup> Concernant, par exemple, l'or des banques centrales des États baltes déposé à Londres. Voir les remarques de VERHOEVEN (J.), *La reconnaissance internationale...*, *op. cit.*, p. 307.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>49</sup> Cf. nos remarques in CHRISTAKIS (Th.), *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 200-201 et la bibliographie qui y est citée.

France expliquait que “la position de principe de non-reconnaissance de l’annexion a également une conséquence juridique : la reconnaissance par la France des États baltes (le 24 janvier 1921 pour la Lettonie et l’Estonie, le 20 décembre 1922 pour la Lituanie) est toujours valide”<sup>50</sup>.

Le principe de non-reconnaissance connaîtra après la seconde guerre mondiale de nombreuses applications pratiques. Il fut appliqué lors de :

– La sécession de la *Rhodésie du Sud* de la Couronne britannique proclamée le 11 novembre 1965 par le gouvernement de Ian Smith. Considérant que cette proclamation était contraire au droit des peuples à disposer d’eux-mêmes, les organes de l’ONU ont “fait appel” ou “prié” les États de ne pas reconnaître la Rhodésie du Sud, appel qui a été très largement suivi.<sup>51</sup>

– La terminaison du Mandat de l’Afrique du Sud en *Namibie*, en 1966. Endossant la position de l’Assemblée générale, le Conseil de sécurité a “pri[é] tous les États de s’abstenir de toutes relations – diplomatiques, consulaires ou autres – avec l’Afrique du Sud qui indiqueraient qu’ils reconnaissent l’autorité du Gouvernement sud-africain sur le Territoire de la Namibie”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Réponse à Q.E. Hamel, n° 9885, JO Sén. Q., 26 juillet 1990, p. 1368 (cité par BELAICH (F.), *La non-reconnaissance...*, *op. cit.*, p. 261).

<sup>51</sup> Ainsi, avant même la proclamation de l’indépendance, l’Assemblée générale des Nations Unies avait adopté, le 5 novembre 1965, la résolution 2022 (XX) dans laquelle elle lançait un appel à tous les États “pour qu’ils ne reconnaissent aucun gouvernement de la Rhodésie du Sud qui ne serait pas représentatif de la majorité du peuple” (§ 9). Le lendemain même de la déclaration d’indépendance de Ian Smith, le Conseil de sécurité adoptait la résolution 216 par laquelle il condamnait “la déclaration unilatérale d’indépendance proclamée par une minorité raciste en Rhodésie du Sud” (S/RES 216 du 12 novembre 1965, § 1). Quelques jours plus tard, le Conseil se déclarait, dans sa résolution 217, “profondément préoccupé” par la situation en Rhodésie du Sud et il considérait que “la déclaration d’indépendance proclamée par cette minorité n’a aucune validité légale”, tout en “pria[n]t” tous les États “de ne pas reconnaître cette autorité illégale et de n’entretenir avec elle aucune relation diplomatique ou autre” (S/RES 217 du 20 novembre 1965, § 3 et 6). Il est bien connu que le Conseil de sécurité a adopté, au cours des années suivantes, une série de résolutions sur la question, dans lesquelles il a réaffirmé le caractère illégal de la déclaration d’indépendance et le principe de non-reconnaissance tout en décrétant des sanctions économiques et militaires contre la Rhodésie (*cf.* les S/RES suivantes : 221 (1966), 232 (1966), 253 (1968), 277 (1970), 288 (1970), 314 (1972), 318 (1972), 320 (1972), 333 (1973), 388 (1976), 409 (1977), 415 (1977), 423 (1978), 437 (1978), 445 (1979), 448 (1979), 460 (1979) et 463 (1980)).

<sup>52</sup> S/RES 283 du 29 juillet 1970, § 1. *Cf.* aussi les S/RES 269 du 12 août 1969 (§ 7) et 276 du 30 janvier 1970 (§ 5).

– La création des “bantoustans” par l’Afrique du Sud, en commençant par le Transkei en 1976<sup>53</sup>. La communauté internationale a vivement réagi à ces “sécessions forcées”. L’Assemblée générale a ainsi déclaré “nulle et non avenue” la proclamation de l’indépendance du Transkei et demandé “à tous les gouvernements de refuser de reconnaître, sous quelques formes que ce soit, le Transkei prétendument indépendant et de s’abstenir d’avoir des rapports quels qu’ils soient” avec les bantoustans<sup>54</sup>. Le Conseil de sécurité a ensuite endossé cette décision dans ses résolutions 402 (1976) et 407 (1977).

– La sécession de la “*République turque de Chypre du Nord*”, le 15 novembre 1983, quelques années après l’invasion de l’île par l’armée turque<sup>55</sup>. Le Conseil de sécurité des Nations Unies a immédiatement dénoncé cette tentative de sécession, en considérant la proclamation de l’indépendance comme “juridiquement nulle” et en demandant “à tous les États de ne pas reconnaître d’autre État chypriote que la République de Chypre”<sup>56</sup>. Quelques mois plus tard, en réponse à l’échange d’ambassadeurs” entre la “RTCN” et la Turquie (le seul État au monde à avoir reconnu la sécession), le Conseil de sécurité a condamné par sa résolution 550 “toutes les mesures sécessionnistes, y compris le prétendu échange d’ambassadeurs entre la Turquie et les dirigeants chypriotes turcs” et a déclaré “ces mesures illégales et invalides”<sup>57</sup>. Plusieurs autres organes et organisations internationales ont réagi de façon toute aussi déterminée en soulignant l’“illégalité” ou la “nullité” de la proclamation d’indépendance et en appuyant le principe de non-reconnaissance<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Suivi par le Bophuthatswana en 1977, le Venda en 1979 et le Ciskei en 1981.

<sup>54</sup> A/RES 31/6 A (1976). Cf. aussi les A/RES 3411D (XXX) (1975), 32/105N (1977) et 37/69A (1982). Cf. aussi les déclarations du Conseil de sécurité du 21 septembre 1979 (S/13549) et du 15 décembre 1981 (S/14794) qualifiant de “totalement invalides” les déclarations d’indépendance du Venda et du Ciskei.

<sup>55</sup> Le 20 juillet 1974, l’armée turque a envahi la République de Chypre en occupant par la force des armes 37 % du territoire de cet État, soit toute la partie nord de l’île. L’agression turque a eu comme résultat la partition de fait de l’île et la déclaration, en février 1975, d’un “État fédéré turc de Chypre”, déclaration condamnée à plusieurs reprises par les organes de l’ONU. Le 15 novembre 1983, la communauté turque a proclamé son indépendance en tant qu’“État”, sous le nom de “République turque de Chypre du nord” (“RTCN”).

<sup>56</sup> S/RES 541 du 18 novembre 1983, § 2 et 7.

<sup>57</sup> § 2 du dispositif de la S/RES 550 du 11 mai 1984.

<sup>58</sup> V. par exemple : le Communiqué final de la conférence au sommet du Commonwealth, New Delhi, novembre 1983 (“Les chefs de gouvernement [...] ont dénoncé la déclaration [d’indépendance] comme légalement non valide et ont réitéré l’appel lancé pour

– L'occupation et/ou l'annexion de certains territoires, comme ceux occupés par Israël en 1967 et 1973<sup>59</sup>, ou l'occupation du Koweït par l'Irak en 1990<sup>60</sup>.

Différentes juridictions internationales se sont aussi référées au principe de non-reconnaissance. Citons entre autres :

– L'avis consultatif rendu par la CIJ le 21 juin 1971 dans l'affaire de la Namibie, dans lequel la Cour souligne que "les États membres des Nations Unies ont l'obligation de reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et le défaut de validité des mesures prises par elle au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne, et de s'abstenir de tous actes et en particulier de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui impliqueraient la reconnaissance de la légalité de cette présence et de cette administration, ou qui constitueraient une aide ou une assistance à cet égard"<sup>61</sup>.

– Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à la situation de Chypre du Nord qui considèrent que "la communauté internationale ne tient pas la "RTCN" pour un État au regard du droit

---

sa non-reconnaissance et son annulation immédiate. De plus, ils ont demandé à tous les pays de s'abstenir de faciliter ou d'aider, de quelque manière que ce soit, l'entité sécessionniste illégale. Ils ont considéré cet acte illégal comme un défi lancé à la communauté internationale et ont exigé l'application des résolutions pertinentes des Nations Unies concernant Chypre"); la Résolution (83) 13 sur Chypre du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (considérant la déclaration d'indépendance comme "légalement non valide"); et la Déclaration de la Commission de la CEE du 16 novembre 1983 ("rejetant" la proclamation d'indépendance et soulignant que "le gouvernement de la République de Chypre est le seul représentant légal et le seul reconnu par la Communauté européenne"); etc. Pour un aperçu de ces réactions, voir K. Chrysostomides, *L'État de Chypre en droit international*, Athènes, Sakkoulas, 1994, (en grec), pp. 156 ss.

<sup>59</sup> Pour un recensement des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité v. DUGARD (J.), *Recognition and the United Nations*, Cambridge, Grotius, 1987, pp. 112 et ss.

<sup>60</sup> Dans la S/RES 662 du 9 août 1990, le Conseil de sécurité déclare que l'annexion du Koweït par l'Irak "n'a aucun fondement juridique et est nulle et non avenue" et "demande à tous les États, organisations internationales et institutions spécialisées de ne pas reconnaître cette annexion et de s'abstenir de toute mesure et de tout contact qui pourraient être interprétés comme une reconnaissance implicite de l'annexion".

<sup>61</sup> *Rec.CIJ, 1971*, p. 58 (§ 133 de l'avis, point (2) de son "dispositif").



international et que la République de Chypre demeure l'unique gouvernement légitime de Chypre"<sup>62</sup>.

– La sentence arbitrale du 14 février 1997 concernant le *Différend relatif à la région de Brcko (République Sprska c. Fédération de Bosnie Herzégovine)*, qui considère que la doctrine de la non-reconnaissance fait partie du droit positif et s'applique dans l'affaire soumise à l'examen du tribunal arbitral<sup>63</sup>.

– L'avis consultatif du 9 juillet 2004 concernant les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, où la CIJ souligne que, "vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause", "tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur..."<sup>64</sup>.

\* \* \*

A la lumière de ce qui précède, l'existence d'une obligation de non-reconnaissance en droit international général, indépendamment de toute résolution du Conseil, ne nous semble faire aucun doute. Dans un grand nombre de cas, le principe a été appliqué par les États en l'absence de toute résolution du Conseil de sécurité. Dans d'autres cas, les États ont respecté le principe sans pour autant considérer que les résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil avaient une valeur obligatoire ou que le langage utilisé par ces organes ("fait appel", "prie", etc.) avait un caractère péremptoire. Et même quand le Conseil de sécurité adopte des résolutions sur la base du Chapitre VII de la Charte, on peut se demander si la demande de non-reconnaissance d'une situation illicite apporte quelque chose de

---

<sup>62</sup> Par. 44 de l'arrêt *Loizidou c. Turquie (Fond)*, que la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a rendu le 18 décembre 1996. V. aussi par exemple le § 90 de l'arrêt du 10 mai 2001 rendu dans l'affaire *Chypre c. Turquie*.

<sup>63</sup> "As developed in modern times, the non-recognition doctrine – providing that an act in violation of a norm having the character of *jus cogens* is illegal and therefore null and void – is based in part on the principle *ex injuria jus non oritur*, according to which acts contrary to international law cannot become a source of legal rights for a wrongdoer. The international community and international tribunals have applied the non-recognition doctrine in cases where an entity seeks, through aggression in violation of international law, to acquire territory with the aim of effecting a change in sovereignty over that territory". Texte in *International Legal Materials*, vol. 36 (2), 1997, § 77 de la sentence. V. aussi le § 78.

<sup>64</sup> V. le § 159 ainsi que le § 163 (point 3D du "dispositif") de l'avis.

nouveau. Comme l'a conclu Catherine Denis après une analyse *in extenso* des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, en imposant aux États de ne pas reconnaître une situation qu'il détermine comme illégale, cet organe "semble simplement appliquer des règles existantes du droit international". Il "ne prétend donc pas imposer aux États des règles juridiques qui ne les lient pas déjà".<sup>65</sup>

Certes, l'intervention centralisée du Conseil de sécurité (ou de l'Assemblée générale) a une grande importance pratique : elle permet de lever tout doute sur l'existence d'un acte illicite et de coordonner les efforts de non-reconnaissance car, comme l'a souligné la CIJ dans son avis de 1971 sur la Namibie, "[q]uand un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence"<sup>66</sup>. Certes, le recours, par le Conseil, à des mesures de coercition non militaire ou militaire, permettront d'aller beaucoup plus loin que la simple "non reconnaissance" et renforceront la pression du droit sur les effectivités illicites. Certes, les résolutions des organisations internationales ont joué un rôle important dans le processus d'émergence de la règle coutumière en question, dont on a d'ailleurs pas besoin de définir avec précision ici le moment exact de naissance. Mais nonobstant ces remarques, il suffit de conclure qu'il n'existe aujourd'hui aucun doute sur le fait que l'obligation de ne pas reconnaître une situation créée par l'emploi illicite de la force ou la violation d'une autre règle fondamentale ne découle pas uniquement d'une décision du Conseil de

---

<sup>65</sup> DENIS (C.), *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité : portée et limites*, Bruxelles, Bruylant, 2005 (sous presse), §§ 35 et 36. L'auteur ajoute : "[L]e Conseil semble rendre obligatoires, pour les États visés, les qualifications et interprétations auxquelles il est parvenu dans le cadre des situations particulières dont il est saisi. [...] [L]e Conseil ne développe cependant pas une interprétation telle qu'elle modifie le contenu de la règle considérée et, dans cette mesure, n'impose pas, à un ou plusieurs État(s) déterminé(s), un modèle de conduite qui crée des droits, habilitations ou obligations. Il exerce tout au plus un pouvoir normatif "au sens large", en contribuant à rappeler la règle et son contenu, tel est le cas lorsqu'il confirme, même en des termes contraignants, l'existence d'une règle coutumière nullement contestée".

<sup>66</sup> La CIJ ajoute que : "[p]lacée en face d'une telle situation, la Cour ne s'acquitterait pas de ses fonctions judiciaires si elle ne déclarait pas qu'il existe une obligation [...] de mettre fin à cette situation" (*op. cit.*, § 117).

sécurité prescrivant la non-reconnaissance, mais aussi du droit international général<sup>67</sup>.

## II. L'OBLIGATION N'EST PAS UNE COQUILLE VIDE : LE CONTENU DU DEVOIR DE NON-RECONNAISSANCE

L'obligation existe donc, mais encore faut-il démontrer que "l'Empereur n'est pas nu", qu'il ne s'agit pas d'une coquille vide. Il est frappant de constater combien la doctrine a négligé la question des effets concrets de l'obligation de non-reconnaissance. La CDI elle-même, dans son commentaire de l'article 41, ne dit mot sur la question. Les rares juridictions internationales qui ont dû toucher à ce charbon ardent ont pris souvent la précaution d'avertir qu'elles "ne souhaitaient nullement formuler une théorie générale"<sup>68</sup> sur les effets de l'obligation. On pourrait donc dire, en paraphrasant la belle réponse que Saint Augustin avait donnée à propos du temps : "Qu'est-ce que l'obligation de non-reconnaissance ? Quand personne ne me le demande, je le sais ; dès qu'il s'agit de l'expliquer, je ne le sais plus..."

Pour éclairer un peu ce terrain obscur, il n'existe qu'une solution : examiner la pratique des États pour essayer de dégager ce qui constitue, selon eux, le contenu de leur obligation juridique. Cette recherche n'est toutefois guère facile, car le chemin est parsemé d'obstacles dont certains sont de taille. La difficulté méthodologique la plus importante est de parvenir à déceler, dans la pratique internationale, les indices directement liés à l'obligation de non-reconnaissance, en éliminant ceux qui ont une source différente et qui risquent de fausser les résultats. Cette difficulté est en réalité double :

Tout d'abord, il faut faire la part entre les comportements liés à une "faculté" de non-reconnaissance et ceux dictés par l'*obligation* de non-reconnaissance. Il est évident, en effet, que du point de vue du droit interne les conséquences sont similaires dans les deux cas. Le juge interne ne

---

<sup>67</sup> Il s'agit, à notre avis, d'une obligation *erga omnes*, c'est-à-dire d'une obligation qui n'est pas due seulement à l'État victime de la violation de la règle fondamentale mais à l'ensemble des États. Il nous semble, en revanche, que les États n'ont pas voulu donner à cette obligation une force normative supérieure et que donc celle-ci ne fait pas partie du *jus cogens*.

<sup>68</sup> V. par ex. CEDH, *Loizidou c. Turquie (Fond)*, 18 décembre 1996, § 45 ou *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, § 90.

cherche que très rarement à savoir si la non-reconnaissance résulte d'une *obligation juridique* de l'État ou si elle est plutôt le produit de l'exercice de la *discrétion politique* de l'exécutif : la simple constatation que l'exécutif n'a pas reconnu une entité lui suffit et s'impose à lui<sup>69</sup>, le juge considérant qu'il doit "éviter d'embarrasser par des décisions intempestives la conduite par l'exécutif des relations internationales"<sup>70</sup>. Or, si le Juge considère qu'un tel risque d'embarras n'existe pas ou que la non-reconnaissance n'est pas (ou n'est plus) établie, il peut se permettre de s'affranchir de la position de l'exécutif en levant, par exemple, l'incapacité juridique de l'autorité non reconnue ou en autorisant sa participation à un procès<sup>71</sup>. Il va de soi qu'une telle liberté n'est plus permise au juge quand c'est une *obligation de non-reconnaissance imposée par le droit international* qui pèse sur lui<sup>72</sup>. Il nous semble donc que la pratique interne concernant les décisions nationales de non-reconnaissance fondées sur une "*faculté*" (ex. refus de reconnaître l'URSS, la RDA, la Chine, Taiwan, etc.) n'est que peu pertinente pour

---

<sup>69</sup> Voir, par exemple, la position traditionnelle des juridictions anglaises, telle qu'exprimée déjà en 1894 dans l'affaire *Mighell v. Sultan of Johore* (1 QB 149, p. 158) : "When once there is the authoritative certificate of the Queen through her minister of state as to the status of another sovereign, that in the courts of this country is decisive". Parmi les nombreuses applications de cette jurisprudence dans des cas de non-reconnaissance v. par exemple l'arrêt du 14 mars 2001 du *Immigration Appeal Tribunal* dans l'affaire *Veysi Dag v. Secretary of State for the Home Department* : "Her Majesty's Government have not accorded any form of recognition to the so-called «Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC)». [...] That statement constitutes the certificate of the sovereign. It is not open to any United Kingdom court or tribunal to give any degree of recognition to the «Turkish Republic of Northern Cyprus» as a sovereign State" (§§ 17 et 18. Texte in *International Law Reports*, vol. 122, 2002, p. 536).

<sup>70</sup> V. par ex. l'analyse et la jurisprudence citée par VERHOEVEN (J.), "Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation", *RCADI*, t. 192, 1985 (III), p. 61.

<sup>71</sup> C'est ainsi, par exemple, que les juges internes de plusieurs États ont parfois décidé de s'affranchir de l'opinion de l'exécutif en ce qui concerne la non-reconnaissance de telle ou telle entité, en considérant que certains événements (par exemple l'admission de l'URSS à la Société des Nations ou la conclusion d'un traité, pourtant non ratifié, avec la Chine) prouvaient la reconnaissance implicite de celles-ci. Pour en examen détaillé de la question et plusieurs exemples voir *ibid.*, p. 66 et ss.

<sup>72</sup> A la limite, si le juge constate dans ce cas l'existence d'un comportement non conforme à l'obligation de non reconnaissance (ex. le fait que certains États aient reconnu l'entité illégale), il a l'obligation de le considérer comme illicite et de l'ignorer, faute de quoi il engage la responsabilité internationale de son État.

éclairer notre recherche sur le contenu précis de *l'obligation* de non reconnaissance<sup>73</sup>.

La deuxième difficulté méthodologique concerne les cas où l'obligation de non-reconnaissance est accompagnée d'une intervention du Conseil de sécurité et d'une mise en oeuvre par ce dernier des pouvoirs de sanction qu'il tient du Chapitre VII de la Charte. Ces sanctions, et surtout les mesures de coercition non-militaire (telles que celles édictées, entre autres, dans les cas de la Rhodésie ou après l'invasion du Koweït par l'Irak) risquent de fausser notre analyse car elles ne nous permettent pas de faire la part entre ce qui relève du Chapitre VII et ce qui relève de l'obligation de non-reconnaissance. Pour cette raison nous allons essayer, dans la mesure du possible, de laisser ces "sanctions" au second plan.

C'est donc avec la plus grande prudence que nous allons avancer les conclusions qui suivent. Nous allons voir dans un premier temps que l'obligation de non-reconnaissance impose une véritable obligation d'isolation dont découlent plusieurs obligations plus spécifiques (A). Nous allons ensuite constater que le droit international général permet un aménagement de cette obligation afin de tenir compte des intérêts des populations (B). Nous allons voir enfin les effets du temps sur cette obligation de non-reconnaissance (C).

#### A. *UNE VÉRITABLE OBLIGATION D'ISOLATION DE L'AUTORITÉ ILLICITE*

L'obligation de non-reconnaissance n'impose pas simplement un comportement symbolique aux États. Elle impose une véritable obligation d'isolation, soit du régime nouveau mis en place à la suite de l'acte illicite (cas, par exemple, de la Mandchourie, de la Rhodésie, de la "République Turque de Chypre du Nord" ou des "Bantoustans"), soit de l'autorité de fait exercée illégalement par un régime préexistant sur un territoire (exemple de la Namibie, du Koweït ou d'une annexion quelconque)<sup>74</sup>. Les États tiers ont ainsi une obligation de ne rien faire qui pourrait être interprété comme une

---

<sup>73</sup> D'où nos réserves à l'égard de certaines démonstrations qui tendent à utiliser la première série de cas, pour éclairer le contenu de la seconde (par ex. TALMON (S.), "*The Cyprus question before the European Court of Justice*", *EJIL*, vol. 12, 2001, pp. 727 et ss., se référant aux cas de la RDA ou de Taiwan pour éclairer celui de la "RTCN" où, pourtant, une véritable *obligation* de non reconnaissance existe).

<sup>74</sup> Pour faciliter notre analyse nous utiliserons ci-après le terme "autorité illégale" pour décrire les deux situations ici présentées.

reconnaissance implicite de la prétention, du statut ou de l'autorité mis en place par une violation du *jus cogens*<sup>75</sup>. De manière plus concrète, ceci se traduit le plus souvent par une série d'obligations d'abstention :

1. *Une obligation de ne pas établir des relations conventionnelles avec l'autorité illégale*

Cette première dimension de l'obligation de non-reconnaissance figurait déjà dans la fameuse note adressée le 7 janvier 1932 par le Secrétaire d'État américain Stimson aux gouvernements japonais et chinois. "En raison de la situation actuelle, des droits qu'il détient et des obligations qui lui incombent, le gouvernement américain" informait qu'il "ne saurait admettre la légalité d'aucune situation *de facto*" et qu'il n'avait pas "l'intention de reconnaître aucune situation ou accord qui pourraient être dus à des moyens contraires aux engagements et obligations du Pacte de Paris du 27 août 1928..."<sup>76</sup>.

Cette déclaration a été reprise pratiquement mot pour mot dans la résolution du 11 mars 1932 de l'assemblée générale de la SDN sur le Mandchoukouo qui posait une obligation générale de non-reconnaissance, obligation détaillée ensuite par la Circulaire du 7 juin 1933 du Comité consultatif concernant la non-reconnaissance du Mandchoukouo qui était destinée à préciser les modalités techniques de la mise en oeuvre de la non-reconnaissance. La première partie de cette circulaire explique, pour chaque catégorie de convention internationale, "par quelle procédure les membres de la Société pouvaient prendre, en cas de demande d'adhésion du «Mandchoukouo», les mesures conformes à la recommandation de l'Assemblée".<sup>77</sup>

Dans l'affaire de la Rhodésie aussi les États et les organisations internationales ont refusé de nouer des relations conventionnelles avec le régime de Ian Smith. A titre d'exemple, on peut citer la Résolution 559 adoptée par le Conseil d'administration de l'Union Internationale des

---

<sup>75</sup> Nous avons vu, d'ailleurs (*supra*, I,C(b)) que les organes de différentes organisations internationales, en commençant par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies, appliquent le principe de non-reconnaissance en "prient" les États "de s'abstenir de toute relation" qui "indiquerait" qu'ils reconnaissent l'autorité exercée en violation d'une règle fondamentale.

<sup>76</sup> Texte in SALMON (J.), *La reconnaissance d'Etat...*, *op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>77</sup> Texte reproduit in RGDIP, 1933, p. 358-363 ou SALMON (J.), *La reconnaissance d'Etat...*, *op. cit.*, p. 74. L'obligation a été généralement très respectée.

Télécommunications en 1966, qui décide (alors qu’aucune obligation “expresse” n’était imposée à cet égard par le Conseil de sécurité) “de refuser d’accepter tout prétendu instrument de ratification ou d’adhésion qui lui serait remis par le régime illégal existant de la Rhodésie ou en son nom” et “charge” le Secrétaire général “de supprimer les signatures apposées par l’ancienne délégation de la Rhodésie sur l’exemplaire de la Convention de Montreux de 1965 et ses Protocoles”<sup>78</sup>.

Dans son avis consultatif de 1971 sur la Namibie, la CIJ va estimer que les États “sont tenus de ne pas établir avec l’Afrique du Sud des relations conventionnelles dans tous les cas où le Gouvernement sud-africain prétendrait agir au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne”. Cette obligation s’étend aussi (par une logique qui évoque celle de l’article 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) aux traités déjà en vigueur, car la CIJ demande aux États de “s’abstenir d’invoquer ou d’appliquer les traités ou dispositions des traités conclus par l’Afrique du Sud au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne qui nécessitent une collaboration intergouvernementale active”<sup>79</sup>.

On peut aussi rappeler que dans l’affaire du *Timor oriental*, le Portugal a demandé à la Cour de dire et de juger que l’Australie a violé ses obligations internationales du fait de la conclusion en 1989 d’un accord avec l’Indonésie, puissance occupante, sur la délimitation et l’exploitation du plateau continental du Timor oriental. Comme on le sait toutefois, la Cour n’a pas pu se prononcer sur le fond dans cette affaire.

## 2. *Une obligation de ne pas accréditer de missions diplomatiques ni d’en recevoir*

Cette deuxième dimension de l’obligation de non-reconnaissance a été constamment confirmée dans la pratique. Elle concerne tant l’interdiction de nouer des relations diplomatiques avec les régimes illégalement créés que l’interdiction d’établir des relations diplomatiques qui pourraient être perçues comme une reconnaissance de l’autorité illicite exercée sur un territoire par un régime préexistant.

---

<sup>78</sup> Nations Unies, *Annuaire Juridique*, 1966, p. 176.

<sup>79</sup> *Op.cit.*, § 122 de l’avis. Seuls échappent à la règle les traités (et surtout les conventions de caractère humanitaire) “dont l’inexécution pourrait porter préjudice au peuple namibien”. V. *infra*, II(B).

Ainsi, par exemple, dans l'affaire de la Rhodésie, tous les États ont respecté la "prière" du Conseil de sécurité "de ne pas reconnaître cette autorité illégale et de n'entretenir avec elle aucune relation diplomatique ou autre"<sup>80</sup>. Dans son avis consultatif de 1971 concernant la Namibie, la CIJ a souligné que les Etats "doivent s'abstenir d'accréditer auprès de l'Afrique du Sud des missions diplomatiques ou des missions spéciales dont la juridiction s'étendrait au territoire de la Namibie". Elle a même ajouté que les États "doivent également signifier aux autorités sud-africaines qu'en entretenant des relations diplomatiques ou consulaires avec l'Afrique du Sud ils n'entendent pas reconnaître par là son autorité sur la Namibie"<sup>81</sup>. De la même manière, dans l'affaire des Bantoustans, tous les États ont suivi l'appel de l'Assemblée générale de l'ONU en refusant d'entretenir toute relation diplomatique avec ces derniers, en dépit d'une véritable "offensive" politique de l'Afrique du Sud et des gouvernements des Bantoustans eux-mêmes visant à établir des relations diplomatiques avec les autres États<sup>82</sup>. De même, dans le cas de Chypre du Nord, aucun État n'a établi de relations diplomatiques avec la "RTCN". Seule la Turquie a essayé de reconnaître par ce biais la RTCN, provoquant une violente réaction de la part du Conseil de sécurité qui a condamné "le prétendu «échange d'ambassadeurs» entre la Turquie et la légalement non valide «République turque de Chypre du Nord»" et qui a déclaré ces actes "illégaux et non valides" en demandant "leur annulation immédiate"<sup>83</sup>.

En revanche, il convient de souligner qu'aucune position claire ne semble pouvoir être dégagée de la pratique concernant l'envoi de *consuls* sur le territoire de l'autorité illégale. Le Comité consultatif concernant la non-reconnaissance du Mandchoukouo avait ainsi souligné, dans sa circulaire du 7 juin 1933 précitée, que les États peuvent, "sans contrevenir" à leurs obligations, "pouvoir, le cas échéant, au remplacement de leurs consuls en fonction en Mandchourie car "l'envoi de consul [...] n'implique pas reconnaissance du «Mandchoukouo», ces agents étant désignés pour tenir leurs gouvernements au courant et pour la protection de leurs nationaux". Ceci, néanmoins, à la condition que "les gouvernements rappellent à leurs

---

<sup>80</sup> S/RES 217 (1965) § 6.

<sup>81</sup> *Op. cit.*, § 123 de l'avis.

<sup>82</sup> Les seules relations diplomatiques que les Bantoustans ont pu établir étaient les relations... entre eux et avec l'Afrique du Sud.

<sup>83</sup> 5<sup>ème</sup> considérant et § 2 du dispositif de la S/RES 550 du 11 mai 1984.



consuls que, notamment dans les contrats que leurs fonctions les amèneront à établir à cette fin, ils doivent éviter, autant qu'il est possible, tout acte qui pourrait être interprété comme constituant une déclaration expresse ou implicite qu'ils considèrent les autorités établies en Mandchourie comme le gouvernement légitime du pays".<sup>84</sup>

Pourtant, la pratique semble avoir évolué depuis et, à notre connaissance, aucun échange d'agents consulaires n'a été effectué dans les différentes affaires qui ont occupé la scène internationale depuis la Seconde Guerre mondiale. Les États ont, par exemple, retiré leurs consuls de Salisbury à la suite de la proclamation d'indépendance de la Rhodésie<sup>85</sup> et ils n'ont pas envoyé de consuls dans les Bantoustans ou en "RTCN". La CIJ, dans son avis de 1971 sur la Namibie a considéré que les États ont une obligation "de s'abstenir d'envoyer des agents consulaires en Namibie et rappeler ceux qui s'y trouvent déjà"<sup>86</sup>.

Toutefois, dans l'intérêt des populations concernées (v. *infra*, II(B)), des pratiques très informelles ont été mises en place, surtout par le biais de certains "bureaux" ou "centres d'information", afin de maintenir un contact minimum entre les autorités illégales et la communauté internationale. C'est ainsi, par exemple, que le gouvernement de Ian Smith a pu recourir à des "Centres d'information rhodésiens" ouverts de manière très officieuse à l'étranger. C'est ainsi aussi que la communauté turque de Chypre du nord a pu par exemple maintenir à Londres un "bureau" ("*office*"). Mais le caractère complètement officieux et informel de ces "centres" et bureaux n'a

---

<sup>84</sup> *Op. cit.*. Ces relations consulaires ne semblaient pas toutefois être soumises au principe de réciprocité car le «Mandchoukouo» n'a établi de consulat qu'à Hambourg (cf. ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public, op. cit.*, p. 520).

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 522.

<sup>86</sup> *Op. cit.*, § 123 de l'avis. Il convient de signaler que la S/RES 283 (1970) "prie" déjà les États de s'abstenir de telles relations consulaires. La Cour précise toutefois que ses conclusions sont autonomes car "elle n'a pas été invitée à donner un avis sur les conséquences juridiques de cette résolution" et "se born[e] donc à exprimer un avis sur les rapports avec le Gouvernement sud-africain qui, en vertu de la Charte des Nations Unies et du droit international général, doivent être considérés comme incompatibles avec la déclaration d'illégalité et d'invalidité formulée au par. 2 de la résolution 276 (1970), parce qu'ils peuvent impliquer une reconnaissance du caractère légal de la présence sud-africaine en Namibie" (*op. cit.*, §§ 120 et 121. Nous soulignons).

jamais cessé d'être souligné tant par l'exécutif<sup>87</sup> que par la jurisprudence nationale des pays d'accueil<sup>88</sup>.

### 3. *Une obligation de refuser l'admission de l'autorité illégale et sa participation à une organisation internationale*

Cette troisième dimension de l'obligation de non-reconnaissance est liée à la précédente et elle est tout aussi confirmée par la pratique internationale.

Déjà en 1933, le Comité consultatif concernant la non-reconnaissance du Mandchoukouo invitait les États, dans sa circulaire précitée, non seulement à refuser l'adhésion du Mandchoukouo à une organisation internationale, mais aussi à prendre "toutes mesures utiles afin d'éviter la participation de représentants du «Mandchoukouo»" à certaines com-

---

<sup>87</sup> On peut citer, par exemple, la position du Ministère des Affaires Étrangères britannique quant au statut du bureau de la communauté turque-chyprite à Londres, telle qu'exprimée dans une déclaration sous serment d'un haut fonctionnaire du Foreign Office pendant une procédure devant un Tribunal d'appel britannique. Dans son *affidavit* du 10 janvier 1996, M. Haydon Boyd Warren-Gash a expliqué ainsi la position de son gouvernement : "Ministers from the Republic of Cyprus make official visits to the UK and are regularly seen by UK Ministers when they do so. Those from the so-called TRNC who make visits to the UK do so on a private basis and are not seen by UK Ministers. [...]. Her Majesty's Government does not maintain any diplomatic relations or have any normal government-to-government dealings with any other entity [than the Republic of Cyprus] on the island of Cyprus. Her Majesty's Government does, however, have regard to the interests of the Turkish Cypriot community. [...]. It is in that context that Her Majesty's Government allows the office in London, which is the subject of the present proceedings, to operate in the interests of the Turkish Cypriot community. Her Majesty's Government does not treat that office as representing a foreign State, nor does the Foreign and Commonwealth Office accord the «TRNC» office in London the facilities which it normally extends to diplomatic missions. The Foreign and Commonwealth Office deals with the staff only on the basis that they are representatives of the Turkish Cypriot community and accords them no formal status. An office representing the Turkish Cypriot community within the Republic of Cyprus was established in London well before the Turkish Cypriot community declared the so-called Turkish Federated State of Cyprus on 13 February 1975. The office is not a diplomatic mission and its staff are not diplomatic agents...". Texte in *BYBIL*, 1996, pp. 714-715.

<sup>88</sup> La jurisprudence australienne a, par exemple, interdit l'utilisation officielle de l'appellation de "Centre d'information *rhodésien*" au motif qu'elle pouvait suggérer quelque lien entre l'Australie et le gouvernement de Ian Smith (Sup. Ct. New South Wales, *Corporate Affairs Commission v. Bradley*, 12 juin 1974. Cf. VERHOEVEN (J.), "Relations internationales...", *op. cit.*, p. 58). Les juridictions anglaises refusent tout privilège ou immunité au "bureau" de la communauté turque-chyprite de Londres ainsi qu'à ses membres (voir par exemple l'arrêt du 7 mars 1996 d'un Tribunal d'appel britannique dans l'affaire *Caglar v. Billingham (Inspector of Taxes)* [1996] STC (SCD) 150).

missions ou associations internationales non créées par voie de convention internationale.<sup>89</sup>

Dans le cas de la Rhodésie du Sud, les organisations internationales ont refusé toute participation des autorités de cette entité à leurs travaux<sup>90</sup>. Il est d'ailleurs intéressant de rappeler que le Conseil de sécurité a repoussé la demande de la Rhodésie de participer aux débats la concernant, tandis que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies U Thant a même décidé de ne pas répondre aux divers télégrammes qu'il avait reçus des autorités rhodésiennes "conformément au principe selon lequel le Secrétariat n'entretient pas de correspondance avec des régimes illégaux"<sup>91</sup>.

L'affaire de la "République turque de Chypre du Nord" est toute aussi riche d'enseignements. Jusqu'à récemment au moins, les organisations internationales ont refusé non seulement l'admission de la "RTCN", mais aussi sa participation en tant que telle aux travaux de leurs organes. Or, à la suite du rejet massif par la communauté chypriote grecque, dans le référendum du 24 avril 2004, du "plan Annan" proposant la réunification de Chypre, la diplomatie turque a entrepris une vaste campagne pour obtenir la reconnaissance de la "RTCN" par les États et les organisations internationales<sup>92</sup>. Sans aller aussi loin, ces derniers ont voulu faire des gestes importants à l'égard des Chypriotes turcs afin, surtout, de permettre leur développement économique et social qui ne devrait pas, selon eux, être

---

<sup>89</sup> *Op. cit.*. Le Comité ajoutait, d'ailleurs, que "dès lors qu'une convention internationale n'était pas à l'origine de ces organismes, il ne saurait être question de tirer des conclusions relatives à une reconnaissance" *de jure* ou *de facto* du fait de la participation d'un délégué du Mandchoukouo – surtout si des organismes ou collectivités privées font aussi partie de ces organismes.

<sup>90</sup> V. par exemple, la Résolution 559 adoptée par le Conseil d'administration de l'Union Internationale des Télécommunications en 1966, par laquelle il décide "de prendre les mesures nécessaires pour que le régime illégal existant de la Rhodésie ne soit invité à prendre part aux travaux d'aucune conférence ou réunion organisée par l'UIT ou sous ses auspices" (Nations Unies, *Annuaire Juridique*, 1966, p. 176).

<sup>91</sup> ONU, *Chr. mens.*, III, n° 6, pp. 7-8 (reproduit in SALMON (J.), *La reconnaissance d'Etat...*, *op. cit.*, p. 230). La Rhodésie du Sud avait demandé de participer aux débats du Conseil de sécurité sur la base de l'art. 32 de la Charte qui dispose que "...tout État qui n'est pas membre des Nations Unies, s'il est partie à un différend examiné par le Conseil de sécurité, est convié à participer, sans droit de vote, aux discussions relatives à ce différend". Le Conseil de sécurité a fermement refusé cette demande, en soulignant que le régime de Ian Smith était illégal.

<sup>92</sup> V. par ex. BOLAND (V.), "Turks call for end to isolation as division continues", *Financial Times*, London, 26 avril 2004.

compromis du fait de l'adhésion de la seule partie grecque de la République de Chypre à l'Union européenne<sup>93</sup>. Or, il est frappant de constater comment dans un contexte politique aussi défavorable à la République de Chypre, les décisions en faveur de "la communauté chypriote turque" (et non de la "RTCN") ont été adoptées avec le souci de "les concilier avec le droit international"<sup>94</sup>.

La décision la plus importante concernant le point qui nous intéresse ici a été la résolution 1376 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, adoptée le 29 avril 2004, dans laquelle l'Assemblée "décide d'associer plus étroitement des représentants élus de la communauté chypriote turque aux travaux de l'Assemblée parlementaire et de ses commissions". Si l'on regarde néanmoins de plus près cette résolution et l'histoire de son adoption, on peut constater que le principe de non-reconnaissance de la "RTCN" n'est pas mis en cause. En effet, alors que la "RTCN" souhaitait participer aux travaux de l'Assemblée en tant que telle et, au moins, avec le statut d'"observateur", l'Assemblée parlementaire n'a pas accédé à ses demandes. Si elle a admis la participation de "représentants élus de la communauté chypriote turque", elle n'a pas accepté celle de la "RTCN" elle-même ni d'une entité quelconque autre que la République de Chypre et lui a aussi refusé le statut d'"observateur". L'Assemblée a d'ailleurs tenu à préciser que les "représentants élus de la communauté chypriote turque" font partie intégrante de la délégation de la République de Chypre<sup>95</sup> ! L'Assemblée fait donc comme si... le plan Annan avait été accepté et adhère à une logique d'unité et de "réunification" de l'île.

Un autre événement semble vouloir confirmer plutôt qu'infirmier l'analyse qui précède sur le refus de reconnaissance de la "RTCN". Il s'agit du refus de l'Union européenne de participer au Forum conjoint prévu entre l'UE et l'Organisation de la Conférence Islamique, qui devait avoir lieu au niveau des Ministres des Affaires Etrangères les 4 et 5 octobre 2004 à Istanbul. Ce refus a été justifié par le fait que la Turquie souhaitait la participation des turcs chypriotes à ce forum en tant qu'"État Chypriote

---

<sup>93</sup> V. par ex. FERENCZI (T.), "Les Européens veulent mettre fin à l'isolement de la partie turque de Chypre et l'aider à se relever", *Le Monde*, 28 avril 2004.

<sup>94</sup> Selon la déclaration du Ministre irlandais, Brian Cowen, présidant une réunion des ministres européens des affaires étrangères le 26 avril 2004 à Luxembourg (*ibid.*).

<sup>95</sup> La délégation chypriote sera ainsi composée de 3 membres, dont deux chypriotes grecs et 1 chypriote turc (et *idem* pour les membres suppléants).

Turc”. Ce refus est d’autant plus significatif que la Turquie avait proposé d’accompagner cette participation de la “RTCN” par une déclaration de l’UE ou de la Turquie selon laquelle “ceci n’implique pas une reconnaissance de la RTCN par l’UE” ! La présidence de l’UE a refusé cette solution, décidant de ne pas participer à la manifestation et demandant aussi aux États membres de l’UE de ne pas le faire. Face à cette situation la Turquie a dû annuler le Forum<sup>96</sup>.

4. *Une obligation de refuser d’entretenir des relations économiques, commerciales ou autres avec l’autorité illégale*

Dans sa résolution 276 (1970) sur la Namibie, le Conseil de sécurité avait demandé “à tous les États, en particulier ceux qui ont des intérêts économiques et autres en Namibie, de s’abstenir de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui sont incompatibles” avec le caractère illégal de la présence continue des autorités sud-africaines en Namibie. Dans un avis rendu l’année suivante, la CIJ est venue préciser ce point en soulignant que non seulement les dispositions expresses précitées de la Résolution 276, mais aussi “les restrictions qu’implique la non-reconnaissance de la présence de l’Afrique du Sud en Namibie”, “imposent aux États Membres l’obligation de ne pas entretenir avec l’Afrique du Sud agissant au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne *des rapports ou des relations de caractère économique ou autre qui seraient de nature à affermir l’autorité de l’Afrique du Sud dans le territoire*”<sup>97</sup>.

Dans le cas des Bantoustans, les résolutions de l’Assemblée générale (“endossées”, comme nous l’avons vu, par le Conseil de sécurité) ont considéré que les États devaient non seulement “s’abstenir d’avoir des rapports quels qu’ils soient avec le Transkei prétendument indépendant ou d’autres bantoustans”, mais devaient aussi “prendre des mesures efficaces pour interdire à toutes les personnes physiques, sociétés et autres institutions placées sous leur juridiction d’avoir des rapports quels qu’ils soient avec le Transkei prétendument indépendant ou d’autres bantoustans”. La volonté de ne pas reconnaître ni d’affermir l’autorité des “Bantoustans” est donc, ici aussi, manifeste.

Par ailleurs, dans le cas de la “RTCN”, la Cour de Justice des Communautés Européennes a déclaré, dans un arrêt rendu le 5 juillet 1994,

---

<sup>96</sup> V. par ex. “Annulation du Forum UE-OCI”, “*To Vima*”, Athènes, 2 oct. 2004.

<sup>97</sup> *Op. cit.*, § 124 de l’avis.

que les autorités des pays membres de l'Union ne peuvent pas autoriser l'importation de marchandises et de produits agricoles provenant de la partie occupée de Chypre, s'ils ne sont pas accompagnés des certificats nécessaires délivrés par les autorités de la République de Chypre. Cette importante décision est venue sanctionner la pratique britannique qui consistait à accepter les importations de produits agricoles provenant du territoire de la "RTCN" sans certificats et donc sans l'autorisation du gouvernement chypriote. La Cour a considéré que de telles importations ne devaient pas être acceptées si les certificats de circulation étaient délivrés "par des autorités autres que les autorités compétentes de la République de Chypre". La Cour a ainsi repoussé les arguments du Royaume-Uni et de la Commission qui consistaient à prétendre que la "situation factuelle" et la "partition de fait" de l'île devaient conduire à "une acceptation de fait des certificats [...] délivrés par des autorités autres que les autorités compétentes de la République de Chypre"<sup>98</sup>. Cette position a été maintenue dans deux arrêts ultérieurs rendus par la Cour en juillet 2000 et septembre 2003<sup>99</sup>.

Pour contourner cette jurisprudence et "encourager le développement économique" de la communauté chypriote turque, l'UE a alors envisagé, dès 2003, l'adoption de mesures pour la "promotion des échanges commerciaux" entre cette communauté et les pays de l'UE<sup>100</sup>. Dans le nouveau contexte politique créé par le référendum du 24 avril 2004, le Conseil a adopté un projet de Règlement<sup>101</sup> visant à autoriser le commerce

---

<sup>98</sup> Affaire C-432/92, Décision à titre préjudiciel sollicitée par la High Court of Justice (Queen's Bench Division) dans l'affaire *The Queen et Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd e.a.* (§ 67). La Cour constate la contrariété d'une telle pratique avec, surtout, l'accord d'association de 1972 entre la CEE et Chypre, le protocole de 1977 relatif à la définition de la notion de produits originaires et aux méthodes de coopération administrative et à la directive 77/93 (sur les certificats phytosanitaires).

<sup>99</sup> Affaire C-219/98 communément appelée "*Anastasiou II*" (permettant, sous certaines conditions, l'importation de produits végétaux accompagnés de certificats d'un pays autre que le pays d'origine où ces produits ont été importés et contrôlés) et affaire C-140/02, "*Anastasiou III*" (soulignant que le certificat phytosanitaire requis pour l'introduction de ces végétaux dans la Communauté doit être délivré dans le pays d'origine desdits végétaux par les autorités compétentes de ce pays et sous le contrôle de celles-ci).

<sup>100</sup> V. Conseil de l'UE, Note de transmission, "Relations avec Chypre", doc. 10414/03 du 11 juin 2003.

<sup>101</sup> Un autre projet de règlement vise à accorder une aide financière aux turcs chypriotes. Ce projet, adopté avec l'accord du gouvernement chypriote, souligne que "*nothing in this Regulation is intended to imply recognition of any public authority in the areas other than the*

direct entre la communauté chypriote turque et les pays de l'UE. Le problème lié à l'obligation de non-reconnaissance de la "RTCN" a alors été "résolu" par une astuce juridique consistant à confier à un organisme "privé", la "chambre de commerce chypriote turque", la compétence pour la mise en oeuvre du règlement (et la délivrance des certificats nécessaires). Or, cette tentative de contournement a été clairement censurée par le Service juridique du Conseil de l'UE qui, dans un avis rendu le 25 août 2004, a notamment souligné que :

"It is one thing to take account of a situation of fact, but it would be something quite different for the Commission actually to designate a body in the areas for the purpose of implementing the proposed measure, without the consent of the Government of the Republic of Cyprus (according to articles 2 and 5 of the proposal, this body would be responsible for issuing certificates of origin and carrying out the necessary controls).

Firstly, designating such a body would constitute explicit recognition of another authority in the areas than the Government of the Republic of Cyprus, *which would be contrary to both international law and EU primary law*. Secondly, it is inherent to the system of the EC Treaty and the division of powers between the Community and the Member States, that each Member State has the right to determine the 'competent authority' which is responsible for the implementation of any act of Community law on its own territory. It is not possible to allow for the Commission to designate national competent authorities on its own, without the consent of the Member State concerned.

The precise status of the Turkish Cypriot Chamber of Commerce makes no difference in this respect (apparently it is a private body, but it would have functions of *ius imperii* conferred upon it by the proposed measure). *The determining factor is that the Government of the Republic of Cyprus must give its consent*, in order for the Turkish Cypriot Chamber of Commerce or any other body to be designated as responsible for purposes of implementation".<sup>102</sup>

---

*Government of the Republic of Cyprus*". Cf. doc. 13195/04 du 8 octobre 2004. V. aussi HOPE (K.), "Greek Cypriots to help north", *Financial Times*, 26 avril 2004.

<sup>102</sup> Council of the EU, Opinion of the Legal Service, "*Proposal for a Council Regulation on special conditions for trade with those areas of the Republic of Cyprus in which the Government of the Republic of Cyprus does not exercise effective control*", doc. 11874/04, 25 août 2004, p. 7. Nous soulignons. V. aussi un autre passage de cet avis où il est souligné que la

Ce rappel au nécessaire consentement de la République de Chypre pour la mise en place d'une telle solution a semble-t-il été entendu par les organes communautaires<sup>103</sup>, et semble constituer une nouvelle victoire du droit sur la politique et une victoire de l'obligation de non-reconnaissance sur les effectivités illicites.

*5. Une obligation de ne pas reconnaître l'autorité illégale dans un procès devant le juge interne ou international*

Cette obligation comprend deux volets. D'une part, les juridictions ne doivent pas accepter la participation ou l'intervention d'un régime illégal non reconnu dans un procès quelconque<sup>104</sup>. D'autre part, les juridictions ont l'obligation de considérer que l'État auteur de la violation engage sa responsabilité internationale et qu'il n'y a pas d'"écran" avec le régime mis

---

République de Chypre doit donner son accord pour l'utilisation de certains ports de l'île pour le transport des marchandises.

<sup>103</sup> Un "non-paper" de la présidence de l'UE préparé le 24 septembre 2004 tient compte de l'avis du service juridique en proposant d'ajouter au projet de règlement non seulement la phrase "nothing in this Regulation is intended to imply recognition of any public authority in the areas other than the Government of the Republic of Cyprus", mais aussi une phrase selon laquelle la "chambre de commerce chypriote turque" sera compétente pour la délivrance des certificats nécessaires conformément au "consentement du Gouvernement de la République de Chypre". Il est néanmoins regrettable que le non-paper, adhérant à une logique qui fait penser au régime des capitulations, ajoute que : "the Government of the Republic of Cyprus would have to make a declaration to the minutes of the Council at the moment of adoption of the Regulation, stating that the authorisation of the Turkish Cypriot Chamber of Commerce will be given by the Government in a single act and no interference in the body's daily work is intended". Au moment où nous écrivons cet article (15 janvier 2005) ce règlement n'a toujours pas été adopté.

<sup>104</sup> On peut citer comme exemple l'affaire *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg* devant les juridictions américaines, qui concernait la revendication des mosaïques de la chapelle de Kanakaria par l'Église Orthodoxe et la République de Chypre. Lors de la procédure devant la Cour fédérale de première instance d'Indianapolis, la "RTCN" a demandé la permission d'intervenir afin de revendiquer elle-même la restitution des quatre mosaïques de Kanakaria se trouvant entre les mains d'une galerie d'art d'Indiana et de sa gérante, Peg Goldberg. Par une ordonnance du 30 mai 1989, la Cour a rejeté cette requête en niant à la "RTCN" la qualité d'intervenant. Pour certaines conséquences de l'obligation de non-reconnaissance sur des questions relatives au *forum conveniens* et au droit international privé en général v. par ex. *Trumann Investment Group Ltd v. Societe Generale SA and others*, Chancery Division, 27 juillet 2004, [2004] EWHC 1769 (Ch), (Transcript) où le Tribunal anglais note : "TRNC is not recognised by any other jurisdiction as having a legal existence and no order made in a Court in TRNC can be enforced under any of the conventions, as it is not a party to any of them" (§ 32).



en place à la suite de l'acte illicite. On peut ainsi rappeler la position clairement exprimée par la CIJ dans son avis sur la Namibie, selon laquelle : “Le fait que l’Afrique du Sud n’a plus aucun titre juridique l’habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d’autres États et qui sont liées à l’exercice de ses pouvoirs dans ce territoire. *C’est l’autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l’État en raison d’actes concernant d’autres États*”<sup>105</sup>. De manière similaire, les États ont considéré que l’Afrique du Sud était responsable des actions des gouvernements des “Bantoustans”<sup>106</sup> et les juridictions internationales ont tenu la Turquie pour responsable de la situation dans les territoires occupés de Chypre<sup>107</sup>.

6. *Une obligation de refuser tout effet juridique à des actes constitutionnels, législatifs ou administratifs édictés par un régime illicite*

La pratique regorge de cas où les organisations internationales, voire certaines juridictions internes ou internationales ont refusé de reconnaître un effet juridique à des actes destinés à asseoir l’autorité illégale d’un régime. Parfois même, ces organes ou juridictions n’ont pas hésité à proclamer la “nullité” ou l’“invalidité juridique” de ces actes.

Sans remonter trop loin dans le temps<sup>108</sup>, on peut citer les positions adoptées par l’Assemblée générale de l’ONU, le Conseil de sécurité ou encore la CIJ concernant certains actes édictés dans des situations aussi

---

<sup>105</sup> *Op. cit.*, § 118 de l’avis (nous soulignons).

<sup>106</sup> V. DUGARD (J.), “*Collective non-recognition: The failure of South Africa’s Bantustan States*”, in *Liber Amicorum Boutros Boutros-Ghali*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 393 et la jurisprudence qui y est citée.

<sup>107</sup> Parmi les nombreux arrêts de la CEDH voir : *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, §§ 55 et ss. ; *Loizidou c. Turquie (Fond)*, 18 décembre 1996, §§ 49 et ss. ; *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, §§ 69 et ss. ; *Demades c. Turquie*, 31 juillet 2003, §§ 17 et 29 ; *et al.*

<sup>108</sup> Le passé plus lointain n’est pourtant pas dépourvu d’exemples comme le montre le refus du Comité consultatif de la SDN de reconnaître la validité des passeports délivrés par les autorités du Mandchoukouo, le refus du Juge américain de reconnaître la validité des mesures de nationalisation prises par les autorités soviétiques à l’égard des navires de commerce estoniens, lettons et lithuaniens ou encore le refus des juridictions françaises de reconnaître le protectorat allemand sur la Tchécoslovaquie et surtout la validité des mesures de confiscation des propriétés privées décidées par les autorités allemandes.

variées que celles des territoires occupés par Israël<sup>109</sup>, de la Rhodésie du Sud<sup>110</sup>, de la Namibie<sup>111</sup>, des Bantoustans<sup>112</sup>, de la “RTCN”<sup>113</sup>, ou encore de l’Irak après l’invasion du Koweït<sup>114</sup>. On peut aussi rappeler comment la Cour européenne des droits de l’homme dans son arrêt *Loizidou c. Turquie*

---

<sup>109</sup> V. par ex. les S/RES 252 (1968) (1<sup>er</sup> considérant et § 2) et 298 (1971) (§ 4), où le Conseil “considère que toutes les mesures et dispositions législatives et administratives prises par Israël, y compris l’expropriation de terres et biens immobiliers, qui tendent à modifier le statut juridique de Jérusalem sont non valides et ne peuvent modifier ce statut”. V. aussi les S/RES 476 (1980) § 4 et 478 (1980) § 3 où le Conseil “[r]éaffirme que toutes les mesures qui ont modifié le caractère géographique, démographique ou historique et le statut de la Ville sainte de Jérusalem sont nulles et non avenues...”. V. aussi A/RES 2253 (ES-V) du 4 juillet 1967 et 2254 (ES-V) du 14 juillet 1967 qualifiant comme “non valides” ces mesures législatives. Il est intéressant de noter que le vocabulaire utilisé par le Conseil “considère que...”, “affirme que” semble indiquer que ce dernier n’impose pas lui même une obligation mais tire les conséquences du droit international général. Dans son avis du 9 juillet 2004, la CIJ a considéré que Israël “est dans l’obligation [...] d’abroger immédiatement ou de priver immédiatement d’effet l’ensemble des actes législatifs et réglementaires” qui se rapportent à l’édification du “mur” – sauf ceux qui profitent à la population palestinienne (*op. cit.*, § 151 et point 3(B) du “dispositif”).

<sup>110</sup> La S/RES 217 (1965) § 6 “considère” que “la déclaration d’indépendance n’a aucune validité légale”.

<sup>111</sup> Dans sa S/RES 276 (1970) § 2, le Conseil déclare que “toutes les mesures prises par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne, après la cessation du Mandat, sont illégales et invalides”. La CIJ, dans son avis de 1971, a endossé cette position ( § 125) et a pris aussi soin de dissocier l’obligation issue du droit international général de celle formulée par les résolutions du Conseil de sécurité en soulignant que “la cessation du mandat et la déclaration de l’illégalité de la présence sud-africaine en Namibie sont opposables à tous les États [y compris les États non membres], *en ce sens qu’elles rendent illégale erga omnes une situation qui se prolonge en violation du droit international*” (§ 126, nous soulignons).

<sup>112</sup> Cf. la déclaration du Président du Conseil de sécurité du 21 septembre 1979 (S/13549) qui a considéré que les États avaient l’obligation “de ne pas accepter les documents de voyage délivrés par” les bantoustans.

<sup>113</sup> Nous avons vu que le Conseil a considéré dans sa S/RES 541 du 18 novembre 1983 que la proclamation de l’indépendance de la “RTCN” était “juridiquement nulle et non avenue” et a déclaré “illégaux et non valides” une série de “nouveaux actes sécessionnistes” (“le prétendu «échange d’ambassadeurs» entre la Turquie et la légalement non valide «République turque de Chypre du nord»”, l’organisation possible d’un “référendum constitutionnel” et “d’autres actes ou menaces visant à consolider le prétendu État indépendant et la partition de Chypre” (S/RES 550 du 11 mai 1984).

<sup>114</sup> V. la S/RES 670 (1990), 8<sup>e</sup> considérant, où le Conseil déclare “nuls et non venus” certains actes du Gouvernement iraquien “tels que le décret n° 337, en date du 16 septembre 1990, du Conseil du Commandement révolutionnaire de l’Iraq”.

(Fond), du 18 décembre 1996, a refusé de reconnaître à la “RTCN” la qualité d’État et d’attribuer une valeur juridique aux dispositions de sa Constitution du 7 mai 1985<sup>115</sup>.

### B. UN AMENAGEMENT DE L’OBLIGATION DANS L’INTERET DES POPULATIONS

Les différentes dimensions du principe de non-reconnaissance que nous venons d’examiner, sont des manifestations différentes d’une obligation de ne rien faire qui pourrait, d’une façon quelconque, valider un titre nul, créer des droits en faveur d’une entité illégale ou porter atteinte à la souveraineté de l’État victime de l’acte illicite. Cette obligation générale ne doit néanmoins pas avoir des conséquences d’une rigueur excessive, comme l’a rappelé la CIJ dans son avis de 1971 sur la Namibie. S’inspirant sans doute de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis qui, à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, avait été appelée à se prononcer à plusieurs reprises sur la validité de nombreux actes de la Confédération<sup>116</sup>, la Cour a estimé que

---

<sup>115</sup> La requérante, Titina Loizidou avait engagé un recours devant la CEDH parce que les forces turques, occupant la partie nord de Chypre, l’empêchaient depuis 1974 d’accéder à ses biens se trouvant dans la région occupée de Kyrenia. Lors de la procédure sur le fond, le gouvernement turc avait soutenu que la requérante avait perdu la propriété de ses biens de manière irréversible par le jeu de l’article 159 de la Constitution de la “RTCN” qui prévoit l’expropriation des biens “abandonnés” par leurs propriétaires situés dans les limites de la “RTCN”. Selon le gouvernement turc, la “RTCN” était “un État démocratique et constitutionnel dont la Constitution a été acceptée par référendum” et donc capable “de légiférer valablement” (§ 35 de l’arrêt). Mais la Cour de Strasbourg a fermement repoussé cette argumentation. Selon elle il est clair en effet que “la communauté internationale ne tient pas la “RTCN” pour un État au regard du droit international et que la République de Chypre demeure l’unique gouvernement légitime de Chypre [...]. Dans ce contexte, la Cour ne saurait attribuer une validité juridique aux fins de la Convention à des dispositions comme l’article 159 de la loi fondamentale sur laquelle le gouvernement turc s’appuie” (§ 44 de l’arrêt. Cf. aussi le dernier alinéa du § 56). La Cour a donc conclu que la requérante restait toujours la propriétaire légale de ses terres et de ses biens.

<sup>116</sup> Dans sa décision *Horn v. Lockhart et al.* (1873), la Cour Suprême avait par exemple souligné que : “*The acts of the several states in their individual capacities, and of their different departments of government, executive, judicial, and legislative, during the war, so far as they did not impair or tend to impair the supremacy of the national authority, or the just rights of citizens under the constitution, are, in general, to be treated as valid and binding. The existence of a State of insurrection and war did not loosen the bonds of society, or do away with civil government, or the regular administration of the laws. Order was to be preserved, police regulations maintained, crime prosecuted, property protected, contracts enforced, marriages celebrated, estates settled, and the transfer and descent of property regulated, precisely as in time of peace. Judicial or legislative acts in the insurrectionary states*

l'obligation de non reconnaissance ne devrait pas empêcher l'acceptation "de certains actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire concerné"<sup>117</sup>. Il ne s'agit donc pas d'une véritable exception au principe précité, mais plutôt d'une volonté d'éviter une application trop rigide du principe de non-reconnaissance afin de sauvegarder les intérêts des populations concernées. Certains actes de gestion, voire certaines formes de coopération internationale concernant, par exemple, la lutte contre les épidémies, le trafic de stupéfiants ou contre le crime organisé pourraient donc être acceptés sans être considérés comme une reconnaissance implicite.

C'est ainsi, par exemple, que la non-reconnaissance du Mandchoukouo n'a pas empêché l'acceptation par les États de certains certificats émanant des autorités de cette entité adoptés aux fins d'application de la convention internationale sur l'opium de 1925<sup>118</sup>. De manière similaire, la CIJ a précisé, dans son avis de 1971, que l'obligation de ne pas établir des relations conventionnelles avec l'autorité illégale n'exclut pas l'application de certains traités (et surtout des conventions de caractère humanitaire) "dont l'inexécution pourrait porter préjudice au peuple namibien"<sup>119</sup>. Et, c'est aussi toujours "dans l'intérêt des populations concernées", que certains États maintiennent des contacts "limités et fonctionnels" avec la "communauté turque chypriote"<sup>120</sup>.

---

*touching these and kindred subjects, not hostile in their purpose or mode of enforcement to the authority of the national government, nor to rights of citizens under the constitution, were valid*" (17 Wallace 570, 84 U.S. (1873), p. 575). Cf. aussi, parmi une jurisprudence riche : *Texas v. White*, 7 Wallace 700, 74 U.S. (1868), p. 733, *Hanauer v. Woodruff*, 15 Wallace 439, 82 U.S. (1872), p. 448 et *Baldy v. Hunter*, 64 Davies 388, 171 U.S. (1898).

<sup>117</sup> Avis précité du 21 juin 1971, § 125 (*Rec. CIJ* 1971, p. 56). La Cour ajoute que "[d]'une manière générale, la non-reconnaissance de l'administration sud-africaine dans le territoire ne devrait pas avoir pour conséquence de priver le peuple namibien des avantages qu'il peut tirer de la coopération internationale".

<sup>118</sup> V. la Circulaire du 7 juin 1933 du Comité consultatif concernant la non-reconnaissance du Mandchoukouo (*op. cit.*).

<sup>119</sup> *Op. cit.*, § 122.

<sup>120</sup> Comme l'expliquait par exemple dans sa déclaration sous serment précitée (*supra*, note 87) du 10 janvier 1996, M. Haydon Boyd Warren-Gash, haut fonctionnaire du Foreign Office : "there are functional contacts between police forces and other UK agencies and law enforcement officials in the "TRNC" for the purposes of addressing law enforcement issues"

Il va de soi que cet aménagement du principe de non reconnaissance ouvre la voie à des jugements de valeur sur les limites à tracer entre les actes “neutres” ou *de jure gestionis* qui peuvent être acceptés dans l’intérêt des populations locales, et les actes *de jure imperii* ou consolidateurs d’un titre ou d’une autorité illégale qui doivent, eux, être rejetés. Cette frontière peut être difficile à appréhender en pratique comme le montrent, d’ailleurs, les hésitations et les flottements des juridictions nationales et internationales sur ce point.

En ce qui concerne tout d’abord la jurisprudence interne, on peut remarquer que généralement les tribunaux n’éprouvent guère de difficultés à nier tout effet juridique aux actes de puissance publique qui visent à provoquer des droits en faveur de l’entité illégale ou qui mettent en cause les intérêts de certaines catégories d’individus. C’est ainsi, par exemple, que dans l’affaire *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*, les juridictions américaines ont refusé toute valeur juridique à la législation par laquelle l’“État fédéré turc de Chypre”, puis la “RTCN”, ont essayé de confisquer les propriétés des grecs chypriotes ayant fui les territoires occupés par l’armée turque à partir de 1974<sup>121</sup>. Même quand les faits en cause sont différents et l’aspect humanitaire d’une question pourrait permettre d’appliquer ce que certaines juridictions n’hésitent plus à appeler le “principe de la Namibie” (en référence au passage précité de l’avis de la CIJ), ces dernières semblent considérer qu’il existe une frontière à ne pas dépasser. Ainsi, dans un arrêt du 14 mars 2001 de l’*Immigration Appeal Tribunal* du Royaume-Uni, rendu dans l’affaire *Veysi Dag v. Secretary of State for the Home Department*, le Tribunal a refusé d’appliquer le “principe de la Namibie” à propos d’une question d’asile politique demandé par un Turc Chypriote, en soulignant que la “RTCN” ne pouvait pas être considéré comme un “État de nationalité” au sens de la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés<sup>122</sup>. Dans d’autres cas, en revanche, aucun obstacle ne

---

(texte in *BYBIL*, 1996, pp. 715). Cf. aussi l’affaire *Caglar v. Billingham (Inspector of Taxes)*, Special Commissioner’s decision, 7 mars 1996, [1996] STC (SCD) 150, surtout le § 45.

<sup>121</sup> *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and The Republic of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts Inc., and Peg Goldberg*, US Court of Appeals (Seventh Circuit), case n° 89-2809, décision du 24 octobre 1990 (917 F.2d.), pp. 291-293.

<sup>122</sup> Texte in *ILR*, v. 122, 2002, pp. 529 et ss. Le Tribunal souligne que : “*Northern Cyprus is, by clear consensus of international opinion, entirely contained within the Republic of Cyprus...*” (§ 39).

semble s'ériger contre l'application du "principe de la Namibie", permettant, par exemple, la reconnaissance par une juridiction anglaise d'un divorce prononcé par un Juge de la "RTCN".<sup>123</sup>

En ce qui concerne la jurisprudence internationale, il faut surtout souligner les renvois constants de la Cour européenne des droits de l'homme au "principe de la Namibie". Ainsi, dans son arrêt *Loizidou c. Turquie (Fond)*, du 18 décembre 1996, la Cour a considéré que le fait que "le droit international reconnaît en pareil cas la légitimité de certains arrangements et transactions juridiques" dans l'intérêt "des habitants du territoire"<sup>124</sup>, n'enlève rien à la conclusion selon laquelle elle ne saurait attribuer une quelconque validité juridique aux dispositions de la Constitution de la "RTCN" visant à confisquer les propriétés des grecs chypriotes. On peut en revanche être plus réservés à l'égard d'un arrêt récent rendu le 10 mai 2001 dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, dans lequel la Cour semble reconnaître l'ordre juridique de la "RTCN", en imposant aux grecs chypriotes dépossédés une obligation d'épuisement des voies de recours internes. Malgré les nombreuses précautions de langage<sup>125</sup>, cette obligation de recours aux tribunaux de l'agresseur, génératrice de grosses difficultés et de longs délais d'attente pour les victimes, et d'une issue, bien sûr, pour le moins

---

<sup>123</sup> *V. Emin v. Yeldag (Attorney-General and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs intervening)*, Family Division, 5 oct. 2001, [2002] 1 FLR 956. Il convient de souligner néanmoins que même cette reconnaissance n'a pas été sans obstacles. Dans un arrêt *Adams v. Adams (Attorney-General intervening)* ([1971] P 188) du 31 juillet 1970, la Cour des divorces de Londres avait refusé de reconnaître un divorce prononcé par des juges rhodésiens. De la même manière, dans un arrêt *B v. B (Divorce : Northern Cyprus)* ([2000] 2 FLR 707, [2001] 3 FCR 331) du 16 février 2000 la Cour britannique a refusé de reconnaître un divorce prononcé par un juge de la "RTCN". Dans l'arrêt *Emin v. Yeldag* le Juge explique le revirement de cette jurisprudence par la nécessité d'éviter des conséquences néfastes pour les individus concernés et plus généralement par "the need to make life tolerable for those within the TRNC" (§ 52). Il se réfère, à cet égard, au passage précité de l'avis de la CIJ sur la Namibie, tel que repris par la Cour européenne des droits de l'homme, et souligne que cette reconnaissance de certains actes de la "RTCN" doit être "limitée" (§ 65).

<sup>124</sup> § 45.

<sup>125</sup> La Cour souligne à plusieurs reprises que sa décision "ne confère... aucune légitimité à la «RTCN»" (§ 92), et qu'"elle ne vaut en aucun cas légitimation indirecte d'un régime illégal au regard du droit international" (§ 101). Elle assimile d'ailleurs les organes judiciaires institués par la «RTCN» à des organes de l'État turque, soulignant qu'elle ne met "aucunement en doute le point de vue de la communauté internationale au sujet de la création de la «RTCN» ou le fait que le gouvernement de la République de Chypre demeure l'unique gouvernement légitime de Chypre" (§ 90).

aléatoire, peut très difficilement être considérée comme étant “dans l’intérêt des populations” concernées comme le prétend la Cour<sup>126</sup>. En réalité, la CEDH semble ici avoir voulu travestir l’avis consultatif de 1971 sur la Namibie afin d’éviter (ou de retarder) le traitement de milliers de requêtes des grecs chypriotes spoliés après l’invasion de 1974. On ne peut qu’espérer que la Cour trouvera une solution plus conforme au droit international dans l’affaire *Xenidès-Arestis c. Turquie* qui est actuellement en délibéré<sup>127</sup>.

### C. LES EFFETS DE L’OBLIGATION DANS LE TEMPS

Il y a plusieurs décennies déjà, Charles de Visscher, à l’instar d’autres grands juristes, avait écrit que : “le refus de reconnaître une situation issue d’agissements illicites, ne conserve pas indéfiniment sa signification

---

<sup>126</sup> Pour la Cour “il paraît évident, malgré les réserves que peut émettre la communauté chypriote grecque dans le nord de Chypre quant aux tribunaux de la «RTCN», que ce sont les membres de cette communauté qui pâtiraient de l’absence de telles institutions” (§ 92). La Cour semble oublier que la règle de l’épuisement des voies de recours internes “a principalement pour objet de protéger” non pas les individus, mais “les souverainetés nationales contre des procédures internationales intempestives” (pour citer SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l’homme*, Paris, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2003, p. 536). En tant que telle, cette règle “peut sembler, dans une convention protectrice des droits de l’homme, une scorie qui affaiblit les garanties procédurales offertes aux individus” (*id.*, p. 537). Même dans des situations normales, la règle peut difficilement être perçue comme un “cadeau” pour les individus. Il en va ainsi *a fortiori* dans une situation complètement anormale, comme celle existante dans les territoires chypriotes occupés par la Turquie. Il nous est ainsi très difficile de comprendre comment la Cour a pu faire appel ici au “principe de la Namibie” pour se permettre une exception à l’obligation de non-reconnaissance des actes et institutions de la “RTCN” (*cf.* à cet égard l’opinion en partie dissidente de six juges de la Cour). Il nous est difficile de comprendre comment l’on peut dire qu’il est “dans l’intérêt” de certains requérants désormais âgés, trente ans après l’abandon forcé de leurs propriétés, de surmonter mille difficultés pour aller présenter une réclamation très incertaine devant les organes de l’occupant. L’affaire Loïzidou avait montré, pourtant, par les sommes très importantes que la Turquie a dû payer à cette requérante, que “l’intérêt” des populations concernées est plutôt assuré par un recours devant la CEDH. A titre de comparaison, imaginons seulement quelles auraient pu être les réactions de la communauté internationale si le Conseil de sécurité des Nations Unies avait subordonné la présentation des réclamations à la “Commission d’indemnisation” créée par la S/RES 687 (1991) à l’épuisement préalable, par les victimes, des voies de recours internes irakiennes !

<sup>127</sup> Cette affaire pose, entre autres, la question de savoir si la requérante, d’origine chypriote grecque, a l’obligation, avant de voir son affaire examinée par la CEDH, de recourir devant une “commission” créée par une “loi sur l’indemnisation relative aux biens immobiliers situés à l’intérieur des frontières de la RTCN” adoptée en juin 2003 par le “parlement” de la “RTCN”.

juridique. Une tension trop prolongée entre le fait et le droit doit fatalement se dénouer, au cours du temps, au bénéfice de l'effectivité<sup>128</sup>.

Cette thèse "réaliste", va manifestement à l'encontre du principe *ex iniuria ius non oritur*, principe fondamental du droit constituant une sorte de clef de voûte de tout système juridique. Elle n'est nullement confirmée par la pratique qui, au contraire, continue de montrer, pour citer Marcelo Kohen, que "cents ans d'usurpation ne valent pas une seule minute de légitimité". L'obligation de non-reconnaissance n'est certainement pas une panacée. Elle constitue, néanmoins, la sanction minimale de droit commun prévu par un ordre juridique qui ne pourrait, sans s'autodétruire, accepter sa capitulation devant le fait accompli. Car, comme l'avait écrit H. Lauterpacht, :

"The attitude of non-recognition shows that the law, though temporarily shorn of its strength, is potentially a powerful factor so long as there is predominant the sentiment of its ultimate authority. Law is not necessarily disintegrated by impotence ; but it is destroyed by unqualified submission to the lawlessness of force".<sup>129</sup>

#### SUMMARY

Notwithstanding the salutary character of the obligation of non-recognition, several authors continue to doubt its existence. Thus, the most important French legal literature on recognition constitutes a fierce case against this obligation characterized as "fanciful" having gone "bankrupt", as a "hollow rhetorical formula" the only objective of which was to give States a "wrong pernicious good conscience". These criticisms seem to be unfounded and unjust, as shown in the first part of this article which examines in a systematic fashion the different arguments denying the obligation of non-recognition, in order to show that it is not a legal phantom but indeed forms part and parcel of general international law. The obligation of non-

---

<sup>128</sup> Pour cet auteur, en effet, la bataille entre légalité et illégalité est une bataille entre deux effectivités contraires : le droit doit, soit s'imposer, chose souvent extrêmement difficile, soit reculer et céder sa place à la situation nouvelle. Quand les gouvernements n'appuient pas leurs déclarations, même collectives, de non-reconnaissance, de moyens capables de rétablir le droit, nous sommes en présence, selon la phrase de Ch. De Visscher, d'une "transition honorable vers l'acceptation du fait accompli". V. DE VISSCHER (Ch. ), *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, p. 25. Voir aussi pp. 37-38.

<sup>129</sup> LAUTERPACHT (H.), *Recognition in international law*, Cambridge, University Press, 1947, p. 435.



recognition is certainly not a panacea. But rather constitutes the minimum sanction in a legal order which cannot, without destroying itself, accept its capitulation in the face of a *fait accompli*.

Even though the obligation does exist, it must be demonstrated that it is not an empty shell. Unfortunately, to date the question of the precise content of the obligation of non-recognition has found little attention in legal literature. The ILC itself has avoided the issue. Consequently, the second part of this contribution attempts to clarify the content of the obligation of non-recognition in order to show that it is not symbolic but implies actual obligations on States. It may be broken down in a series of more specific obligations such as the obligation not to establish treaty relations with an unlawful authority, the obligation neither to accredit diplomatic missions nor to send any such missions, the obligation to deny the admission of an unlawful authority to, or its participation in, an international organization, the obligation not to maintain economic, commercial or other relations with an unlawful authority, the obligation not to recognize an unlawful authority in a proceeding before a domestic or an international judge, or the obligation to deny any legal effect to constitutional, legislative or administrative acts taken by an illegal regime. International law accepts nevertheless some adjustment of these obligations in order to protect the populations concerned against excessive rigidity. This adjustment of the principle of non-recognition opens the door for value judgments on the borderline between “neutral” acts or acts *jure gestionis*, which may be accepted in the interest of the local populations, and acts *jure imperii*, i.e. acts which consolidate an unlawful title or authority, which must always be rejected. This borderline is sometimes difficult to identify in practice as borne out by the hesitations and the inconsistencies of national and international courts on this issue.

## CHAPITRE VIII

# *La spécificité des réparations pour crimes internationaux*

ELISABETH LAMBERT ABDELGAWAD

*« The greatest crimes pose the greatest challenge in terms of redress » (I. Bottigliero, Redress for victims of crimes under international law, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p.1).*

L'objectif de ce rapport est d'évaluer si, et dans quelle mesure, il existe une distinction du régime des réparations en fonction de la gravité des violations commises. L'idée de différenciation implique qu'un régime de référence soit admis ; en l'espèce, on considérera que le régime de réparations pour les ex-délits internationaux, tel que codifié dans les articles de la CDI de 2001, est suffisamment cohérent<sup>1</sup> pour avoir valeur de référence, et reflète même probablement le droit coutumier sur ce point.

Historiquement deux périodes<sup>2</sup> au moins sont distinguées. La première, jusqu'en 1945, serait marquée par « l'unité du rapport juridique établi entre l'auteur du fait illicite et sa victime » et par l'unité de la fonction de la responsabilité de type civiliste et donc réparatrice. La deuxième période se caractériserait par la dualité du rapport juridique et de la fonction de la

---

<sup>1</sup> Ce qui était moins évident il y a une vingtaine d'années: C. GRAY, « Is there an international law of remedies ? », in R. PROVOST (ed.), *State Responsibility in international law*, Ashgate, Dartmouth, 2002 (pp.169 et s., p.191) (paru dans BYIL, 56, 1985-1986, pp.25-47, p.47).

<sup>2</sup> P.-M. DUPUY, « Observations sur le crime international de l'Etat », *RGDIP*, 1980, pp.449 et s.. P.-M. Dupuy cite pendant la première période une seule voix discordante, celle de BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten*, 1872, p.260, qui souhaite une distinction du régime de responsabilité selon la gravité de l'obligation violée : l'Etat lésé « pourra non seulement chercher à obtenir » la cessation du fait illicite, « le rétablissement de la situation antérieure, ainsi que des dommages et intérêts, mais encore une satisfaction, voire même, suivant les circonstances, le versement d'une amende », et l'Etat victime pourrait « punir » le contrevenant par recours à la force. Egalement, V. STARACE, « La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale », *RCADI*, vol.153, 1976(V), pp.263-318, chapitre I.

responsabilité, qui comporterait désormais une dimension afflictive. C'est ainsi qu'en 1976, la Commission du Droit International<sup>3</sup> énonce « qu'il serait absolument erroné de croire qu'il existe dans le droit international actuel un régime juridique de la responsabilité s'appliquant en général à tout type de fait internationalement illicite, qu'il soit plus ou moins grave, qu'il lèse des intérêts vitaux de la communauté internationale toute entière ou simplement des intérêts d'un membre déterminé de cette communauté ».

Pourtant, au fur et à mesure de l'avancement de la rédaction du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, les spécificités en raison d'une aggravation des infractions commises, ont été progressivement réduites. Même la doctrine, au regard de la pratique internationale, en est venue à conclure fermement à l'absence de spécificité des réparations selon la gravité des actes : dans un article, Christian J. Tams conclut au « lien manquant »<sup>4</sup>. Les travaux de la CDI pouvaient effectivement difficilement dégager un régime dérogatoire au droit commun pour 'crimes' internationaux. Les raisons, d'ordre surtout méthodologique, sont plurielles : si ce sont assurément les individus qui sont victimes de crimes internationaux plus fréquemment que les Etats<sup>5</sup>, l'article 33 stipule clairement que la deuxième partie « ne s'applique pas aux obligations de réparation dans la mesure où celles-ci s'exercent envers une personne ou une entité autre qu'un Etat ou sont invoquées par cette personne ou cette entité ». Par ailleurs, les rédacteurs de la CDI auraient été plus imprégnés des arbitrages relatifs au droit des étrangers que de la pratique tirée des crimes internationaux<sup>6</sup>. En outre, la discussion séparée entre la notion de crime et ses conséquences d'une part, et la discussion préalable sur les réparations pour délits, d'autre part, ont peut-être épuisé toutes les cartouches des experts gouvernementaux pour la détermination d'un régime distinct pour les 'crimes'. Par ailleurs, eu égard à la détermination des conséquences du fait

---

<sup>3</sup> Ann. CDI 1976, II, 2, p.108.

<sup>4</sup> C. J. TAMS, "Les obligations de l'Etat responsable: le lien manquant ?", in P.-M. DUPUY, *Obligations multilatérales, Droit impératif et responsabilité internationale*, Pedone, 2003, pp.79 et s., p.102.

<sup>5</sup> C. TOMUSCHAT, "Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law", in A. RANDELZHOFFER & C. TOMUSCHAT, *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp.1 et s., pp.2-3.

<sup>6</sup> C. TOMUSCHAT, "General Course on Public International Law", "Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *RCADI*, tome 281, 2001, pp.9-438, p.292.

illicite, les travaux de la CDI se sont focalisés sur les droits des Etats lésés, donc plus au niveau des « sanctions » et non des « réparations »<sup>7</sup>. Les membres de la CDI avaient en tête d'ailleurs surtout le régime spécifique des sanctions reconnu dans la charte des Nations Unies en cas d'atteinte à la paix et à la sécurité internationales<sup>8</sup>. Surtout peut-être, les articles de la CDI n'ont pas réussi à se détacher de la conception classique, civiliste, de la réparation<sup>9</sup>, faisant fi d'autres fonctions certainement plus importantes pour les crimes internationaux, à savoir les fonctions punitive, dissuasive et restorative. Pour reprendre les termes de Dinah Shelton, « Traditional interstate responsibility for breaches of international law, designed for reciprocal obligations, thus does not correspond exactly to the needs of the objective human rights regime »<sup>10</sup>.

Si un double régime a ainsi échoué et n'existe certainement pas encore, des fragments de spécificités émergent incontestablement<sup>11</sup>. Notre étude ne se limitera pas seulement aux rapports interétatiques, comme l'a fait la CDI,

---

<sup>7</sup> V. STARACE, « La responsabilité résultant de la violation (...) », op. cit., p.289.

<sup>8</sup> Ann. CDI, 1976, II, 2<sup>o</sup> partie, pp.33 et s., pp.63 et s.. Cf M. SPINEDI, Rapport introductif, in J. H. H. HEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (ed.), *International crimes of State, A critical analysis of the ILC's Draft article 19 on State responsibility*, Walter de Gruyter, 1989, p.33 et s., p.36. P. d'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public, La responsabilité internationale des Etats à l'épreuve de la guerre*, Bruylant, LGDJ, 2002. Pour cet auteur, dont nous rejoignons l'opinion, p.673, « (...) la formulation d'une obligation de réparer, qui est celle retenue par la CPIJ dans les arrêts de l'Usine de Chorzow, doit sans doute être préférée à celle d'un droit, l'automatisme systématique de cette conséquence juridique étant ainsi plus clairement exprimée ».

<sup>9</sup> D. SHELTON, "Righting wrongs: reparations in the articles on State responsibility", *AJIL*, 2002, vol.96, pp.833 et s., p.844. Elle ajoute (p.845): "In this respect, the articles, by limiting themselves to remedial measures, seem to have missed an opportunity to strengthen measures to promote compliance".

<sup>10</sup> D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1999. La dissuasion et les garanties de non-répétition sont au coeur de la spécificité de responsabilité pour violations de droits de l'homme selon l'auteur (p.49).

<sup>11</sup> P.-M. DUPUY, « Bilan général des rencontres de la dimension multilatérale des obligations avec la codification du droit de la responsabilité », in P.-M. DUPUY, *Obligations multilatérales, Droit impératif (...)*, pp.207 et s., p.213. Voir également, B. GRAEFRATH, "International crimes – a specific regime of international responsibility of States and its legal consequences", in J. H. H. HEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (ed.), *International crimes of State (...)*, op. cit., pp.161-162.

car ce qui distingue précisément le ‘crime’ du ‘délit’ international<sup>12</sup>, c’est aussi et avant tout le fait qu’il emporte avec lui pléthore de victimes individuelles. Considérant que la légitimité et l’utilité d’une spécificité sont acquises et n’ont pas à être démontrées<sup>13</sup>, notre préoccupation est de recomposer un droit éclaté, énoncé par de multiples institutions. Deux fils directeurs alimentent cette présentation : d’une part, l’idée selon laquelle la spécificité des réparations pour crimes internationaux suppose particulièrement de lever le voile de l’Etat<sup>14</sup>, tant au niveau des victimes qu’au niveau de l’auteur du crime<sup>15</sup> ; d’autre part l’importance de l’aspect afflictif et dissuasif que devra remplir la réparation. Pour les individus victimes, l’objectif de réparation, bien utopique par certains aspects<sup>16</sup>, doit nécessairement être entendu de façon plus large ; la proportion d’éléments afflictifs, dissuasifs et réhabilitatifs, devrait y être logiquement plus élevée.

---

<sup>12</sup> Compte tenu de l’intitulé retenu par les organisateurs du colloque pour notre étude, et pour des raisons de facilité, nous conserverons la terminologie crime/délit, tout en étant parfaitement conscients qu’elle a disparu du texte de la CDI.

<sup>13</sup> A. PELLET, « Can a State commit a crime ? Definitely yes! », *EJIL*, 1999, vol.10, n°2, pp.425-434, p.426. J. VERHOEVEN, préface sous P. d’ARGENT, *Les réparations de guerre (...)*, concernant les crimes de guerre, p.XIII. A. CASSESE, « Remarks on the present legal regulation of crimes of States », in J. H. HEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (ed.), *International crimes of State (...)*, op. cit., p.200 et s., p.201.

<sup>14</sup> P. ALLOTT, “State responsibility and the unmaking of international law”, *Harvard international law journal*, vol.29, n°1, 1988, pp.1 et s., in R. PROVOST, *State Responsibility in international law (...)*, pp.503 et s., p.516: “The wrongful act of a State is the wrongful act of one set of human beings in relation to another set of human beings”. “The moral effect of the law is vastly reduced if the human agents involved are able to separate themselves personally both from the duties the law imposes and from the responsibility which it entails”. Il explique ainsi pourquoi l’Etat peut se comporter de façon aussi immorale, et parle de « fiction dangereuse de la responsabilité étatique » (p.515).

<sup>15</sup> Le constat d’Emmanuel DECAUX est ainsi beaucoup plus vrai pour les crimes internationaux que pour n’importe quelle autre infraction : « Responsabilité et réparation », in *La responsabilité dans le système international*, colloque SFDI du Mans, mai 1990, Pedone, 1991, p.169 : « La responsabilité internationale n’arrive pas à éclipser le rôle des individus, derrière l’écran étatique. L’Etat « auteur » agit lui-même par ses organes, tandis que l’Etat « lésé » subit le plus souvent un dommage indirect, par le biais de ses ressortissants. Aussi bien, deux systèmes de responsabilité et par conséquent deux niveaux de réparation se superposent-ils, non sans contradictions ».

<sup>16</sup> P. d’ARGENT, *Les réparations de guerre (...)*, op. cit., p.664 : « (...) l’objectif de la réparation paraît, en tant que tel, relever de l’utopie – à plus forte raison lorsqu’il s’agit de réparer les conséquences d’une guerre, événement historique majeur ».

En réalité, l'examen du droit positif nous conduit à retenir la dichotomie suivante : d'une part, si dans les relations interétatiques, la spécificité en termes de réparation est plus de l'ordre du degré (une spécificité-aggravation), les spécificités qui émergent dans les relations entre Etat(s) 'criminel(s)' et individus victimes semblent relever d'un changement de nature : on s'approche d'une spécificité-différenciation.

## I. LA REPARATION DES CRIMES INTERNATIONAUX DANS LES RELATIONS INTERETATIQUES : UNE SPECIFICITE-AGGRAVATION DIFFICILEMENT PERCEPTIBLE

Dans les rapports interétatiques, tels que soumis à l'étude devant la CDI, « (...) la distinction entre responsabilité pour crime et responsabilité ordinaire a toujours été pensée plus en termes de degré que de nature, d'aggravation plus que de différenciation tranchée »<sup>17</sup>, ce qui semble se vérifier tant au niveau de la mise en œuvre du droit à réparation que du contenu de la réparation.

### A. LA MISE EN ŒUVRE DE L'OBLIGATION DE REPARATION : LE REFUS D'UNE INSTITUTIONNALISATION D'UN GENRE NOUVEAU

La spécificité du point de vue institutionnel devrait être liée au passage d'une relation bilatérale entre l'Etat criminel et l'Etat victime à une relation multilatérale entre l'Etat criminel et les Etats de la communauté internationale<sup>18</sup>. Cette relation multilatérale reste fragile.

#### 1. Quant à l'invocation du droit à obtenir réparation

Selon l'article 48 du texte de la CDI<sup>19</sup>, un Etat non lésé, mais intéressé du fait que « l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble », peut exiger de l'Etat responsable la cessation de l'illicite et des garanties de non-répétition, ainsi que l'exécution de l'obligation de

---

<sup>17</sup> P.-M. DUPUY, « Bilan général des rencontres de la dimension multilatérale (...) », op. cit., p.218.

<sup>18</sup> G. ABI-SAAB, « The concept of 'international crimes' and its place in Contemporary International Law », in J. H. H. HEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (ed.), *International crimes of State (...)*, op. cit., pp.141 et s., p.148.

<sup>19</sup> E. JIMENEZ DE ARECHAGA, « Crimes of State, Ius Standi, and third States », in J. H. H. HEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (ed.), *International crimes of State (...)*, op. cit., débats, p.255.

réparation en faveur de l'Etat lésé. La pratique est probablement en deçà de cette rédaction, et serait selon certains peu distincte de la protestation en droit international général<sup>20</sup>. En effet, les Etats non lésés ne seraient même pas intéressés, surtout si les crimes ont pour cible des individus et seulement indirectement les intérêts étatiques<sup>21</sup>. En pratique, les autres Etats n'exigent pas une réparation symbolique pour dommage « légal », comme des excuses de l'Etat 'criminel' envers la communauté internationale. Dans son dernier avis consultatif du 9.7.2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé<sup>22</sup>, la Cour Internationale de Justice, concernant les Etats tiers, évoque seulement le droit de demander la cessation de la violation, refusant d'évoquer le droit de réclamer des garanties de non-répétition de l'illicite. En pratique, les Etats ne déposent pas spécialement de requêtes interétatiques devant les organes juridictionnels de contrôle des Droits de l'Homme pour sauvegarder les valeurs d'ordre public, même si une tendance en ce sens pourrait se développer ; par exemple, la résolution 1323(2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 2.4.2003 demandait (para.10) aux Etats membres du Conseil de l'Europe d'introduire une requête devant la

---

<sup>20</sup> I. SCOBIE, « Invocation de la responsabilité pour la violation d'obligations découlant de normes impératives du droit international général », in R.-J. DUPUY, *Obligations multilatérales, Droit impératif (...)*, op. cit., pp.121 et s., p.136.

<sup>21</sup> A. CASSESE, « Remarks on the Present Legal Regulation of Crimes of States », in J. H. HEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (ed.), *International crimes of State (...)*, op. cit., p.201, p.212: "The legal response to the unlawful use of force or threat of force is fairly proportionate, and reactions to instances of forcible denial of the right to self determination are sufficiently congruous with the gravity of such a breach. By contrast, the way in which States have responded to gross disregard for some basic rules on human dignity is surprisingly disproportionate to the seriousness of the violations. It is thus apparent that there is a quantitative and qualitative difference between the international response to other gross breaches of fundamental obligations *erga omnes* and violations of human rights". Il en conclut que *lex lata* en cas de violations massives de Droits de l'Homme, existe seul le droit de demander la cessation de l'acte illicite, et il estime que dans ce domaine, il y a place pour un développement progressif du droit international (p.213).

<sup>22</sup> Para.159 : « Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les Etats sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris et à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. Il appartient par ailleurs à tous les Etats de veiller, dans le respect de la charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'auto-détermination ».

Cour pour sanctionner les violations des droits de la population tchétchène par la Russie. Enfin, l'exercice de la protection diplomatique ne coïncide pas avec la gravité des actes commis et il importe également de relever l'échec du projet, dans le cadre des travaux de la CDI, de rendre la protection diplomatique obligatoire en cas de crimes internationaux (non retenu dans la version de 2004 de la 56<sup>e</sup> session)<sup>23</sup>.

## *2. Quant aux organes compétents pour déterminer les réparations*

Trois tendances principales peuvent être relevées : soit, les Etats directement concernés s'accordent sur les réparations dans un cadre interétatique/bilatéral classique ; soit l'affaire est portée devant la C.I.J., et celle-ci est appelée à trancher la question des réparations. Ainsi, dans sa requête introductive d'instance contre le Rwanda du 28.5.2002, la République Démocratique du Congo demande notamment le « dédommagement de tous les actes de pillages, destructions, massacres, déportations de biens et des personnes et autres méfaits qui sont imputables au Rwanda et pour lesquels la RDC se réserve le droit de fixer ultérieurement une évaluation précise des préjudices, outre la restitution des biens emportés » ; soit, troisième hypothèse et la seule spécifique à certains crimes internationaux, la détermination des réparations est centralisée au niveau du Conseil de sécurité, sur le fondement du chapitre VII de la charte. Selon certains auteurs, la spécificité s'incarne dans la reconnaissance de la compétence du Conseil de sécurité<sup>24</sup>. Si une pratique s'est effectivement développée en ce sens, cela ne concernerait que certains crimes internationaux, en raison des limites du rattachement avec le chapitre VII de la charte des Nations Unies, et dans la continuité de la compétence du Conseil prévue par certains traités internationaux pour faire cesser et prévenir le fait illicite<sup>25</sup>. La compétence plus générale des organes des

---

<sup>23</sup> J.-F. FLAUSS, « Vers un *aggiornamento* des conditions d'exercice de la protection diplomatique ? », in J.-F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique, Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Coll. Droit et Justice n°43, Bruylant, Nemesis, 2003, pp.29 et s., spéc. pp.47-48.

<sup>24</sup> B. GRAEFRATH & M. MOHR, « Legal consequences of an act of aggression : the case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait », *Austrian Journal of public and international law*, 43 (1992), pp.109-138, p.112, pp.120 et s..

<sup>25</sup> Cf par exemple l'article VIII de la convention sur le génocide.



Nations Unies (Assemblée Générale et Conseil de sécurité) est approuvée par la C.I.J. dans son avis du 9 juillet dernier<sup>26</sup>.

A une spécificité institutionnelle limitée correspond également une spécificité substantielle de simple degré.

### *B. LES FORMES DE LA REPARATION : L'EMERGENCE DIFFICILE DE SPECIFICITES*

Il importe de développer trois aspects : premièrement, on constate que les formes classiques de la réparation pour 'délits' sont reprises, avec la même priorité, pour les 'crimes' internationaux, auxquelles certaines nuances, tout au plus, ont été ajoutées ; deuxièmement, les tentatives pour introduire des formes de réparation afflictives de l'Etat ont échoué ; troisièmement, on assisterait à l'émergence timide mais réelle d'une spécificité, celle concernant l'obligation de poursuivre les auteurs de l'acte.

#### *1. Le respect du schéma classique des priorités à accorder aux formes traditionnelles de la réparation*

Le schéma classique codifié à l'article 34 des articles de la CDI<sup>27</sup>, est valable, et n'a d'ailleurs pas été remis en cause par les organes régionaux des droits de l'homme.

*La restitution* conserve une importance également primordiale en cas de crime international, ce que confirme la pratique internationale, même si la restitution est plus souvent réalisable pour les crimes touchant directement les intérêts d'Etat que les intérêts des personnes<sup>28</sup>. En cas de violations graves de droits de l'homme, d'esclavage, d'atteintes massives à l'environnement, de génocide, la restitution est souvent impossible. Ce point est approuvé par la

---

<sup>26</sup> « La Cour est enfin d'avis que l'ONU, et spécialement l'Assemblée Générale et le Conseil de Sécurité, doivent, en tenant dûment compte du présent avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé » (para. 160).

<sup>27</sup> « Formes de la réparation » : « La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre ».

<sup>28</sup> A. DE HOOGH, *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Kluwer Law International, 1996, p.157, qui cite la restitution du pouvoir, de l'administration en cas de violation du principe d'auto-détermination, ou l'obligation de restitution des territoires, propriétés, biens, personnes en cas d'agression (il cite comme exemple les résolutions du CdS Irak/Koweït n°660, 662, 667, 674, 686, 687).

doctrine, pour qui la restitution aurait même un caractère impératif non négociable<sup>29</sup>, même en cas d'accord entre l'Etat responsable et l'Etat victime. Par exemple, l'obligation absolue de remise des personnes, de territoires, et de biens, ne pourrait être compensée par une indemnité financière. La restitution n'appelle donc aucune spécificité, d'autant que les deux particularités présentes dans le projet de la CDI de 1996, à savoir l'idée de ne pas soumettre la restitution en nature aux deux exceptions qui seraient valables pour les délits (« la charge hors de proportion » et « la menace de l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'Etat », article 43), ont été supprimées, ce qui correspond en effet mieux à la pratique internationale et doit certainement être approuvé au regard des expériences historiques.

*L'indemnisation* acquiert un certain trait spécifique, en ce que le principe de réparation intégrale, codifié à l'article 31(1)<sup>30</sup>, est remis en cause. En effet, d'une part, les dommages sont d'une gravité et d'une ampleur telles que les sommes en jeu sont énormes ; d'autre part, peuvent s'ajouter des difficultés de réparation liées au contexte de déstabilisation, de crise des institutions étatiques<sup>31</sup>. Ce qui est en cause ce n'est point la disproportion de la charge pour l'Etat en soi, mais les risques sur la population<sup>32</sup>. En conséquence, la capacité de paiement de l'Etat est appréciée dès le stade de

---

<sup>29</sup> B. GRAEFRATH, "International crimes – A specific regime of international responsibility of States and its legal consequences", in J. H. H. HEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (ed.), *International crimes of State* (...), op. cit., p.165: "Unlike in case of an international delict where the parties are free to determine the contents of the duty to reparation, in case of an international crime that always means a serious violation of obligations arising out of *jus cogens* rules, legal restitution is a necessary part of the duty to reparation that cannot be disclaimed".

<sup>30</sup> J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, Introduction, textes et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, p.253 : « Il ressort aussi clairement de l'article 34 qu'il ne peut y avoir réparation intégrale, dans des cas particuliers, qu'en associant différentes formes de réparation ».

<sup>31</sup> I. BOTTIGLIERO, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p.2.

<sup>32</sup> A. DE HOOGH, *Obligations erga omnes and International Crimes* (...), op. cit., p.191 : « The amount of compensation to be paid by the author State of an international crime, however, should be mitigated. Not because paying compensation might amount to any disproportional burden for the author State. The reason for insisting on an extenuation of responsibility is that the consequences of crimes may be of such gravity that they would inadequately burden the population of the author State ».

l'évaluation de l'indemnisation à verser. La pratique des réparations de guerre en constitue une assez bonne illustration<sup>33</sup>.

Eu égard *la satisfaction*, laquelle serait particulièrement importante pour les crimes internationaux, compte tenu de sa dimension potentiellement afflictive<sup>34</sup>, le rapport final de la CDI a abandonné la spécificité envisagée en 1996, selon laquelle le droit d'un Etat lésé à obtenir satisfaction ne serait pas soumis à la restriction prévue au paragraphe 3 de l'article 45 (concernant les exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite). Si la satisfaction ne vise qu'à compenser le dommage subi et insuffisamment réparé par la restitution et l'indemnisation, elle n'a effectivement qu'une fonction classique ; ce n'est qu'au-delà qu'une fonction afflictive peut émerger<sup>35</sup>. Traditionnellement, quatre formes de satisfaction sont admises, à savoir la reconnaissance de l'illégalité de l'acte, les regrets et excuses, les poursuites contre les auteurs de l'acte et les dommages punitifs. Les deux dernières étant traitées ultérieurement, il importe de relever à ce stade que les deux premières n'acquièrent pas une spécificité particulière. Les excuses, si elles

---

<sup>33</sup> P. D'ARGENT cite un certain nombre d'exemples au XX<sup>e</sup> siècle (*Les réparations de guerre (...)*, op. cit., pp.734 et s.). La pratique reste néanmoins assez variable. (L'Allemagne n'a pas eu à payer de réparation intégrale suite à la première Guerre Mondiale : cf art.232 du Traité de Versailles). Concernant la guerre Irak/Koweït, n'a-t-on pas oublié cette règle fondamentale ? D'ailleurs, en raison de la nouvelle guerre du Golfe, un changement fondamental de circonstances a été invoqué pour l'Irak en 2003 : la réso.1483(2003) met fin au programme « Pétrole contre nourriture » et réduit le taux de versement au fonds de compensation à 5%.

<sup>34</sup> P. A. BISSONNETTE, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Annemasse, 1952, pp.27 et s.. Egalement, H.-M. TEN NAPEL, « The concept of international crimes of States : walking the thin line between progressive development and disintegration of the international legal order », 1 *LJIL*(1988), pp.149 et s., p.163 et p.165, pour qui la satisfaction est le moyen le plus approprié de réparation en cas de crimes internationaux, étant donné que la restitution en nature sera souvent impossible et que la réparation pécuniaire intégrale est irréaliste.

<sup>35</sup> M. SPINEDI, chap. 8, « La responsabilité de l'Etat pour 'crime' : une responsabilité pénale ? », *Droit international pénal*, dir. H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, in ed. A. Pedone, 2000, p.110, « Si à travers les différentes formes de satisfaction (...), on a pour but de remettre l'Etat qui a subi le dommage moral dans une situation équivalente à celle où il se trouvait avant le fait illicite, autrement dit si l'on se préoccupe de procurer à l'Etat lésé un avantage propre à compenser le dommage moral qu'il a subi, on est en présence d'une sanction exécutive (réparatoire). Si, par contre, à travers la satisfaction on se préoccupe exclusivement d'affliger l'Etat coupable et on se désintéresse du dommage subi par le sujet lésé, on pourra parler de peine ».

ont lieu, sont formulées à l'encontre du seul Etat directement lésé, voire vis-à-vis des populations victimes<sup>36</sup>. Si la reconnaissance de l'illégalité est importante en cas de crimes internationaux, la recrudescence de cette modalité de réparation ne serait pas propre aux crimes internationaux, mais liée à la multiplication des organes (judiciaires) chargés de prononcer l'illégalité<sup>37</sup>.

Si *les garanties de non-répétition de l'illicite* n'acquièrent pas une importance fondamentale dans le texte de la CDI, certains auteurs voulaient faire de cette forme de réparation une modalité particulière pour les crimes internationaux<sup>38</sup>, en raison de son caractère afflictif. En pratique, cette mesure est liée en réalité à deux éléments : le risque de répétition et la gravité de l'infraction. Elle trouve ainsi un terrain très privilégié, mais non exclusif, avec les crimes internationaux, l'autre domaine de prédilection étant celui des violations des droits de l'homme. Deux grandes catégories de garanties,

---

<sup>36</sup> Pour des exemples récents, cf les excuses du Président de Serbie et Monténégro, M. Marovic, le 13.11.2003 pour la guerre civile qui s'est déroulée en Bosnie de 1992 à 1995 (L. BALMOND, avec la collaboration de A.-S. MILLET-DEVALLE, « Chronique des faits internationaux » (15/9-15/12/2003), *RGDIP*, 2004-1, pp.177 et s., pp.207-208); voir également l'Affaire interétatique Danemark c/Turquie, arrêt du 5.4.2000 : point 3 du Règlement Amiable conclu : « (...) le gouvernement requérant apprécie l'aveu et les regrets exprimés par le gouvernement défendeur concernant les cas occasionnels et individuels de torture et de mauvais traitements en Turquie ». Déclaration du gouvernement turc : « Le gouvernement turc regrette la survenance de cas occasionnels et individuels de torture et de mauvais traitements nonobstant l'action résolue entreprise par lui et les lois et règlements administratifs existants ». P. d'ARGENT conclut à une pratique peu abondante, (*Les réparations de guerre* (...), op. cit., pp.839-840) « alors même que la violation de la souveraineté nationale qui résulte d'un emploi illicite de la force armée est intrinsèquement constitutive d'un dommage immatériel ».

<sup>37</sup> P.-M. DUPUY, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats – un bilan », *RGDIP*, 2003-2, pp.305 et s., p.324, qui constate une tendance actuelle à l'augmentation des cas « dans lesquels la réparation par satisfaction est considérée comme appropriée ». Il mentionne l'exemple d'un constat par un tiers impartial des violations commises avec notamment les résolutions 661 et 687 du Conseil de Sécurité « constatant non seulement le manquement par l'Irak à la règle du non recours à la force mais déclarant engagée la responsabilité de l'Etat agresseur à l'égard de l'Irak et de la communauté internationale ». Surtout, (p.325) l'affaire LaGrand devant la C.I.J., serait « la meilleure illustration de l'acceptation par la Cour de déclarer l'illicéité comme modalité de la réparation par satisfaction » (l'Allemagne avait renoncé à demander une réparation pécuniaire).

<sup>38</sup> Par exemple, A. DE HOOGH, *Obligations erga omnes and international crimes* (...), op. cit., p.195: "The scope of guarantees against repetition to be provided or implemented by the author State ought to be extended in case of international crimes, and this must be seen to constitute special or supplementary consequences of the regime of crimes".

les unes concernant la réduction du potentiel militaire de l'Etat, les autres, plus sensibles, ayant trait à l'organisation politique de l'Etat, ont eu cours. Les premières ont connu une pratique assez abondante en matière de crimes de guerre<sup>39</sup>. Les secondes sont plus délicates dans leur principe et dans leur mise en œuvre : dans quelle mesure est-il légal d'influer l'organisation politique d'un Etat ? Le changement de gouvernement doit-il être compris parmi les garanties de non-répétition de l'illicite ?<sup>40</sup> Compte tenu de l'état d'organisation de la société internationale, ne serait-ce pas un moyen camouflé d'impérialisme politique ? La mise en cause de la responsabilité individuelle des auteurs des crimes, partie intégrante des conséquences de la réparation (cf infra), ainsi que les éventuelles mesures de lustration, ne règlent-elles pas, *per se*, la question des garanties de non-répétition ?<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> P. d'ARGENT, *Les réparations de guerre (...)*, op. cit., p.680 : « (...) la recherche d'une garantie de sécurité pour l'avenir est un trait commun des nombreux règlements de paix (...). Ceci paraît élémentaire, et est reflété à travers l'histoire depuis la pratique antique du tribut jusqu'à l'ensemble des mesures de désarmement imposées tant bien que mal par le Conseil de sécurité à l'Iraq ». Il ajoute « (...) certaines modalités de réparation convenues ou imposées servent indirectement mais sûrement, la finalité de garantie de non-répétition pour l'avenir. Tel est assurément le cas des mesures de 'démontage' industriel, des livraisons en nature de matériels militaire, naval ou ferroviaire, ou des liquidations des biens ennemis à l'étranger, imposées après la seconde guerre mondiale au titre des « restitutions in kind » ou des réparations. (...) Tel est également le cas de la part (30%) de la valeur des exportations de pétrole iraquien réservée au mécanisme onusien de compensation, puisque celle-ci est sensiblement identique à celle que le régime iraquien consacrait, avant la guerre de 1990-1991, à ses dépenses d'armement ». Cf des exemples récents : suite au conflit Irako-Koweïtien, la résolution 687 (1991) fixe une zone démilitarisée ; par ailleurs, des mesures de désarmement ont été prises contre l'Irak. L'accord d'arrêt des hostilités entre l'Ethiopie et l'Erythrée du 18.6.2000 (S/2000/601) crée une zone temporaire de sécurité démilitarisée.

<sup>40</sup> C. TOMUSCHAT, "General Course on Public International Law (...)", op. cit., p.290 : « Mostly, the commission of crimes by a State means that a people has fallen prey to a criminal leadership. In such instances, what is necessary for the people is to get rid of that clique and to be provided with assistance on its way to a better future ».

<sup>41</sup> Je préfère la position ainsi de A. DE HOOGH : le changement de gouvernement dans la continuité de la mise en cause de la responsabilité pénale internationale des autorités publiques : A. DE HOOGH, *Obligations erga omnes and international crimes (...)*, op. cit., p.179 : « (...) the arrest, prosecution, conviction, and punishment of those individuals responsible for the commission of the crime may be demanded and imposed on a State which has committed an international crime. That State will further be under an obligation to change its government, to change its constitution to the extent necessary, and to hold free elections so as to prevent the recurrence of criminal acts ».

Si les modalités classiques de réparation valent pour toutes les infractions, indépendamment de leur seuil de gravité, dans le même ordre des priorités, et seulement avec quelques nuances, on ne retrouve pas davantage, pour les crimes internationaux, des formes supplémentaires de réparation.

*2. Le refus d'admettre de nouvelles composantes des formes classiques de la réparation :*

*a. Le refus d'allouer des dommages punitifs :*

Les positions au sein de la CDI ont sensiblement évolué à cet égard : prévus en 1996 pour tous les faits entraînant la responsabilité de l'Etat, réservés en 2000 aux seuls crimes<sup>42</sup>, les dommages-intérêts punitifs ont finalement été écartés dans le projet final<sup>43</sup>.

S'ils bénéficient de certains défenseurs en doctrine<sup>44</sup>, pour qui ils seraient un élément important du régime distinct à appliquer précisément pour les crimes internationaux, soit au titre de la satisfaction, soit comme garantie de non-répétition, cette position est en réalité trop progressive et décalée par rapport à la pratique internationale<sup>45</sup>. Ils n'ont par exemple reçu

---

<sup>42</sup> Chapitre III : Violations graves d'obligations essentielles envers la communauté internationale : Article 42 : Conséquences des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble : « 1. Une violation grave au sens de l'article 41 peut entraîner pour l'Etat qui en est responsable l'obligation de verser des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation ».

<sup>43</sup> L'exclusion des dommages punitifs y est très claire : J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat (...)*, op. cit., Commentaire, para.4, page 264 : « l'indemnisation doit remédier aux seules pertes effectives ». « Elle n'a pas pour but de punir l'Etat responsable et n'a pas non plus un caractère « expressif » ou exemplaire ». Commentaire para.8 page 289 : « En particulier, la satisfaction n'est pas censée avoir un caractère punitif, et n'inclut donc pas de dommages-intérêts punitifs ». Chapitre III, intitulé « Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général ». Commentaire para.5 page 300 : « (...) on n'a pas vu se développer de conséquences pénales pour les Etats en cas de violation de ces normes fondamentales. Ainsi, l'allocation de dommages-intérêts punitifs n'est pas reconnue en droit international, même en cas de violations graves d'obligations découlant de normes impératives ».

<sup>44</sup> Pour C. J. TAMS, cette modalité « constituerait la plus spectaculaire des conséquences particulières d'un régime de responsabilité aggravée », « Les obligations de l'Etat responsable: le lien manquant ? », op. cit., p.85. P.-M. DUPUY, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan », op. cit., p.342.

<sup>45</sup> A. PELLET, « The new draft articles of the international law commission on the responsibility of States for internationally wrongful acts: a requiem for States' crime ? », *NYIL*,

aucune application dans la pratique des réparations pour crimes de guerre<sup>46</sup>. La pratique des *punitive damages* est illustrée avant tout par les tribunaux anglo-saxons, notamment les tribunaux américains, qui disent se référer au droit international!<sup>47</sup> Pour autant, selon la doctrine et la pratique anglo-saxonnes, les *punitive damages* sont une sanction civile et non pénale<sup>48</sup>.

---

2001, pp.55-79, p.73: « In any case, this provision would have consisted of a progressive development of international law to which the states had shown quite significant reticence ».

<sup>46</sup> Cf P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre (...)*, op. cit., p.720, qui avance deux raisons : « La première, toute contingente, est que les puissances victorieuses ont eu chaque fois, et bien naturellement, tendance à affecter les (maigres) ressources économiques disponibles de leurs débiteurs à la réparation de dommages matériels affectant leurs populations et leurs économies, et non à la compensation de dommages symboliques dont auraient souffert leurs irritables souverainetés. La deuxième, plus emprunte d'*opinio iuris*, est que l'imposition de tels dommages-intérêts se distinguerait fort peu de l'ancienne pratique du tribut qui marquait la domination du vainqueur et la soumission du vaincu ».

<sup>47</sup> *Filártiga v. Peña-Irala*, 577 F. Supp. 860 (US District Court, EDNY, 10.1.1984) : Cf l'étude de M. RATNER, « Civil remedies for gross human rights violations », sur <http://www.humanrightsnow.org>. L'affaire concernait un cas de torture. Plus de 10 millions de dollars ont été accordés. C. GRAY, « Is there an international law of remedies ? », op. cit., p.186 : « The Filartiga case shows clearly the extreme disparities between States in their methods of assessing damages. The question must arise whether these disparities rule out any prospect of general acceptance of the assessment of damages on the basis of the law of the defendant State. It is therefore significant that States setting up international standards by treaty are turning to municipal law for enforcement mechanisms and as a source of remedies ». Egalement, dans une affaire d'actes de terrorisme, *Alejandro Mendez, De La Pena v. Republic of Cuba and the Cuban Air Force*, 17.12.1997, US District Court, Southern District of Florida, concernant l'indemnisation des deux victimes de la somme de 16 millions de dollars pour dommages subis, plus des dommages punitifs de 45,9 millions pour chaque assassinat contre la Cuban Air Force. Ce crime abominable appelait des peines dissuasives et afflictives selon le tribunal. Le Tribunal considère qu'en droit international les punitive damages sont appliqués (« Punitive damages are also an appropriate remedy in international law »). Egalement, dans l'affaire de terrorisme, *Flatow v. Islamic Republic of Iran and others*, US District Court, District of Columbia, 11.3.1998.

<sup>48</sup> *Bouzari and others v. Islamic Republic of Iran*, Canada, Ontario Superior Court of Justice, 1.5.2002, para.19-21: para.21: « (...) the punitive damage claim can only be determined after a finding of civil liability and a determination of the compensatory damages. Therefore, despite the deterrent aspect of punitive damages, they remain a remedy in a civil proceeding. The possibility that they may ultimately be awarded does not change the character of those proceedings ».

*b. Juger l'Etat criminel : une « idée ahurissante »<sup>49</sup> ?*

Etait inévitablement vouée à l'échec l'idée consistant à transposer la notion de 'peine' et de 'responsabilité pénale' des ordres internes vers l'ordre international<sup>50</sup>. La privation en droit interne pour un individu de ses droits civiques et politiques, aurait pour correspondance en droit international, l'exclusion de certains droits de l'Etat sur la scène internationale, telle la privation des droits de vote, voire l'exclusion d'une organisation internationale<sup>51</sup>, mesure à laquelle la CDI a fait allusion dès le début de ses travaux<sup>52</sup>. Cependant, en pratique ces mesures semblent à l'heure actuelle révolutionnaires et grandement problématiques dans le cadre de relations inter-étatiques fondées sur la réciprocité.

*3. L'émergence d'une spécificité difficilement assumée : les poursuites pénales contre les auteurs de l'acte, élément de réparation pour crimes internationaux d'Etat :*

Les poursuites contre les personnes à l'origine du fait internationalement illicite, sous la forme d'« une action disciplinaire à l'encontre des

---

<sup>49</sup> Pour reprendre les termes du Délégué des Etats-Unis au cours des travaux préparatoires du texte de la CDI, en 1983, A/C.6/38/SR.47, para.67 : « la notion nouvelle de responsabilité pénale d'un Etat n'a aucun sens et recèle de graves dangers (...) c'est une idée ahurissante que d'envisager de mettre en prison un Etat ou de punir de quelque autre façon un Etat ».

<sup>50</sup> M. SPINEDI, chap. 8, « La responsabilité de l'Etat pour 'crime' : une responsabilité pénale ? », op. cit., pp.106-107 qui cite par exemple la réaction française illustrative de cette position impossible : « (...) faire des caractéristiques indiquées les conditions de l'existence de la responsabilité pénale, c'est non seulement, comme on l'a dit, utiliser une notion de responsabilité pénale qui se fonde exclusivement sur l'examen des ordres juridiques étatiques modernes (...), c'est aussi faire une affirmation qui, si l'on veut être cohérent, entraîne la conséquence qu'en droit international on ne pourrait pas parler de responsabilité, qu'elle soit pénale, civile ou autre ».

<sup>51</sup> O. TRIFFTERER, « Prosecution of States for crimes of State », *Revue internationale de droit pénal* (vol.67), pp.341 et s., p.361: « The new 'bouquet' of sanctions could include in addition to the already mentioned diversion and compensation, sanctions of a financial, moral, economic, political and military character, expulsion or exclusion from the community of states, or the public announcement of a proven crime ».

<sup>52</sup> Ann. CDI, 1976, II, 2<sup>o</sup> partie ; P.-M. DUPUY, « Observations sur le crime international de l'Etat » (...), op. cit., p.477, évoque la mise en œuvre de l'article 6 de la charte des Nations Unies qui a un caractère « délibérément répressif ». N. H. B. JORGENSEN, *The responsibility of States for International Crimes*, OUP, 2000, p.246 : « Article 6 has a punitive element and could be construed as a criminal sanction ».



responsables ou leur châtement », avaient été explicitement mentionnées dans le texte de l'Article 45 de la CDI comme une spécificité réservée aux crimes internationaux. De même, le rapporteur Arangio-Ruiz voulait imposer le principe *aut dedere aut judicare*<sup>53</sup>. Le résultat est moins explicite : l'article 37(2) prévoit comme satisfaction « toute autre modalité appropriée », et le commentaire précise que cela couvre « une action disciplinaire ou pénale contre les personnes dont le comportement est à l'origine du fait internationalement illicite » (para.5, p.280).

La question qui se pose est ainsi de savoir dans quelle mesure l'engagement de la responsabilité pénale individuelle de l'auteur de l'acte est une spécificité réservée aux crimes internationaux, étant entendu qu'il s'agit d'une composante de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat pour les crimes commis. Si la doctrine a en effet longtemps considéré que la responsabilité pénale individuelle n'affecte pas la responsabilité internationale de l'Etat, mais doit être interprétée néanmoins comme un élément important de réparation, cette position est de plus en plus remise en cause<sup>54</sup>.

Un faisceau d'indices issus de l'étude des textes et de la pratique internationale converge vers la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle comme composante de la réparation pour d'autres infractions, dont le champ d'application dépasserait les crimes internationaux pour englober également les violations graves des droits de l'homme. Il importe ainsi de citer notamment l'article 2(1) du projet de la CDI de 1996 sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, selon lequel « Un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité engage la responsabilité individuelle », même si les modalités de cette mise en œuvre diffèrent, puisque selon ce texte l'auteur d'un crime d'agression ne peut être jugé que par un tribunal international ou les juges de l'Etat agresseur, et surtout en dépit du fait que cette responsabilité, selon ce texte, n'affecte en rien la responsabilité internationale de l'Etat. Au titre des fondements conventionnels peuvent être mentionnés l'article 4 de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, l'article 4 de la convention

---

<sup>53</sup> 7<sup>o</sup> rapport, UN Doc. A/CN.4/469, Add.1, p.3.

<sup>54</sup> R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, ed. Bruylant, ed. de l'Université de Bruxelles, 2004, dont la « thèse » est de « vérifier s'il est possible de rattacher le phénomène de responsabilité pénale individuelle aux conséquences que le droit international fait découler de certains actes » (p.2).

interaméricaine sur les disparitions forcées, l'article 7 de la convention contre la torture, les statuts des juridictions pénales internationales. Les organes régionaux de protection des droits de l'homme (Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme) ont affirmé, selon une jurisprudence constante, l'obligation pour l'Etat d'enquêter, de poursuivre et de châtier les auteurs d'actes impliquant une certaine gravité, notamment en cas de tortures et mauvais traitements, d'exécutions sommaires, de disparitions forcées, ...<sup>55</sup>, comme garantie de non-répétition de l'illicite suite à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat. Les travaux de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, et spécialement de sa Sous-Commission, abondent également en ce sens<sup>56</sup>. Il en va de même de maintes résolutions adoptées par l'Assemblée Générale des Nations Unies ou d'autres organisations internationales<sup>57</sup>. Ainsi, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, dans sa résolution 1371(2004), « Personnes disparues

---

<sup>55</sup> Cf notamment, Inter-American Court of Human rights, 9.12.1994, Advisory opinion OC-14/94, International responsibility of the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention (articles 1 & 2 of the American Convention on Human Rights): para.57: "The Court finds that the enforcement of a law manifestly in violation of the Convention by agents or officials of a State results in international responsibility for that State. If the enforcement in question constitutes an international crime, it will also subject the agents or officials who execute it to international responsibility". Comité DHNU, commentaires généraux n°7 (1982) et 20 (1992) (<http://www.unhcr.ch/tbs.doc.nsf>). Constatation n°161/2000, 2.12.2002, CAT/C/29/D/161/2000, Comité contre la torture, Yugoslavia, para.11. Voir également, Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, Prulj v. the Federation of Bosnia and Herzegovina, case n°CH/98/1374.

<sup>56</sup> Résolution de la Commission des DH, 2003/72, « Impunité », adoptée sans vote le 25.4.2003, para.10 et 11. Rapport final de M. C. BASSIOUNI, repris par la Commission des droits de l'homme, Réso. 2005/35, 19.04.2005 : « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », et la 1<sup>o</sup> réunion de consultation : conclusions du président-rapporteur : E/CN.4/2003/63 : Para. 23 : « On a reconnu qu'il existait, en droit, de longue date, l'obligation de juger les auteurs des crimes internationaux, que ce principe avait été confirmé par la C.I.J. (à propos du génocide) et qu'il en allait de même pour la torture, les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires et certaines autres violations, comme l'atteste une abondante jurisprudence internationale dans ce domaine ».

<sup>57</sup> Par exemple, Resolution 1/03 on Trial for international crimes, adoptée le 24.10.2003 par la Commission interaméricaine des droits de l'homme : « (...) the Interamerican Commission (...) urges States to adopt the legislative and other measures needed to ensure punishment for international crimes such as genocide, crimes against humanity and war crimes (...).

au Belarus », adoptée le 28.4.2004, demande aux autorités exécutives du Belarus d'ordonner des enquêtes au sujet des disparitions et de sanctionner de tels crimes<sup>58</sup>.

Ainsi, dans les rapports interétatiques, le bilan des spécificités reste relativement modeste, compte tenu de la structure et de l'état d'avancement de la société internationale<sup>59</sup>. La reconnaissance progressive d'une responsabilité pénale individuelle des auteurs de crimes d'Etat en constitue déjà certainement l'élément le plus spectaculaire, qui préfigure d'ailleurs déjà les spécificités-différenciations admises pour les réparations de crimes internationaux dans les rapports Etats-individus victimes.

## II. LA REPARATION DES CRIMES INTERNATIONAUX DANS LES RELATIONS ETAT(S) 'CRIMINEL(S)' - INDIVIDUS, UNE SPECIFICITE-DIFFERENCIATION EN CONSTRUCTION

Dans son ouvrage consacré aux réparations pour crimes de guerre, Pierre d'Argent constate le caractère profondément interétatique des réparations de guerre, qui fait peu de cas des victimes véritables. Il pose alors

---

<sup>58</sup> Egalement, Résolution 1386(2004) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, « Contribution du Conseil de l'Europe au règlement de la situation en Irak », adoptée le 24.6.2004, para.17, concernant les actes commis par la FMN : « L'Assemblée appelle les Etats membres et observateurs qui participent à la FMN : (...) iii. A veiller à ce que toute atteinte aux droits de l'homme et toute violation du droit international humanitaire et pénal fassent l'objet d'une enquête rapide et indépendante, et à ce que les responsables soient traduits en justice, conformément aux normes internationales, et encourent les sanctions administratives ou pénales appropriées, reflétant pleinement la gravité de leurs fautes. (...) iv. A veiller à ce que des recours effectifs soient possibles en cas de violation et à ce qu'une réparation complète, y compris une indemnisation satisfaisante, soit versée aux victimes ou à leur famille ».

<sup>59</sup> J. VERHOEVEN, « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », op. cit., p.55 : « Ce qui compromet plus fondamentalement la répression pénale, c'est probablement le caractère encore très fragmentaire, sinon l'absence totale, d'un ordre public interétatique dont la transgression commande l'adoption de sanctions particulièrement rigoureuses ». « (...) ni au moment de l'adoption de l'article 19, ni lors de l'élaboration des articles de la deuxième et troisième parties du Projet, les membres de la CDI n'ont envisagé de rattacher aux crimes internationaux des Etats des formes de responsabilité qui soient inconnues du droit international et incompatibles avec la structure actuelle, non centralisée de la communauté internationale. Ils n'ont jamais pensé à un régime de responsabilité qui se rapprocherait du système de la justice pénale telle qu'elle est prévue par les ordres étatiques internes ». M. SPINEDI, chap. 8, « La responsabilité de l'Etat pour 'crime' : une responsabilité pénale ? », op. cit., p.101.

la question de savoir si, à côté du régime classique de responsabilité (et non en substitution de celui-ci), il n'y aurait pas place pour des compléments<sup>60</sup>. Il y donne une réponse plutôt négative, et il l'admet, peu généreuse pour les victimes. Car dans la société internationale, réparer serait moins important qu'apaiser les tensions pour envisager l'avenir. Or, l'histoire des relations internationales nous enseigne que l'apaisement des nations ne peut faire fi de la réparation due aux individus. Pour reprendre la belle formule de Louis Joinet, « on ne peut tourner la page sans l'avoir lue »<sup>61</sup>. Cette affirmation n'est d'ailleurs pas sans lien avec le déplacement de perspective partagé actuellement par la majorité des ordres juridiques vers une prise en compte accrue des droits des victimes<sup>62</sup>, et l'affirmation progressive d'un droit des victimes individuelles à réparation dans l'ordre interne mais aussi parfois dans l'ordre international en cas de crimes internationaux et de violations de droits de l'homme<sup>63</sup>.

Or, jusqu'à présent, les réparations ont été analysées soit dans les rapports purement interétatiques, soit en droit interne dans les rapports entre les victimes et leur Etat. Les crimes internationaux, qui peuvent mettre en cause un ou plusieurs Etats, et surtout des victimes individuelles de

---

<sup>60</sup> *Les réparations de guerre (...)*, op. cit., p.846-848.

<sup>61</sup> « Pour pouvoir tourner la page, encore faut-il l'avoir lue ! » (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2.10.1997, « Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) », Rapport final révisé établi par M. Louis Joinet en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission, para.50.

<sup>62</sup> T. VAN BOVEN, « Preface », in T. VAN BOVEN (ed.), *Proceedings of the Seminar on the right to restitution, compensation and rehabilitation of victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*, held in Maastricht, the Netherlands, 11-15 march 1992, Dordrecht, Kluwer, 1992, p.1. Pour une perspective pénaliste, cf A. GARAPON, F. GROS, T. PECH, *Et ce sera justice, Punir en démocratie*, ed. Odile Jacob, 2001.

<sup>63</sup> Sur le droit des victimes individuelles à réparation, la pratique internationale devient de plus en plus proluxe : cf, pour des exemples parmi tant d'autres, Conseil de sécurité, Rés.1304(2000) sur les dommages infligés à la population civile de Kisangani par l'Ouganda et le Rwanda, para.14 : « Est d'avis que les Gouvernements ougandais et rwandais devraient fournir des réparations pour les pertes en vies humaines et les dommages matériels qu'ils ont infligés à la population civile de Kisangani, et prie le Secrétaire Général de lui présenter une évaluation des torts causés, sur la base de laquelle puissent être déterminées ces réparations à prévoir », ou des éléments de *soft law* comme la Déclaration du Caire, 1992, International Law Association, « Declaration of principles of international law on Compensation to Refugees », in *AJIL*, 1993, pp.157-159, 4<sup>o</sup> principe : « A State is obliged to compensate its own nationals forced to leave their homes to the same extent as it is obliged by international law to compensate an alien ».

nationalités très diverses, complexifient cette architecture et obligent à ajouter le ‘lien manquant’, le maillon direct entre Etats ‘criminels’ et victimes individuelles. Des éléments fragmentés de droit positif émergent depuis une dizaine d’années en ce sens et semblent évoquer une spécificité-différenciation, tant sur le plan institutionnel que sur le plan substantiel.

*A. UNE SPECIFICITE-DIFFERENCIATION QUANT A L’INSTITUTIONNALISATION DES MODALITES DE REPARATION*

Le statut inachevé de l’individu sur la scène internationale va obliger de faire appel à des procédés spécifiques, associant plus ou moins indirectement l’individu face à l’Etat<sup>64</sup>. Deux formules ont été principalement mises en oeuvre : d’une part, l’exercice du droit à réparation des victimes adossé sur l’engagement de la responsabilité pénale individuelle devant des juridictions internationales ou mixtes ; d’autre part, l’établissement par les Etats de commissions d’indemnisation réservant une place aux victimes individuelles pour réparation des préjudices subis.

*1. La mise en place des juridictions pénales internationales et l’exercice corrélatif du droit à réparation des victimes*

Cette première formule spécifique, permettant à l’individu d’exercer son droit à réparation plus ou moins directement sur la scène internationale, a certainement pu être obtenue en raison du fait que ce n’est pas la responsabilité internationale de l’Etat, mais précisément celle de l’individu, qui est engagée. La spécificité varie en fonction du statut fait à la victime et de l’ampleur de ses droits à réparation.

La formule la plus archaïque, la moins spécifique, est illustrée par les deux Tribunaux Pénaux Internationaux pour l’ex-Yougoslavie et le Rwanda. Les victimes ne sont entendues qu’en qualité de témoins, et bénéficient uniquement d’un droit à restitution de leurs biens illégalement pris (art.24(3) et 23(3) des Statuts TPIY et TPIR). Pour le reste, elles sont renvoyées devant leur juge national selon les règles de droit commun. Cette compétence exclusive des juridictions internes devant lesquelles les victimes sont invitées

---

<sup>64</sup> G. ABI-SAAB, « The concept of ‘international crimes’ and its place in contemporary international law », op. cit., p.144: “We thus come to the conclusion that gross and persistent violations of these basic human rights have to be considered in a particular way, especially as the victims have no voice on the international level. In other words, if we really want to have an international protection of human rights, it has to be through special mechanisms and a special regime or nothing at all”.

à agir pour faire valoir leur droit à indemnisation, a été fortement critiquée comme relevant d'une conception capitaliste de la réparation<sup>65</sup>, et a été justifiée avant tout par les difficultés pratiques face à une tâche qui s'annonçait effectivement gigantesque<sup>66</sup>. Cette situation a ainsi conduit les juges à proposer récemment au Conseil de Sécurité de créer une Commission de réclamations séparée.

Si cette formule a été copiée intégralement dans le cadre sierra-leonais<sup>67</sup>, une première évolution est notable devant le Tribunal pour le Timor Oriental : cette Cour peut ordonner des réparations en faveur de la victime, y compris condamner l'accusé à payer des dommages et intérêts<sup>68</sup>. La formule la plus novatrice est celle toutefois de l'article 75 du Statut de Rome, qui, englobant même l'idée de réhabilitation, tire en partie sa source d'inspiration des travaux de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies<sup>69</sup>. La proposition française initiale était même plus ambi-

---

<sup>65</sup> Pour une critique frontale de cette conception 'capitaliste', cf A. CASSESE, "Discussion (Part 1)", in A. RANDELZHOFFER & C. TOMUSCHAT, *State responsibility and the individual (...)*, op. cit., p.48. Egalement, dans le même ouvrage, C. TOMUSCHAT, p.61 : « To endorse this divergency would be a clear capitalist approach to how the injustices of the past should be repaired ».

<sup>66</sup> C. JORDA, « L'accès des victimes à la justice pénale internationale », in *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale, SOS Attentats*, Calmann-Lévy, 2003, pp.362 et s..

<sup>67</sup> Article 19, Statute of the Special Court for Sierra Leone: "Penalties": (3): "In addition to imprisonment, the Trial Chamber may order the forfeiture of the property, proceeds and any assets acquired unlawfully or by criminal conduct, and their return to their rightful owner or to the State of Sierra Leone". The Special Court Agreement, 2002, Ratification Act, 2002, Compensation of victims: « Any person who has been a victim of a crime within the jurisdiction of the Special Court, or persons claiming through him, may claim compensation in accordance with the Criminal Procedure Act, 1965 if the Special Court has found a person guilty of that crime ».

<sup>68</sup> Regulation n°2000/30, UNTAET/REG/2000/30, 25.9.2000, 50.2 : "As a part of its disposition of a criminal case in which the accused is convicted of an offence as to which there are victims, and notwithstanding any separate civil action which goes forward pursuant to Section 50.1 of the present regulation, the Court may include in its disposition an order that requires the accused to pay compensation or reparations to the victim in an amount determined by the Court. Any payment made by an accused to a victim in compliance with such an order shall be credited toward satisfaction of any civil judgment also rendered in the matter".

<sup>69</sup> Voir notamment, L. SCOMPAPIN, "La victime du crime et la juridiction pénale internationale", in M. CHIAVARIO (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, Giuffrè Editore, 2003, pp.335-352. D. DONAT-CATTIN, "Article 75", in O.

tieuse : en octroyant à la CPI le pouvoir d'ordonner à un Etat d'assurer la réparation d'un dommage causé à une victime, elle officialisait le maillon direct entre l'Etat 'criminel' et ses victimes individuelles, sans passer par le filtre d'un fonds d'indemnisation, et en outrepassant la relation interindividuelle classique, qui fait fi de la qualité de crime d'Etat. Selon l'article 79 actuel, la réparation peut être mise à charge directement du condamné ou être versée par l'intermédiaire du fonds si le condamné est insolvable. Le fonds pourra être alimenté par les produits des amendes et les biens confisqués aux accusés, et par les contributions volontaires des Etats, des particuliers, des fondations ou des entreprises. Ainsi, les ressources du fonds ne proviennent pas directement de(s) l'Etat(s) responsable(s). Il n'en demeure pas moins que le droit individuel à réparation sur la sphère internationale a franchi un stade de reconnaissance supplémentaire indéniable<sup>70</sup>. Cette reconnaissance se traduit également par la place faite à la victime dans la procédure : les victimes ont droit à être entendues en cette seule qualité ; elles peuvent également, entre autres choses, déposer des mémoires à tous les stades de la procédure.

## *2. Les Commission de réclamations/d'indemnisations : vers un droit des victimes individuelles au côté des Etats*

Selon une pratique relativement récente, et spécifique aux crimes internationaux, des Commissions d'indemnisation sont mises en place par les Etats, ou la communauté internationale représentée par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, afin d'assurer la compensation financière des victimes individuelles. La place faite aux individus varie, de même que le lien plus ou moins direct entre l'Etat débiteur et son créancier individuel. Comme pour les juridictions pénales internationales, la spécificité semble aller *crescendo* au fur et à mesure du temps, les formules les plus récentes étant les plus novatrices.

Au titre d'une première étape symptomatique du caractère hybride des formules retenues, en raison du statut juridique bigarré et incomplet de

---

TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, ed. Baden-Baden, Nomos, 1999, pp.845 et s..

<sup>70</sup> C. BLENGINO, « La position juridique de l'individu dans le statut de la Cour Pénale Internationale », in M. CHIAVARIO (dir.), *La Justice Pénale Internationale entre Passé et Avenir*, op. cit., p.165, pour qui "(...) le droit à la réparation relève de l'individu *uti singulus*, cad en tant que victime du crime plutôt qu'en tant que bénéficiaire indirect d'un droit dû à son Etat d'appartenance ».

l'individu sur la scène internationale, doit être mentionné l'accord conclu en juin 1983 entre le gouvernement des Etats-Unis et celui des îles Marshall. Suite aux dommages provoqués à l'environnement et sur la santé humaine par les tests nucléaires atmosphériques effectués par les Etats-Unis dans les îles Marshall de juin 1946 à août 1958, les Etats-Unis acceptaient par cet accord de dédommager la population des îles Marshall par la création d'un fonds (un versement américain de 150 millions de dollars a été effectué), dont la répartition devait être assurée par un tribunal national spécifiquement créé pour ce faire<sup>71</sup>. Selon l'annexe X du traité, cet accord mettait fin à toutes les réclamations sur ce point, qu'elles soient individuelles ou étatiques<sup>72</sup>. Si le lien entre l'Etat responsable débiteur et ses victimes individuelles créancières est filtré par l'Etat national des victimes, cette formule préfigure une première avancée importante.

Les hypothèses les plus récentes se manifestent par la création d'un organe (administratif) international, comportant l'obligation de réparation pour les individus selon des mécanismes de mise en œuvre relativement inédits. La *Commission for real property claims in Bosnia and Herzegovina (CRPC)*, mise en place par l'Annexe VII des accords de Dayton-Paris sur la Bosnie, consacre le droit au retour des réfugiés et des personnes déplacées ; la Commission est chargée notamment d'allouer des indemnités en lieu et place d'une restitution des biens immobiliers, avec un fonds constitué particulièrement de contributions volontaires de différents Etats<sup>73</sup>. Par ailleurs, la *Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie*, mise

---

<sup>71</sup> Ce Tribunal a été mis en place en 1988. Fin 2003, le tribunal avait accordé 83 millions de dollars en compensation de ces dommages à 1865 personnes (45% des ces 1865 victimes sont décédées avant d'avoir touché la compensation intégrale de leur préjudice). Plus d'un billion de dollars a été accordé pour dommage de propriété dans le cadre des actions collectives de population des deux îles (Bikini Atoll et Enewetak Atoll). (Fin 2003 : il ne reste que 6 millions de dollars sur les 150 millions composant le fonds initial). Le Gouvernement des îles Marshall, conformément à article 9 de l'accord initial (relatif au changement des circonstances), a invoqué les connaissances plus approfondies sur les effets néfastes sur la santé pour exiger davantage de fonds.

<sup>72</sup> Cf l'accord sur <http://www.nuclearclaimstribunal.com/177text.htm>. Article X : section 1 : « This Agreement constitutes the full settlement of all claims, past, present and future, of the Government, citizens and nationals of the Marshall Islands which are based upon, arise out of, or are in any way related to the Nuclear Testing Program, and which are against the US (...) ».

<sup>73</sup> En juillet 2003, 319.013 requêtes avaient été déposées et 302.109 décisions de restitution de biens prononcées.



en place par l'Accord signé à Alger entre les deux parties le 12.12.2002, « est chargée de rendre une sentence arbitrale sur toutes les demandes en dommages et intérêts formées par l'un ou l'autre ou les deux Etats ou par les ressortissants de ceux-ci personnes physiques ou personnes morales de droit privé ou de droit public (...) résultant d'une violation des règles du droit international humanitaire, ou encore des dispositions des Conventions de Genève de 1949 ou des règles de droit international » (art.5). Le Gouvernement érythréen a ainsi déposé des réclamations en son nom propre et au nom des particuliers nommément désignés.

La formule la plus inédite est certainement celle de la Commission de compensation Irak/Koweït instituée par résolution du Conseil de Sécurité au titre du chapitre VII de la charte. Si, selon l'article 5 des Règles, seules les réclamations présentées par les Etats et les Organisations Internationales sont acceptées par le Secrétariat (les requérants devant ainsi impérativement présenter leurs réclamations par les autorités de tutelle désignées par leurs gouvernements<sup>74</sup>, avec éventuellement une procédure quasi-judiciaire permettant d'écartier des requêtes infondées comme la *Foreign Claims Settlement Commission* aux EU<sup>75</sup>), l'article 5(2) dispose qu'« une personne, une autorité, ou un organisme appropriés désignés par le Conseil gouverneur pourront présenter les réclamations au nom (de ces) personnes ». Cette Commission n'en représente pas moins un exemple assez unique de réparations individuelles fondées et adossées sur la mise en œuvre de la responsabilité étatique<sup>76</sup>. En outre, fait extraordinaire, la Commission fonctionne selon le principe de priorité de traitement des plaintes

---

<sup>74</sup> Le choix était entre la création d'organes administratifs *ad hoc*, telle l'Administration publique pour l'évaluation des indemnités des préjudices résultant de l'agression irakienne au Koweït, et en Jordanie avec la Commission supérieure d'indemnisation, ou les canaux diplomatiques habituels : Ministre des Affaires Etrangères en France, Foreign and Commonwealth Office au Royaume-Uni.

<sup>75</sup> Cf B. G. AFFAKI, "La Commission d'indemnisation des Nations Unies: trois ans d'épreuves au service du règlement des différends internationaux", *DPCI*, 1994, tome 20, n°3, pp.471-517, p.487.

<sup>76</sup> I. BOTTIGLIERO, *Redress for victims of crimes under international law*, op. cit., p.91. Selon A. KOLLIPOULOS, *La Commission d'indemnisation des Nations Unies et le droit de la responsabilité internationale*, LGDJ, Paris, 2001, p.320 : cette institution « innove incontestablement et contribue largement à leur affirmation comme sujets de droit de la guerre ».

individuelles<sup>77</sup>, pour lesquelles un système de preuves très peu contraignant est également retenu<sup>78</sup>. Les Etats et Organisations Internationales ont l'obligation de reverser les dommages intérêts aux victimes dans les six mois. Certes, la participation des individus à la procédure fut limitée en raison du nombre de dossiers à traiter<sup>79</sup>. Au total, près de 2,6 millions de requêtes ont été reçues ; en janvier 2005, l'examen de 99% des plaintes avait été achevé, équivalant au versement de 18.9 billions de dollars<sup>80</sup>.

Cette formule consacre incontestablement une nouvelle place de l'individu victime sur la scène internationale ; cette spécificité institutionnelle<sup>81</sup>, qui dépasse même la formule des protections diplomatiques 'nouvelle génération', est le corollaire direct de la gravité des actes commis, en présence desquels la levée du voile de la structure étatique paraît inéluctable.

Outre la spécificité institutionnelle, une spécificité-différenciation est à constater au niveau du contenu même de la réparation due par l'Etat 'criminel'.

---

<sup>77</sup> Cf Décision du 24.3.1994, S/AC.26/Dec.17(1994), "Priority of payment and payment mechanism, guiding principles", Site officiel : <http://www.unog.ch/uncc>: « Claims processing » : « Given the traditional emphasis in previous proceedings for the losses suffered by Governments and corporations, this humanitarian decision to focus first on urgent individual claims marked a significant step in the evolution of international claims practice ».

<sup>78</sup> Par exemple, para.12, S/AC.26/1991/1, 2.8.1991, « Criteria for expedited processing of urgent claims », « (...) in the case of serious personal injury not resulting in death, \$ 2,500 will be provided where there is simple documentation of the fact and date of the injury; and in the case of death, \$2,500 will be provided where there is simple documentation of the death and family relationship. Documentation of the actual amount of loss resulting from the death or injury will not be required ».

<sup>79</sup> F. WOOLDRIDGE & O. ELIAS, "Humanitarian considerations in the work of the United Nations Compensation Commission", *RCICR*, sept.2003, vol.85, n°851, pp.555 et s., p.558.

<sup>80</sup> Cf toutes les données reprises du site officiel de la Commission, sur <http://www.unog.ch/uncc>.

<sup>81</sup> Pour B. GRAEFRATH & M. MOHR, (« Legal consequences of an Act of aggression : the case of the Iraqi Invasion and Occupation of Kuwait », op. cit., p.126), on ne devait pas permettre l'exercice direct de plaintes individuelles ; chaque gouvernement devait déposer des réclamations au nom de tous les dommages subis, et on devrait laisser à chaque Etat le soin de répartir équitablement les sommes obtenues. L'argumentation des auteurs (risque d'inégalités) nous paraît peu convaincante.

*B. LA SPECIFICITE QUANT AU CONTENU DE LA REPARATION*

Si la spécificité est plus de l'ordre du degré, comme dans le cadre interétatique, pour ce qui a trait des formes classiques de réparation, la véritable spécificité est illustrée par la prise en compte d'une nouvelle forme de réparation, la réhabilitation<sup>82</sup>.

*1. Une spécificité limitée dans le cadre des formes classiques de la réparation*

Eu égard *la restitution*, il est important de remarquer que dans son dernier avis consultatif du 9.7.2004, la Cour Internationale de Justice aligne le régime juridique des réparations dues aux victimes non étatiques sur le régime juridique des réparations dues aux Etats tel que formulé depuis l'affaire de l'Usine de Chorzow par la Cour Permanente de Justice Internationale, lequel a valeur de droit coutumier selon la Cour (para.152)<sup>83</sup>. Elle fait application des principes et en déduit que (Para.153) : « Israël est en conséquence tenu de restituer les terres, les vergers, les oliveraies et les autres biens immobiliers saisis à toute personne physique ou morale en vue de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé. Au cas où une telle restitution s'avérerait matériellement impossible, Israël serait tenu de procéder à l'indemnisation des personnes en question pour le préjudice subi par elles. De l'avis de la Cour, Israël est également tenu d'indemniser, conformément aux règles du droit international applicables en la matière, toutes les personnes physiques ou morales qui auraient subi un préjudice matériel quelconque du fait de la construction de ce mur ». La Cour semble ainsi admettre que, vis-à-vis de l'Etat auteur du fait internationalement illicite, aucune spécificité quant à la réparation due (tant à l'Etat lésé qu'aux individus victimes) sur le terrain de la restitution et de l'indemnisation financière, ne peut être relevée<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Y. DANIELI, « Justice and reparation : steps in the process of healing », *NEP* 14, 1998, pp.303 et s., p.311.

<sup>83</sup> « Au demeurant, la construction du mur dans le territoire palestinien occupé ayant notamment nécessité la réquisition et la destruction d'habitations, de commerces ainsi que d'exploitations agricoles, la Cour constate aussi qu'Israël a l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées. La Cour rappellera que les modalités essentielles de la réparation en droit coutumier ont été formulées comme suit par la Cour permanente de Justice internationale » (para. 152).

<sup>84</sup> Cf notre note, « L'avis consultatif sur le Mur en Palestine : la C.I.J. et le droit à réparation des victimes individuelles de graves violations », *chronique de droit international pénal, Revue de sc. crim. et de dr. pen. Comp.*, 2005(1), pp.155-164,

Concernant *l'indemnisation*, la spécificité de degré réside dans l'appréciation en général globale sous forme de sommes forfaitaires attribuées. Comme pour les Etats victimes, le principe de réparation intégrale n'est en principe pas appliqué (selon la pratique des sommes forfaitaires évaluées au terme du procédé d'examen par échantillonnage). Ainsi, selon l'accord d'indemnisation des victimes de l'attentat contre le vol d'UTA du 9.1.2004, accord signé entre la Fondation Kadhafi, l'association SOS Attentat et le collectif des familles des victimes de l'attentat, la somme globale de 170 millions de dollars a été retenue (1 million pour chaque victime)<sup>85</sup>.

De même, les *dommages punitifs* ne sont pas admis ; tout au plus, la pratique internationale devant les Cours régionales des droits de l'homme accrédite la thèse d'indemnisations « proportionnées » au préjudice (moral) subi. Ainsi, en se prononçant en équité et sur des requêtes individuelles, les Cours régionales ont tendance à octroyer des sommes assez élevées<sup>86</sup> en fonction de la gravité de l'acte en jeu (comme par exemple dans l'affaire *Ilaşcu et autres c/Moldova et Russie* de la Cour européenne du 8.7.2004<sup>87</sup>).

---

<sup>85</sup> L. BALMOND, avec la collaboration de A.-S. MILLET-DEVALLE, « Chronique des faits internationaux », *RGDIP*, 2-2004, p.496.

<sup>86</sup> La Cour interaméricaine des droits de l'homme se prononce en équité pour le dommage moral, car la compensation intégrale est difficile et parfois l'évaluation financière se révèle délicate : ex : *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community Case*, pour des dommages affectant la population indigène, elle a fixé un montant de 50.000 dollars US. Voir également, 1998, General comment issued by the Working Group on Involuntary or Enforced Disappearances, sur l'article 19 de la Déclaration de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui prévoit l'obligation de fournir une réparation proportionnée à la gravité de la violation des droits fondamentaux (période de disparition, conditions de détention, ...) et aux souffrances de la victime et de la famille.

<sup>87</sup> *Ilaşcu & Moldova c/Russie* : « En conséquence, eu égard à l'extrême gravité des violations de la convention dont ont été victimes les requérants, elle statue en équité comme le veut l'article 41 de la convention, la Cour alloue aux intéressés les sommes suivantes (...) » (180.000 euros à chacun des deux requérants pour tout dommage matériel et moral eu égard aux violations des articles 3 et 5, plus 10.000 euros à chacun pour dommage moral en raison de la méconnaissance de l'article 34 par la Russie et Moldova. M. PELLONPÄÄ, « Individual reparation claims under the european convention on human rights », in A. RANDELZHOFFER & C. TOMUSCHAT, *State responsibility and the individual (...)*, op. cit., pp.109 et s., p.120.

Officiellement, les dommages punitifs sont toujours exclus par la Cour interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme<sup>88</sup>.

Quant à la *satisfaction* et aux *garanties de non-répétition de l'illicite*, on relève une importance moindre que dans le cadre interétatique de la reconnaissance de l'illégalité de l'acte ; ainsi, la condamnation en soi par un tribunal international est considérée comme rarement seule satisfaisante si une violation grave est en jeu, tel le droit à la vie. Toutefois, cette spécificité n'est pas propre aux crimes internationaux, mais vaut plus largement pour toutes les violations graves des droits de l'homme<sup>89</sup>. Si les *excuses* pouvaient sembler comme inadaptées dans les relations entre Etats et victimes individuelles<sup>90</sup>, leur pratique se multiplie ces dernières années dès lors qu'une communauté entière a subi des violations massives. Ainsi, l'Allemagne a exprimé dernièrement ses excuses pour le massacre des Hereros, peuple d'Afrique australe, dont plusieurs milliers de ses membres ont été massacrés sur ordre du colonisateur allemand entre 1904 et 1907<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> La Cour interaméricaine des droits de l'homme n'a pas admis les *punitive damages*, considérant que l'article 63(1) de la convention est de nature compensatoire, et non de nature afflictive : Affaire Velasquez, où la famille réclamait des dommages punitifs, série C, n°7 (1989), p.52, para.38 : la Cour ajoute « compte tenu de l'état du droit international », ce qui rend possible une évolution sur ce point. La Cour européenne s'en tient à sa position de principe selon laquelle la satisfaction équitable ne comprend pas de dommages punitifs : *Ikincioy v/Turquie*, 27.7.2004, 4<sup>e</sup> section, para.149 : « The Court notes that in a number of recent Grand Chamber cases it has rejected requests by applicants for exemplary and punitive damages ».

<sup>89</sup> Cour interaméricaine, *Castillo Paez v.Peru (Reparations)*, 27.11.1998, para.84 : « As for moral damages, the Court has previously held that there are numerous cases in which other international tribunals have decided that a judgment of condemnation constitutes *per se* adequate reparation for moral damages, as demonstrated by the case-law of, among others, the European Court of Human Rights (...). However, it is the view of this Court that a condemnatory judgment does not suffice when the right to life is concerned, and the reparation for the moral suffering caused to the victim and to the family must take an alternative form, such as pecuniary compensation ».

<sup>90</sup> Cour interaméricaine, *Suarez-Rosero v. Ecuador, Reparations*, 20.1.1999 : dans cette affaire, la Cour a répondu au requérant qui souhaitait obtenir des excuses de l'Etat (invoquant l'importance d'un tel remède pour mettre fin à ses difficultés psychologiques), que l'arrêt au fond constitue en soi « a significant and important form of reparation and moral satisfaction for Mr Suarez-Rosero and his relatives ».

<sup>91</sup> Cf Louis BALMOND, avec la collaboration de Anne-Sophie MILLET-DEVALLE, « Chronique des faits internationaux », *RGDIP*, 2-2004, p.481 : le 11.1.2004, « lors de la célébration du soulèvement du peuple Hereros contre le colonisateur, l'ambassadeur d'Allemagne en Namibie a souhaité, par sa venue, « rendre aux victimes et à leur descendance la dignité et l'honneur qui leur ont été volés ».

D'autres mesures symboliques, comme l'édification de lieux et monuments du souvenir, sont également particulièrement appréciées des victimes<sup>92</sup>.

## *2. L'émergence de modalités spécifiques de réparations pour les victimes individuelles de crimes internationaux*

Comme dans le cadre interétatique, l'engagement de la responsabilité pénale individuelle constitue une composante à part entière des obligations dues à la victime par l'Etat au titre de sa responsabilité internationale. Comme précédemment, cette spécificité vaut pour un cercle plus large que celui des crimes internationaux, puisqu'elle comprend un certain nombre de graves violations de droits de l'homme. C'est ce qu'il ressort de l'analyse comparée de la jurisprudence des organes régionaux de droits de l'homme, qui en font un élément de non-répétition de l'illicite. De même, les instruments élaborés dans le cadre des Nations Unies la réservent aux « graves violations de Droits de l'Homme »<sup>93</sup>. Dans une décision de 1994, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies estime que des sanctions

---

<sup>92</sup> Commission d'enquête nationale du ministère tchadien de la Justice: concernant les victimes du régime d'Hissène Habré, il a été recommandé d'« édifier un monument à la mémoire des victimes de la répression Habré », de « décréter un jour de prière et de recueillement pour lesdites victimes » et de transformer l'ancien siège de la DDS et la prison souterraine de la « Piscine » en un musée: ([http://hrw.org/french/docs/2004/01/30/chad7166\\_txt.htm](http://hrw.org/french/docs/2004/01/30/chad7166_txt.htm): « Tchad : les victimes de Hissène Habré demandent réparation »).

<sup>93</sup> Résolution de la Commission des droits de l'homme, 1999/34, « Impunité », « (...) Consciente que le fait, pour les auteurs de graves violations de Droits de l'Homme, d'avoir à répondre de leurs actes constitue l'un des éléments essentiels de tout recours effectif pour les victimes de ces violations ainsi qu'un facteur clé de justice et d'équité du système judiciaire et, en dernière analyse, de réconciliation et de stabilité à l'intérieur d'un Etat ». Résolution de la Sous-Commission 1996/28, « Droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales », adoptée le 29.8.1996, Rapport final présenté par M. T. Van BOVEN, Point 5 : « La réparation de certaines violations graves des Droits de l'Homme considérées comme des crimes en droit international comporte l'obligation de poursuivre et de punir leurs auteurs. L'impunité va à l'encontre de ce principe ». Rapport final de C. BASSIOUNI, E/CN.4/2000/62, 18.1.2000 : « Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Point III : « Violations des normes du Droit International relatif aux Droits de l'Homme et du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international » : Point 4 : « Les violations des normes du Droit International humanitaire et des Droits de l'Homme qui constituent des crimes de Droit International entraînent l'obligation de poursuivre les personnes présumées responsables et de punir les personnes déclarées coupables de ces violations, ainsi que de coopérer avec les Etats et les instances judiciaires internationales compétentes et de les aider dans leur enquête et dans la poursuite des auteurs des violations ».

disciplinaires et administratives sont insuffisantes au sens de l'article 2(3) du Pacte international des droits civils et politiques « dans le cas de violations particulièrement graves des droits de l'homme »<sup>94</sup>. De telles poursuites seraient un élément de non-répétition de l'illicite<sup>95</sup>, dès lors qu'elles ne seraient pas réalisées à dose homéopathique et sélective<sup>96</sup>. L'important réside moins dans le quantum de la peine infligée aux auteurs de l'acte – ce qui d'ailleurs pourrait poser problème au regard des disparités très grandes entre les peines prononcées au sein d'une même juridiction, *a fortiori* de juridictions internationales, mixtes et internes –, mais du statut réservé à la victime au cours du procès pour qu'elle puisse faire le propre deuil de ce qui s'est passé.

Au-delà de cette spécificité déjà rencontrée dans le cadre interétatique, des modalités propres de réparation dans les rapports entre Etats et victimes individuelles semblent émerger. Cette spécificité des réparations dues aux victimes individuelles de crimes internationaux se traduit moins par leur caractère collectif que par la fonction de réhabilitation, de resocialisation des victimes et de réconciliation nationale. Un auteur, comme Dinah Shelton, insiste sur la spécificité des outrages commis par l'Etat contre sa population<sup>97</sup> : aux dommages directement perceptibles et quantifiables, s'ajoute une perte de confiance, voire une trahison des victimes par leur Etat. Une approche collective, globale (politico-sociale) et contextuelle des réparations s'impose. Dans ce cadre, la notion de victime ayant droit à

---

<sup>94</sup> Vicente et al. V.Colombia, Communication n°612/1995, 29.7.1997, para.8.8. Pour autant, le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies considère que, bien que l'Etat ait l'obligation de poursuivre les auteurs de violations de Droits de l'Homme, surtout lorsqu'elles atteignent un certain seuil de gravité, l'individu victime ne bénéficie pas en retour du droit d'exiger de l'Etat qu'il engage des poursuites pénales contre un individu.

<sup>95</sup> Cf en doctrine en ce sens, J. VERHOEVEN, "Vers un ordre répressif universel?", op. cit., p.59, qui admet que la création des TPI ne répondait pas à cette fonction de lutte contre l'impunité au profit des victimes mais de restauration d'un certain ordre (« L'ordre préventif s'efface en pareille perspective derrière une fonction que l'on dirait 'consolatrice', d'ordre thérapeutique et pédagogique »). A. DE HOOGH, *Obligations erga omnes and International Crimes (...)*, op. cit., p.165.

<sup>96</sup> P. ALLOTT, "State responsibility and the unmaking of international law", op. cit., pp.517-518 : « Executing a few international criminals is not likely to encourage moral and lawful behaviour by whole societies. It is likely merely to increase the ambition and self-justifying arrogance of the leaders of such societies ».

<sup>97</sup> D L. SHELTON, « Reparations to victims at the ICC », <http://www.cic.nyu.edu/pubs/ReparVictimsPrint.html>.

réparation est d'ailleurs souvent élargie<sup>98</sup>. En sus des formes classiques de réparation, une autre dimension est ainsi prise en compte, sous le terme générique de « réadaptation » (selon les termes de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies et de sa Sous-Commission<sup>99</sup>), de « réhabilitation » selon le vocabulaire en cours auprès d'ONG<sup>100</sup> ou d'autres organismes, ou encore de « réhumanisation » de la victime<sup>101</sup>.

La première modalité spécifique de cette réparation se traduit par *le droit à la vérité*. Consacré par les travaux des Nations Unies sur les réparations des victimes pour violations graves des droits de l'homme, sous

---

<sup>98</sup> Y. DANIELI, « Justice and reparation : steps in the process of healing », op. cit., pp.303 et s.: « three general goals or recommendations emerged from selected interviews with victims. In summary, these include the following : 1. Reestablish the victim's equality of value, power, esteem (dignity), the basis of reparation in the society or nation. This can be accomplished by (a) compensation, both real and symbolic; (b) restitution; (c) rehabilitation; and (d) commemoration. 2. Relieve the victim's stigmatisation and separation from society. This can be accomplished by (a) commemoration; (b) memorials to heroism; (c) empowerment; and (d) education. 3. Repair the nation's ability to provide and maintain equal value under law and the provisions of justice. This is accomplished by (a) prosecution; (b) apology; (c) securing public records; (d) education; and (e) creating mechanisms for monitoring, conflict resolution and preventive interventions ».

<sup>99</sup> Résolution de la Sous-Commission 1996/28, « Droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales », adoptée le 29.8.1996, Rapport final présenté par M. T. Van BOVEN, 3 versions successives : E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2.7.1993 : 1<sup>o</sup> version ; 2<sup>o</sup> version : E/CN.4/Sub.2/1996/17 du 24.5.1996 ; 3<sup>o</sup> version : E/CN.4/1997/104 du 16.1.1997 ; Rapporteur spécial : « Etude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».

<sup>100</sup> Voir notamment les activités de REDRESS ([www.redress.com](http://www.redress.com)), ou d'un organisme tel que l'International Center for Transitional Justice, "Parameters for designing a Reparations Program in Peru", septembre 2002, sur le site internet de International center for transitional justice, point 2.1, p.5. "Rehabilitation, which includes measures such as necessary medical and psychological care, along with legal and social support services". Egalement, par cette même institution, voir le Truth and Reconciliation Commission of Peru, Final Report, General conclusions, p.62, qui compare les processus de réparation intervenus en Argentine, Chili, Guatemala et Afrique du sud (Annexe 4 du rapport final).

<sup>101</sup> C. BASSIOUNI, « Reconnaissance internationale des droits des victimes », in *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, op. cit., pp.134 et s., p.167 : « (...) Ainsi, les objectifs les plus importants de ce processus sont peut-être la « réhumanisation » des victimes et leur restauration comme membres fonctionnels de la société. La réalisation de ces objectifs de restauration est certainement fondamentale pour la paix et la sécurité d'un Etat, car elle élimine le potentiel de revanche future et de victimisation secondaire qui pourrait résulter de la violation initiale ».



la forme, pour reprendre les termes du rapport Joinet<sup>102</sup> d'un « (...) droit imprescriptible de connaître la vérité sur les circonstances dans lesquelles ont été commises les violations et, en cas de décès ou de disparition, sur le sort qui a été réservé à la victime »<sup>103</sup>, le droit à la vérité, dont le terrain de prédilection fut celui des disparitions forcées, a été largement reconnu par le Comité des Droits de l'homme des Nations Unies et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Dans l'affaire *Quinteros Ameida v. Uruguay*<sup>104</sup>, le Comité énonce que constitue un traitement inhumain, cruel ou dégradant le fait pour les proches de disparitions forcées de ne pas être informées du sort de leurs proches. Dans l'arrêt *Myrna Mack Chang*<sup>105</sup>, la Cour interaméricaine considère qu'en matière d'exécutions extrajudiciaires, le droit des proches et de la société d'être « informés sur tous les détails » des violations est « une importante mesure de réparation ». Pour la Cour interaméricaine, ce droit, de nature collective, est également un élément de non-répétition de l'illicite<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2.10.1997, « Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) », Rapport final révisé établi par M. L. JOINET, en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission. Cf également, « Le droit à la vérité », Résolution de la Commission des Droits de l'Homme 2005/66, 20.04.2005.

<sup>103</sup> Résolution de la Commission des Droits de l'Homme 2000/68, « Impunité », adoptée sans vote le 26.4.2000 : « 2. Est consciente que la divulgation des souffrances des victimes de violations des Droits de l'Homme et l'établissement de la vérité sur les auteurs de ces violations sont des mesures essentielles pour la réadaptation des victimes et la réconciliation, et invite instamment les Etats à intensifier leurs efforts pour que les victimes de violations des Droits de l'Homme bénéficient d'une procédure juste et équitable, dans le cadre de laquelle ces violations puissent donner lieu à enquête et être divulguées, et à encourager les victimes à participer à cette procédure ». « 3. Se félicite, à cet égard, de la publication, dans certains Etats, des rapports de commissions de la vérité et de la réconciliation établies par ces pays pour traiter des violations des Droits de l'Homme qui y ont été commises dans le passé, et encourage les autres Etats où de graves violations des Droits de l'Homme se sont produites dans le passé à mettre en place des mécanismes appropriés pour les dénoncer ». Cf également, T. VAN DONGEN, « The UN working group on Enforced or Involuntary Disappearances », in Seminar on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms, held in Maastricht, the Netherlands, 11-15 march 1992, Dordrecht, Kluwer, 1992, pp.22 et s., p.25.

<sup>104</sup> Communication n°107/1981(2003). Cf également, Chambre des Droits de l'Homme pour la Bosnie-Herzégovine, case n°CH/01/8365 et al., decision on admissibility and merits, para.220(4).

<sup>105</sup> Vol.101, série C, 23.11.2003, para.274.

<sup>106</sup> « La société (avait) le droit de connaître la vérité » au sujet des « atrocités commises dans le passé » « de façon à pouvoir empêcher qu'elles ne se reproduisent à l'avenir » (Bámaca

La deuxième modalité concerne la dimension sociale et psychologique des réparations. Ainsi, le rapport de M. Salinas sur « Le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire » du 10.11.2003<sup>107</sup>, prévoit comme modalités de la « réadaptation » (para.23) « une prise en charge médicale et psychologique ainsi que l'accès à des services juridiques et sociaux ». En pratique, les exemples latino-américains ont prouvé l'efficacité et l'importance de tels programmes de réinsertion et de suivi des victimes, au point de vue médical et psychologique. Un certain nombre de mesures ont été prises au niveau social et éducatif, ce dont attestent tant les arrêts en révision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (affaires *Loayza Tamayo*<sup>108</sup> et *Barrios Altos*<sup>109</sup>), que les programmes des différentes Commissions réconciliation et vérité. Par exemple, le Guatemala a mis en œuvre des projets sociaux pour la communauté (éducation, santé, infrastructures, ...).

Ainsi, il ressort de la présente étude qu'il serait absolument prématuré de conclure à *un* régime spécifique de réparation pour crimes internationaux, régime spécial dérogeant du régime de droit commun, mais davantage à *des spécificités* multiples<sup>110</sup>, de l'ordre des nuances, du degré pour s'en tenir aux rapports interétatiques<sup>111</sup>, pour atteindre dans les

---

Velásquez, 25.11.2000, vol.70, série C, para.77 ; Caracazo, vol.95, série C, 2002, réparations, para.118).

<sup>107</sup> E/CN.4/2004/57, 10.11.2003, Commission des droits de l'homme, 60<sup>e</sup> session.

<sup>108</sup> *Loayza Tamayo Case, Reparations*, 27.11.1998, série C n°42, para.129: traitement médical et psychologique de victimes de la torture.

<sup>109</sup> *Barrios Altos Case, Reparations*, 30.11.2001, série C, n°87 : traitements médicaux de toutes sortes.

<sup>110</sup> G. ABI-SAAB, "The concept of 'international crimes'", in J. H. H. HEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (ed.), *International crimes of State (...)*, op. cit., p.148 : « There is no need to dwell here on the controversy over whether we have a dual or a multiple system of responsibility. In fact, I think that even if we have, beside the normal regime of responsibility, a variety (or a gradation) of special (basically conventional) regimes for different international crimes, we still will end up with a binary system; the alternative being a unitary, not a multiple one".

<sup>111</sup> S. MCCAFFREY, "The objectives of a new regime and the means for accomplishment", in J. H. H. HEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (ed.), *International crimes of State (...)*, op. cit., Débats, p.249: "Dr. Spinedi poses the question whether there is agreement on the notion whether there are different regimes of responsibility. I would simply answer that it is a matter of degree, not a matter of kind; there are differences of degree, but at least I do not see it as a matter of differences of kind".

rapports Etats-victimes individuelles des spécificités de l'ordre de la différenciation, de nature. Certes, ces spécificités ponctuelles se greffent, de façon encore assez désordonnée, sur le régime commun du droit des réparations. Incontestablement il s'agit là d'une voie inachevée, que la pratique des prochaines années devrait fortement alimenter et conforter. Cette étude semble révéler également l'existence de plusieurs facteurs concomitants impulsant les spécificités dans le régime des réparations pour crimes internationaux : le premier concerne la jurisprudence des organes régionaux et universels des droits de l'homme, avec des retombées en termes normatifs sur les travaux de la Commission des droits de l'homme ; le second, l'approfondissement des actions du Conseil de sécurité des Nations Unies en droit international pénal et humanitaire ; le troisième a trait aux expériences nationales de réparation pour crimes internationaux (comme la réhabilitation dans les programmes latino-américains), qui alimentent en retour, selon un mouvement ascendant les réflexions et normes au niveau international. Par ailleurs, ce bilan du droit positif en mutation invite à se poser la question de savoir si la ligne de démarcation entre le régime général et des normes spécifiques se situe bien entre la catégorie des crimes internationaux (à supposer que cette catégorie reçoive une définition communément partagée) et la catégorie des délits ; ou si elle ne doit pas être déplacée pour englober plus largement les violations graves, flagrantes et massives des droits de l'homme. C'est ce à quoi invite certainement la jurisprudence des organes régionaux et universels des droits de l'homme.

Au vu de ces évolutions normatives multiples et dispersées, on peut ainsi émettre le voeu que le projet d'une convention sur la responsabilité pour crimes internationaux reprenne de la vigueur pour fédérer un certain nombre de spécificités inéluctables.

#### SUMMARY

This study seeks to assess the stage which the development of international positive law has reached regarding the existence of a specific legal regime, or more modestly of elements of specificity, of reparation for international crimes, in contradistinction to the law of "ordinary" internationally wrongful acts as dealt with in the ILC Articles on State responsibility of 2001. In the first part, the author focuses on reparation in inter-State relations where, at the most, some specific elements of

aggravation, i.e. no more than a difference of degree (*spécificité-aggravation*), can be perceived. In fact, the implementation of the duty to make reparation is not characterized by new institutional mechanisms. Regarding the contents of reparation, the only major specificity relates, given the rejection in international law of punitive damages, to the emergence of actual implementation of the individual criminal responsibility of the perpetrators of the relevant acts, as elements of reparation for international State crimes. The author defends the view that, by turning to analyzing the relationship between the “criminal” State and the individual victims, a specific differentiation (*spécificité-différenciation*) emerges in positive law. This evolution can be observed on the level of institutionalization of the modalities of reparation as well as on the level of the contents of reparation. Over and beyond the individual criminal responsibility of perpetrators of international crimes, the emergence of a right to the truth, to rehabilitation and resocialization are the result of the specific nature of such crimes. In her conclusion, the author raises the question as to whether the borderline between the common regime of responsibility and the currently unfolding specificities should not be shifted in order to encompass any kind of grave and massive violations of human rights, as suggested by the case of the regional and universal organs for the protection of human rights.



## CHAPTER IX

# *Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?*

THOMAS GIEGERICH\*

### I. *JUS COGENS* – STATE IMMUNITY – STATE RESPONSIBILITY: TRILATERALISM OF LEGAL PRINCIPLES WITH UNCERTAIN CONTOURS

Can an Iraqi whose house was destroyed during a U.S. air raid on Baghdad in 2003, or who was abused by the U.S. military in the notorious Abu Ghraib prison, sue the United States of America for damages in a German or French court<sup>1</sup>? Can a Greek whose parents were murdered by a German SS unit during the German occupation of Greece in the 1944 Distomo village massacre, and whose parents' home was destroyed, sue the Federal Republic of Germany for damages in a Greek court? Can a Briton who was tortured by Kuwaiti officials in Kuwait sue the Emirate of Kuwait for damages in an English court? Questions like these deal with the trilateral relationship of three principles of international law whose contours are each disputed and therefore uncertain – *jus cogens*, State immunity, and State responsibility, leaving us in a genuine “trilemma”.

The topic of my paper concerns one possible legal consequence ensuing from a breach by a State of a peremptory norm of international law, in particular a violation of fundamental human rights, namely the loss of that

---

\* Professor of Public Law, European Community Law and Public International Law, University of Bremen; Director, Bremen Institute of Transnational Constitutional Law.

<sup>1</sup> For a legal evaluation of the U.S. invasion of Iraq, which in my view violated the *jus cogens* norm embodied in Art. 2 (4) of the UN Charter, cf. the divergent positions in the series of articles published under the heading “Agora: Future Implications of the Iraqi Conflict”, *AJIL* 97 (2003), 552 *et seq.*, 803 *et seq.* On the events at Abu Ghraib prison, see the account by Sean D. Murphy (ed.), “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law”, *AJIL* 98 (2004), 579, at 591.

State's sovereign immunity in foreign civil courts where it is sued for damages by the victims of its *jus cogens* violation (hereinafter "initial problem")<sup>2</sup>: does international law still oblige the courts of the forum State to accord a perpetrator state immunity, are they at least still allowed to do so, or are they already obliged to deny it?

I will confine myself to sovereign immunity in sentencing proceedings and touch upon execution proceedings only in passing<sup>3</sup>. I will also leave open the questions from what source the victims of *jus cogens* violations could derive a cause of action against a perpetrator State, and what scope this cause of action could have<sup>4</sup>. Nor will I deal with the mechanism available under the procedural law of the forum State to avoid decisions on the merits of claims against a perpetrator State, such as *forum non conveniens*<sup>5</sup>. My only topic is the procedural question if the court of the forum State still must, or at least may, or perhaps must no longer dismiss the claim as inadmissible, without considering the merits of the claim, for the sole reason that the respondent State enjoys sovereign immunity under international law.

---

<sup>2</sup> I will ignore civil claims against foreign State officials such as heads of State or diplomats who can claim personal immunity from jurisdiction, although these suits often also implicate sovereign immunity (see Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol. I/1, 9th ed. 1992, p. 346, 348 – 9; Andrea Bianchi, "Serious Violations of Human Rights and Foreign States' Accountability Before Municipal Courts", in: *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, 2003, p. 149, at 161 *et seq.*).

<sup>3</sup> On the close connection between the two types of proceedings see the separate opinion of Judges Pellonpää and Bratza in the *Al-Adsani* case of the ECHR (note 17), p. 27. See also the European Court of Human Rights, decision of 12 December 2002 in *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany* (No. 59021/00): no right under Art. 6 (1) ECHR to execution proceedings against a foreign State entitled to sovereign immunity under general international law.

<sup>4</sup> Causes of action will primarily be found in national law (either in the *lex loci delicti commissi* or in the *lex fori*, depending on the forum State's conflict of law rules, but rarely in international law (Albrecht Randelzhofer & Oliver Dörr, *Entschädigung für Zwangsarbeit?*, 1994; Christian Tomuschat, "Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law", in: Albrecht Randelzhofer & Christian Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual*, 1999, pp. 1 *et seq.* German Federal Constitutional Court, decision of 13 May 1996 [2 BvL 33/93], BVerfGE 94, 315, 328 *et seq.*; decision of 28 June 2004 [2 BvR 1379/01], para. 38 [<http://www.bundesverfassungsgericht.de>]).

<sup>5</sup> For a survey, *cf.* Bianchi, *op. cit.* (note 2), pp. 164 *et seq.*

## II. CONSENSUS OF SOVEREIGN STATES: ENGINE OF AND LIMIT TO THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW

### 1. STRUCTURE OF MODERN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

It is difficult to remain neutral when faced with our initial problem. It should be a real concern for anybody who recognizes the importance of maintaining the international rule of law that violations of *jus cogens* norms are atoned for and that their victims should not be left out in the cold. Who would instead champion the principle that the immunity defence should be readily available to a rogue State eager to avoid responsibility? Is it not the single most important achievement of the last sixty years in international law that human rights shall trump State sovereignty? And is it not the main characteristic of human rights that they generate actionable individual claims?

But before letting ourselves be carried away we should remember the famous dictum of Justice Oliver Wendell Holmes that hard cases make bad law<sup>6</sup>, because here we are dealing with hard cases. As international lawyers we should therefore resolutely pursue our notion of justice but leave unharmed the current structure of international law – *faute de mieux*. The international legal order of today is still marked not by subordination but by coordination, basing itself on the written or unwritten consensus of sovereign States. It still lacks central legislative, executive and judicial authorities. The consequences of this are obvious in our *jus cogens* – sovereign immunity – State responsibility trilemma.

### 2. LIMITED STATE CONSENSUS ON JUS COGENS AND STATE RESPONSIBILITY

Nowadays the existence of a *corpus* of international *jus cogens* norms is generally accepted. They define an international *ordre public* serving the international community's interest in the inviolability of fundamental legal rules that are indispensable for the maintenance of international peace and justice. State officials who violate these norms usually commit international crimes. While *jus cogens* norms limit the sovereign power of States to shape their international legal relations at will, they do not call into question the

---

<sup>6</sup> *Northern Securities Company v. U.S.*, 193 U.S. 197, 24 S. Ct. 436, 468 *et seq.* (1904) – dissenting opinion.



basic rule of sovereignty that makes the emergence of international legal obligations dependent on State consent. It is a simple truth to state that the existence of the *jus cogens* concept as such, the inclusion of individual legal rules in this *corpus* of norms and the legal consequences deriving there from still depend on the consensus of the international community of sovereign States as a whole<sup>7</sup>.

This continuing dependence on State consensus has two consequences: firstly, only a limited number of international legal rules clearly belong in the *jus cogens* category<sup>8</sup>, and, secondly, it is largely unsettled what legal consequences a *jus cogens* violation will have<sup>9</sup>. However, one can assume that they must have special legal consequences because otherwise the whole concept would not make sense at all. Here the rules on the international responsibility of States, which are still controversial and therefore uncertain<sup>10</sup>, come into play.

### 3. CONTINUING STATE CONSENSUS ON SOVEREIGN IMMUNITY

#### a) *Restrictive Theory of Sovereign Immunity*

According to the restrictive theory of sovereign immunity, which is generally accepted today, a State no longer enjoys immunity from the jurisdiction of other States' courts for commercial acts (*acta jure gestionis*) but only for sovereign acts (*acta jure imperii*), and even then, not without exception. But the exact scope of this basic consensus is unclear as the details of the international law of sovereign immunity are controversial. Therefore,

---

<sup>7</sup> Cf. the definition of *jus cogens* in Art. 53, clause 2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 (UNTS Vol. 1155, p. 331).

<sup>8</sup> The International Law Commission has identified the prohibitions of aggression, genocide, slavery, racial discrimination, crimes against humanity and torture, and the right to self-determination as *jus cogens* norms (Commentary on Art. 26 of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [GAOR, 56th Session, Supplement No. 10: Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session (2001), p. 208]). Cf. also *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, p. 3, §34.

<sup>9</sup> Art. 53 and 64 of the Vienna Convention (note 7) only provide that treaties contravening a *jus cogens* norm shall become void as soon as the conflict emerges. But not all States have ratified this Convention.

<sup>10</sup> The Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts which the ILC adopted in 2001 after more than 20 years of intensive debates are still so contested that the UN General Assembly has refrained from convening an international conference with a view to transforming them into a draft convention (UN General Assembly Resolution 56/83 of 12 December 2001, Annex).

decades of intensive efforts to bring about their codification in the form of a treaty on the universal or regional level have not been very successful. The only pertinent treaty in force, the European Convention on State Immunity<sup>11</sup>, has been ratified by only eight of the 46 member States of the Council of Europe in more than thirty years and can therefore hardly be taken as declaratory of (regional) customary international law. The 1983 Inter-American Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States never entered into force<sup>12</sup>. The Draft Articles on Jurisdictional Immunity of States and their Property which the International Law Commission, after more than 13 years of discussion, presented in 1991 were only adopted by the U.N. General Assembly in 2004 because of remaining objections<sup>13</sup>. Major difficulties also arose during the negotiations on the 1999 draft Hague Convention on Judgments<sup>14</sup>. There is no agreement on the exact definition of *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*<sup>15</sup> nor on the exceptions from State immunity with regard to *acta jure imperii*. One of these exceptions could be the incompatibility of a sovereign act with *jus cogens* but we shall see how dubious this proposition is.

Sovereign immunity may indeed appear as archaic, dating back to the times of absolutism, a relic to be discarded for the sake of an effective implementation of international law and justice<sup>16</sup>. On the other hand, the States which still control the development of international law have grown fond of it. They are not only reluctant to recognize the jurisdiction of international courts, they are even less inclined to submit to the jurisdiction of other States' courts out of fear that the latter could be prejudiced, especially in cases in which the claimant is a national of the forum State.

---

<sup>11</sup> Of 16 May 1972 (CETS No. 74).

<sup>12</sup> Reprinted in: Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam, *State Immunity*, 2004, pp. 201 *et seq.*

<sup>13</sup> *Yearbook of the ILC*, 43rd session (1991), Vol. II, Part 2, pp. 13 *et seq.*, reprinted in: Dickinson/Lindsay/Loonam, *op. cit.* (note 12), pp. 81 *et seq.* See note 42.

<sup>14</sup> See Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford 2002, p. 545.

<sup>15</sup> It is still controversial whether the distinction should only take into account the nature or also the purpose of a state act.

<sup>16</sup> See Jennings & Watts, *op. cit.* (note 2), p. 342. See also Fox, *op. cit.* (note 14), p. 545.

b) *Sovereign Immunity as a Consequence of Sovereign Equality*

The principle of sovereign immunity promotes comity and good relations between States through respect for another State's sovereignty<sup>17</sup>. It was developed out of the principle of sovereign equality according to which no State is subject to the jurisdiction of the courts of other States without its consent<sup>18</sup>. It draws additional support from conceptions of the independence and dignity of States<sup>19</sup>. According to the principle of sovereign immunity the implementation of *jus cogens* cannot be privatised by way of liability claims in foreign civil courts which would in effect only constitute *ex post facto* and indirect means of implementation. This privatisation would not only disrupt international relations but also create a judicial chaos of overlapping and contradictory claims to jurisdiction undermining the international rule of law<sup>20</sup>. Respondent States will usually not participate in foreign court proceedings, thereby making it almost impossible for a court to ascertain the factual, and evaluate the legal, situation properly. In addition, claimants will rarely, if at all, be able to execute a judgment in their favour. Only powerful States can afford to make a "vicarious" administration of civil justice available to victims of *jus cogens* violations by weaker States. This raises the question of whether a *jus cogens* exception to sovereign immunity really serves the international rule of law or only the interests of powerful States<sup>21</sup>. Finally, a comprehensive diplomatic solution which does justice to all the victims would become more complicated if individual victims were able to

---

<sup>17</sup> European Court of Human Rights, judgment of 21 November 2001, *Al-Adsani v. U.K.* (No. 35763/97), § 54.

<sup>18</sup> Cf. Art. 2 (1) of the UN Charter.

<sup>19</sup> Helmut Steinberger, "State Immunity", in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, 2000, p. 615, at 619 – 620. But see Jennings & Watts, *op. cit.* (note 2), pp. 341 *et seq.*

<sup>20</sup> Separate opinion of Judge Guillaume in the *Case Concerning the Arrest Warrant* of 11 April 2000 of the ICJ, *ILM* 41 (2002), p. 536, at 558 *et seq.* (§15).

<sup>21</sup> Separate opinion of Judge Guillaume (note 20). But see *ibid.* the separate opinion of Judges Higgins *et al.* See also the *Corfu Channel* case (Merits), ICJ Reports 1949, p. 4 (para. 35). My scepticism is increased by the fate of the 1993 Belgian Law Relative to the Repression of Serious Violations of the International Conventions of Geneva of August 12, 1949, and of Protocols I and II of June 8, 1977 which gave Belgian courts universal criminal jurisdiction with regard to violations of the humanitarian laws of war, only to be later curtailed twice in view of international political pressure, in particular from the United States (*AJIL* 97 [2003], 984 *et seq.*; Steven R. Ratner, "Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem", *AJIL* 97 [2003], 888 *et seq.*).

sue for high amounts of damages. At the very least gross *jus cogens* violations such as genocide and crimes against humanity cannot properly be dealt with by civil courts deciding individual cases<sup>22</sup>.

### III. INTERNATIONAL LEGAL RULES, THEIR EXCEPTIONS, AND THE BURDEN OF PROOF

#### 1. TERRITORIALITY PRINCIPLE, STATE IMMUNITY AND JUS COGENS: RULE, EXCEPTION AND COUNTER-EXCEPTION

Sovereignty is, however, not limited to State immunity but also includes an opposing principle: the territoriality principle. Pursuant to the latter, each State may, as a general rule, exercise jurisdiction to adjudicate on all claims filed in its courts even though they concern extraterritorial events, with certain limits being imposed by international law. According to the *Lotus* decision of the Permanent Court of International Justice, a State does not need to rely on a permissive rule of international law to exercise extraterritorial jurisdiction “under international law as it stands at present” (1927), but is only subject to certain prohibitive rules<sup>23</sup>. This decision is regarded as the “high water mark of *laissez-faire* in international relations”<sup>24</sup>, and it is doubtful whether today the relationship between a State’s unregulated freedom of extraterritorial jurisdiction and the latter’s international legal limits is still to be determined in the same way<sup>25</sup>. This question will not be pursued any further here but it will be assumed in all cases discussed in the following parts of this chapter that the forum State has jurisdiction to adjudicate in conformity with international law. Sometimes there are indeed grave doubts in this respect, especially concerning the “exorbitant” venues under U.S. law. It is, *e.g.*, an open question whether current international law recognizes a civil counterpart to the universal criminal jurisdiction with regard to international crimes.

---

<sup>22</sup> Christian Tomuschat, “L’immunité des états en cas de violations graves des droits de l’homme”, *RGDIP* 109 (2005), p. 51 at 70.

<sup>23</sup> PCIJ Reports, Series A, No. 10.

<sup>24</sup> Separate opinion of Judge Higgins *et al.* in the *Arrest Warrant* case (note 20), §51.

<sup>25</sup> This is denied, *e.g.*, by Judge Guillaume, in his separate opinion in the *Arrest Warrant* case (note 20), para. 15.

Only when the forum State's jurisdiction to adjudicate the facts presented to its courts is established does the question arise whether its exercise is precluded by the sovereign immunity of the respondent State<sup>26</sup>. In these cases, there is a conflict between two types of sovereignty, on the one hand the sovereignty of the forum State (territoriality principle as the rule), and on the other hand the sovereignty of the respondent State (immunity principle as the exception). Traditionally, international law has given precedence to the sovereignty of the respondent State unless one of the few counter-exceptions to the sovereign immunity exception applies.

## 2. *BURDEN OF PROOF WITH REGARD TO THE EXISTENCE OF RULES OF INTERNATIONAL LAW*

In such a situation, one could think of employing a triple burden of proof mechanism to resolve doubts as to the existence of the applicable rules of international law: the forum State would bear the burden of proof with regard to its claim of jurisdiction to adjudicate, the respondent State would then bear the burden of proof with regard to its claim of sovereign immunity while the forum State would again bear the burden of proof with regard to its claim that in the particular case an exception to sovereign immunity applies.

This burden of proof approach with its rather artificial dissection of a coherent legal issue, however, rests implicitly on two uncertain premises so that it ultimately appears to be a *petitio principii*. The first premise, of assuming a sovereign immunity exception to the general rule that the forum State has comprehensive jurisdiction within its territory, is already open to challenge. One could just as well presuppose as the actual rule that the forum State's jurisdiction is *a priori* limited by the respondent State's immunity, in view of the fact that both jurisdiction and immunity are instances of sovereignty<sup>27</sup>. This redefinition of the rule would shift the burden of proof to the forum State which would have to show that its limited jurisdiction extends to the actual claim filed in one of its courts against the respondent State. The same applies to the second premise, of assuming the comprehen-

---

<sup>26</sup> On this logical sequence, *cf.* the *Arrest Warrant* case of the ICJ (note 20), paras. 45 *et seq.*; *ibid.*, separate opinion of Judge Higgins *et al.*, paras. 3 *et seq.* (concerning the relationship between the jurisdiction of the Belgian criminal courts and the personal immunity enjoyed by the acting Congolese foreign minister).

<sup>27</sup> *Cf.* Steinberger, *loc. cit.* (note 19), 619 *et seq.*

sive immunity of the respondent State with certain exceptions<sup>28</sup>, because the rule could just as well be an *a priori* limited immunity for whose scope the respondent State alone would bear the burden of proof.

Irrespective of these theoretical misgivings with regard to the burden of proof approach the majority of the judges of the International Court of Justice used it in the *Arrest Warrant (Yerodia)* case. When presented with the question of whether the principle that foreign ministers enjoy personal immunity from the criminal jurisdiction of foreign courts during their term of office extended to charges of war crimes or crimes against humanity, the majority scrutinized State practice as to whether it warranted the conclusion that an exception with respect to these kinds of crimes was recognized. After their examination had produced a negative result the majority held that the foreign prosecution was incompatible with international law because it violated the traditional basic rule of personal immunity<sup>29</sup>.

As the rules of universal customary international law, including peremptory norms, are developed only gradually by a general practice of the international community of States accepted as law<sup>30</sup>, international courts will time and again be faced with a situation in which the existence of a specific legal rule is not yet supported by State practice<sup>31</sup>. In such a case, the courts will fall back on a more general legal rule, using the burden of proof approach as a pragmatic expedient: a State invoking a special rule of customary international law which deviates from the well-established general rule will have to prove a pertinent universal practice accepted as law, otherwise the general rule will apply. The same holds true with regard to *jus cogens* norms.

---

<sup>28</sup> However, the (draft) treaties as well as the existing national laws on sovereign immunity rest on this premise: *cf., e.g.*, Art. 5 of the ILC Articles (note 13); 28 U.S.C. §1605 (FSIA).

<sup>29</sup> *Loc. cit.* (note 20), §§ 56 *et seq.* As was already decided in the *Asylum* case (ICJ Reports 1950, p. 266 at 276: “The Party which relies on a custom ... must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party.”

<sup>30</sup> Art. 38 (1) (b) of the ICJ Statute.

<sup>31</sup> If the State practice is substantial but not yet “extensive and virtually uniform”, the decision of a renowned international court can mean a breakthrough for a new rule of customary international law. But a court will only venture forward if it has good reasons for assuming that subsequent State practice will follow suit and not repudiate its decision. If an international court having only regional jurisdiction hands down a “progressive” decision on a disputed question of customary international law, this can cause regional and universal customary international law to develop in different directions (see, on the one hand, the separate opinion of judges Pellonpää and Bratza, on the other hand, the dissenting opinion of judge Ferrari Bravo in the *Al-Adsani* case of the ECHR [note 17]).

By employing the burden of proof expedient, international courts try to avoid the *lacuna* problem in international law<sup>32</sup>, for the existence of a legal vacuum would jeopardize the international rule of law. This is why the existence of *lacunae* in international law has neither been recognized in the practice of States nor of international courts and arbitral tribunals. International courts and tribunals have not even accepted a *non liquet* with regard to the existence of rules of international law<sup>33</sup>. As a matter of fact, the usual provisions on the president's casting vote are meant to be a precaution against this<sup>34</sup>. Each State action is therefore either compatible or incompatible with international law – *tertium non datur*<sup>35</sup>. In essence, this means that today States are still free to engage in any activity which is not prohibited by a provable rule of international law<sup>36</sup>.

#### IV. MEETING THE BURDEN OF PROOF: PRIMARY AND SECONDARY SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

The primary question is whether a *specific rule* of customary international law can be proven according to which a State, having violated a *ius cogens* norm and being sued thereon by the victims in the national courts of another State, shall no longer enjoy sovereign immunity. Only after this primary question has been answered negatively, will the secondary question arise, namely, what conclusions as to our initial problem can be drawn from the more general rules of international law.

---

<sup>32</sup> See generally Ulrich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht*, 1991.

<sup>33</sup> The ICJ's advisory opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons of 8 July 1996 is not based on a *non liquet*. It only says that the absolute unlawfulness of the threat or use of nuclear weapons cannot be determined *in abstracto* but not that a determination of their lawfulness or unlawfulness cannot be made on the basis of the actual facts of each individual case.

<sup>34</sup> Art. 55 (2) of the ICJ Statute; Rule 23 (1) of the Rules of Court of the ECHR, adopted on 13 December 2004.

<sup>35</sup> Jost Delbrück, in: Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, Vol. I/1, 2nd ed. Berlin & New York 1989, pp. 79 *et seq.* But see Wolff Heintschel von Heinegg, in: Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5th ed. München 2004, pp. 246 *et seq.*

<sup>36</sup> As was already decided in the *Lotus* case of the Permanent Court of International Justice (note 23).

1. STATE PRACTICE AS THE PRIMARY SOURCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

a) *Treaties in Force*

State practice with regard to a specific *jus cogens* exception to sovereign immunity is virtually non-existent. The only pertinent multilateral treaty that has ever entered into force, the European Convention on State Immunity of 16 May 1972<sup>37</sup>, does not include any reference to *jus cogens*, nor does the accompanying Explanatory Report. This comes as no surprise since our initial problem did not enter anyone's mind before the early 1990s.

b) *Draft Treaties*

There are two official drafts of treaties on sovereign immunity, namely the Inter-American Draft Convention on Jurisdictional Immunity which was approved by the Inter-American Juridical Committee on 21 January 1983<sup>38</sup>, and the Draft Articles on Jurisdictional Immunity of States and Their Property that was adopted by the International Law Commission and submitted to the UN General Assembly in 1991<sup>39</sup>. As both drafts have not entered into force despite a considerable number of years having passed since their adoption, they do not establish present State practice and can only be taken as an indication of the direction in which State practice might develop in the future. Having said that, none of the drafts mention any *jus cogens* exception to State immunity.

In 1999, a Working Group on Jurisdictional Immunity of States and Their Property was established by the International Law Commission. Under the chairmanship of Gerhard Hafner it was entrusted with the task of preparing preliminary comments having regard to outstanding substantive issues related to the aforementioned ILC Draft Articles, in view of the informal consultations with UN member States and taking into account the recent developments of State practice. The working group brought up the *jus cogens* issue of their own accord, referring to a new development in the judicial and legislative practice of some States, especially the US and Britain. The latter concerned the denial of jurisdictional immunity in cases of death or personal injury in violation of human rights norms with the character of *jus cogens*. While these developments were not specifically dealt with in the

---

<sup>37</sup> Note 11.

<sup>38</sup> Note 12.

<sup>39</sup> Note 13.



Draft Articles, they should not be ignored by the UN General Assembly's Sixth (Legal) Committee<sup>40</sup>. But the issue was not taken up by the UN General Assembly or its Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property<sup>41</sup>, the obvious reason being that the already controversial ILC Draft Articles should not be burdened with a further point of controversy. Consequently, the General Assembly adopted the ILC draft as the "United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property" without adding a *jus cogens* exception<sup>42</sup>. It is soon to be opened for signature by the UN Secretary-General.

From a different perspective, the ILC Articles on State Responsibility<sup>43</sup> also touch on our issue, since the loss of jurisdictional immunity is intended to be a sanction for the violation of a *jus cogens* norm, amounting to a particular kind of State responsibility for an especially serious breach of international law. But Part Two of the ILC Articles, defining the legal consequences of internationally wrongful acts, does not include the loss of jurisdictional immunity<sup>44</sup>.

*c) National Legislation: "State Sponsor of Terrorism" Exception in the US*

Beginning in the second half of the 1970s, a number of States, primarily common law States, have enacted specific legislation laying down detailed rules for their courts in which cases to grant and in which cases to deny im-

---

<sup>40</sup> Report of the Working Group on Jurisdictional Immunity of States and Their Property, 51st session of the International Law Commission (U.N. Doc. A/CN.4/L.576 [ILC Report, A/54/10, 1999, annex]), para. 9 and Appendix.

<sup>41</sup> Report of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (4 – 15 February 2002) (GAOR 57<sup>th</sup> Sess., Supplement No. 22 [A/57/22]); Report of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (24 – 28 February 2003) (GAOR 58<sup>th</sup> Sess., Supplement No. 22 [A/58/22]); Report of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (1 – 5 March 2004) (GAOR 59<sup>th</sup> Sess., Supplement No. 22 [A/59/22]).

<sup>42</sup> Resolution 59/38 of 2 December 2004, Annex. See Tomuschat (note 22), at 56. David P. Stewart, "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", *AJIL* 99 (2005), 194 at 205-6.

<sup>43</sup> Note 10.

<sup>44</sup> Art. 33 (2) is too vague, and the pertinent part of the ILC's Commentary does not mention our *jus cogens* issue (ILC Report 2001, 234 *et seq.*).

munity to foreign States<sup>45</sup>. None of these statutes includes any reference to our *jus cogens* issue, except for one: in 1996, the US legislature amended the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) of 1976, adding a pertinent antiterrorism exception to the exhaustive list of exceptions from sovereign immunity<sup>46</sup>. According to this new exception, a foreign State shall not be immune from the jurisdiction of US courts in any case in which monetary damages are sought against it for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources for such an act if such act or provision of material support is engaged in by an official, employee, or agent of such foreign State while acting within the scope of his or her office, employment or agency.

But this exception only applies on the following three restrictive conditions: the respondent State must have been included in the list of State sponsors of terrorism issued by the US Secretary of State; either the claimant or the victim must have been a US national when the act occurred; if the act occurred in the foreign State against which the claim has been brought the claimant must have afforded the respondent State a reasonable opportunity to arbitrate the claim. This provision, on the one hand, does not cover all *jus cogens* violations and, on the other hand, potentially extends to other internationally wrongful acts<sup>47</sup>. But it still covers at least important aspects of our initial problem.

One can assume that the US considers the new antiterrorism exception as compatible with international law (*opinio juris*), although there are no indications that any particular attention was paid to international law during the legislative process which led to its enactment. It is hardly surprising that

---

<sup>45</sup> US, United Kingdom, Australia, Canada, South Africa and Singapore. Among the civil law States, only Argentina has enacted such a statute (Dickinson/Lindsay/Loonam, *op. cit.* [note 12]).

<sup>46</sup> § 221 of the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (Pub. L. No. 104-332, 110 Stat. 1214, 1241), codified as 28 U.S.C. § 1605 (a) (7), reprinted in: Dickinson/Lindsay/Loonam, *op. cit.* (note 12), p. 270 *et seq.* The Torture Victim Protection Act of 1992 (28 U.S.C. § 1350 note) had already introduced an action for damages against *individuals* for torture and extrajudicial killings. Sovereign immunity comes into play indirectly, though, if the individual defendants are sued in their capacity as agents of foreign States. Then, these States will usually disavow the atrocious actions of the defendants, being disinclined to admit that they engage in torture or murder as a matter of official State policy.

<sup>47</sup> It is doubtful whether, e.g., "aircraft sabotage" always amounts to a violation of *jus cogens*.

the provision has not provoked widespread protests from the international community either – which State would want to advocate the international legal rights of “State sponsors of terrorism”? Only the States against which the new exception has so far been used – Cuba, Iran, and Libya – have invariably considered it as incompatible with international law and therefore refused to be represented in the proceedings brought or to adhere to the court decisions handed down against them<sup>48</sup>. But as no other State has followed the dubious US advance there is no “extensive and virtually uniform” State practice in the sense of the rule invoked<sup>49</sup>, which would be necessary to identify the antiterrorism exception as a part of contemporary customary international law.

In the final analysis, State practice is insufficient to support the existence of a specific *jus cogens* exception to the jurisdictional immunity of States although this only proves that States do not recognize an *obligation* to make such an exception, and not necessarily that they do not consider themselves entitled to do so. Perhaps they just refrain from exercising a freedom for political reasons which, according to their *opinio juris*, international law leaves them<sup>50</sup>. But there is at least no positive indication in State practice as to such an *opinio juris* so that, ultimately, the burden of proof with regard to the existence of a specific *jus cogens* exception to the jurisdictional immunity of States cannot be met.

## 2. SECONDARY SOURCES OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

### a) State Consensus as a Limit to Lawyerly Construction of International Legal Rules

This negative answer to our primary question brings us to our secondary question – what conclusions with regard to a *jus cogens* exception to State immunity can be drawn from the more general rules of customary international law? But in our attempts to derive a particular legal rule for a specific problem from the more general and abstract legal rules we interna-

---

<sup>48</sup> For a survey, cf. Sean D. Murphy, *United States Practice in International Law 1999 – 2001*, 2002, pp. 70 *et seq.*; *id.*, “2002 Victims of Terrorism Law”, *AJIL* 97 (2003), 187 *et seq.*; *id.*, “Terrorist-State Litigation in 2002-03”, *AJIL* 97 (2003), 966 *et seq.*

<sup>49</sup> *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports 1969, p. 3, para. 74. In the *Asylum* case the ICJ had spoken of “a constant and uniform usage” (ICJ Reports 1950, p. 266, at 276).

<sup>50</sup> See in this sense the separate opinion of Judges Higgins *et al.* in the *Arrest Warrant* case (note 20) (with regard to universal criminal jurisdiction of States).

tional lawyers may not freely draw upon the argumentative techniques adopted in national legal systems, such as analogies, arguments *a fortiori* etc. The result of our argumentative operations must not go beyond the limits of State consensus; we must always ask ourselves whether our legal construction is still supported by universal *opinio juris*<sup>51</sup>: can we reasonably assume that the international community of States as a whole will agree to the specific legal rule we are postulating<sup>52</sup>? Otherwise, our nicely constructed rule will be disavowed by those who are still the masters of international legal development and we will have done a disservice to international law as an effective body of rules.

The treaties, draft treaties and national statutes mentioned in the preceding paragraph, which represent the primary indications of State practice in support of a perceived rule of customary international law, do not sufficiently indicate a sense of legal obligation of the international community as a whole with regard to a *jus cogens* exception to State immunity. We are therefore thrown back upon the two subsidiary means for the determination of the pertinent rules of law: decisions of international and national courts and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations whose pronouncements, however, have the status of persuasive and not binding authority<sup>53</sup>.

*b) Decisions of International and National Courts*

(1) International Court of Justice and European Court of Human Rights

The decision of the International Court of Justice on the legality of the Belgian arrest warrant issued against the incumbent Congolese foreign minister for crimes against humanity is not directly relevant as it affirmed the personal immunity of high State officials vis-à-vis measures of criminal prosecution taken by another State<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> The notion of regional customary international law is not considered in this chapter.

<sup>52</sup> In general, States do not stand behind a “veil of ignorance” in the sense of John Rawls when they participate in the international lawmaking process. Instead, they are keenly aware of the consequences in relation to their own interests which a certain legal rule might have. The ICJ took this into account when it held that for the purpose of finding a rule of customary international law, the practice of States whose interests are specially affected is of particular importance (*North Sea Continental Shelf* cases [note 49], para. 74).

<sup>53</sup> Art. 38 (1) (d) of the ICJ Statute.

<sup>54</sup> *Arrest Warrant* case (note 20).

The only international court which has so far dealt with our specific *jus cogens* problem is the Grand Chamber of the European Court of Human Rights<sup>55</sup>. The question posed to this Court was whether Al-Adsani's right of access to a court under Art. 6 (1) of the ECHR with regard to his damage claim against Kuwait, whose officials had allegedly tortured the applicant, had been violated by the English courts' granting of immunity to the respondent State. A bare 9:8 majority of the Grand Chamber denied this question, emphasizing that the right of access to a court was not absolute but might be subject to limitations. Art. 6 (1) of the ECHR "should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity"<sup>56</sup>. Although the prohibition on torture had achieved the status of international *jus cogens* the majority was unable to discern any firm basis in current State practice for concluding that a State no longer enjoyed immunity from civil claims in the courts of another State where acts of torture were alleged<sup>57</sup>. However, the main dissenting opinion, supported by six judges, discovered a conflict between the higher-ranking prohibition on torture, as part of *jus cogens*, and the lower-ranking rule on State immunity and concluded that therefore the latter rule was superseded<sup>58</sup>.

(2) National Courts: The Greek Areopag and the Italian Court of Cassation Breaking Ranks

(a) Pertinent decisions handed down by national courts must be read with a certain amount of caution as they do often not directly apply the rules of international law but national legal rules on the immunity of foreign States. It is altogether possible that national provisions grant foreign States a higher amount of immunity than would be warranted under international law and that such "surplus" immunity is not based on a sense of legal obligation (*opinio juris*) but on considerations of international comity. It is also possible that national laws restrict the immunity of foreign States beyond what international law permits but they will in general have to be interpreted in conformity with the relevant international legal standards.

---

<sup>55</sup> *Al-Adsani* case (note 17). Followed by the First Section of the ECHR in its admissibility decision of 12 December 2002, *Kalogeropoulou v. Greece and Germany* (note 3).

<sup>56</sup> *Loc. cit.* (note 17), § 55.

<sup>57</sup> *Loc. cit.* (note 17), § 61.

<sup>58</sup> Joint dissenting opinion of judges Rozakis and Caflisch, joined by judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić. On their argument see *infra* c) (2) (b).

(b) There are by now numerous US federal court decisions on damages claims filed by US nationals who had become victims of terrorist attacks against States included in the State Department's list of sponsors of terrorism. In these cases, the respondent States were denied immunity pursuant to the antiterrorism exception in the FSIA without paying any attention to international law<sup>59</sup>. In claims that were filed outside the scope of this exception US courts have, however, rejected all petitions that respondent States be denied immunity because of their alleged violations of *jus cogens*<sup>60</sup>. For the German Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) the non-existence of a *jus cogens* exception to State immunity in contemporary international law was so obvious that no reference to the Federal Constitutional Court pursuant to Art. 100 (2) of the German Basic Law was required<sup>61</sup>. This case concerned damages claims based on the Distomo village massacre<sup>62</sup>.

(c) In the famous Pinochet case, the British House of Lords denied immunity to a former Chilean head of State with respect to his criminal prosecution in Spain for torture offences in Chile<sup>63</sup>. This put state immunity (immunity *ratione materiae*) at stake as it is the only form of immunity protecting a former head of State who no longer enjoys personal immunity (immunity *ratione personae*) which an officeholder enjoys<sup>64</sup>. But the decision was based on the International Convention Against Torture<sup>65</sup> and denied immunity to Pinochet only for the time after the entry into force of the Convention in Chile. Arts. 5 and 7 of the Convention oblige the States parties to es-

---

<sup>59</sup> Note 48.

<sup>60</sup> *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993) – torture; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (CA9 1992), cert. denied, 507 U.S. 1017 (1993) – torture; *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (DCC 1994) – Holocaust; *Hwang Geum Joo v. Japan*, 332 F.3d 679 (CADDC 2003), cert. denied, 124 S. Ct. 1835 (2004) – sexual slavery and torture.

<sup>61</sup> *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 3488 *et seq.* Art. 100 (2) of the Basic Law provides as follows: “Where in the course of litigation doubt exists whether a rule of international law is an integral part of federal law ... the court shall seek a ruling from the Federal Constitutional Court.”

<sup>62</sup> On the pertinent judgment of the Greek *Areopag*, see *infra* (d).

<sup>63</sup> *Regina v. Bartle and the Commissioner for the Metropolis et al. Ex Parte Pinochet*, judgment of 24 March 1999, *ILM* 38 (1999), 581 *et seq.*

<sup>64</sup> See the speech by Lord Millet, *loc. cit.* (note 63), 644 *et seq.*

<sup>65</sup> International Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984, *ILM* 23 (1984), 1027; *ILM* 24 (1985), 535.

establish their jurisdiction over all acts of torture worldwide (universal jurisdiction) and to exercise it over all suspects who are present in their territory unless these suspects are extradited to another State which is closer to the crime and therefore more interested in prosecuting its perpetrators. It could therefore be argued that Chile was treaty-bound to recognize the jurisdiction of the other States parties over offences of torture committed in Chile by Chilean public officials without being able to invoke sovereign immunity<sup>66</sup>. In this perspective, the decision does not deal at all with State immunity under customary international law.

Apart from this, it does not warrant the conclusion that according to the Convention, States responsible for acts of torture no longer enjoy sovereign immunity from the jurisdiction of foreign courts *in civil claims* filed by torture victims<sup>67</sup>. Pursuant to Art. 14 of the Convention, the parties shall ensure in their legal systems that torture victims obtain redress and have an enforceable right to fair and adequate compensation. But they are not obliged to go any further than dealing with acts of torture which have occurred within their own borders and establish universal civil jurisdiction over all acts of torture committed anywhere in the world<sup>68</sup>. If Art. 14 of the Convention had been intended to create an exception to the principle of State immunity it should have stated this more clearly. The clarification that Art. 14 of the Convention extends to acts of torture committed abroad would all the more have been called for in view of Art. 2 (1) of the Convention obliging a State party to take effective measures to prevent acts of torture *in any territory under its jurisdiction*<sup>69</sup>.

(d) There is little judicial practice supporting a *jus cogens* exception from State immunity. There are only two reported decisions of national supreme courts which have denied State immunity for sovereign acts taken in

---

<sup>66</sup> See the express argument to this effect in the speeches of Lord Browne-Wilkinson (*loc. cit.* [note 63], at 595) and Lord Saville of Newdigate (*loc. cit.* [note 63], at 643). But see the speech by Lord Goff of Chieveley (*loc. cit.* [note 63], at 601 *et seq.*).

<sup>67</sup> Cf. the speeches of Lord Millet (*loc. cit.* [note 63], at 651) and Lord Phillips of Mavtravers (*loc. cit.* [note 63], at 653 *et seq.*)

<sup>68</sup> See Christian J. Tams, "Schwierigkeiten mit dem Ius Cogens", *Archiv des Völkerrechts* 40 (2002), 331 at 348. But see Wolfram Cremer, "Entschädigungsklagen wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen und Staatenimmunität vor nationaler Zivilgerichtsbarkeit", *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), 137 at 143; Oliver Dörr, "Staatliche Immunität auf dem Rückzug?", *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), 201 at 216.

<sup>69</sup> Emphasis added.

violation of international *jus cogens*, the first one handed down by the Greek Supreme Court (*Areopag*) in 2000, the second one by the Italian Court of Cassation in 2004. Both cases affected Germany, dealing with violations of the humanitarian laws of war during World War II. The *Areopag* was faced with a civil claim for damages based on atrocities against the civilian population which a German SS unit had committed in 1944 during the German occupation of Greece (the Distomo village massacre)<sup>70</sup>. It based itself essentially on three grounds for denying Germany immunity. Firstly, as the outrages constituted violations of *jus cogens* they could not be qualified as sovereign acts (*acta jure imperii*). Moreover, Germany had implicitly waived its immunity. And finally, according to the so-called foreign tort exception, which was part of customary international law, Germany could not claim immunity for torts which its agents had committed in the territory of Greece as the forum State. We will return later to the question of whether these grounds are really persuasive<sup>71</sup>.

The precedential value of this *Areopag* decision as a subsidiary means for the determination of the rules of customary international law is considerably impaired by the vigorous dissent of five judges. Furthermore, the consent of the Greek minister of justice, required for the execution of the decision, was refused, and this refusal was upheld by the Greek courts and the European Court of Human Rights<sup>72</sup>. And finally, the *Areopag* decision was rendered at least partially obsolete by a decision to the contrary of 17 September 2002 in a parallel case that was handed down by the Greek Supreme Special Court which has the competence to resolve differences between the various branches of the Greek judiciary. The Supreme Special Court focused on the fact that the *jus cogens* violations had been committed by members of Germany's armed forces during the course of military operations<sup>73</sup>.

The Italian Court of Cassation<sup>74</sup> denied Germany immunity in a civil claim for damages filed by an Italian civilian who had been deported from

---

<sup>70</sup> The *Areopag* decision is reported by Maria Gavouneli & Ilias Bantekas, *AJIL* 95 (2001), 198 *et seq.*

<sup>71</sup> See *infra* c) (2) (b).

<sup>72</sup> See the *Kalogeropoulou* case (note 3).

<sup>73</sup> Cf. Dörr, *loc. cit.* (note 68), at 209.

<sup>74</sup> Suprema Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 11 marzo 2004 n. 5044, in: *Altalex*. Quotidiano di informazione giuridica - n. 827 of 18 October 2004 (<http://www.altalex.com/index.php?idstr=&&idnot=7471> [last visited 9 April 2005]) - in



Italy to a Nazi forced labour camp in Germany during World War II and later unsuccessfully tried to obtain compensation in the German courts<sup>75</sup>. The Court of Cassation held that there was an exception to State immunity in cases of international crimes which largely overlapped with *jus cogens* violations. Basing its decision on the main dissenting opinion in the *Al-Adsani* case of the European Court of Human Rights, the Court would give those international rules, which were eminently important for the international community as a whole, precedence over the everyday rules on State immunity. But it forgot to mention that the immunity rules are emanations of the sovereign equality of States which also is a fundamental principle of international law. The court then invoked the foreign tort exception which it, like the *Areopag*, considered as a rule of customary international law. Finally, the Court referred to the generally accepted principle that State agents who are prosecuted for international crimes in national courts do not enjoy functional immunity. Leaving aside the question of whether this principle needs to be qualified, it does not warrant the conclusion that States sued as such no longer enjoy sovereign immunity in civil claims for damages arising out of international crimes, as there is certainly no consensus to this effect yet.

In summary, the few available decisions of national courts do not (yet) support a *jus cogens* exception to the principle of State immunity.

c) *Teachings of International Lawyers*

(1) Institut de Droit International and International Law Association

Two prominent associations of international law teachers, the Institut de Droit International and the International Law Association, have issued documents dealing with State immunity. But neither the Institute's 1991 Resolution<sup>76</sup> nor ILA's 1994 Draft Articles<sup>77</sup> make any mention of a *jus cogens* exception.

---

Italian. The decision is reported by Andrea Bianchi, *AJIL* 99 (2005), 242 *et seq.* Pasquale De Sena & Francesca De Vittor, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", *EJIL* 16 (2005), 89 *et seq.*

<sup>75</sup> German Federal Constitutional Court, decision of 28 June 2004 (2 BvR 1379/01) – <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen> (last visited 9 April 2005) – in German.

<sup>76</sup> Resolution of L'Institut de Droit International on Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement (Basle, 2 September 1991), reprinted in: Dickinson/Lindsay/Loonam, *op. cit.* (note 12), at 206 *et seq.*

## (2) Opinion Currents in Legal Literature

(a) Since the early 1990s, there have been numerous attempts in international legal literature to prove the existence of a more or less far-reaching exception from the principle of State immunity in cases of *jus cogens* violations. A great variety of more or less plausible argumentative techniques has been employed in support of these attempts<sup>78</sup>. Many techniques are geared towards the legal situation in the United States where courts have jurisdiction over a foreign State only pursuant to the FSIA. Under this Act, a foreign State is presumptively immune from the jurisdiction of United States courts, unless at least one of the exceptions which are exhaustively specified in the Act applies<sup>79</sup>. Against this background, there is a natural tendency to extend these exceptions, which may easily lead to an overextension.

In this paper I can only mention some particularly interesting proposals to solve our initial problem. Two different approaches can be distinguished: the first group of proposals tries to limit the scope of the principle of State immunity *a priori*, in the sense that a *jus cogens* violation by a State precludes its claim to immunity from the outset (recalibration of the conditions for State immunity)<sup>80</sup>. Proposals in the second group assume that a *jus cogens* violation leaves a perpetrator State's immunity as such untouched but entitles the forum State to disregard it, at least on certain conditions (permissible interferences with State immunity)<sup>81</sup>. In the terms of the International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts<sup>82</sup>, the second group of proposals uses the *jus cogens* violation as a circumstance precluding the wrongfulness of the forum State's courts' disregarding the respondent State's immunity.

---

<sup>77</sup> International Law Association Revised Draft Articles for a Convention on State Immunity (Buenos Aires, 14 – 20 August 1994), reprinted in: Dickinson/Lindsay/Loonam, *op. cit.* (note 12), at 194 *et seq.* See also ILA, International Committee on State Immunity, Final Report, in: The International Law Association, Report of the 66<sup>th</sup> Conference (1994), p. 452 at 466 *et seq.* on which the Revised Draft Articles are based and where several *jus cogens* cases are discussed.

<sup>78</sup> Andrea Bianchi, "L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international", *RGDIP* 108 (2004), 63 *et seq.*

<sup>79</sup> *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349, 355 (1993) with further references.

<sup>80</sup> See *infra* (b).

<sup>81</sup> See *infra* (c).

<sup>82</sup> *Loc. cit.* (note 10).

(b) The conditions of State immunity are recalibrated firstly by those who deny the sovereign (*jure imperii*) character of *jus cogens* violations and therefore refuse to grant a perpetrator State immunity<sup>83</sup>. It is indeed reasonable to consider *jus cogens* violations as an abuse of sovereign power but such an abuse does not in itself transform sovereign acts into *acta jure gestionis*<sup>84</sup>. Nor does it help to suggest a third category of acts (*acta tertii generis*) for which States can claim no immunity because they are not *acta jure imperii*, as this suggestion reverses the relationship between the rule and the exception embodied in contemporary international law: State immunity extends to all acts the *jure gestionis* character of which cannot be proven, and not only to those acts the *jure imperii* character of which can be proven<sup>85</sup>. With regard to torture, the practically most important case, the denial of the *jure imperii* character generates a contradiction as torture is *per definitionem* a sovereign act<sup>86</sup>.

Other proposals are based on the notion that the international legal order must be kept free of contradictions. It therefore cannot be assumed that international law grants immunity for violations of its own norms, in particular of its peremptory norms<sup>87</sup>. The plausibility of this approach is greatly diminished by the fact that it has no basis in State practice. Furthermore, the alleged contradiction does not really exist. For, the prohibition of *jus cogens*

---

<sup>83</sup> Alexander Orakhelashvili, "State Immunity and International Public Order", GYIL 45 (2002), p. 227 at 236 *et seq.* This approach was, *e.g.*, adopted by the Areopag (note 70). But see Lee M. Caplan, "State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *AJIL* 97 (2003), 741 at 775. See also the speech of Lord Browne-Wilkinson in the *Pinochet* case (note 63), at 594. According to Rosalyn Higgins, *acta jure imperii* are only acts which States alone have the capacity to take, such as expropriations but not torture (The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: the United Kingdom, in: Benedetto Conforti & Francesco Francioni [eds.], *Enforcing International Human Rights Before Domestic Courts*, 1997, p. 37 at 53).

<sup>84</sup> Cf. *Saudi Arabia v. Nelson* (note 79). See also Art. 7 of the ILC Articles on State Responsibility (note 10): even if an organ of a State exceeds its authority, its acts will still be considered an act of the State under international law.

<sup>85</sup> Bianchi, *op. cit.* (note 2), at 176.

<sup>86</sup> Dörr, *loc. cit.* (note 68), at 214. Cf. Art. 1 (1) of the Convention Against Torture (note 65): "... 'torture' means any act by which severe pain or suffering ... is intentionally inflicted on a person ..., when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity."

<sup>87</sup> Fox, *op. cit.* (note 14), p. 528; Bianchi, *loc. cit.* (note 2), at 176. *Von Dardel v. USSR*, 623 F. Supp. 246 (DDC 1985). But see *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989). See also the speech by Lord Millet, *loc. cit.* (note 63), at 651.

violations with its self-evident consequences as to international legal responsibility on the one hand, and the claim to State immunity in the civil courts of another State on the other hand are placed on different legal levels and each has its own specific *telos*. Those who argue along the lines of keeping the international legal order free of contradictions tacitly presuppose that international law requires the unconditional enforcement of its peremptory norms by the *national courts*. But this is a *petitio principii* which is moreover incompatible with the international legal principle that no State is obliged to consent to the judicial settlement of international legal disputes. Nor does, in other contexts, the violation of international legal norms, including *jus cogens* norms, by a State deprive this State of legal rights, such as the right not to endure disproportionate reprisals.

Yet another tendency considers it an abuse of rights if the perpetrator of a *jus cogens* violation claims immunity or argues that by committing such a violation the State has forfeited its claim of immunity<sup>88</sup>. Ultimately, this would lead to a State which, by violating a *jus cogens* norm, shook the foundations of the international legal order being treated as a pariah State and would place it outside the protection of the international legal order (out-law)<sup>89</sup>. Leaving aside this potentially dangerous consequence, it is true that the prohibition on the abuse of rights as well as the doctrine of forfeiture are general principles of law in the sense of Art. 38 (1) (c) of the ICJ Statute. But they must be used with great caution, otherwise they would develop into utterly indeterminate instruments for depriving States of their international legal rights. They should not be applied as a means for solving our initial problem unless the institution of civil proceedings in a foreign national court were obviously the only adequate consequence of a *jus cogens* violation. But this is not the case, as diplomatic or other international mechanisms<sup>90</sup> are arguably more appropriate, and as allowing civil claims by individual victims would give some individuals large sums of money while the majority of the victims would come away empty-handed.

---

<sup>88</sup> Juliane Kokott, "Mißbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen", in: *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, p. 135, at 148 *et seq.* Bianchi, *loc. cit.* (note 2), at 177. See also the iniquity argument made in *Controller and Auditor-General v. Sir Ronald Davidson*, [1996] 2 *New Zealand Law Reports* 278 = *ILM* 36 (1997), 721 *et seq.*

<sup>89</sup> This tendency can indeed be noticed in the article by Bianchi, *loc. cit.* (note 2), at 177.

<sup>90</sup> *E.g.*, lump sum agreements, complaints pursuant to international human rights treaties.

From a contrary perspective some authors do not identify the immunity claim of the perpetrator State but instead the granting of immunity by the forum State, as an abuse of rights. They believe that the forum State thereby becomes an (*ex post facto*) accomplice to the *jus cogens* violation and infringes the victims' human right of access to a court<sup>91</sup>. But these arguments are unconvincing: the granting of immunity does not amount to an aid or assistance to the *jus cogens* violation<sup>92</sup>, and the human right of access to a court exists only within the limits drawn by the international legal principle of State immunity<sup>93</sup>. It is inconceivable that the State parties to the various human rights instruments intended to give up their highly valued immunity when they agreed to a right of access to a court.

In accordance with the universal jurisdiction of national criminal courts over international crimes some authors have tried to establish a corresponding universal jurisdiction of national civil courts with regard to liability claims for *jus cogens* violations<sup>94</sup>. This seems quite natural because the two phenomena largely overlap. As a trustee of the international community, the forum State would then not only make its criminal but also its civil courts available, and the international community's retributive interest would supersede the respondent State's immunity. But while universal criminal jurisdiction has been accepted for a long time this is not the case with regard to universal civil jurisdiction<sup>95</sup>. Apart from this, even an international legal *obligation* of the forum State to exercise civil jurisdiction, which would in itself be questionable, would not exclude a respondent State's immunity claim<sup>96</sup>.

A further approach originates from the concept of a normative hierarchy within international law. The higher-ranking *jus cogens* norm is said to supersede the ordinary State immunity rules<sup>97</sup>. But even though these rules

---

<sup>91</sup> Cf. the dissenting opinion of judge Loucaides in the *Al-Adsani* case (note 17).

<sup>92</sup> Caplan, *loc. cit.* (note 83), at 775 *et seq.* Cf. Art. 16 of the ILC's Articles on State Responsibility (note 10).

<sup>93</sup> See the *Al-Adsani* decision of the ECHR (note 17).

<sup>94</sup> Fox, *op. cit.* (note 14), pp. 526 *et seq.*

<sup>95</sup> But see the concurring opinion of the U.S. Supreme Court's Justice Breyer in *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. \_\_\_\_ (2004).

<sup>96</sup> *Arrest Warrant* case (note 20), §59 (concerning the personal immunity of an incumbent foreign minister from the criminal jurisdiction of the forum State).

<sup>97</sup> Dissenting opinion of judges Rozakis, Caflisch et al. in the *Al-Adsani* case (note 17). Julia Bosch, *Immunität und internationale Verbrechen*, 2004, pp. 107 *et seq.*, 110 *et seq.*

do not as such qualify as peremptory norms they protect the sovereign equality of States which is a structural principle of international law<sup>98</sup>. While the supremacy of *jus cogens* norms is not yet established outside the context of treaties<sup>99</sup> it can be presumed, so as to give the concept of peremptory international norms any meaning. But there is no direct collision between the relevant *jus cogens* norm (e.g., the prohibition on torture) and State immunity. Instead, a collision only occurs, if at all, between State immunity and a secondary rule perhaps ensuing from the primary *jus cogens* norm, namely a rule according to which the victims of the *jus cogens* violation are entitled to an effective judicial remedy in the courts of another State<sup>100</sup>. The *jus cogens* character and supremacy of this secondary rule, if it exists at all, are, however, dubious<sup>101</sup>. Moreover, so far there is no State consensus to the effect that violations of *jus cogens* norms shall result in the loss of State immunity. Neither does the violation of *jus cogens* norms by one State in other contexts relieve the international community of its obligation to respect the international legal rights of the perpetrator. Finally, the normative hierarchy solution to our initial problem, if it were applied consistently, would have intolerable consequences. For instance, one would also have to deny the perpetrator State immunity from execution even with regard to its embassies, as the international legal rules protecting diplomatic premises are not part of *jus cogens*<sup>102</sup>.

One last variant in the first group of proposals which, however, covers only some *jus cogens* violations, refers to the so-called foreign tort exception.

---

<sup>98</sup> Art. 2 (1) of the UN Charter. See Christian Maierhöfer, "Der EGMR als 'Modernisierer' des Völkerrechts?", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2002, 391 at 396 *et seq.* See also Emmanuel Voyiakis, "Access to Court v. State Immunity", *ICLQ* 52 (2003), p. 297 at 326 *et seq.*

<sup>99</sup> With regard to treaties, see Arts. 53, 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969. The question of a normative hierarchy in international law is currently being discussed by the ILC (Report of the ILC, 56<sup>th</sup> Session [3 May – 4 June and 5 July – 6 August 2004], GAOR, 59th Session, Supplement No. 10 [A/59/10]).

<sup>100</sup> Fox, *op. cit.* (note 14), at 524 *et seq.* See also Tomuschat, *loc. cit.* (note 22), at 57 *et seq.*

<sup>101</sup> Cremer, *loc. cit.* (note 68), at 162 *et seq.*; Maierhöfer, *loc. cit.* (note 98), at 397 *et seq.* But see the dissenting opinion of judges Rozakis, Caflisch *et al.* in the *Al-Adsani* case (note 17) which assumes without hesitation that the *jus cogens* character of the infringed rule of international law (i.e., the prohibition on torture) transmits itself to the consequences of this violation (§ 3). See also the dissenting opinion of judge Loucaides, and along similar lines, the dissenting opinion of judge Al-Khasawneh in the *Arrest Warrant* case (note 20), para. 7.

<sup>102</sup> See the separate opinion of judges Pellonpää and Bratza in the *Al-Adsani* case (note 17).

Pursuant to this exception, a respondent State “cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred”<sup>103</sup>. This exception would also extend to *jus cogens* violations occurring in the forum State, and it would specifically cover at least the first two of the three cases set out at the beginning of this chapter<sup>104</sup>. The foreign tort exception can be explained by the rule of customary international law that a State may not commit an act *jure imperii* on the territory of another State without the latter’s permission. Such a permission will in general only be given subject to the (implicit) condition that the foreign State waives its immunity with regard to subsequent civil claims by which private individuals seek to obtain compensation for the damage caused to them by these foreign sovereign acts. If the foreign State acted illegally by carrying out an act *jure imperii* without the permission of the territorial sovereign it will lose its immunity with regard to subsequent liability claims as a legal consequence of its violation of international law.

Not only the European Convention on State Immunity quoted above but also the State immunity acts of several common law States, the ILC Draft Articles<sup>105</sup> as well as the ILA Draft Articles<sup>106</sup> include the foreign tort exception. It is, however, questionable whether it has already become part of customary international law in so far as the foreign tort consists of an act *jure imperii*, for there is insufficient evidence of an extensive and virtually uni-

---

<sup>103</sup>Quoted from Art. 11 of the European Convention on State Immunity of 1972 (note 11).

<sup>104</sup>I will not go into the question of whether the foreign tort exception extends at all to military operations. According to Art. 31 of the European Convention (note 11) the immunities and privileges of the armed forces of a contracting State when on the territory of another contracting State are expressly reserved. See also Dörr, *loc. cit.* (note 68), at 209 on the ILC Articles.

<sup>105</sup>Art. 12 (note 13). According to the ILC Commentary the exception is primarily intended to cover traffic accidents in the forum State, thereby precluding the possibility of an insurance company hiding behind the veil of State immunity. But it is wide enough to extend to intentional physical harm such as homicide, including political assassination (para. 4).

<sup>106</sup>Art. III E (note 77). The provision even includes transboundary torts where the act causing the damage was committed outside the forum State but had direct consequences there.

form State practice to this effect<sup>107</sup>. The *Areopag* decision mentioned above, which expressly assumed that the exception had entered customary international law, was superseded by later developments. There are only two decisions of United States courts which applied the foreign tort exception in the version codified in the FSIA of the United States to political assassinations committed in the United States by foreign agents<sup>108</sup>.

The European Convention on Human Rights does not oblige the forum State to provide a judicial remedy for *jus cogens* violations committed by another State in contravention of Arts. 2 or 3 of the Convention as long as these violations are not attributable to the forum State<sup>109</sup>. But even if one were to extend the obligations of the forum State pursuant to Arts. 2 and 3 of the Convention to the prevention of acts of torture etc., committed by agents of a foreign State in the territory of the forum State, at least with regard to their subsequent investigation and punishment and to the provision of a judicial remedy against the perpetrator State, this obligation could effect a loss of the latter's immunity, only if the perpetrator State were itself a party to the European Convention<sup>110</sup>.

In summary, the foreign tort exception does not provide a satisfactory solution to our initial problem either.

(c) This brings us to the second group of proposals which are trying to formulate conditions under which the forum State may exceptionally disregard the immunity of a perpetrator State. Mainly two approaches are to be discussed

---

<sup>107</sup>The European Court of Human Rights, following the Irish Supreme Court, refused to characterize the foreign tort exception as a rule of customary international law in *McElhinney v. Ireland* – judgment of 21 November 2001 (No. 31253/96) (but see the dissent of judges Caflisch, Cabral Barreto and Vajić). The customary international law character is also denied by Steinberger, *loc. cit.* (note 19), at 626 *et seq.*, and questioned by Dörr, *loc. cit.* (note 68), at 207 *et seq.* See also Cremer, *loc. cit.* (note 68), at 144 *et seq.*

<sup>108</sup>*Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (DDC 1980); *Liu v. Republic of China*, 892 F. 2d 1419 (CA9 1989). See also Isabelle Pingel-Lenuzza, *Les immunités des états en droit international*, 1997, p. 357 *et seq.*

<sup>109</sup>ECHR, *Al-Adsani* case (note 17), §§ 38 *et seq.* Tams, *loc. cit.* (note 68), at 335. But see Fox, *op. cit.* (note 14), p. 539 whose position is, however, not entirely clear. If a *jus cogens* violation occurred outside the territory of the member States of the Council of Europe, the *Banković* decision of the ECHR (of 12 December 2001 [No. 52207/99]) would lend additional support to the denial of any obligation on the part of the State parties to the European Convention to provide a judicial remedy.

<sup>110</sup>*Cf.* the *pacta tertiis* rule of customary international law, as codified in Art. 34 *et seq.* of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969.



here, the first one assuming an implicit waiver by a perpetrator State, the second one drawing upon the customary international law rules on reprisals.

It is generally agreed that a State can explicitly or implicitly waive its immunity by consenting to a foreign court's jurisdiction. On this basis, it is sometimes assumed that by committing a *jus cogens* violation a State implicitly waives its immunity in advance with regard to all future civil claims by which the victims of the violation may seek damages<sup>111</sup>. Even if one assumes that customary international law recognizes implicit waivers despite the uncertainties they inevitably create<sup>112</sup>, the assumption that a *jus cogens* violation is always accompanied by an implicit waiver of State immunity amounts to an utter fiction, as the contrary will of the perpetrator State is usually obvious<sup>113</sup>. The argument which is sometimes used to support this implied waiver theory, namely that a State which violates a *jus cogens* norm must not expect to be granted immunity for this violation later, amounts to a *petitio principii*. Only a rule of customary international law providing for the loss of State immunity as a consequence of a *jus cogens* violation could destroy the legitimate expectations of the perpetrator State, and the very existence of such a rule is dubious.

It would be easier to defend the assumption of an implicit waiver if a perpetrator State were subject to an international legal obligation to waive its immunity. In this case it would amount to an abuse for it to make an immunity claim which could therefore be disregarded. While such an obligation of *jus cogens* violators to waive their immunity cannot be derived from customary international law, at least not without further *petitiones principii*, it could perhaps be gathered from international treaties and specifically, international human rights agreements<sup>114</sup>. Do the International Covenant on Civil and Political Rights, the American Convention on Human Rights and in particular the European Convention on Human Rights, oblige a perpetra-

---

<sup>111</sup>See the *Areopag* decision (note 70) and the dissenting opinion of judge Wald in *Princz v. Federal Republic of Germany* (note 60).

<sup>112</sup>While the ILC Articles on Jurisdictional Immunities (note 13) mention only express consent in the general provision of Art. 7, they include separate provisions regulating the most important cases of implied consent (Art. 8, 9). Pursuant to the FSIA, a foreign State can waive its immunity either explicitly or by implication (28 U.S.C. §1605(a)(1)).

<sup>113</sup>Caplan, *loc. cit.* (note 83), at 774; Cremer, *loc. cit.* (note 68), at 143.

<sup>114</sup>An obligation of Chile to waive its immunity was assumed by the House of Lords in the *Pinochet* case (note 63) as Chile was bound by the International Convention Against Torture (note 65) vis-à-vis Spain and the UK.

tor State being sued in another State party to the Convention by a victim of its *jus cogens* violation to waive its immunity?

The answer to this question is no: the perpetrator State is treaty-bound to provide the victims with an effective judicial remedy in its own court system<sup>115</sup>. If the perpetrator State fails to fulfil this secondary obligation, the *jus cogens* provision of the European Convention (e.g., Art. 3) that it violated in the first place will be enforced by the European Court of Human Rights through the individual or State complaint procedures, and the perpetrator State cannot invoke the non-exhaustion of domestic remedies<sup>116</sup>. In such cases, the primary violation of the *jus cogens* provision is accompanied by a secondary violation of the victims' right to an effective remedy. Accordingly, an important element of the *ratio decidendi* of the European Court of Human Rights for dismissing the individual application in the *McElhinney* case, which centred around the question of whether Ireland could legally grant immunity to the UK having allegedly violated *jus cogens*, was that the applicant had access to the English courts where he could effectively file a claim for damages and expect a fair trial in accordance with the standards of the European Convention<sup>117</sup>. In no way did the European Court of Human Rights indicate that the UK might have been obliged under the Convention to waive its immunity when it was instead sued in the Irish courts.

Having thus refuted the implicit waiver solution there is one further approach in this second group that merits closer inspection: the reprisal approach. It will indeed ultimately prove to be the only tenable solution to our initial problem *de lege lata*, i.e., the only – rather imperfect – mechanism which the consensus-bound customary international law in its current state of development provides for the balancing of the inviolability of *jus cogens* norms and the principle of state immunity.

---

<sup>115</sup> Art. 6 (1) of the ECHR. Burkhard Hess, *Staatenimmunität bei Distanzdelikten*, 1992, pp. 318 *et seq.*; but see Jürgen Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, pp. 165 *et seq.*

<sup>116</sup> Arts. 33, 34, 35 (1) of the ECHR.

<sup>117</sup> *McElhinney v. Ireland* (note 107). But see the dissenting opinions of judge Rozakis *et al.* and judge Loucaides. See also Fox, *op. cit.* (note 14), at 539.

V. IMPERFECT SOLUTION *DE LEGE LATA*: DENIAL OF STATE  
IMMUNITY AS A REPRISAL

Reprisals are a self-help mechanism of customary international law destined to make up for its lack of a central enforcement machinery. This mechanism permits the violation of an international legal obligation by a State vis-à-vis another State in reaction to a prior violation of international law by the latter. A State may only take a reprisal against another State for violating international law if that violation infringed the former State's own international legal rights. A State must issue a warning before taking a reprisal, and in doing so must stay within the bounds of proportionality. Reprisals are permissible for one purpose only: to induce their addressee henceforth to honour its international legal obligations and to redress its previous violations. Having accomplished its purpose, the reprisal must be terminated<sup>118</sup>.

As a matter of principle, a reprisal can also take the form of a denial of sovereign immunity by one State to another State which has violated *jus cogens*<sup>119</sup>. Its purpose must then be to induce the violating State to bring its *jus cogens* violation to an end and to pay damages to the victims – something which it is obliged to do pursuant to customary international law. The denial of State immunity as a reprisal is therefore conditional on the failure of the perpetrator State to provide the victims with an effective procedure to obtain redress for their injuries, be it a national or an international procedure<sup>120</sup>. In these circumstances, the forum State, by opening its courts to the victims and allowing them to sue the perpetrator State directly, however, does more than exerting pressure on this State so as to induce it to return to the path of international law: the forum State acts as a surrogate of the perpetrator State when its courts make final decisions on the latter's liability. These may be considered as *faits accomplis* – more than the reprisal mechanism ordinarily permits. But if the primary goal of this exercise of surrogate jurisdiction is

---

<sup>118</sup>See the *Gabčíkovo-Nagymaros* case (ICJ Reports 1997, p. 7 [§§ 83 *et seq.*]). Karl Josef Partsch, "Reprisals", in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* IV, 2000, p. 200 at 201. Cf. Art. 22, 49 *et seq.* of the ILC's Articles on State Responsibility (note 10).

<sup>119</sup>Steinberger, *loc. cit.* (note 19), at 627. Human Rights Committee, International Law Association (British Branch), "Report on Civil Actions in the English Courts for Serious Human Rights Violations Abroad", *European Human Rights Law Review* 2001, 129 at 151. But see Bröhmer, *op. cit.* (note 115), p. 159, 192 *et seq.* and Beatrix Real, *Staatenimmunität und Menschenrechte*, 2004, p. 184 *et seq.* who ultimately reject the reprisal solution.

<sup>120</sup>See also Bröhmer, *op. cit.* (note 115), pp. 214 *et seq.*

not to obtain *res judicata* but to exert pressure on the perpetrator State so as to induce it, either to agree to a diplomatic settlement, or to provide the victims with an adequate alternative procedure before the final decision is handed down by the surrogate forum, it will be permissible<sup>121</sup>. As soon as it becomes definitely clear that the perpetrator State is not prepared to satisfy the legitimate demands of the victims of its *jus cogens* violation, the forum State's courts may proceed to making final decisions provided that there is an opportunity for a new hearing and the subsequent execution leaves enough room for reacting to an about-turn of the perpetrator State.

A State may only use a reprisal if the preceding violation of international law violated its own rights. Since States owe their adherence to *jus cogens* norms to the international community as a whole (*erga omnes* obligations) it would at the first blush seem that every State was entitled to deny immunity to a perpetrator State as a reprisal<sup>122</sup>. It is, however, still unclear what exactly are the *erga omnes* effects of *jus cogens* norms, in particular regarding the legal consequences of *jus cogens* violations. This was one of the major issues which the ILC had to resolve when it drafted its Articles on State Responsibility. The ILC's solution sticks to a median line, distinguishing between the possible reactions which would be permitted only to injured States and those which would be permitted to other affected States. This distinction applies even to infringements of *erga omnes* obligations which *per definitionem* affect all other States. The right to use reprisals is reserved to injured States while other affected States are limited to countermeasures that are compatible with international law<sup>123</sup>.

It is true that a *jus cogens* violation by a State affects all other States who may then all demand a termination of the violation and a restitution of the victims, employing legal means to enforce their demands<sup>124</sup>. But reacting with reprisals as an injured State will only be allowed to either a State which

---

<sup>121</sup>This was indeed the primary purpose of the various civil claims filed in US courts against Germany where the claimants sought redress for human rights violations perpetrated during the holocaust (see, e.g., the *Princz* case [note 60]). These claims ultimately produced a settlement out of court (US-German Agreement Concerning Final Benefits to Certain United States Nationals Who Were Victims of National Socialist Measures of Persecution of 19 September 1996 – *ILM* 35 [1996], pp. 193 *et seq.*).

<sup>122</sup>Bröhmer, *op. cit.* (note 115), pp. 154 *et seq.*

<sup>123</sup>Arts. 49 and 54 of the ILC Articles (note 20).

<sup>124</sup>Arts. 48 (1) (b) and 54 of the ILC Articles (note 10).

is specifically affected by the violation of the *erga omnes* obligation or to all other States, provided that the violation fundamentally changes their situation with regard to the further fulfilment of the *erga omnes* obligation<sup>125</sup>. This limitation on the possible reactions seems reasonable and well-suited to counteract a “total judicial chaos” which would otherwise be imminent<sup>126</sup>. It has, however, probably not become a rule of customary international law. But one can assume that a State whose own citizens or permanent residents are among the victims of a *jus cogens* violation is certainly specifically affected by this violation, in the sense of the ILC’s Articles. As an injured State, it is at the same time entitled, pursuant to the traditional standards of customary international law, to exercise diplomatic protection for its citizens, demand compensation in their favour and use reprisals, if necessary, to enforce its demand.

The international legal standards which the denial of State immunity to a perpetrator State needs to meet so as to qualify as a permissible reprisal include the requirement of a prior announcement. Such an announcement can certainly not be effected simply by the forum State court serving court proceedings on the perpetrator State, since only organs of the forum State entrusted with the State’s representation in foreign relations are competent to decide on the use, and accordingly on the official announcement, of reprisals. This is the only way to guarantee a well-reasoned political decision in the forum State on whether the management of the consequences of a *jus cogens* violation should be privatised and the diplomatic relations with the perpetrator State burdened with the commencement of civil court proceedings for damages. The procedural law of the forum State must thus make the admissibility of the damages claim conditional on the prior consent of its foreign policy-making organs<sup>127</sup>.

It may indeed be considered as a problematic inroad into the rule of law to give the political organs of the forum State the final say on the continuation of a civil claim. On the other hand, the victims are thereby given the opportunity to sue for damages, an opportunity which the forum State need not grant them since it is not obliged to take a reprisal against the perpetra-

---

<sup>125</sup> Art. 42 (b) of the ILC Articles (note 10).

<sup>126</sup> Cf. the separate opinion of Judge Guillaume in the *Arrest Warrant* case (note 20).

<sup>127</sup> This is actually done by the 1996 amendments to the FSIA of the United States where immunity is denied only to States officially listed as “sponsors of terrorism” by the Secretary of State (*supra* IV. 1. c).

tor State by denying it immunity. Granting State immunity to a violator of *jus cogens* does not amount to an aid or assistance in the commission of the violation<sup>128</sup>, and the possible obligation of the international community not to recognize as lawful the consequences of a *jus cogens* violation<sup>129</sup> does not include a duty to counteract these consequences by denying immunity to the perpetrator State. Nor does such a duty arise under the European Convention on Human Rights<sup>130</sup>.

## VI. RECAPITULATION OF THE IMPERFECT *LEX LATA* AND OUTLOOK ON A MORE PERFECT *LEX FERENDA*

It is quite obvious that international law in its current state of development does not provide adequate reparation to victims of *jus cogens* violations. But the *lex lata* does not leave them without rights. In some cases, the national law of the perpetrator State will already accord them an actionable claim for damages. There are also international procedures which can help victims to obtain redress, such as the individual complaint procedures under various human rights agreements that can result in decisions affording just satisfaction to injured parties<sup>131</sup>. If the victims are citizens of other States the latter can provide diplomatic protection. While individuals are not entitled to diplomatic protection under international law<sup>132</sup>, the constitution and laws of their home State may give them such a right against their government<sup>133</sup>. Moreover, the law of reprisals authorizes the forum State to deny the perpetrator State immunity if either the victims are its citizens or permanent residents or the *jus cogens* violation was committed in its territory. As a last instance, the UN Security Council, having the power to impose

---

<sup>128</sup>Caplan, *loc. cit.* (note 83), at 775 *et seq.*

<sup>129</sup>Cf. Art. 41 (2) of the ILC's Articles on State Responsibility (note 10).

<sup>130</sup>See *supra* note 109 and accompanying text.

<sup>131</sup>Art. 41 of the European Convention on Human Rights; Art. 63 (1) of the American Convention on Human Rights; Art. 27 (1) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court of Human and Peoples' Rights. See also Eckart Klein, "Individual Reparation Claims under the International Covenant on Civil and Political Rights", in: Ranzelzhofer & Tomuschat, *op. cit.* (note 4), pp. 27 *et seq.*

<sup>132</sup>ILC Commentary to draft Art. 2 of the draft articles on diplomatic protection (ILC Report on the work of its fifty-sixth session 2004, GAOR 59<sup>th</sup> Sess., Supplement No. 10 [A/59/10], chapt. IV).

<sup>133</sup>This is the case under German constitutional law (BVerfGE 55, 349).

sanctions on a State violating *jus cogens* if the violation constitutes at least a threat to the peace, can oblige the perpetrator State to pay damages to the victims if this serves the purpose of maintaining or restoring international peace and security<sup>134</sup>. Finally, the victims can obtain satisfaction from the national or international implementation of criminal responsibility against the individuals who committed the *jus cogens* violation which can be coupled with a reparation for the victims of the crime and their relatives<sup>135</sup>.

These reparation mechanisms *de lege lata* do, however, not benefit all victims of *jus cogens* violations, and the beneficiaries do not always have a valid claim that a specific mechanism be used, such as a reprisal. We have already seen in the course of our discussion that the attempts of the Greek and British victims mentioned in the beginning of this chapter to obtain redress proved ultimately futile. Taking a closer look at the Abu Ghraib case, it becomes obvious how insufficient the *lex lata* is: an Iraqi national who claims damages for injuries suffered from a war of aggression or from torture by the US military, which both violated *jus cogens* norms of international law, will not be able to sue successfully in the US. According to the Federal Tort Claims Act the US enjoys immunity in its own courts with respect to claims arising out of the combatant activities of its military or naval forces during times of war and moreover for any claim arising in a foreign country<sup>136</sup>. The US has not submitted to any international complaints procedure which could lead to a decision affording just satisfaction to the Iraqis either. It can also be ruled out that Iraq, as the home State of the victim, will exercise diplomatic protection for him vis-à-vis the US or even take reprisals against the US by denying it immunity in the Iraqi courts. And finally, the UN Security Council cannot impose sanctions on one of its permanent members holding a veto power.

This is indeed so frustrating that it is no wonder that the concept of State immunity has increasingly come under attack. But should we really

---

<sup>134</sup> Arts. 39, 41 of the UN Charter. Cf. Jochen A. Frowein & Nico Krisch, Introduction to Ch. VII, notes 19-20, in: Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations*, Vol I, 2<sup>nd</sup> ed. Oxford 2002.

<sup>135</sup> Art. 75 of the Statute of the International Criminal Court of 10 December 1998.

<sup>136</sup> 28 USC § 2674, 2680 (j), (k). *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. \_\_\_\_ (2004). See also *Koohi v. U.S.*, 976 F. 2d 1328 (CA9 1992): heirs of passengers killed when an Iranian commercial airliner was accidentally shot down by the US during the first Gulf War have no claim for damages.

favour a progressive development of international law pursuant to which German, French or Spanish courts would without hesitation step into the breach awarding the Iraqi victim damages against the United States? What good would it do the Iraqi, and what good would it do the international rule of law? Would it not only create the risk of contradictory court decisions which could not in any event be executed? Would it not poison international relations without helping the victims of *jus cogens* violations, apart from giving them a symbolic satisfaction<sup>137</sup>?

The only reasonable solution *de lege ferenda* in my view consists of strengthening and extending to as many States as possible the compulsory jurisdiction of international courts, in particular proceedings for securing reparation to the victims of *jus cogens* violations along the lines of Art. 41 of the European Convention on Human Rights. This would at the same time improve the national remedies in the perpetrator State as the international human rights conventions usually guarantee a right of access to a court in civil cases<sup>138</sup>. Perhaps ultimately some kind of International Civil Court could be set up alongside the International Criminal Court, adjudicating individual actions and class actions in particularly serious cases. Apart from this, the establishment of international trust funds for the victims and their relatives is called for<sup>139</sup>. If this sounds Utopian – is it really more Utopian than the expectation that all States on earth would be ready to waive their immunity and submit to the jurisdiction of foreign *national* courts for better or worse?

---

<sup>137</sup>The importance of symbolic redress should, however, not be underestimated (Bianchi [note 2], at 178 et seq.).

<sup>138</sup>Art. 6 (1) of the European Convention on Human Rights; Art. 14 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights; Art. 8 (1) of the American Convention on Human Rights.

<sup>139</sup>See, e.g., Art. 79 of the Statute of the International Criminal Court. Security Council Resolution 1566 of 8 October 2004, para. 10 (contemplating the establishment of an international fund to compensate victims of terrorist acts and their families).





## ,CHAPITRE X

### *L'immunité des Etats*

ISABELLE PINGEL

Les relations qu'entretiennent les immunités des Etats et les normes fondamentales du droit international sont un sujet d'étude récent<sup>1</sup>. Durant la majeure partie du XXe siècle, l'idée même d'une telle recherche pouvait apparaître incongrue, les immunités étant souvent considérées comme un mal, mais comme un mal nécessaire, auquel il n'était pas de solution. Cette conception est dépassée. Il faut en voir la cause, pour l'essentiel, dans l'invasion des droits de l'homme dans le droit international et dans l'importance désormais accordée au « pouvoir de réclamer<sup>2</sup> ». Témoin de cette évolution, la doctrine est aujourd'hui abondante sur le sujet et les auteurs nombreux à souligner l'irréductible contradiction entre immunités et droit au juge<sup>3</sup>. La tendance est moins nette en jurisprudence.

---

<sup>1</sup> En l'absence de précision contraire, le présent sujet s'entend d'une part de l'immunité de juridiction de l'Etat, c'est-à-dire du droit de ne pas être attiré devant les tribunaux d'un autre Etat, d'autre part de l'immunité d'exécution, c'est-à-dire du droit de ne pas voir ses biens saisis. Ce sont ces deux aspects, liés mais distincts, qui seront étudiés ici, à l'exclusion de tout privilège d'une autre nature ou concernant un autre bénéficiaire.

<sup>2</sup> Selon l'expression de J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2004, p. 321. Sur l'émergence des droits de l'homme en droit international, v. par ex. H. RUIZ-FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », *Mél. Fromont*, PU Strasbourg, 2001, p. 371 ; J.-M. SOREL, « L'émergence de la personne humaine en droit international : l'exemple de la Cour internationale de Justice », *Mél. Arancio-Ruiz*, Ed. scientifica, Napoli, 2003, p. 2169.

<sup>3</sup> V. A. BIANCHI, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP* 2004.63 ; P. LAGARDE « Conclusions générales » in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, I. Pingel (dir.), Pedone, 2004, p. 149 ; J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, M. Nijhoff, 1997 ; A. ORAKHELASHVILI, « Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights », 14 *EJIL* (2003) 529 ; Chr. TOMUSCHAT, « Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations : The Position under General International Law » in *State Responsibility and the Individual*, A. RANDELZHOFFER & Chr. TOMUSCHAT (ed.), M. Nijhoff, 1999, p. 1 ; « L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme » *RGDIP* 2005. 51.

Certes, le sens de la plupart des décisions est clairement celui d'une restriction des privilèges de juridiction et, dans une moindre mesure, d'exécution dont bénéficient les Etats. Tel est le cas en Allemagne, depuis un arrêt du Tribunal constitutionnel du 30 octobre 1962<sup>4</sup>, confirmé par un arrêt du 30 avril 1963<sup>5</sup>. Tel est également le cas en France, aux Etats-Unis ou au Canada et, plus généralement, dans tous les Etats développés<sup>6</sup>. Irréversible – elle n'a fait que s'accroître depuis les années 1950-, cette tendance demeure, paradoxalement, fragile et n'est pas à l'abri de reculs intempestifs. La jurisprudence française en fournit une illustration.

La Cour de cassation pose en principe, depuis un arrêt de 1969, que l'immunité de juridiction peut être accordée à l'Etat, ou à un organisme agissant sur son ordre et pour son compte, lorsque l'acte litigieux constitue « un acte de puissance publique » ou a été accompli « dans l'intérêt d'un service public »<sup>7</sup>. La Cour ne s'en tient donc pas, à la différence de nombreux tribunaux étrangers<sup>8</sup>, au seul critère de la nature de l'acte, mais retient, alternativement, celui du but poursuivi par son auteur. Ce faisant, elle laisse ouverte la possibilité d'une compréhension extensive du concept d'immunité et ne met pas les particuliers à l'abri de décisions défavorables et purement circonstancielles. Le risque est d'autant plus grand que la Cour européenne des droits de l'homme suit en la matière une jurisprudence particulièrement circonspecte, qui la conduit à privilégier, dans le conflit droit au juge/immunité, la seconde sur le premier. Il en va ainsi y compris dans l'hypothèse où l'immunité est accordée dans une affaire où l'Etat partie a violé une norme fondamentale du droit international (I). Le droit au juge comme droit fondamental n'est donc pas exempt de faiblesses (II).

---

<sup>4</sup> *Aff. Etat yougoslave, Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, Nations Unies, 1982, p. 272, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 15, p. 25.

<sup>5</sup> *Aff. Empire d'Iran*, ILR, vol. 45, p.57, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 16, p. 27.

<sup>6</sup> Sur l'ensemble de la question, v. *Les immunités des Etats en droit international*, Bruylant, 1998, no 161 et s.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 25 févr. 1969 *Sté Levant Express Transport c. Ch. de fer du gouvernement iranien*, *Rev. crit. DIP* 1970.98, 3<sup>e</sup> esp., note P. BOUREL ; *RGDIP* 1969.883, note Ch. ROUSSEAU. La jurisprudence postérieure adopte la même analyse : v. par ex. Civ. 1<sup>ère</sup> 27 avril 2004 *F. Cotigny et Fédération française de parachutisme c. G. Suarez et Etats-Unis*, *Bull. I*, no 114, p. 93.

<sup>8</sup> V. par ex. en Allemagne l'arrêt précité du Trib. constit. féd. (note 5).

## I. DROIT AU JUGE ET NORME FONDAMENTALE

La jurisprudence a eu plusieurs fois à se prononcer sur l'étendue de l'immunité bénéficiant à l'Etat dans un litige où ce dernier est poursuivi pour violation d'une norme fondamentale. Tel a été le cas notamment dans l'affaire *Al-Adsani*, dont a eu à connaître la Cour européenne des droit de l'homme en 2001<sup>9</sup>. Les faits de l'espèce sont les suivants.

De nationalité britannique et koweïtienne, M. Al-Adsani était pilote dans l'armée de l'air au moment de la première guerre du Golfe. Il a été torturé, plusieurs fois et en plusieurs lieux, par un cheikh apparenté à la famille dirigeante du Koweït, à la suite de la diffusion d'une cassette mettant ce dernier en cause. Rentré au Royaume-Uni, où il a été soigné, M. Al-Adsani a intenté une action devant les tribunaux locaux. Cette action a prospéré en tant que dirigée contre le cheikh. Les tribunaux anglais ont, en revanche, refusé de connaître de celle intentée contre le Koweït, motif pris de l'immunité de cet Etat. C'est ce refus qui est à l'origine de la requête introduite devant la Cour européenne par M. Al-Adsani, qui soutenait que la position adoptée par les tribunaux anglais violait l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention. Par 9 voix contre 8, la Cour a estimé que la violation n'était pas constituée, faisant prévaloir l'immunité sur le droit d'accès à un tribunal.

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour, après avoir brièvement affirmé l'applicabilité à la cause de l'article 6, § 1<sup>er</sup><sup>10</sup>, développe un raisonnement de principe classique. Elle rappelle que les garanties procédurales énoncées par cette disposition seraient dépourvues de sens si leur préalable, le droit à un procès équitable, n'était pas protégé, puis souligne que, pour autant, le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu. Les limitations qui peuvent y être apportées ne doivent toutefois pas

---

<sup>9</sup> Cet arrêt a été rendu le même jour que deux autres décisions concernant les immunités, *Fogarty c. Royaume-Uni et McElhinney c. Irlande*. Parmi les nombreux commentaires (en particulier de l'aff. *Al-Adsani*), v. J.-F. FLAUSS, "La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. hm* 2003.157 ; O. de F., *JDI* 2002.273 ; F. MASSIAS, *Rev. sc. crim.* 2002.149 ; Ph. WECKEL, *RGDIP* 2002.178 ; F. ZARBIEV, "Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle par la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. hm* 2004.621 ; R. GARNETT, « State Immunity triumphs in the European Court of Human Rights », (2002) 118 L Q R 367 ; A. ORAKHELASHVILI, « State Immunity in National and International Law : Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights », 15 *Leiden J. Int'l L.* 703 (2002).

<sup>10</sup> V. § 46 et s.

atteindre le droit « dans sa substance même » et, en outre, tendre à un “but légitime” et être proportionnées au but visé<sup>11</sup>. Si la logique de cette argumentation ne prête guère à contestation, l’application qu’en fait la Cour au cas d’espèce est plus discutable.

On peut s’interroger, tout d’abord, sur le point de savoir si l’immunité, lorsqu’elle est octroyée à l’Etat qui en fait la demande, n’atteint pas le droit de l’autre partie « dans sa substance même ». Par essence en effet, le jeu du privilège interdit que la contestation qui oppose l’Etat à la personne privée soit tranchée en justice. Lorsque l’immunité est accordée, l’accès au tribunal disparaît donc complètement et avec lui, semble-t-il, le droit au juge « dans sa substance même »<sup>12</sup>. La question, délicate, aurait mérité qu’on s’y arrête. La décision, pourtant, n’y consacre aucun développement, semblant, ce qui n’est pas de bonne méthode, tenir pour acquise la réponse qui doit lui être faite.

On peut, ensuite, s’interroger sur l’analyse que fait la Cour du caractère légitime de la limitation en cause et de son caractère proportionné. Elle adopte, pour juger de l’un et de l’autre, un raisonnement voisin consistant à estimer que dès lors que l’Etat, en accordant l’immunité, se borne à observer une obligation de droit international, il ne saurait violer la Convention européenne, la mesure qu’il applique étant, par définition, légitime et proportionnée. Certes, on peut admettre avec la Cour que la Convention doit être interprétée en tenant compte « de toute règle de droit international applicable aux relations entre les parties »<sup>13</sup>. La suite du raisonnement prête davantage à discussion.

En premier lieu, l’état du droit international est particulièrement incertain sur le point considéré, comme l’arrêt de la Cour l’admet d’ailleurs. Si diverses décisions ont maintenu le jeu de l’immunité dans un litige où l’Etat était poursuivi pour des dommages résultant d’actes commis en violation des droits de l’homme<sup>14</sup>, d’autres l’ont écarté, soulignant précisé-

---

<sup>11</sup> §§ 52 et 53.

<sup>12</sup> En ce sens, v. Paris 7 oct. 2003 *Banque africaine de développement c. M.A. Degboe*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 2004, note M. AUDIT, confirmé par Cass. soc. 25 janvier 2005, *Banque africaine de développement c. M. A. Degboe*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 2005. 477.

<sup>13</sup> § 55, citant l’art. 31 § 3 c, de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

<sup>14</sup> V. par ex. *Princz*, 26 F. 3 d 1166 (D. C. 1994). Pour une approbation de cette décision, v. par ex. Chr. TOMUSCHAT, article préc., p. 15.

ment que l'immunité ne pouvait jouer « lorsque l'Etat étranger a clairement agi en violation du droit international »<sup>15</sup>. De même, en 1996, un amendement a été adopté à la loi américaine de 1976 sur les immunités des Etats pour permettre aux tribunaux locaux de connaître d'actions perpétrées en violation du droit international<sup>16</sup>. Interprété par la Cour européenne comme la preuve que l'immunité existe – sinon, quelle justification l'amendement aurait-il ?<sup>17</sup> –, ce texte peut également, dans une vision davantage tournée vers l'avenir, constituer un précédent supplémentaire au soutien de la règle privant l'Etat d'immunité dans une hypothèse de ce genre. La Cour aurait donc pu parvenir à une conclusion inverse de celle qu'elle tire, sans que cette conclusion puisse être critiquée.

En second lieu, et même en admettant que l'état du droit international soit celui décrit par la Cour, il ne s'agit que d'une règle supplétive qui autorise sans prescrire. Cela signifie que les Etats sont [au mieux] libres d'accorder l'immunité, dans l'hypothèse litigieuse, sans y être contraints<sup>18</sup>. Choisir de le faire n'est [sans doute] pas, en conséquence, contraire au droit international, mais heurte en revanche de plein fouet l'article 6 de la Convention, autre règle de droit international. Ce conflit ne peut être résolu, de manière satisfaisante, par l'application sans nuance d'une règle sur l'autre. Leur conciliation, qu'impose l'exigence de proportionnalité, implique soit de renoncer à accorder l'immunité, ce qui ne peut être considéré comme contraire à une coutume bien établie, soit de l'accorder, mais en prévoyant une réparation au bénéfice de la personne lésée. En décider autrement, comme le fait la Cour, revient à privilégier, sans que le droit seul le justifie, la relation entre l'Etat britannique et l'Etat koweïtien au détriment de celle qui existe entre l'Etat national et son ressortissant, laissant ce dernier sans protection.

---

<sup>15</sup> *Von Dardel v. USSR*, 623 F. Supp. 246, 253 (DDC 1985) ; 77 ILR 258, at 265.

<sup>16</sup> Le texte de loi est reproduit in 15 *ILM* 88 (1976). Pour un commentaire, v. spéc. R. VON MEHREN, "The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", 17 *Colum. J. Transnat'l L.* 33 (1978). Sur l'amendement, v. par ex. M. LEIGH, "1996 Amendments to the Foreign Sovereign Immunities Act with respect to Terrorist Activities", 91 *AJIL* 187 (1997) et, plus gén., D. ACKERMAN, *Suits against Terrorist States*, CRS Rep. for Congress, 25 jan. 2002, <http://fpc.state.gov/documents/organization/8045.pdf>

<sup>17</sup> § 64 *Al Adsani*.

<sup>18</sup> L'hypothèse est différente de celle où la règle posée par la Convention se heurterait à une coutume générale et impérative, prescrivant à l'Etat un comportement déterminé.

Sévèrement critiquée par une partie de la doctrine<sup>19</sup>, cette analyse a également été rejetée par 8 des 9 juges de la Cour.

Plusieurs d'entre eux ont fait valoir, pour s'y opposer, un raisonnement propre à l'espèce, opposant l'interdiction de la torture, norme de *jus cogens*, à l'immunité et donnant, logiquement, la préférence à la première<sup>20</sup>. Selon eux, la distinction opérée par la Cour entre la procédure pénale, dans laquelle l'immunité ne pourrait être invoquée, lorsqu'elle s'oppose à l'application d'une norme fondamentale, et la procédure civile, dans laquelle, au contraire, le bénéfice de l'immunité pourrait être revendiqué, ne vaut pas. En effet, "ce n'est pas la nature de la procédure, mais la valeur de norme impérative de la règle et son interaction avec une règle de rang inférieur qui déterminent les effets d'une règle de *jus cogens* sur une autre règle de droit international"<sup>21</sup>. La justesse de l'analyse ne saurait être niée. Si l'on doit considérer que l'interdiction de la torture est une norme de *jus cogens*, elle doit primer sur toute autre règle, de droit interne ou international, de fond ou de procédure. En décider autrement revient à nier le caractère de *jus cogens* de la norme en cause, en contradiction de la prémisse posée<sup>22</sup>. L'argument, toutefois, ne vaut que dans le cas où l'immunité se heurte à une norme de *jus cogens*, en supposant qu'il en existe : il laisse donc les autres cas de figure, beaucoup plus fréquents, sans solution<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> V. par ex. F. SUDRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, *op. cit.*, p. 19 ; A. ORAKHELASHVILI, « State Immunity in National and International Law... », article préc. ; *contra*, v. par ex. Ph. WECKEL, « Les confins du droit européen des droits de l'homme et le progrès du droit », *Mél. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1729 ; comp. Chr. TAMS, « Well-Protected Enemies of Mankind », (2002) 62 Cambridge L. J. 246.

<sup>20</sup> Op. dissid. des juges Rozakis et Caflisch à laquelle les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic déclarent se rallier, § 3.

<sup>21</sup> Op. dissid., § 4.

<sup>22</sup> C'est la contradiction insurmontable dans laquelle la décision s'enferme, en décidant que « l'interdiction de la torture est un droit absolu qui ne souffre aucune dérogation en aucune circonstance » ... mais peut céder devant l'obstacle procédural de l'immunité en cas d'action civile en dommages-intérêts pour des actes perpétrés par l'Etat en dehors du territoire du for, §§ 56 et 66 *Al Adsani*.

<sup>23</sup> En outre, l'argument soulève la question, plus générale, d'une hiérarchie des normes en droit international et de l'opportunité de considérer certaines d'entre elles plus éminentes que d'autres. Sur ce point, v. par ex. E. de WET, « The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law », 15 EJIL (2004) 97, 112 et seq. ; L. CAPLAN, « State Immunity, Human Rights and Jus Cogens : A Critique of the Normative Hierarchy Theory », 97 AJIL 740 (2003).

C'est la raison pour laquelle on peut préférer à ce premier raisonnement celui suivi par le juge Loucaides dans son opinion dissidente. Aux termes de ce raisonnement, "toute forme d'immunité générale, qu'elle repose sur le droit international ou sur le droit national, qu'un tribunal applique afin de faire totalement barrage à une décision judiciaire sur un droit de caractère civil sans mettre en balance les intérêts concurrents, à savoir ceux que protège l'immunité dont il s'agit et ceux tenant à la nature de la demande spécifique qui est l'objet de la procédure pertinente, s'analyse en une limitation disproportionnée à l'article 6 § 1 de la Convention, que, par ce motif, elle enfreint"<sup>24</sup>. Certes, la proposition est radicale, mais elle est juste. Du point de vue de la personne privée, l'immunité s'analyse, quelque soit la raison pour laquelle elle est accordée, comme un déni de justice. Elle ne doit pouvoir jouer, quand des raisons impérieuses l'exigent, qu'à la condition de prévoir, soit un mode alternatif de règlement des différends, soit le principe d'une compensation juste et prompte<sup>25</sup>. Toute autre solution conduit à amputer le droit au juge d'une partie de sa substance. Or ce droit est, comme la jurisprudence de la Cour européenne l'admet de longue date, un droit fondamental.

## II LE DROIT AU JUGE COMME DROIT FONDAMENTAL

Depuis l'arrêt *Golder*, du 21 février 1975, la Cour européenne affirme que « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux »<sup>26</sup>. Elle n'aura de cesse, dans sa jurisprudence ultérieure, de renforcer les prérogatives des individus en la matière, donnant de l'article 6 § 1<sup>er</sup> une interprétation audacieuse<sup>27</sup>. Après le droit de saisir le juge et celui de bénéficier d'une bonne justice, la Cour consacrera, dans l'arrêt *Hornsby*, du 19 mars 1997, le droit à l'exécution effective des

---

<sup>24</sup> Op. dissid., avant dernier paragraphe.

<sup>25</sup> Sur la nécessité d'une conciliation entre les intérêts en présence, et non d'une disparition complète de l'immunité, v. par ex. D. ROBINSON, « The Impact of the Human Rights Accountability Movement on the International Law of Immunity », *Ann. can. dr. int.* 2002, p. 151, spéc. p. 152-153; E. VOYIAKIS, "Access to Court v. State Immunity", (2003) 52 ICLQ 297, 327 et seq.

<sup>26</sup> Arrêt préc., § 34.

<sup>27</sup> Sur l'ensemble de la question, v. F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7<sup>e</sup> éd., PUF, 2005, no 203 et s.



décisions rendues<sup>28</sup>. Selon la Cour, ce droit fait partie intégrante du procès équitable au sens de l'article 6 § 1<sup>er</sup>, puisqu'à défaut, l'accès au tribunal serait « illusoire »<sup>29</sup>. Malgré la généralité des termes employés, et la fermeté de l'affirmation de principe, les résistances sont encore importantes. La règle posée se heurte en particulier, de front, à celle d'immunité d'exécution.

Telle qu'interprétée par la jurisprudence dominante, cette seconde règle veut que les biens appartenant à l'Etat ne puissent être saisis, sauf exception<sup>30</sup>. Or les exceptions sont rares et les saisies effectives plus rares encore. C'est dire que le droit au juge, pour fondamental qu'il soit, demeure incomplet. Imposé par l'idéal de justice, il se heurte au privilège d'exécution de l'Etat, traditionnel et respectueux des souverainetés nationales. Si la Cour européenne n'a pas encore eu à se prononcer sur la manière d'accorder l'un et l'autre, les juridictions internes sont régulièrement conduites à en débattre. Leur réponse classique est que l'immunité de juridiction est distincte de l'immunité d'exécution et qu'il n'est, en conséquence, pas automatique que la seconde cède quand le bénéfice de la première a été refusé à l'Etat étranger. Il n'est pas exclu, en d'autres termes, que la levée de l'immunité de juridiction puisse n'avoir pour conséquence qu'une satisfaction de principe. C'est à cette anomalie que remédie une décision rendue par la cour d'appel de Bruxelles le 4 mars 2003. Se fondant sur l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne, elle refuse l'immunité d'exécution au secrétariat du groupe des Etats ACP, organisation internationale dont le siège est à Bruxelles, au motif que « l'exécution des décisions de justice fait partie intégrante du procès équitable »<sup>31</sup>. Cette décision appelle deux remarques.

---

<sup>28</sup> Série A, no 147 ; *JCP* 1997 II 22949, note O. DUGRIP et F. SUDRE ; *JDI* 1998.185, note H. ASCENSIO ; *AJDA* 1997.986, obs. J. F. FLAUSS ; *AFDI* 1997.571, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *Rev. trim. dr. civ.* 1997.1009, obs. J. P. MARGUENAUD et RAYNARD ; *Dr. adm.* 1997, no 185. Cette jurisprudence sera confirmée et renforcée par l'arrêt *Lunari*, du 11 janvier 2001, aux termes duquel le "droit à l'exécution des jugements" fait partie intégrante du "droit à un tribunal", *Rev. trim. dr. civ.* 2001.447, obs. J. P. MARGUENAUD.

<sup>29</sup> § 40.

<sup>30</sup> En France, v., pour l'arrêt de principe, Cass. Civ. 1ère, 14 mars 1984 *Eurodif c/ République islamique d'Iran*, *JDI* 1984.598, note B. OPPETIT ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1984.684, note J.-M. BISCHOFF ; *JCP* 1984 II 20205, concl. Gulphe ; note H. SYNDET ; *D.* 1984.629, rapp. Fabre ; note J. ROBERT ; *Rev. arb.* 1985.69, note G. COUCHEZ.

<sup>31</sup> *Journ. des trib.* 2003.684, note E. David ; *Gaz Pal*, 16-17 avril 2004, p. 8, note I. Pingel.

Le raisonnement suivi par la cour pour parvenir à la solution adoptée est contestable. C'est ainsi notamment qu'elle assimile, pour faire prévaloir la Convention européenne, l'accord de siège liant la Belgique aux Etats ACP à une norme interne. Or un accord de siège est une convention, au sens du droit international, et non une norme interne. Le conflit qu'il s'agissait d'arbitrer concernait donc deux normes conventionnelles et non une norme internationale et une norme interne. C'est un conflit délicat qui ne peut être résolu *a priori*, mais demande, à défaut d'une possible harmonisation, d'opérer un choix entre les normes opposées. Quelle que soit la teneur de ce choix, il suppose d'avoir préalablement mis en balance les intérêts en présence, ce qui n'a pas été fait en l'espèce. La méthode suivie par la cour de Bruxelles n'est donc pas sans reproche. En revanche, le résultat auquel elle parvient est le seul tenable dans une perspective de protection des droits des particuliers. Il se justifie d'autant mieux, dans une hypothèse comme celle de l'espèce, où le litige concernait le recouvrement par une employée d'arriérés de salaires ; l'action qui en est résulté ne pouvait en aucune manière mettre en péril le fonctionnement de l'organisation débitrice, seul motif pour lequel l'immunité devrait être octroyée.

Cette jurisprudence, concernant une organisation internationale, peut, sans difficulté, être transposée au cas des Etats. Dès lors que ces derniers bénéficient de privilèges sensiblement moindres que ceux qui valent pour les organisations, rien n'empêche d'appliquer, en l'adaptant si nécessaire, la théorie élaborée pour les unes aux autres. Dans tous les cas en effet où l'immunité d'exécution joue, il y a déni de justice, quel que soit le bénéficiaire du privilège. Pour l'éviter, la solution consiste à limiter strictement les cas dans lesquels le jeu du privilège peut être invoqué, comme a tenté de le faire la cour d'appel de Bruxelles, et à trouver un moyen de dédommagement dans les hypothèses où des raisons impératives exigeraient de l'octroyer. C'est à ce prix que la conciliation des contraires pourra s'opérer. La question peut légitimement être soulevée de savoir si c'est au juge que cette tâche incombe ou s'il ne serait pas plus judicieux – mais est-ce possible ? – de la confier, pour règlement définitif, aux pouvoirs exécutif ou législatif.

## SUMMARY

The jurisdictional immunities of States and their immunities from measures of constraint collide head on with the right to a judge as it has progressively emerged in the course of the 20<sup>th</sup> century. The present article examines the way in which this conflict is resolved by the courts and in legal literature, focusing on instances where immunity is claimed with regard to an act performed in violation of a basic rule of international law.

## CHAPTER XI

# *Limits of International Law Immunities for Senior State Officials in Criminal Procedure*

TORSTEN STEIN

### I. CONCEPT AND REALM OF IMMUNITY FOR SENIOR STATE OFFICIALS

Immunity of State officials, which is accorded to Heads of State or Government, Government members and other senior State officials, does not in itself form a part of *jus cogens* and is therefore open to exceptions, which can be found in several international agreements – e.g. in Article 27 of the ICC Statute – which do not violate Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (in the following, “The Vienna Convention”). However, while the immunity of States and their senior officials is undoubtedly one of the major rules of customary international law<sup>1</sup> and is assumed to be applicable *erga omnes*, its content and, what is more, its limits, have been the subject of increasing debate, at least since the House of Lord’s final judgment in the *Pinochet* case<sup>2</sup>. Hence, the question is whether senior State officials enjoy immunity even for international crimes, such as genocide, crimes against humanity and war crimes.

When discussing this immunity, one must distinguish between immunity *rationae materiae* and immunity *rationae personae*. While immunity *rationae personae* (personal immunity) is accorded to serving senior State officials for their private actions in order to protect the individual and the office he or she represents from judicial proceedings in another State, immunity *ratione materiae* (functional immunity) is granted for official acts, namely acts of the State which the official represents, and also constitutes a

---

<sup>1</sup> A good overview of the immunities accorded to Heads of State and other state officials can be found in Hazel Fox, *State Immunity*, Oxford 2004, pp. 421 *et seq.*

<sup>2</sup> *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [1999] 2 All ER 97 *et seq.*

bar from another State's jurisdiction. Both concepts derive from the principle of sovereign equality of States, according to which one State cannot exercise its powers over another State (*par in parem non habet imperium*). As a logical consequence, senior State officials, while in office, enjoy both personal and functional immunity for their actions. After cessation of office, however, it has so far been established customary international law that they may be subject to criminal proceedings in foreign States, initiated with regard to their private actions (which were before covered by personal immunity), but not with regard to official actions, that is actions imputed to the State they represented, due to the fact that States cannot be held criminally liable, but only individuals.<sup>3</sup> What is more, in recent years there has been some debate over the issue of whether State officials may be criminally prosecuted in their home State for offences allegedly committed before taking office, kicked off by criminal proceedings initiated against the incumbent Heads of State of Italy (Berlusconi) and France (Chirac).<sup>4</sup> However, since the aforementioned proceedings are mainly a problem of constitutional law, they shall not be scrutinized further at this point.

All this being said, it is obvious that State immunity and immunity of State officials do not necessarily share the same fate. The most prominent example of this is the ruling of the House of Lords in the *Pinochet* case<sup>5</sup>, in which the accused could not claim personal immunity from British jurisdiction since he had ceased to be Chilean Head of State at the time of the proceedings. What is more, the Law Lords in this specific case concluded that the accused could not claim immunity *rationae materiae* either for acts of State constituting international crimes during his incumbency.

## II. LIMITS OF IMMUNITY OF SENIOR STATE OFFICIALS

The *Pinochet* case leads to the core of this article, namely the issue of the limits of State immunity, a question that has received considerable impetus from both national and international jurisprudence as well as from legal

---

<sup>3</sup> Antonio Cassese, *International Law*, Oxford 2001, p. 90; Karl Doehring, *Völkerrecht*, Heidelberg 2003, p. 291.

<sup>4</sup> Karin Oellers-Frahm, "Italy and France: Immunity for the prime minister of Italy and the president of the French Republic", *International Journal of Constitutional Law* 53 (2005), 107 et seq., has elaborated on the constitutional aspects of this topic.

<sup>5</sup> See *supra* note 2.

literature during recent years, when several cases dealing with the issue of state immunity were decided, both by international and national courts. The central question in this regard is whether those rulings affirm present customary law or if they modify and therefore establish new customary law.

1) *PROCEEDINGS BEFORE INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS*

Up to the Nuremberg Military Tribunal – IMT – , which stipulates in its Article 7 (the meaning of which can also be found in Article 7 (2) of the Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia – ICTY –, in Article 6 (2) of the Statute of the International Tribunal for Rwanda – ICTR – and in Article 27 (1) of the Statute of the International Criminal Court – ICC -) that

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,

it had been unthinkable to indict a senior State official, especially a Head of Government, before an international or foreign national court, due to his or her absolute immunity.<sup>6</sup> Napoleon, for example, was never criminally indicted, although the Vienna Conference declared on 13 March 1815 that he had placed himself outside the boundaries of law. It needs to be taken into account, however, that, at the time, the sovereign ruler of a State impersonated the State, and, based on the sovereign equality of States, could not be indicted by a foreign State. Although the principle of State equality was softened after the Russian Revolution in 1917, with the people officially becoming the sovereign ruler of the State, and by Article 227 of the Treaty of Versailles, which provided for the establishment of an allied tribunal to try the German Emperor Wilhelm II for “a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties”, no Head of State or other senior State officials were tried by a foreign or international court. In the case of Emperor Wilhelm II, the Netherlands refused to extradite him on the grounds of his immunity.

The most remarkable aspect of the preclusion of immunity for certain international crimes in the said provisions of the IMT, ICTY, ICTR and ICC is that they do not differentiate between incumbent and former State offi-

---

<sup>6</sup> For a comprehensive analysis of the doctrines of absolute and restrictive immunity see Jürgen Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague 1997, pp. 14 *et seq.*

cials, so that even incumbent State officials cannot claim personal or functional immunity before these courts. This can be deduced from the consideration that all States have conveyed their power to deny immunity to the UN under Chapter VII of the UN Charter (this applies for the ICTY and the ICTR). Likewise, the States' parties to the Rome Statute have transferred said power to the ICC, although the latter's jurisdiction is only complementary to that of national courts. However, the question of jurisdiction is one that needs to be considered separately from that of immunity, as we shall see later. It is a logical conclusion that, by establishing international bodies in the form of courts or tribunals, the principle of "*par in parem non habet imperium*" no longer applies.

A recent case, however, in which this was not so clear was the indictment of then President of Liberia, Charles Taylor.<sup>7</sup> In contrast to the ICTR and the ICTY, which were established under Chapter VII of the UN-Charter as subsidiary organs of the UN, the Special Court for Sierra Leone (SCSL) was set up by agreement between the UN and the Government of Sierra Leone. This led to the defence in this case arguing that the SCSL was comparable to a Sierra Leonean court lacking Chapter VII powers and therefore not permitted to exercise jurisdiction over the then incumbent Head of State, Taylor, due to his personal immunity. While the defence may have mixed questions of jurisdiction with immunity issues, the claim of Head-of-State immunity was a substantive argument taking the "hybrid" nature of the SCSL into account. The Court, in its Decision on Immunity from Jurisdiction,<sup>8</sup> addressed this argument and denied immunity to Charles Taylor on two grounds. First, the SCSL was a "truly international court", since SC Resolution 1315 (2000)<sup>9</sup> permitted the Security Council to participate in the creation of the SCSL, and the Security Council's powers under Articles 39 and 41 of the UN Charter were sufficiently broad to establish the Court in agreement with Sierra Leone. Second, Article 6 (2) of the Statute of the SCSL<sup>10</sup> was to be interpreted in line with the corresponding provisions of the statute of the IMT, ICTY and ICTR, which in the meantime, in the view of

---

<sup>7</sup> The indictment can be found at <http://www.specialcourt.org/documents/WhatHappening/Indictments.html>.

<sup>8</sup> The decision can be found at <http://www.sc-sl.org/SCSL-03-01-I-059.pdf>.

<sup>9</sup> Security Council Resolution 1315 (2000), 14 August 2000, to be found at <http://www.un.org/Docs/scres/2000/sc2000.htm>.

<sup>10</sup> <http://www.specialcourt.org/documents/Statute.html>.

the Court, could be identified as customary international law, to exclude immunity also for incumbent senior State officials.

The SCSL rightly brought up the question whether exemption of even incumbent senior State officials from immunity in the case of an indictment for international crimes before an international court had become a rule of customary international law, since neither the provisions of the statute of the SCSL, nor those of the IMT, ICTY and ICTR explicitly declared that the rule of personal immunity for incumbent senior state officials was inapplicable. All the same, it cannot be denied that respecting the immunity of serving heads of State in cases of severe international crimes as laid down in the said statutes, especially in the Rome Statute of the ICC, and in the ILC draft of a Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind<sup>11</sup>, would contradict the purpose of international courts created to prosecute exactly these crimes, since most international crimes – due to their dimension and the organization and logistics necessary to commit them – are somewhat linked to the State, that is, its officials. What has been favoured in legal literature for the past decade, namely to deny immunity, both functional and personal, also to serving senior State officials in proceedings before international courts, seems to have therefore become the constant practice of international courts and tribunals.<sup>12</sup> What is more, the ICJ, in its ruling in *Republic of the Congo v. Belgium (Arrest Warrant case)*<sup>13</sup> found in an obiter dictum that “...an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction.”<sup>14</sup> Whether an international court has jurisdiction over senior State officials is determined by the respective court’s statute and the factual background of its creation. Therefore, it may reasonably be argued that especially the SCSL as a court being set up by a treaty between the UN and Sierra Leone, is not a completely international court and for this reason was not entitled to exercise its jurisdiction over then Liberian Presi

---

<sup>11</sup> <http://www.un.org/law/ilc/texts/dcodefra.htm>.

<sup>12</sup> See the decisions of the ICTY against several officials of the former Yugoslav state, which can be found at <http://www.un.org/icty/>.

<sup>13</sup> [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icobe/icobejudgment/icobe\\_ijudgment\\_20020214.PDF](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icobe/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214.PDF).

<sup>14</sup> *Ibid.*, para. 60.



dent Taylor.<sup>15</sup> Also, the question of whether immunity is denied by an international court always depends on the scope of the immunity concerned. In its judgment in *Al-Adsani v. the United Kingdom*<sup>16</sup>, the ECHR failed to adjudicate civil damages to the applicant, who had allegedly been tortured, *inter alia*, in a Kuwaiti prison and was denied damages he claimed against the Kuwaiti State before the UK High Court and Court of Appeal, based on the immunity *rationae personae* accorded to the State of Kuwait itself.<sup>17</sup> In contrast to the denial of immunity by international courts and tribunals in criminal proceedings, the ECHR did

“...not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of personal injury for damages for alleged torture committed outside the forum State.”<sup>18</sup>

It is therefore not only necessary to differentiate between personal and functional immunity, but also, as has been clearly shown by this judgment, to clearly define which immunity – that of the State or that of State officials – is concerned and in which kind of proceedings – civil or criminal – it is argued. For the purposes of this contribution, however, the focus shall be solely on criminal proceedings, and in that respect, as already mentioned, senior State officials can, currently as a rule of customary international law, generally not claim any immunity before international courts or tribunals, provided that they have jurisdiction.

## 2) *PROCEEDINGS BEFORE NATIONAL COURTS*

Opposed to and by far more controversial than the issue of immunity before international courts and tribunals is the matter of immunity of senior State officials from foreign national jurisdiction. Actually, this constellation addresses two issues, first, the extensive topic of universal jurisdiction for international crimes, and second, the question of immunity and its exceptions in cases of such crimes. This separation is only logical, considering the

---

<sup>15</sup> Dapo Akande, “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *AJIL* 98 (2004), 407, at 415 *et seq.*, points in this direction.

<sup>16</sup> To be found at <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>.

<sup>17</sup> *Ibid.*, para. 61.

<sup>18</sup> *Ibid.*, para. 66.

fact that a court will only look into the question of immunity if it has already asserted its jurisdiction.<sup>19</sup> As the ICJ stated in the *Arrest Warrant* case

“It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction.”<sup>20</sup>

Consequently, the two topics will be addressed separately in the following.

a) The concept of universal jurisdiction is based on the notion that for certain crimes, which are recognized as being especially heinous, are condemned all over the world and are therefore termed “international” crimes – such as, crimes against humanity, war crimes, genocide –, every State can initiate criminal proceedings against individuals regardless of the territoriality principle. While the proceedings of various United States and British military tribunals after World War II were instead based on the passive personality principle, there has been a rise in prosecutions based on the principle of universal jurisdiction since the 1990s<sup>21</sup> due to the increasing number of armed conflicts all over the world of which Yugoslavia and Rwanda are a – severe – example, and, surely linked to the aforementioned, due to the increasing number of ratifications of the UN Convention against Torture<sup>22</sup> and the Genocide-Convention<sup>23</sup> and their implementation into national law.

While there have been several examples of universal jurisdiction in civil proceedings in United States’ courts, and although an increasing number of States, Germany being the State to proceed the furthest<sup>24</sup> in this respect, have

---

<sup>19</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford 2004, p. 56.

<sup>20</sup> *Supra* note 13, para. 59.

<sup>21</sup> The “Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences” by the ILA Committee on International Human Rights Law and Practice, to be found at [http://www.ila-hq.org/html/layout\\_committee.htm](http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm), gives a good overview of the recent developments.

<sup>22</sup> <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r046.htm>.

<sup>23</sup> General Assembly Resolution 260 (III), 9 December 1948, to be found at <http://www.un.org/documents/ga/res/3/ares3.htm>.

<sup>24</sup> German criminal law has seen both the introduction of the Code of Crimes against International Law (*Völkerstrafgesetzbuch*) in 2002, see BGBl. I 2002, 2254, and of universal jurisdiction (*Weltrechtsprinzip*) in Article 6(9) of the German Criminal Code (*Strafgesetzbuch*, StGB), the former codifying and thereby establishing jurisdiction for certain international crimes, the latter establishing criminal jurisdiction in cases of crimes codified in international treaties.

codified provisions allowing for universal criminal jurisdiction, it is still more than questionable whether it has become a rule of customary international law.<sup>25</sup> Recognizing that both legal literature<sup>26</sup> and certain international jurisprudence<sup>27</sup> are greatly in favour of the assumption that such a rule already exists and that the ILC has laid it down in Articles 8 and 9 of its draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind<sup>28</sup>, not to mention the *Pinochet* judgment of the House of Lords, there remain doubts about whether there exists sufficient practice in order to count universal jurisdiction among the rules of customary international law. What is more, the ICJ in its decision in the *Arrest Warrant* case refrained from bringing light into the dark of this matter by not addressing the issue in its judgment, although it was mentioned in the Separate Opinions of three judges.

It is also questionable whether the development of such a rule of customary international law is desirable, considering the fact that culpability and sanctions in national criminal codes can vary greatly in manner and scale, thereby possibly undermining the harmonizing effect intended by creating the ICC.<sup>29</sup> However, irrespective of this controversy it can be asserted that universal criminal jurisdiction does exist with respect to certain codified international crimes<sup>30</sup>, whether they are assumed to be *jus cogens* or not, both on the basis of international treaties and national criminal law.

---

<sup>25</sup> The only clear case in which universal jurisdiction was so far assumed to be customary international law was that of jurisdiction over pirates, due to the territoriality principle not being applicable on the high sea. In the meantime, this rule has been codified in Article 105 of the UN Convention on the Law of the Seas, to be found at [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_overview\\_convention.htm](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm).

<sup>26</sup> Antonio Cassese, "When may Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case", *EJIL* 13 (2002), 853, 859 – 862; Dapo Akande, *loc. cit.* (note 15), p. 415.

<sup>27</sup> As an example, see the ICTY judgment in the Furundzija-case, <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/fur-tj981210e.pdf>, par. 156.

<sup>28</sup> *Supra* note 11; for an analysis of the draft Code see Christian Tomuschat, "Das Strafgesetzbuch der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit", *EuGRZ* 25 (1998), 1 *et seq.*

<sup>29</sup> For a good overview of the ICC's jurisdiction see Carsten Stahn, "Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit: Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (IntStGH)", *EuGRZ* (1998), 577 *et seq.*

<sup>30</sup> *Supra* note 24.

b) Provided that a national court has or assumes to have jurisdiction over a former or incumbent senior State official, it will, as a second step, examine whether he or she can claim personal or functional immunity from prosecution. In this respect, it is necessary to differentiate between functional and personal immunity on the one hand, and between incumbent and former senior State officials on the other.

To begin with, regarding the less controversial issue, namely the question of immunity *rationae personae*, there is unanimity in legal literature and jurisprudence that, as a rule of customary international law, senior State officials such as Heads of State or foreign ministers enjoy absolute immunity at least against criminal charges brought against them by foreign jurisdictions while in office.<sup>31</sup> It is equally undisputed that, as soon as the State official in question ceases to hold the office, he loses his personal immunity and can be subjected to criminal proceedings in foreign national courts in respect of his private actions before, during or after his term of office.<sup>32</sup>

The really controversial issue is the question of limits to immunity *rationae materiae* for incumbent and former senior State officials before national courts in the case of alleged serious international crimes. Generally, senior State officials enjoy immunity for official acts attributable to the State both during and after their term of office.<sup>33</sup> While the indictment of the former Panamanian General Manuel Noriega by a Florida federal court in 1990 for drug trafficking<sup>34</sup> attracted much attention, it is not relevant to discussing the evolution of a rule of customary international law lifting functional immunity, since Noriega had not been recognized as the Panamanian Head of State by the United States as the forum State. It was actually not until the spectacular final decision of the House of Lords in the *Pinochet* case<sup>35</sup> that several theories on the limitations of functional immunity emerged in legal

---

<sup>31</sup> Doehring, *op. cit.* (note 3), p. 291; Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, Berlin 1989, Vol. I/1, p. 254; Fox, *op. cit.* (note 1), p. 438; Cassese, *op. cit.* (note 3), p. 96; *id.*, *loc. cit.* (note 26), 864 *et seq.*; explicitly extending this rule to foreign ministers: ICJ, *Arrest Warrant* case, *supra* note 13, para. 54.

<sup>32</sup> Doehring, *ibid.*; Dahm/Delbrück/Wolfrum, *ibid.*; Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5<sup>th</sup> ed. München 2004, p. 383.

<sup>33</sup> See the authorities referred to in note 32.

<sup>34</sup> *International Law Reports* 99, p. 143.

<sup>35</sup> *Supra* note 2.

literature.<sup>36</sup> However, it is questionable whether this judgment constitutes a precedent on which State and jurisprudential practice can build upon to establish customary international law. The Law Lords basically had to decide two issues: first, whether Pinochet could be extradited to Spain, based on the arrest warrant issued by the Spanish authorities, and second, whether the former Chilean Head of State was entitled to functional immunity against extradition for the crimes he was accused of, namely being responsible in his official capacity for the murder and/or torture of several Spanish citizens.

With regard to the first issue, the House of Lords decided that, according to the UK Extradition Act of 1989, Pinochet could only be extradited for crimes that were punishable at the time of the extradition request. This left only a few extraditable offences since the crime Pinochet was most accused of – torture – was only codified in the UK in 1988 as part of the Criminal Justice Act, which implemented the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment<sup>37</sup> (UNCAT). Regrettably, only one of the Law Lords – Lord Millet – discussed the possibility of torture being a punishable and therefore extraditable crime on the basis of customary international law. The judgment hence failed to contribute to the development of the concept of universal jurisdiction as a source of international law.

In deciding the second issue, the question of immunity, the majority of the Law Lords found that Pinochet did not enjoy functional immunity against extradition, yet regrettably again, all judges presented a different reasoning. Two judges – Lords Wilkinson and Browne – assumed that torture could not be attributed to the State of Chile and therefore also not to its former Head of State after its accession to the UNCAT<sup>38</sup>, since acts of a State party in violation of this Convention could from that point onwards not be

---

<sup>36</sup> Hazel Fox, “The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government”, *International and Comparative Law Quarterly* 51 (2002), 119 *et seq.*; Salvatore Zappala, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, *European Journal of International Law* 12 (2001), 595 *et seq.*; Andreas Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, Munich 2001, pp.271 – 284.

<sup>37</sup> *Supra* note 22.

<sup>38</sup> The UNCAT became effective in Chile with its accession on 30 September 1988.

considered as official<sup>39</sup>. Three judges – Lords Hope, Millet and Salville – held the view that functional immunity had been waived by acceding to the UNCAT. Only two judges denied immunity to Pinochet based on the opinion that torture constituted an international crime according to customary international law, Lord Hutton assuming that torture for that reason could not be considered an official act and Lord Phillips stating that functional immunity was simply incompatible with the crime of torture.

While each opinion of the judges can be criticized in detail<sup>40</sup>, the overall approach of the majority of the Lords of denying immunity on the grounds of the obligations laid down in the UNCAT is questionable. While Art. 5 UNCAT imposes on the member States the obligation to either punish or extradite (*dedere aut iudicare*) persons having committed torture according to the UNCAT, several other UN conventions adopted before the UNCAT – e.g. the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide<sup>41</sup> in Articles 5 and 7, the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents<sup>42</sup> in Articles 3 and 8 – oblige the States' parties to do so if persons violate the respective Convention. It does not appear that legal literature or jurisprudence, in applying these Conventions, had derived from this obligation a revocation of immunity *rationae materiae* for senior State officials. Also, the approach of denying functional immunity before national foreign courts in cases where *jus cogens* – assuming that international crimes constitute such law – is violated, is not flawless. Which international crimes constitute established *jus cogens*? While Articles 6 to 8 of the ICC Statute could give an indication – genocide, crimes against humanity and war crimes –, it needs to be recognized, especially with reference to Article 8, which codifies war crimes laid down in the Geneva and Hague Conventions, that several States have made reservations in respect of certain pro

---

<sup>39</sup> Article 1 of the UNCAT reads: „...when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.”

<sup>40</sup> For a detailed and critical analysis, see Roland Bank, “Der Fall Pinochet: Aufbruch zu neuen Ufern bei der Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen?”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), 677, at 668–699.

<sup>41</sup> *Supra* note 23.

<sup>42</sup> General Assembly Resolution 3166 (XXVII) of 14 December 1973, to be found at <http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>

visions of the said conventions. For this reason, and regrettably so, the crimes codified in the ICC Statute can not (yet) be qualified as *jus cogens* norms. In this context, however, it could well be argued that States having made such reservations, when refraining from initiating criminal proceedings against a person having violated Articles 6 to 8 of the ICC Statute, are “unwilling” to prosecute in the sense of Article 17 (1) (a) of the ICC Statute, thereby making a case admissible before the ICC. This approach could well open the door to a coherent and uniform development of customary international law, provided that the number of accessions to the Rome Statute further increases. As a result, it can be stated that the House of Lords’ decision lacked the clarity necessary for establishing clear guidelines as to when immunity of foreign State officials can be denied.

However, the decisions of other national courts rendered after the House of Lords’ decision did not shed light on this obscure question of immunity either. Although the French *Cour de Cassation* in its decision regarding the Libyan Head of State Ghaddafi<sup>43</sup>, who was accused of being responsible for the bombing of a French aeroplane, assumed that exceptions to immunity for senior State officials do exist, but did not further specify those exceptions, since the Court held that they were in any case not applicable to an incumbent Head of State. The decision of British district judges in January 2004<sup>44</sup> to reject an application for a warrant for the arrest of Robert Mugabe, President of Zimbabwe, in respect of allegations of torture and war crimes points in the same direction. Mugabe, also being an incumbent Head of State, was found to be immune against coercive measures in criminal proceedings.

The fact that speaks most against the *Pinochet* judgment having established a rule of customary international law lifting functional immunity is the ruling of the ICJ in the *Arrest Warrant* case. The judges found that the then incumbent Foreign Minister of the Democratic Republic of Congo, Yerodia, enjoyed absolute immunity against criminal proceedings in Belgium on the grounds that:

“[The court] has been unable to deduce from this [State] practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability

---

<sup>43</sup> *International Law Reports* 125, p. 490, at 508.

<sup>44</sup> *International and Comparative Law Quarterly* 53 (2004), 770.

to incumbent Ministers of Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.”<sup>45</sup>

Unfortunately, the ICJ did not have the opportunity to directly rule on the immunity of former senior State officials, but indirectly it gave some clarification on this contentious matter by emphasizing that, first, immunity from jurisdiction does not mean impunity and that, second, the immunities under international law enjoyed by senior State officials in certain circumstances do not bar criminal prosecution.<sup>46</sup> According to the Court, this is the case (1) if the official’s home State excludes immunity for certain acts and thus indicts the person in question in its own courts, (2) if the country the official represents waives immunity in the light of proceedings in foreign national courts, (3) if the official ceases to hold office and can then be held responsible “... in respect of acts committed during that period of office in a *private* capacity” and (4) if an incumbent or former senior State official is tried before an international court or tribunal, provided that it has jurisdiction.<sup>47</sup> Point (3) implicitly makes clear that, in the view of the ICJ, a former senior State official cannot be held responsible for acts committed in his official capacity, i.e., that such an official enjoys functional immunity also after cessation of office, irrespective of the allegedly committed crimes.

It can be concluded that the ICJ’s decision was to some extent necessary for giving national courts clear guidelines on the interpretation of immunities under international law. However, considering the fact that international crimes are on the rise due to international and intra-State-conflicts, it may well be argued that the judgment stands in the way or at least slows down the development of world-wide standards in criminal proceedings<sup>48</sup>. Also, the argument questioning whether it is just to differentiate between senior and other State officials, e.g. soldiers or police officers, has some stance,<sup>49</sup> since in several cases senior State officials such as dictators lose all touch with reality and their own limitations, which could be avoided if they knew that they can perhaps run, but not hide. On the other hand, one must admit that not every criminal prosecution is initiated in order to deliver jus-

---

<sup>45</sup> *Supra* note 13, para. 58.

<sup>46</sup> *Ibid.*, para. 60.

<sup>47</sup> *Ibid.*, para. 61.

<sup>48</sup> Akande, *loc. cit.* (note 15), 415.

<sup>49</sup> Cassese, *loc. cit.* (note 26), 874.



tice, but may well serve as a means to deflect from incompetence and corruption in criminal proceedings within the respective State.

What speaks most against the possibility of lifting functional immunity in such cases, though, is the fact that in certain situations initiating criminal proceedings against e.g. dictators would often hinder the peaceful solution of a conflict. To give a historic example: The Japanese Emperor (Tenno) was not tried before the Tokyo Military Tribunal after World War II for fear of the outbreak of a guerrilla war. According to Article 16 of the ICC Statute, the UN Security Council has the right to defer proceedings before the ICC if a political solution of a crisis appears to be more promising. The same goes for the ICTY, which the Security Council – as has been implicitly stated in the UN Secretary-General's report on the ICTY<sup>50</sup> – could possibly even decide to suspend if it stood in the way of a peaceful solution of the conflict at hand. It needs to be borne in mind that, at the time when this report was written, there were still hopes of resolving the Yugoslav civil war through negotiations with the then Yugoslav President Milosevic, the conduct of which could have been threatened by the initiation of criminal proceedings.

While these considerations on the preference of political solutions in certain conflicts are, logically, also valid with respect to proceedings against senior State officials before foreign national courts, it is unlikely that the Security Council would equally interfere with national jurisdiction due to State sovereignty.

### III. CONCLUDING REMARKS

Since the international immunities of senior State officials are not absolute and the relevant rules are subject to customary law in the making, the ICJ, in its obiter dictum in the *Arrest Warrant* case, has brought some clarity into this indistinct area of international law. According to the Court's ruling, Foreign Ministers (therefore all the more Heads of State, and also other senior State officials) enjoy absolute immunity from other States' jurisdictions while they are in office, and remain entitled to functional immunity after they cease to hold office. While the Court found certain exceptions to this rule, the most important one being, without doubt, the possible denial of all

---

<sup>50</sup> Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), 3 May 1993, para. 28, to be found at <http://www.un.org/icty/legaldoc/index.htm>.

immunities in proceedings before international courts and tribunals where they have jurisdiction, it asserted not to have found an exception to functional immunity in proceedings before national courts based on a rule of customary international law, according to which a senior State official cannot claim any immunity. Therefore, it can be taken from this judgment that the few decisions in which national courts denied foreign former State officials functional immunity, the most prominent being the House of Lords' judgment in the *Pinochet* case, do not constitute sufficient State practice to conclude that such a rule of customary international law already exists. Although this might be considered regrettable in the light of a developing international conscience for human rights and their violations, it needs to be borne in mind that initiating criminal proceedings is not always the ultimate solution to a conflict and that the responsibility as to which measures should be applied lies with the international community and its institutions. Therefore, apart from the opportunity for States to initiate criminal proceedings against their own – incumbent or former – State officials, prosecution of foreign State officials should be left to international courts, preferably the ICC, thereby ensuring equal standards in substantive and procedural criminal law and leaving it to the international community to decide – on a case-to-case basis – whether a political solution of a conflict is preferable.



## CHAPTER XII

# *The Right of Third States to Take Countermeasures*

CHRISTIAN HILLGRUBER

### I. INTRODUCTION AND OUTLINE OF THE PROBLEM

This paper addresses the topic of “countermeasures” resorted to by third States, i.e. States whose own legal position is not affected in the conventional sense, in response to violations of *jus cogens* or of obligations *erga omnes*. The appropriateness and significance of the concept of “countermeasures” is controversial among experts of international law,<sup>1</sup> but if we understand it in the broad sense, the following discussion must be taken to apply to all possible reactions open to third States in order to urge a violating State to end its breach of the law, to provide reparation to the State that is actually the victim of this breach and, where appropriate, to guarantee that the breach will not be repeated.<sup>2</sup> These would include diplomatic *démarches* (such as the delivery of a note of protest), retorsion, i.e. unfriendly measures that comply with international law right from the very beginning (such as the cessation of diplomatic relations or of trade that is not guaranteed by agreements),<sup>3</sup> and reprisals, i.e. non-military measures that actually contravene international law but are justified in a particular case because they are

---

<sup>1</sup> Cf. for example the discussion by Meinhard Schröder, in: Wolfgang Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, 2nd edn., Berlin / New York 2001, VII, paras. 99–102 on the concepts “sanction” and “countermeasure”.

<sup>2</sup> There is general consensus that these are essentially the only claims that third States may seek to enforce by countermeasures; in particular, a third State may not demand monetary compensation or an apology for itself, only for the State directly injured by the breach of the law (cf. Art. 54 of the International Law Commission (ILC)’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful acts; Jochen Abr. Frowein, “Reactions by not directly affected states to breaches of public international law”, *RdC* 248 (1994 IV), 345, at 431).

<sup>3</sup> On the concept of retorsion cf. Horst Fischer, in: Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5th edn., Munich 2004, § 59, paras. no. 44; Karl Doehring, *Völkerrecht*, 2nd edn., Heidelberg 2004, paras.paragraph no. 1025.

taken in response to a breach of international law by another State and are designed to encourage the latter State to return to the legal community;<sup>4</sup> in addition, these reactions would also include collective self-defence as a military response to an armed attack in violation of international law and, if the concept is understood in a very broad sense, even coercive measures adopted by the UN Security Council pursuant to Chapter VII of the UN Charter,<sup>5</sup> with which the international community collectively responds to threats to and breaches of the peace.

To sum up, we are dealing with a wide variety of different forms of action and instruments here, and an exhaustive discussion would be far beyond the limited scope of this paper. This would not appear to be necessary anyway. On close consideration, only one of the aforementioned “countermeasures” entails particular problems if it is taken by a third State which is not directly affected, namely reprisals. This is because diplomatic protests and acts of retorsion do not constitute a breach of international law in any event and therefore they do not need to be justified; they can thus be adopted by any State without further ado.<sup>6</sup> The use of military force by way of collective self-defence by States other than the State under attack is explicitly governed by Art. 51 of the UN Charter; hence, there can in principle be no doubt about its permissibility. The same applies to resolutions on sanctions adopted under Chap. VII of the UN Charter: if, in the case concerned, a violation of *jus cogens* also constitutes a threat to, or a breach of, the peace, the international community as organized in the form of United Nations may certainly take the armed and non-armed “countermeasures” provided for by Arts. 40–42 of the UN Charter through the Security Council. The only issue open to question is thus whether, in the face of a violation of mandatory international law, even States whose own rights are not directly affected may take reprisals, i.e. may, as an exception, outside the forum of an international organization of which the violating State is also a member, depart individually or jointly with other States from their obligations under international law towards the violating State in order to force the latter to cease its

---

<sup>4</sup> On the concept of reprisals see Eckart Klein, “Gegenmaßnahmen”, in: Wilfried Fiedler / Eckart Klein / Anton K. Schnyder, *Gegenmaßnahmen*, Heidelberg 1998, p. 39, at 45; Horst Fischer, *op. cit.* (note 3), § 59, paras. no. 45; Karl Doehring, *op. cit.* (note 3), paras. no. 1029.

<sup>5</sup> Cf. Eckart Klein, *loc. cit.* (note 3), p. 43.

<sup>6</sup> See e.g. Georg Dahm / Jost Delbrück / Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, I/1, 2nd edn., Berlin / New York 1989, p. 92.

breach of the law – although admittedly this does not include the use of military force.

The idea just outlined was largely rejected up to the 1970s: a purely bilateral view of the structure of obligations under international law was maintained, in which only the State directly affected by a breach of the law was in turn permitted to respond by adopting otherwise unlawful measures.<sup>7</sup> This view was unexpectedly challenged by a prominent authority in 1970. In its decision in *Barcelona Traction Light & Power Company*, which actually only dealt with the legitimation of the State to exercise diplomatic protection of a private company on the basis of the nationality of shareholders, the International Court of Justice (ICJ) – for reasons that remain obscure even today<sup>8</sup> – added the following *obiter dictum*, which is no doubt one of the passages of ICJ case law most frequently cited in academic legal literature:

“[A]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.”<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> On the opinion at the time cf. Jochen Abr. Frowein, “Die Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung”, in: Rudolf Bernhardt / Wilhelm Karl Geck / Günther Jaenicke / Helmut Steinberger (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin etc. 1983, p. 241, at 246 *et seq.*; *id.*, *loc. cit.* (note 2), 353, 407 *et seq.* One of the few scholars to accept the right of third States to adopt reprisals in response to serious violations against humanity long ago was August Wilhelm Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 2nd edn., Berlin 1848, § 110, p. 199.

<sup>8</sup> The relevant passage is unanimously accepted as being superfluous in the Court’s decision. The majority view is that the ICJ seized the first available opportunity to distance itself as quickly as possible from its controversial second South West Africa decision (*South West Africa, Second Phase, ICJ Reports* 1966, p. 6 *et seq.*), in which it refused to regard all the former members of the League of Nations as having established any legal right or interest in maintaining the League of Nations’ mandate for South West Africa by the administering State South Africa (see e.g. Wolfram Karl, “Menschenrechtliches jus cogens – Eine Analyse von “Barcelona-Traction” und nachfolgender Entwicklungen,” in: Eckart Klein (ed.), *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht*, Berlin 2003, p. 102, at 103; Bruno Simma, “Does the UN-Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations erga omnes?”, in: Jost Delbrück (ed.), *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios – New Law?*, Berlin 1992, p. 125, at 127).

<sup>9</sup> ICJ, *Barcelona Traction, ICJ Reports* 1970, p. 3, at 32.

Since then, the view is gaining ground that, in the case of violations of fundamental principles of international law, all States – even those that are not affected in the traditional sense – are injured in the legal sense and thus authorized to take reprisals.<sup>10</sup> This theory is to be examined here.

## II. DO “THIRD STATES” HAVE A RIGHT TO TAKE REPRISALS?

In principle, it is beyond doubt even today that, in general, only a subject of international law conventionally understood to be directly affected by a violation of international law may resort to reprisals against an offending State.<sup>11</sup> In order to arrive at a different result for serious violations of particularly fundamental principles of international law, legal logic would permit two constructions: Firstly, these obligations could be construed as obligations *erga omnes*, i.e. obligations owed to all States; as a result, a violation of these obligations would affect all States in a legal sense, even those that are not conventionally understood to be affected.<sup>12</sup> This solution is hinted at in

---

<sup>10</sup> A development in the field of international criminal law that is similar in some respects should be mentioned briefly at this point: Here, too, the view is taken that piracy, genocide, war crimes, crimes against humanity and possibly terrorist crimes affect not only the State in which they are committed or the State of nationality of the victims, but the entire international community; as a result, in accordance with the principle of universality, the perpetrators can be prosecuted by any State whatsoever (cf. German Constitutional Court, *Juristenzeitung* 2001, 974, at 980; Karl Doehring, *op. cit.* (note 3), paras. no. 1155; Alfred Verdross / Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3rd edn., Berlin 1984, paras. no. 1184; Georg Dahm / Jost Delbrück / Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, I/3, 2nd edn., Berlin / New York 2002, p. 999). In international criminal law, however, we are dealing with the enforcement of individual responsibility of a natural person under criminal law; in contrast, the law on reprisals concerns the enforcement of responsibility of a subject of international law under international law. Thus, regardless of their common starting point, the two legal concepts should not be treated as being the same.

<sup>11</sup> Eckart Klein, *op. cit.* (note 4), p. 49; Georg Dahm / Jost Delbrück / Rüdiger Wolfrum, *op. cit.* (note 6), p. 92; Alfred Verdross / Bruno Simma, *op. cit.* (note 10), § 1343.

<sup>12</sup> Thus, with regard to multilateral obligations under international law connected with the protection of human rights, for example, the view could be taken that here any contracting State is in fact entitled to demand from any other contracting State that the latter does not violate human rights in its treatment of its own (the latter's) nationals, i.e. from its own point of view foreign (!) nationals (*obligationes inter omnes contractantes*). In view of the minimum human rights standards to be respected in accordance with universally applicable international customary law, all States would thus have mutual entitlements vis-à-vis all other States (*obligationes erga omnes*). They are therefore norms with a particular compliance

the excerpt from the *Barcelona Traction* case cited above and was also followed by the International Law Commission (ILC) in its first draft articles on State responsibility.<sup>13</sup> In this respect, it remains within the bounds of “classic international law” in that it maintains the requirement of being authorized to take reprisals, except that in this case all States are authorized to do so. However, it would also be conceivable that, in the event of a violation of fundamental rules of international law, a kind of “popular reprisal” (*actio popularis*) is permitted that completely waives the requirement of “being injured”. This would obviate the need for the perhaps slightly contrived idea that the genocide in Rwanda or the cases of torture in the Abu Ghraib prison violated the Federal Republic of Germany’s own rights. In addition, it would explain why a third State may be permitted to adopt countermeasures but may not, as unanimously agreed, claim compensation for itself: because the State itself is not injured and is therefore not itself entitled to compensation for damages.<sup>14</sup> This view prevailed in the final version of the ILC’s Articles on State Responsibility. Only a State actually injured is referred to in these articles as the *Etat lésé* or “injured State”; the topic of interest to us here is dealt with under the article heading “Measures taken by States other than an injured State”.<sup>15</sup> However, in contrast to its earlier drafts, the ILC is now on the whole extremely cautious in terms of the measures that a “non-injured” State may adopt. Art. 54 deliberately does not refer to “countermea-

---

structure (cf. Eckart Klein, “Diskussionsbeitrag”, in: *id.* (ed.), *op. cit.* (note 8), p. 334), which would also have a particular enforcement structure, including reprisals by third States. To this extent we could thus speak of truly multi-lateral obligations, because in this case multilaterality does not merely consist of a number of merely bilateral relations.

<sup>13</sup> Cf. Art. 40, para. 3 of the draft of 1996 (UN Doc. A/51/10, p. 141): “In addition, “injured state” means, if the internationally wrongful act constitutes an international crime, all other states.”

<sup>14</sup> However, the modification of the secondary legal consequences vis-à-vis States that are not directly affected can also be justified by the particular nature or structure of the entitlement to compliance on the part of third States, i.e. with the content of what is due under primary law: The State that has an entitlement despite not being affected itself merely suffers an intangible damage if its right to demand respect for the human rights of what from its own point of view are foreign nationals by these nationals’ State of nationality is violated. It therefore cannot claim compensation for tangible damages for itself, but instead merely for a third party, i.e. it can require that the victims of violations of human rights be put in the same position they would have been in if the violating State had respected their human rights (cf. Christian Hillgruber, “Diskussionsbeitrag”, in: Eckart Klein (ed.), *op. cit.* (note 8), p. 333 *et seq.*).

<sup>15</sup> Cf. Art. 54 of the ILC articles (Annex to General Assembly resolution 56/83, 12 Dec 2001).



asures”, but instead merely to “lawful measures”.<sup>16</sup> As shown by the official commentaries, this provision is seen as a safeguard clause designed to leave the issue of whether and how third States may have recourse to “counter-measures” (which presumably primarily means “reprisals”) to be decided in the course of further developments in international law.<sup>17</sup> In view of what it regards as the very limited State practice, the ILC did not wish to explicitly advocate this kind of “popular reprisal”.<sup>18</sup> The relevant State practice is indeed decisive here. A right on the part of third States to take reprisals cannot simply and directly be – supposedly logically – deduced from legal constructions such as obligations *erga omnes* or *jus cogens* without having regard to the conventional methods of establishing customary law and interpreting treaties.

Classifying a norm of international law as “mandatory” entails in fact initially merely the legal consequence that individual subjects of international law cannot contract out of this norm in their legal relations with one another;<sup>19</sup> the particular quality of *jus cogens* denoting the rigidity, the “resistance to change” of a norm, and possibly also its primacy, although caution is already warranted here.<sup>20</sup> In contrast, the permissibility of “reprisals by third States” depends on the mechanisms of enforcement that are put in place for a particular norm of international law. However, this is not deter-

---

<sup>16</sup> On the reasons why this term was chosen, cf. para. 7 of the ILC’s commentaries on this provision.

<sup>17</sup> Cf. ILC, Commentaries to the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Art. 54, para. 6.

<sup>18</sup> Cf. ILC, Commentaries to the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Art. 54, para. 6; for a detailed discussion of the ILC’s stance, see also Sabine von Schorlemer, “Verfahrensrechtliche Aspekte bei Ansprüchen aus Verletzungen von Erga-omnes-Normen”, in: Eckart Klein (ed.), *op. cit.* (note 8), p. 238, at 277 *et seq.*; Christian J. Tams, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2002, 760, at 789 *et seq.* According to Denis Alland, *EJIL* 13 (2002), 1221, at 1232 *et seq.* the ILC’s Draft Articles could even be understood as excluding reprisals by non-injured states.

<sup>19</sup> Cf. Arts. 53, 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

<sup>20</sup> Against equating unchangeability with higher priority, e.g. Wolff Heintschel v. Heinegg, in: Knut Ipsen, *op. cit.* (note 3), § 15, paras. no. 45; Eckart Klein, “Diskussionsbeitrag”, in: *id.* (ed.), *op. cit.* (note 8), p. 188; Christian Maierhöfer, “Der EGMR als “Modernisierer” des Völkerrechts? – Staatenimmunität und jus cogens auf dem Prüfstand”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2002, 391, at 396.

mined either by its rigidity or by its primacy, as shown by a simple comparison with national legal systems where constitutional norms have the highest rank and enjoy particular protection against change. Nevertheless, quite rightly, no one would even consider granting every legal subject the right to enforce compliance with all constitutional norms merely on that ground.

This example shows that enforceability by every legal subject of the relevant legal system is by no means the logical conclusion to be necessarily drawn from the high rank or the rigidity of application of a norm.<sup>21</sup> A particular status or a particular value on which a norm is based may be a reason for a legal community in its legal policy to reinforce that norm with particularly strong enforcement mechanisms in order to make it particularly effective. Perhaps we will therefore ultimately have to conclude that many of the rules of international law the violation of which may give rise to a measure of reprisal by a third State also belong to what is known as *jus cogens*. However, in order to identify the applicable law, recourse to such classifications is not sufficient. Instead, the key question is whether the legislature – i.e. in the case of international law the international community – has actually created the relevant positive legal norms in the procedures provided for – in the case of international law primarily the conclusion of treaties and practice establishing customary law plus acceptance as law .

For the same reason, the right of third States to resort to reprisals cannot be based on the theoretical construction of obligations *erga omnes* alone. No legal consequences can be deduced *per se* from the classification of an obligation as *erga omnes*, a classification which is often largely based on its ethical and moral “value”.<sup>22</sup> It needs to be demonstrated that States have cre-

---

<sup>21</sup> Thus Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 405 *et seq.*, inaccurately refers to the enforceability of international law by third States as “almost a logical consequence” of the recognition of *jus cogens* and continues: “A rule from which no derogation is permitted will normally be one in whose performance all States must be seen to have a legal interest.” For a radically different view cf. Dennis Alland, *loc. cit.* (note 18), at 1237 *et seq.*, who argues that the notion of *jus cogens* is theoretically irreconcilable with a right of third States to have recourse to countermeasures.

<sup>22</sup> Cf. e.g. Bruno Simma, *loc. cit.* (note 8), p. 132 *et seq.*, according to whom “genuine obligations *erga omnes*” are not simply obligations under international law that cannot be divided up into bilateral legal relations, but are also characterised by the fact that they have become “imperative” as a result of a particular decision taken by the international community on values; similarly, Torsten Stein, “Decentralized International Law Enforcement: The Changing Role of the State as Law Enforcement Agent”, makes the link between “value” and

ated a norm in positive international law that allows third States to respond to violations by taking reprisals. Although, from a logical point of view, there is much to suggest that in the event of the violation of an obligation owed to all States, all States are injured and hence entitled to adopt reprisals,<sup>23</sup> two considerations presented in legal literature show how careful we must be in making these kinds of logical deductions. Firstly, as already pointed out, surely no one would take the view that all States are injured so far as to acknowledge that all States can really assert the secondary claims to which an injured State is usually entitled.<sup>24</sup> Secondly, the idea that the international community as a whole is affected can actually be used as an argument against the right of a third State to take reprisals. In order to prevent abuse, the international community affected “as a whole” is to respond to violations of *erga omnes* norms solely or at least largely as a community, i.e. primarily within the institutional framework of the UN.<sup>25</sup> Even in cases in which legal norms have been acknowledged by the international community as having *erga omnes* effect, we must therefore always consider what consequences under international law the States wished to link to grave violations, specifically whether such violations lead to the right of all States to have recourse to reprisals outside the formal framework of the UN.

In the following, we therefore need to examine step by step which fundamental norms of international law have been designed by the international community such as to permit third States too – by way of exception – to respond to their violation by taking reprisals. In view of the number of relevant norms, only a brief outline is possible here, because we need to examine not only international customary law, but also the law of international agreements. A right to take “popular reprisals”, which would obviously only take effect *inter omnes contractantes*, can be agreed on implicitly or explicitly in a treaty as a particular legal consequence of the violation of that treaty. Both in its *Barcelona Traction* decision and in its decision of

---

the *erga omnes* structure in: Jost Delbrück (ed.), *The Allocation of Law Enforcement Authority in the International System*, Berlin 1995, p. 107, at 115 *et seq.*

<sup>23</sup> See e.g. Meinhard Schröder, *op. cit.* (note 1), VII, paras. no. 110; Sabine von Schorlemer, *loc. cit.* (note 18), p. 280; Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 51.

<sup>24</sup> Cf. note 2 above, but see also note 14.

<sup>25</sup> Cf. for these kinds of arguments Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 50 *et seq.*; Bruno Simma, *loc. cit.* (note 8), p. 130, 136; however, both wish to leave the option of unilateral reprisals by third States open, as they say that the UN system alone is not sufficient.

11 July 1996 on the *Genocide Convention*, the ICJ classified obligations arising from a treaty as obligations *erga omnes*,<sup>26</sup> which incidentally is a further reason for drawing a distinction between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and the right of third States to take reprisals. There is a strong case for doubting whether contractual provisions as such, taking account of the reason for their application as provided for in the treaty, can at the same time be *jus cogens* that cannot be contracted out.

1) Let us begin by looking at the law of international agreements. Basically, the violation of a multilateral treaty by one of the contracting parties does not automatically make all the other contracting parties “injured” parties pursuant to general rules and hence entitled to adopt reprisals. As a rule, here too, only a party particularly affected by the violation of the treaty is entitled to take such strong action. This can be seen for example from the legal idea enshrined in Art. 60 (2) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which restricts the right to terminate a treaty to the party particularly affected by a breach.<sup>27</sup> A different solution may of course be intended and can be agreed on by the parties, but there must be indications for this.

a) None of the main human rights agreements contain provisions that expressly grant third States the right to take reprisals or even clear indications that this right exists. However, any interpretation of the agreements must look further at this point. In addition to the wording of the specific terms of a treaty, the overall context and its object and purpose must also be considered, as stated in Art. 31 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. As we know, the great innovation of human rights agreements lies in the fact that, for the first time, international law addresses the conduct of States towards their own nationals on a sizeable scale. This is the difference between human rights agreements and traditional law on aliens, which only

---

<sup>26</sup> ICJ, *Barcelona Traction*, *ICJ Reports* 1970, p. 3, at 32. “Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...], others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.” (my italics); ICJ, *Genocide Convention, Preliminary Objections*, *ICJ Reports* 1996, p. 595, at 616: “It follows that the rights and obligations enshrined by the *Convention* are rights and obligations *erga omnes*.” (my italics).

<sup>27</sup> Cf. also Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 394 *et seq.* and 402, who quite rightly points out that Art. 60, para. 2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties does not directly provide for countermeasures: the law of the responsibility of States, which includes the right to exercise reprisals, is not governed by the Vienna Convention (cf. Art. 73 of the Vienna Convention on the Law of Treaties).

sets standards for dealing with nationals of other States. This change in the legal position must also have an impact on the enforcement mechanisms available in each case. Traditional law on aliens was able to make do with the “normal” enforcement regime of international law. If a violation occurred, the State of nationality of the victim was a directly affected State in the traditional sense and could enforce its rights by resorting to reprisals.

However, the situation is different in modern human rights agreements. In the very case in which they most prominently aim to govern, namely improper treatment of a person by his or her own State, there would often be no way of enforcing rights if the traditional regime of reprisals was all we had to work with. A State whose own rights are affected in the traditional sense is completely lacking. With the exception of the European Convention on Human Rights, none of the agreements grants the beneficiaries obligatory options at the level of international law to ensure for themselves that the agreements concluded in their interest are complied with. Unless we wish to assume that the States wanted to create obligations under international law without any way of enforcing them, i.e. practically merely natural obligations, there is good reason to assume that human rights agreements implicitly grant each contracting State the right to respond to violations of the agreement by other States using any one of the entire range of “self-help” instruments permitted under international law, i.e. by having recourse to reprisals. The *effet utile* argument does not serve to support an “optimal” enforcement of the human rights agreements here; this would be highly dubious. It is merely a matter of guaranteeing a minimum level of effect that the contracting parties surely cannot wish to fall short of. If compliance with the agreed human rights was not to be understood as an obligation that exists vis-à-vis all the contracting States and is enforceable by all the contracting States, it would in practice – in view of the position of the individual in international law, which is still very weak – be relegated to a mere “duty” not owed to anyone and not capable of being enforced by anyone. Additional support for this view can be found in Art. 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which was initially used to justify the statement that, in principle, not every party to a multilateral treaty is entitled to respond to violations by taking reprisals. Pursuant to paragraph 5 of this Article, human rights agreements are not based on the principle of mutuality, which would allow a contracting party to terminate the relevant treaty if another party violated the treaty. Each contracting party is bound by the treaty even if one

of the parties breaches it. If, however, compliance with human rights agreements differs in this respect from the traditional bilateral view of structures of contractual obligations, why should coercive enforcement of the treaty by means of reprisals cling to this traditional view, as ultimately reflected in the call for a special right to take reprisals? Basically, we must therefore assume that the States' parties to human rights agreements implicitly allow reprisals to be exercised by any one of them.<sup>28</sup>

However, this may be different in cases where the treaties themselves provide for enforcement and monitoring mechanisms. The aforementioned risk of "completely unenforceable" rights no longer exists here. Nevertheless, these kinds of options for legal redress within the treaty – presumably regarded by the contracting parties as exclusive – are limited in number.<sup>29</sup> they probably include the procedure pursuant to Section II of the European Convention on Human Rights, which includes both individual complaints and complaints by States as mandatory options, provides for binding decisions and even governs their enforcement.<sup>30</sup> There is no scope for recourse to the general right to impose reprisals here. In contrast, the situation is completely different in the case of the UN Human Rights Convention (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR). Pursuant to Art. 41, a contracting State can only bring violations of the treaty before the Human Rights Committee if both the State itself and the alleged offending State have declared that they recognize its jurisdiction. If they have not done so, there is no mechanism to settle the dispute within the treaty that would override the "more general" right to impose reprisals. This is surely the case even if the alleged violating State has not accepted the right of a State to bring a complaint pursuant to Art. 41, but has agreed to individual complaints ("com-

---

<sup>28</sup> The ICJ is of a different opinion in the *Barcelona Traction* judgement, in which it states in *ICJ Reports* 1970, p. 4, at 47: "However, on the universal level, the instruments which embody human rights do not confer on States the capacity to protect the victims of infringements of such rights irrespective of their nationality"; Jochen Abr. Frowein also takes a different view, *loc. cit.* (note 7), p. 255; *loc. cit.* (note 2), 400 *et seq.* (where he makes it clear that in the event of serious breaches of human rights, he would accept reprisals by third States on account of a violation of the minimum standard laid down by customary law, but not from the point of view of the breach of an agreement).

<sup>29</sup> Cf. Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 49 *et seq.*

<sup>30</sup> Cf. Arts. 33, 34, 46, paras. 1 and 2 of the European Convention on Human Rights. Article 16 of the 14th Additional Protocol, which has not yet entered into force, further strengthens the mechanism for monitoring enforcement of decisions.

munications”) pursuant to the Optional Protocol to the ICCPR,<sup>31</sup> which gives individuals the possibility, albeit a weak one, of enforcing compliance with the treaty, but not the other contracting States. It can hardly be assumed that, by adopting the Optional Protocol, the States wished to put enforcement of “their” entitlement to compliance with the treaty *solely* in the hands of the individuals affected without reserving the right to resort to at least to the general means of coercion provided under international law, primarily reprisals.

However, even in cases in which a State may bring a complaint before the Human Rights Committee, its impact on the general means of coercion under international law should not be overestimated: if an amicable settlement cannot be reached, all the Committee initially does is draw up a non-binding report that merely states the facts of the case and the arguments put forward by the parties.<sup>32</sup> A legal comment – also non-binding – by a “conciliation commission” can only be drawn up as a second step and requires the renewed consent of the parties to the dispute.<sup>33</sup> This procedure cannot lead to the definitive exclusion of the right to impose reprisals. All it can do is temporarily “suspend” this right:<sup>34</sup> even if this procedure is carried through to the end, something that the parties are not obliged to do, a binding decision to settle the dispute is not taken, and mechanisms to enforce compliance with the treaty by means of coercion are certainly not provided for. The non-exhaustive nature of the complaints procedure by States is also clear from Art. 44 of the ICCPR, which explicitly allows the States parties to the Covenant the option of adopting other means of settling a dispute, although this provision is admittedly not directly applicable to reprisals.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> This situation is by no means unlikely: to date, around twice as many members have agreed to individual complaints as to complaints by States.

<sup>32</sup> Cf. Art. 41, para. 1 h) of the ICCPR. Thomas Buergenthal / Dinah Shelton / David Stewart, *International Human Rights*, 3rd edn., St. Paul 2002, p. 47 therefore describe the procedure as “little more than a formal conciliation machinery.”

<sup>33</sup> Cf. Art. 42 of the ICCPR.

<sup>34</sup> The same conclusion is reached by Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 49 *et seq.* A different view is presented by Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 7), p. 255.

<sup>35</sup> In contrast, Art. 62 of the old version of the European Convention on Human Rights categorically ruled out means of settling disputes other than those provided for by the Convention itself.

Contrary to the view frequently adopted in legal literature, the permissibility of reprisals by third States cannot depend on whether the violation of the treaty leading to such reprisals is particularly serious or whether the case is particularly unambiguous.<sup>36</sup> Under general international law, a State can take reprisals if *in its own view* its rights have *somehow* been violated. The question of whether reprisals are permissible does not depend on either the particular “unambiguity” of the case or a particular seriousness of the breach. The latter is only relevant in connection with the principle of reasonableness in deciding *what* reprisals may be imposed. Human rights agreements have implicitly waived the requirement for a particular right to impose reprisals (or rather declare that all States parties to the agreements are “injured” States), because in the case of violations of human rights, there is often no injured State in the traditional sense. There is no obvious reason why, in return as it were, they should have restricted the right to take reprisals compared with the “normal situation”. The desire to avoid abuse and legal uncertainty is not a sufficient reason to assume any such restriction either. The lack of a neutral decision-making authority at a supra-State level is one of the immanent weaknesses of international law that still exists. A legal system heavily dependent on self-help must necessarily accept that its legal subjects repeatedly act as *iudex in causa sua* too.<sup>37</sup> Thus, reprisals by third States in response to violations of human rights do not give rise to any particular problems.<sup>38</sup>

Moreover, this problem would not really be swept aside by the criteria of “seriousness” and “unambiguity”: the State taking reprisals would have to determine unilaterally whether a violation of human rights is “serious” and “unambiguous”. There is reason to doubt whether the much cited danger of

---

<sup>36</sup> Advocated e.g. by Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 7), p. 258 *et seq.*; Torsten Stein, *loc. cit.* (note 22), p. 119; a similar view is taken by Bruno Simma, *loc. cit.* (note 8), p. 131; Alfred Verdross / Bruno Simma, *op. cit.* (note 10), § 1343.

<sup>37</sup> Cf. also Denis Alland, *loc. cit.* (note 18), at 1234 *et seq.*, Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 42 and the following passage from the arbitration award between the USA and France dated 9 December 1978 in the dispute on an aviation agreement (*RSA* Vol. XVIII, p. 417 at 443): “Under the rules of present day international law [...] each State establishes for itself its legal situation vis-à-vis other States. If a situation arises which, in one State’s view, results in a violation of an international obligation by another State, the first State is entitled, within the limits set by the general rules of international law pertaining to the use of armed force, to affirm its rights through “counter-measures”.”

<sup>38</sup> See also Georg Dahm / Jost Delbrück / Rüdiger Wolfrum, *op. cit.* (note 6), p. 92 *et seq.*



uncontrolled recourse to reprisals under the pretext of alleged violations of human rights actually exists anyway: a State adopting coercive means bears the risk of incurring responsibility under international law itself if it is unable to assert its view that the conduct of the “violating State” is indeed unlawful.<sup>39</sup> At any rate, State practice, which we will examine in more detail below, has shown that States only very rarely resort to reprisals in response to violations of human rights. Their preferred response is to impose measures of retorsion; these are “less dangerous”, as they are always lawful.<sup>40</sup>

b) The right of third States to take reprisals in response to genocide is easier to justify than in the case of violations of human rights. Pursuant to Art. 1 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, all the contracting parties undertake to “prevent and punish” the crime of genocide. As the ICJ has quite rightly emphasized,<sup>41</sup> this provision makes no mention of a restriction to contracting parties particularly affected in terms of their territory or otherwise. Generally speaking, caution is warranted in deriving specific rights and obligations from this fairly “programmatic”<sup>42</sup> introduction to the Genocide Convention. In its subsequent operational provisions, the Convention contains *leges speciales* that translate the general obligation to “prevent and punish” the crime of genocide into more specific terms, and in some cases limit this obligation. Thus the right of States not affected by genocide to prosecute the individuals responsible for the crime cannot be justified by relying on Art. 1 of the Genocide Convention, as Art. 6 contains a more specific provision about punishment which – in accordance with the intention of the contracting parties, as clearly evident from the drafting history – is designed to rule out the “principle of univer-

---

<sup>39</sup> This is rightly pointed out by Sabine von Schorlemer, *loc. cit.* (note 18), p. 288; Denis Alland, *loc. cit.* (note 18), at 1235.

<sup>40</sup> On the prevalence of measures of retorsion over reprisals in State practice, cf. also Stefan Kadelbach, “Folgen von Rechtsverletzungen gewohnheitsrechtlicher Menschenrechtsverpflichtungen”, in: Klein (ed.), *loc. cit.* (note 8), p. 198, at 214; Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 44; Bruno Simma, *loc. cit.* (note 8), p. 141.

<sup>41</sup> Cf. ICJ, *Genocide Convention, Preliminary Objections, ICJ Reports* 1996, p. 595 at 616: “It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention.”

<sup>42</sup> The purely programmatic nature of Art. 1 is also emphasised by the Swiss Federal Council in its comment on the Genocide Convention dated 31 March 1999, *Bundesblatt* 1999, p. 5327 at 5338.

sality”.<sup>43</sup> However, with regard to coercive enforcement of the prohibition of genocide vis-à-vis States, there is no such definitive *lex specialis*. Only Arts. 8 and 9 contain provisions on how a contracting party can urge another contracting party to fulfil the Convention. It may call upon the competent organs of the United Nations to take action under the Charter of the United Nations or it can submit the dispute to the ICJ. However, the former case merely restates an option that exists anyway: no particular authorization is required in order to call on organs of the UN to deal with a particular situation under the UN Charter.<sup>44</sup> The history of how the Convention came into being shows that the very reason why Art. 8 was added was to clarify that submission of a case to the ICJ pursuant to Art. 9 was by no means the only option open to other contracting States.<sup>45</sup> Both options together do not make up an exhaustive list of the options open to the contracting States to fulfil the obligation arising out of Art. 1 of the Convention to prevent genocide.<sup>46</sup> Instead, Art. 1 is to be interpreted such that it intends to “multi-lateralize” enforcement of the Convention with all the associated consequences, i.e. to permit all the contracting States to adopt the coercive measures under international law that otherwise only a State that is directly affected is entitled to take, including reprisals.<sup>47</sup> As with the human rights agreements above, the assumption that reprisals may be taken by third States applies at least in part here too: if genocide is committed by a State in its own territory against its own citizens, there is no directly affected State. If third States were not permitted to take reprisals, the prohibition of genocide would be virtually “unenforceable”. However, the instruments described in Arts. 8 and 9 enjoy a certain primacy: as long as the Genocide Convention is enforced within the framework of the UN or before the ICJ, reprisals are to be postponed. However, if the alleged “offending State” refuses to submit to this procedure or

---

<sup>43</sup> For more details, cf. William A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge 2000, p. 353 *et seq.* with detailed comments on the drafting history of the Convention.

<sup>44</sup> See also Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: a Commentary*, New York 1960, p. 89 *et seq.*

<sup>45</sup> Cf. the comment made by the British delegate cited by William A. Schabas, *op. cit.* (note 43), p. 451.

<sup>46</sup> Cf. also William A. Schabas, *op. cit.* (note 43), p. 447: “Prevention may entail other rights and obligations [than those cited in Art. 8] that are only implicit in the Convention.”

<sup>47</sup> In contrast, Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 398 *et seq.* explicitly leaves open the question as to whether Art. 1 of the Genocide Convention establishes a right on the part of third States to impose reprisals.

fails to comply with the binding decisions taken by these organs, including provisional orders by the ICJ, third States are entitled to take reprisals again.

c) The right of third States to resort to reprisals can be amply justified with regard to violations against the Geneva Conventions too. The “assumption” made in connection with genocide and violations of human rights in favour of reprisals by third States does not apply because in international armed conflicts primarily governed by the Geneva Conventions it may be left to any victim State, which is necessarily involved in the conflict, to enforce international humanitarian law itself. However, the wording of the Conventions contains a clear indication that the parties still wished to permit “popular enforcement” by each party. Art. 1 of all four Geneva Conventions obliges the States not only to comply with the Conventions themselves, but also to “ensure respect” for them.<sup>48</sup> Article 89 of Additional Protocol I to the Conventions also states that “in situations of serious violations” the contracting parties will take action jointly or individually. As in connection with the Genocide Convention, enforcement of the Conventions is explicitly “multi-lateralized” and hence removed from the usual context of bilateral legal relations between the offending State and the State suffering the violation. This must also have an impact on the conditions under which reprisals may be taken as a traditional means of ensuring respect for obligations under international law, as explicitly called for in Art. 1 of the Geneva Conventions: contrary to general international law, the adoption of reprisals in this context does not require the breach of a bilateral obligation of the “target State” vis-à-vis the State having recourse to it.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> On the significance of this passage, see Jean Pictet, *La Convention de Genève pour l'amélioration des sorts des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Geneva 1952, 1st article, p. 27: “La formule peut sembler pléonastique : lorsqu'un Etat s'engage à quelque chose, il oblige par là-même tous ceux sur qui il a autorité ou qui représentent son autorité ; ... Ainsi encore, si une Puissance manque à ses obligations, les autres Parties contractantes (neutres, alliées ou ennemies) peuvent elles – et doivent-elles – chercher à la ramener au respect de la Convention.” This view is confirmed by subsequent practice: At the Human Rights Conference held in Tehran in 1968, a resolution was adopted stating that “State parties to the Red Cross Geneva Conventions sometimes fail to appreciate their responsibility to take steps to ensure the respect of these humanitarian rules in all circumstance by other States, even if they are not themselves directly involved in an armed conflict” (Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge 2002, p. 246).

<sup>49</sup> This is ultimately how Art. 1 of the four Geneva Conventions is understood by many in legal literature (cf. e.g. Dietrich Schindler, “Die erga omnes-Wirkung des humanitären Völkerrechts”, in: Ulrich Beyerlin / Michael Bothe / Rainer Hofmann / Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staats-*

Whether or not the same conclusion applies in a purely intra-State conflict in which Art. 3 of the four Geneva Conventions is violated is a difficult question, and one that cannot be definitively answered here. Only so much can be said: while the systematic structure of the Conventions tends to suggest that it does not apply in such instances (Art. 3 forms a kind of isolated “mini-convention” within the Conventions<sup>50</sup>), the subsequent practice to be taken into account when interpreting the treaties pursuant to Art. 31 (3) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties may point to a more generous view. During the Kosovo crisis, the EU Member States responded to violations of international humanitarian law committed during the civil war by taking not only acts of retorsion,<sup>51</sup> but also reprisals, such as freezing assets and suspending air traffic with immediate effect without regard to bilateral transport agreements.<sup>52</sup>

d) It is also unproblematic for third States to assist the victim of an armed attack by taking reprisals. Although this does not constitute a special situation in which a violation of international law has no “victim”,<sup>53</sup> third States may respond even by using military force, i.e. by means of collective self-defence, in accordance with the explicit provision contained in Art. 51 of the UN Charter. If they adopt non-violent coercive measures as “minus measures”, this certainly should be permitted.<sup>54</sup>

---

*recht, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin *et al.* 1995, p. 199, at 211; Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 395 *et seq.*; Birgit Kessler, *Die Durchsetzung der Genfer Konventionen von 1949 in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Art. 1*, Berlin 2001, p. 96).

<sup>50</sup> Cf. Maurice Torrelli, *Le droit international humanitaire*, Paris 1985, p. 31; Jean Pictet, *op. cit.* (note 47), Art. 3, p. 51.

<sup>51</sup> These included the extension of the arms embargo decided on in the Common Position of 19 March 1998 (98/240/CFSP), OJ L 95-1, and the ban on entry of Yugoslavian officials also laid down therein.

<sup>52</sup> Cf. Common Position of 7 May 1998 (98/326/CFSP), OJ EC L 143-1; Common Position of 28 June 1998 (98/426/CFSP), OJ EC L 190-3; on the nature of this measure as a reprisal, cf. the statement made by the British Foreign Minister Robin Cook before the House of Commons' Foreign Affairs Committee, *BYBIL LXX* (1999), 555 *et seq.* Also Birgit Kessler, *op. cit.* (note 49), p. 207 *et seq.*, who therefore accepts reprisals by third States in this context too.

<sup>53</sup> Bruno Simma, *loc. cit.* (note 8), p. 134 also quite rightly emphasises that, in the case of violations against the prohibition of use of force, the traditional methods of self-help under international law do not in principle appear to be useless.

<sup>54</sup> See Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 7), p. 254; *id.*, *loc. cit.* (note 2), 370 *et seq.*; Alfred Verdross / Bruno Simma, *op. cit.* (note 10), § 1343.

e) The last treaty-related issue to be examined here is violations of the Vienna Convention on Diplomatic Relations and the Vienna Convention on Consular Relations. Despite the rhetoric on the international community, often encountered in legal literature and in case law relating to these treaties,<sup>55</sup> this is the most difficult area in which to justify the right of third States to engage in reprisals. For each violation, there is a directly affected State in the traditional sense, so third States cannot be assumed to have the right to take reprisals. The text of the Conventions does not give any indication that this would be permissible either. All we can do here is therefore look to the subsequent practice of the contracting States.<sup>56</sup> At first glance, there does appear to be some support for this kind of legal concept. In response to the hostage taking in the US Embassy in Tehran, third States such as the EC Member States adopted sanctions against Iran. However, it is more than questionable whether these really were reprisals, i.e. countermeasures that were actually unlawful under international law but justified in this exceptional case, or whether they were merely acts of retorsion that were in compliance with international law anyway. Studies of the measures adopted during this crisis have shown that even the USA, the directly affected State, to a very large extent only resorted to measures of retorsion.<sup>57</sup> Of the measures adopted by the EC Member States, diplomatic protests,<sup>58</sup> reduction of the embassy staff, re-introduction of a visa requirement and a ban on future arms sales<sup>59</sup> are also definitely acts of retorsion, whereas the economic sanc-

---

<sup>55</sup> Cf. Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 7), p. 244, 258; ICJ, *United States diplomatic and consular personnel in Tehran*, ICJ Reports 1980, p. 3, at 42 *et seq.*: "Therefore, in recalling yet again the extreme importance of the principles of law which it is called upon to apply in the present case, the Court considers it to be its duty to draw the attention of the entire international community [...] to the irreparable harm that may be caused by events of the kind now before the Court. Such events cannot fail to undermine the edifice of law [...] the maintenance of which is vital for the security and well-being of the complex international community of the present day".

<sup>56</sup> Cf. Art. 31, para. 3 b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

<sup>57</sup> Cf. Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 45 with further references.

<sup>58</sup> Cf. the declaration by the EC Foreign Ministers dated 10 April 1980, para. 4 (Bulletin EC 4-1980, p. 21, at 22).

<sup>59</sup> On these three measures, cf. the declaration by the EC Foreign Ministers dated 22 April 1980, para. 6 (Bulletin EC 4-1980, p. 26, at 27).

tions ultimately adopted<sup>60</sup> may in fact have constituted a breach of the EC Member States' obligations under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). It must at any rate be acknowledged that the rhetoric adopted by the Foreign Ministers – who expressly declared that their economic sanctions were in line with the coercive measures pursuant to Chap. VII of the UN Charter that had been vetoed in the Security Council by the Soviet Union<sup>61</sup> – suggests that they also regarded reprisals as permissible.<sup>62</sup> Although caution is warranted in automatically concluding from this individual case that the contracting parties were in agreement about the interpretation (Art. 31 (3) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties) of the Conventions on diplomatic and consular relations, this practice does at least suggest that reprisals by third States may be permissible in consular and diplomatic law.<sup>63</sup>

2) It is difficult to determine whether customary law recognizes the right of third States to take reprisals. In State practice, due to the considerable political risks they entail, reprisals are generally on the decline.<sup>64</sup> Collective measures within the UN or acts of retorsion, which are lawful anyway, are by far the more common means used by States to enforce international law.<sup>65</sup> There is very little “material” that can be used to assess whether customary law permits reprisals by third States. On closer inspection, many of the examples often cited turn out merely to be measures of retorsion. For example, when the USA suspended trade in grain with the Soviet Union in 1980 due to the Soviet invasion of Afghanistan, this merely affected those deliveries that exceeded the 8 million tonnes a year contractually agreed on.<sup>66</sup> The trade restrictions imposed by the EC Member States against Ar-

---

<sup>60</sup> Cf. the declaration by the EC Foreign Ministers dated 18 May 1980, para. 3 (Bulletin EC 4-1980, p. 28); on the implementation on these measures, cf. Bulletin EC 5-1980, p. 28 et seq.

<sup>61</sup> Cf. the declaration by the EC Foreign Ministers dated 18 May 1980, para. 3 (Bulletin EC 4-1980, p. 28).

<sup>62</sup> The same result is arrived at by Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 7), p. 251; id., *loc. cit.* (note 2), 416 et seq.

<sup>63</sup> In contrast, Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 7), p. 251; id., *loc. cit.* (note 2), 416 et seq. expressly accepts reprisals by third States in the field of diplomatic and consular law.

<sup>64</sup> Cf. Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 45.

<sup>65</sup> Cf. Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 44 et seq.; Stefan Kadelbach, *loc. cit.* (note 40), p. 214; see also Bruno Simma, *loc. cit.* (note 8), p. 141.

<sup>66</sup> Cf. Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 417.

gentina in 1982 during the Falklands Conflict and against the Soviet Union during the Poland Crisis also explicitly did not cover those transactions to which Argentina and the Soviet Union, respectively, had a contractual claim.<sup>67</sup> The measures adopted against the Soviet Union by the USA during the Poland Crisis were also acts of retorsion by nature: thus the restrictions imposed on Soviet merchant ships were not to take effect until the regular term of the Soviet-US shipping agreement had ended; and with respect to the restrictions on air traffic, the USA also explicitly emphasized that these measures did not contravene its bilateral aviation agreement with the Soviet Union.<sup>68</sup> When the leading Western industrialized nations enforced their Bonn Declaration (in which States granting refuge to aircraft hijackers were threatened with immediate suspension of air traffic) for the first and only time to date against Afghanistan, those States that had concluded bilateral aviation agreements with Afghanistan gave notice of termination of the relevant agreements and waited until the period of notice had expired, thus making the measure lawful right from the outset.<sup>69</sup>

In those cases in which third States actually imposed reprisals, there were often agreements between these States and the State alleged to be vio-

---

<sup>67</sup> On the Falklands Conflict, cf. Council Regulation (EEC) No. 877/82 of 16 April 1982 (OJ EC L 102-1), para. 3 of the Preamble and Art. 2, para. 1 (only imports into the United Kingdom, i.e. the State directly affected by Argentina's actions, were banned in cases where there was actually an obligation under international law to allow them (cf. para. 3. of the Preamble and Art. 2, para. 2 of the aforementioned regulation); only in this sense was the measure a reprisal); on the Poland Crisis, Council Regulation (EEC) No. 596/82 of 15 March 1982 (OJ EC L 72-15), para. 5 of the Preamble and Art. 4, para. 2. Of a different opinion, ILC, Commentaries to the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Art. 54, para. 3 and presumably also Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 419, who sees the approach taken by the EC Member States as an indication that reprisals by third States are permissible.

<sup>68</sup> On the events during that period, cf. Marian Nash Leigh, "US Practice", *AJIL* 76 (1982), 374, at 382 *et seq.* Of a different opinion ILC, Commentaries to the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Art. 54, para. 3 and presumably also Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 419, who sees the measures taken by the USA as an indication that reprisals by third States are permissible.

<sup>69</sup> Cf. Kevin Chamberlain, "Collective Suspension Of Air Services With States Which Harbour Hijackers", *ICLQ* 32 (1983), 616, at 628 (the States concerned were France, Germany and the United Kingdom). Due to this approach, even Jochen Abr. Frowein, who previously saw the Bonn Declaration as an indication that reprisals by third States were permitted in response to attacks on air traffic (cf. *loc. cit.* (note 7), p. 252), now calls this interpretation into question (cf. *loc. cit.* (note 2), 417 *et seq.*).

lating international law that banned the conduct being objected to and allowed reprisals to be taken by third States in accordance with the results obtained above. Thus both Surinam and the Netherlands were bound by the ICCPR when the Netherlands terminated a development aid agreement with Surinam in 1982 on account of human rights violations – not claiming a right as a third State to take reprisals, but with reference to the *rebus sic stantibus* doctrine.<sup>70</sup> In contrast to the corresponding measure adopted against the Soviet Union, the nature of the suspension of air traffic with Poland by the USA in 1982 was that of a reprisal, as it constituted a breach of the aviation agreement between the two countries;<sup>71</sup> however, it was not justified by a breach of customary international law committed by Poland, but instead by a violation of “its commitments under the UN Charter”,<sup>72</sup> i.e. a breach of treaty. The EC Member States and the former Yugoslavia were all bound by Art. 3 of the four Geneva Conventions, and most of them by its 2nd Additional Protocol, too,<sup>73</sup> when the EC suspended the Preferential Customs Agreement with Yugoslavia in 1991 due to serious violations of international humanitarian law during the civil war in the Balkans. Incidentally, like the Netherlands in 1982, it did not claim a right to resort to reprisals, but instead cited the *rebus sic stantibus* doctrine.<sup>74</sup> The same applies to the freezing of Yugoslav assets and suspension of air traffic in violation of

---

<sup>70</sup> On the termination, cf. Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 420 *et seq.* and ILC, Commentaries to the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Art. 54, para 4.

<sup>71</sup> Cf. the decision by the US Civil Aeronautic Board on the suspension of landing rights for the Polish airline LOT, cited in Marian Nash Leigh, *loc. cit.* (note 68), 381.

<sup>72</sup> Cf. the speech by the US President of 23 December 1981 cited in Marian Nash Leigh, *loc. cit.* (note 68), 380.

<sup>73</sup> Even at the time the first measure was adopted on 11 November 1991, the Geneva Conventions had already entered into force for all the relevant States, as had the 2nd Additional Protocol governing intra-State conflicts for Yugoslavia, Belgium, Denmark, Germany, France, Italy, Luxembourg, the Netherlands and Spain.

<sup>74</sup> On the suspension of the agreement, cf. Council Regulation (EEC) No. 3300/91 of 11 November 1991, OJ EC L 315-1. However, the later termination of the agreement appears to have occurred as a normal termination with notice with reference to the relevant termination clause contained in the agreement (cf. Council decision of 25 November 1991 (91/602/EEC, OJ EC L 325-23)). On the suspension and termination of the agreement, see also ECJ, *A. Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz*, Case C-162/96, ECR 1998-I, 3688, at 3706 *et seq.*



bilateral aviation agreements during the Kosovo crisis.<sup>75</sup> The sanctions that the USA and the EC Member States imposed against Iraq after its invasion of Kuwait before a decision was adopted by the Security Council<sup>76</sup> followed not only a violation of international customary law, but also a breach of Art. 2 (4) of the UN Charter, which was binding on all the States involved.

This State practice therefore does not necessarily have to be based on the permissibility of reprisals by third States under international customary law. Instead, it may merely confirm the results arrived at above in terms of contractually permitted reprisals by third States. In contrast, reprisals by third States that are definitely related to customary law are rare. Examples include the sanctions adopted by the USA against Uganda in 1978 in contravention of GATT, which the USA justified with the claim of genocide,<sup>77</sup> even though neither State had ratified the Genocide Convention at that point. Suspension of air traffic between the USA and South Africa in 1986, which went beyond the sanctions adopted by the Security Council and violated the aviation agreement between the two countries that was in force at the time,<sup>78</sup> cannot be understood as a reaction to a violation by South Africa of one of the treaties examined above either. Like the USA, South Africa had not ratified the UN Human Rights Covenants. The suspension of air traffic with the Soviet Union by several Western States after a South Korean passenger aircraft was shot down,<sup>79</sup> despite bilateral aviation agreements, must also have

---

<sup>75</sup> On the measures adopted in connection with the Kosovo conflict, cf. the Common Position of 7 May 1998 (98/326/CFSP), OJ EC L 143-1; Common Position of 28 June 1998 (98/426/CFSP), OJ EC L 190-3; on their nature as reprisals, see also the statement made by the British Foreign Minister Robin Cook, *BYBIL LXX* (1999), 555 *et seq.*

<sup>76</sup> Cf. Marian Nash Leigh, "US Practice", *AJIL* 84 (1990), 885, at 903 *et seq.*; ILC, Commentaries to the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Art. 54, para. 3.

<sup>77</sup> Vgl. Uganda Embargo Act, 22 USC § 2151 (1978); ILC, Commentaries to the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Art. 54, para. 3.

<sup>78</sup> Cf. the Comprehensive Anti-Apartheid Act (1986), with background information, in *ILM* 26 (1987), 77 *et seq.* and the decision adopted by the US Ministry of Transport based on it concerning the suspension of air traffic with South Africa dated 31 October 1986 (in *ILM* 26 (1987), 104 *et seq.*), which clearly shows that this measure contravened the bilateral aviation agreement between the USA and South Africa. Cf. also ILC, Commentaries to the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Art. 54, para. 3.

<sup>79</sup> Cf. Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 417 *et seq.*

been a reprisal based on customary law: in the law of treaties, armed force against civil aircraft was not banned until a year later by Art. 3 *bis* of the Convention on Civil Aviation (Chicago Convention).<sup>80</sup> The relevant State practice is thus limited in terms of the number of cases and is restricted in geographical terms to the “Western” international community. It would therefore be wrong to speak of a “general” practice covering all regions and cultures. The conclusions drawn by the ILC in its commentaries to the Articles on responsibility of States can thus be accepted. State practice is still far too limited and does not include enough States, therefore not permitting the inference that reprisals by third States are permissible under customary law.<sup>81</sup> However, in view of the minimum standards of human rights generally acknowledged under customary law, it can no doubt be assumed – though possibly refuted – that reprisals by third States are permissible in order to ensure a minimum level of effectiveness, as they are in the case of human rights agreements.

### III. THE UN SYSTEM AS A REASON FOR RULING OUT UNILATERAL REPRISALS BY THIRD STATES?

We cannot reject the idea that international law now permits reprisals by third States in response to certain breaches of the law on the grounds that only the international community as a collective body – in other words, practically speaking, presumably the United Nations – can respond to violations of obligations vis-à-vis the entire international legal community. Positive international law does not allow for the concepts “*erga omnes*” and “international legal community” to be given this meaning. It must not be forgotten that the United Nations itself has no general competence to enforce the law, not even in connection with *jus cogens* or obligations *erga omnes*. The powers under Chapter VII of the UN Charter – surely the only ones that could be considered an adequate “substitute” for reprisals as a coercive

---

<sup>80</sup> On the permissibility of armed force against civil aircraft, cf. Horst Fischer, *op. cit.* (note 3), § 55, paras. nos. 48 *et seq.*

<sup>81</sup> Cf. ILC, Commentaries to the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Art. 54, para. 6. In contrast, State practice is judged rather more positively by Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 422, who claims that it indicates a tendency towards reprisals by third States being permissible under customary law.

measure – do not exist in order to enforce international law in general, but instead to preserve or restore peace.

Without discussing *in extenso* the concept of peace on which Art. 39 of the UN Charter is based, the following statements can be made: A threat to the peace does not necessarily have to be a violation of international law,<sup>82</sup> and neither does every violation of international law or even merely every serious violation of *jus cogens* or obligations *erga omnes* necessarily constitute a threat to the peace – the key point in this context.<sup>83</sup> For this reason alone, large gaps in enforcement would arise if the response to these kinds of breaches were to be limited to the UN. However, even in those cases in which a breach of the aforementioned kind also constitutes a threat to, or a breach of, the peace, Chapter VII of the UN Charter by no means claims to be exclusive. As the provision on self-defence contained in Art. 51 indicates, responses outside the UN system are still possible, at least until the Security Council has adopted the necessary measures. This can also be seen from the hostage crisis in Tehran, for example, in which the EC Member States explicitly justified their countermeasures with the Security Council's failure to take action.<sup>84</sup> Only once has the Security Council actually adopted measures pursuant to Chapter VII of the UN Charter, and only then can unilateral reprisals by third States possibly be ruled out, provided that the Security Council regards the sanctions it has adopted as exhaustive.<sup>85</sup> However, this cannot always be assumed as a matter of course: under certain circumstances, as the example of the US Comprehensive Anti-Apartheid Act shows, the international community as organized in the form of the United Nations does not prevent individual States from putting more pressure to bear on the offending State than the Security Council has determined, albeit subject to the ban on armed reprisals.

---

<sup>82</sup> Cf. Jochen Abr. Frowein / Nico Krisch, in: Simma (ed.), *Charter of the United Nations*, 2nd edn., New York 2002, Vol. I, Art. 39, paras. no. 9.

<sup>83</sup> Cf. Torsten Stein, *loc. cit.* (note 22), p. 118.

<sup>84</sup> Cf. the declaration by the EC Foreign Ministers of 10 April 1980, no. 1, para. 2, Bulletin EC 4-1980, p. 21, at 22. See also Torsten Stein, *loc. cit.* (note 22), p. 117 *et seq.*

<sup>85</sup> On the problems that occur if the protection provided by the Security Council remains much more limited than that which can be achieved by reprisals, and leaves the victim quasi without protection, cf. Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 64 *et seq.*; Torsten Stein, *loc. cit.* (note 22), p. 117.

#### IV. COUNTERMEASURES EVEN AGAINST THE WILL OF THE DIRECTLY AFFECTED STATE?

Is a third State allowed to adopt reprisals even if the directly affected State takes no action itself or even expressly does not want any external “help”? The problem of the relationship between reprisals by third States and the will of the directly affected State is obviously only an issue in those cases in which there is a “directly affected State” at all in the conventional sense. As we have seen, this is not the case in many situations in which reprisals by third States are permitted, e.g. if a State violates the human rights of its own citizens or commits genocide against them. What, though, if the victims are foreign nationals or if we are dealing with a violation of the prohibition on the use of force in which a State is “injured” in the traditional sense? What about breaches of the Geneva Conventions in international armed conflict? Schematic considerations should be avoided here –either the argument that the mandatory nature of the violated norm of international law means that the will of the directly affected State must be irrelevant or, conversely, the argument that reprisals by third States cannot be forced upon an injured State any more than, as is almost unanimously agreed, unwanted collective self-defence may be. Instead, the specific treaty on which the right of third States to take reprisals is based must be interpreted in each individual case. This interpretation may of course lead to different results. Thus, within the context of the Geneva Conventions, there is good reason to assume that third States may take reprisals even against the will of the State directly affected by a breach of the Conventions. In accordance with explicit provisions of the Conventions, neither the parties to the conflict nor the protected individuals may waive compliance with the Geneva Conventions.<sup>86</sup> Moreover, none of the parties to the Conventions may exempt another party from its responsibility for “grave breaches” of the Conventions.<sup>87</sup> This indicates that, at least for these “grave breaches”, none of the parties, not even a party directly affected by a breach of the Conventions, may renounce the perhaps most important legal consequence of this responsibility: the right of all the other parties to the Conventions to take countermeasures.

The situation is similar for all those treaties that protect individuals even against the State of their own nationality and for which violations are

---

<sup>86</sup> Cf. Art. 6/6/6/7 and 7/7/7/8 of the four Geneva Conventions.

<sup>87</sup> Cf. Art. 51/52/131/148 of the four Geneva Conventions.

hence conceivable without a “directly affected State”. If a treaty protects nationals from the State of their own nationality in that the State may not commit genocide or other violations of human rights against them, it presumably also wishes to protect them from their State of nationality standing by idly while another State commits such kinds of breaches of international law. In both cases, third States may therefore enforce compliance with the Conventions by means of reprisals; they do not require the consent of another State in order to do so. However, this has nothing to do with the distinction between *jus cogens* and *jus dispositivum*: the prohibition on the use of force is unanimously agreed to be mandatory.<sup>88</sup> Nevertheless, reprisals by third States against the offending State that are forced upon the injured State are almost as unanimously rejected as unwanted collective self-defence is.<sup>89</sup> The reason for this is the completely different situation compared with human rights, international humanitarian law and the prohibition of genocide: despite certain “side effects” protecting individuals in the case of war, the prohibition of use of force primarily protects the State under attack and its sovereignty. Despite the mandatory nature of this prohibition, a State may renounce compliance with this prohibition vis-à-vis itself in that it may allow other States to conduct military activities on its territory,<sup>90</sup> just as the new Afghan Government is currently allowing the USA to fight the Taliban and Al-Qaeda. Against this background, it would be incomprehensible if we were to prevent the same State from rejecting unwanted “help” to support its own defence. If we are to accept reprisals by third States in the context of consular and diplomatic law too, the same applies. Just as a State may renounce privileges and immunities for its diplomatic and consular officials, it

---

<sup>88</sup> Cf. Wolff Heintschel von Heinegg, *op. cit.* (note 20), § 15, paras. no. 59; Robert Jennings / Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9th edn., Harlow 1992, § 2; ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *ICJ Reports* 1986, p. 14, at 100 *et seq.*

<sup>89</sup> Cf. e.g. Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 51; Sabine von Schorlemer, *loc. cit.* (note 18), p. 284 *et seq.*; ILC, Third Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special rapporteur, UN Doc A/CN.4/507/Add. 4, para. 400, who all consider that the non-permissibility of unwanted collective self-defence established by the ICJ in the *Nicaragua* case (*ICJ Reports* 1986, p. 14, at 105) also extends by analogy to reprisals by third States.

<sup>90</sup> “Intervention by invitation” as it is called, cf. Christian Hillgruber, “Kontinuität und Wandel in der Entwicklung des Völkerrechts”, in: Peter-Christian Müller-Graff / Herbert Roth (eds.), *Recht und Rechtswissenschaft: Signaturen und Herausforderungen zum Jahrtausendbeginn*, Heidelberg 2001, p. 117, at 126; Karl Doehring, *op. cit.* (note 3), paras. no. 642; Michael Bothe, in: Graf Vitzthum (ed.), *op. cit.* (note 1), VIII, paras. no. 23.

must also be able to prevent third States from taking action against its will to protect these privileges. State practice supports this view. The EC Member States did not take their countermeasures (regardless of how they are classified in legal terms) during the Tehran hostage crisis until the “injured State”, the USA, expressly asked them to do so.<sup>91</sup> Against the background of this precedent and the ICJ’s Nicaragua decision, according to which a request by the “injured State” is also required for collective self-defence,<sup>92</sup> we can even go a step further. In the event of violations of the prohibition on force or breaches of diplomatic law, the “injured State” is not only entitled to oppose reprisals by third States; such reprisals are in fact only permitted if the injured State has actually called on the third States to exercise them (in the case of aggression, this is obviously subject to the requirement that the injured State’s organs must *de facto* still be able to make this kind of declaration of intent). Reprisals by third States in this context amount to defence “on behalf of” the injured State.

#### V. OBLIGATION OF THIRD STATES TO TAKE REPRISALS?

To the extent that reprisals by a third State have been accepted as permissible, is each individual State merely *authorized* to take reprisals, or does it actually have a *duty* to do so? If we look at the relevant State practice, the answer is clear. Reprisals by third States are possible responses to certain violations of international law, but are by no means obligatory. The cases in which the international community has not taken action are too numerous, and the practice of reprisals by third States is too selective and isolated to be able to confirm the existence of this kind of duty.<sup>93</sup> This stance is also preferable in view of the wording of the relevant treaties and from the point of view of legal logic. Even the treaties that explicitly mention *obligations* on the part of all the contracting States to enforce the treaties, such as the Ge-

---

<sup>91</sup> Cf. the declaration made by the Chairman of the Council of Ministers Colombo before the European Parliament on 16 April 1980, Bulletin EC 4-1980, p. 22, at 23.

<sup>92</sup> ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, ICJ Reports 1986, p. 14, at 105.

<sup>93</sup> Cf. ICJ, *Genocide Convention, Further Requests for the Indication of Provisional Measures, separate opinion by Judge Lauterpacht*, ICJ Reports 1993, p. 407, at 445; on the selectiveness of the reprisals adopted by third States to date, see also ILC, Third Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special rapporteur, UN Doc A/CN.4/507/Add. 4, para. 396.

neva Conventions or the Genocide Convention, do not thereby automatically require States to use the severe and risky instrument of reprisals; instead, they allow the States to choose at their own discretion between the different instruments available: without violating the treaty, States may restrict themselves to diplomatic protests, retorsion or initiatives within the United Nations. If a treaty fails to stipulate an obligation to enforce it, States may even refrain from taking any action whatsoever, regardless of the nature of the violated norm of international law as *jus cogens*. Although the “unchangeability” of the norm increases its rigidity, i.e. its resistance to change, it does not change its content. Human rights or the prohibition on the use of force still only prohibit States from carrying out the unlawful actions themselves and from enabling other States to carry out such actions by providing positive support. In contrast, a duty to take active action in all cases against other States committing these actions cannot be inferred from the greater rigidity of a norm on the grounds of apparent logic.<sup>94</sup> If it fails to take action, the third State does not make determinations on the substantive existence of the norm, it is merely not contributing to its coercive enforcement. Article 41 (1) of the ILC Articles on State Responsibility does not lead to a different conclusion either: although this article posits a duty for States to cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach of international law, the ILC has deliberately left it open, as outlined above,<sup>95</sup> whether these “lawful means” also include reprisals by third States. Even if this provision is an accurate reflection of positive international customary law, something that State practice gives reason to doubt, States have considerable scope in how they choose to respond to violations of *jus cogens*. Although we may postulate a duty to take action against serious violations of international law on moral grounds, no such duty exists under international law.<sup>96</sup>

#### IV. CONCLUSION

In conclusion, current international law recognizes a right on the part of third States to take reprisals in certain cases. In legal terms, this can be con-

---

<sup>94</sup> Against the logical deduction of a duty of third States to take action on the basis of the nature of a norm as *jus cogens*, see also Wolfram Karl, *loc. cit.* (note 8), p. 140; Eckart Klein, *loc. cit.* (note 4), p. 63.

<sup>95</sup> Cf. note 18 above.

<sup>96</sup> See also Torsten Stein, *loc. cit.* (note 22), p. 123.

strued as an extension of the classic criterion of being affected, with the result that – due to the *erga omnes* effect of the violated legal obligation – all States are deemed to be “injured” in the legal sense; alternatively, it can be construed as a partial waiver of the requirement of a particular authorization to have recourse to reprisals, thus allowing even “non-injured” States to take reprisals as an exceptional case. The latter option would provide a better explanation as to why a third State may not assert for itself all the secondary claims to which an “injured State” is usually entitled even in those cases in which it may take reprisals. The dogmatic construction is less important here than the recognition that reprisals by third States are not connected with any alleged fundamental change of the system of international law to create a constitutional structure.<sup>97</sup> The right of third States to take reprisals is merely a new norm of secondary law created by using the classic methods of international law – treaties and customary law, i.e. through the will of States. There is no uniform system of reprisals for all violations of obligations *erga omnes*, and the right of third States to adopt reprisals cannot be derived from the quality of the violated norm as *jus cogens* either. The status and value of the violated norm do not allow for any direct conclusions to be made concerning its protection through reprisals as an instrument of enforcement. Whether and how reprisals may be had recourse to by third States can only be determined on the basis of an examination of each violated norm of customary law or the law of treaties by using classic methods of analysing international law. In doing so, it is much easier to accept contractually established rights of third States to take reprisals than rights established under customary law. The extent to which reprisals by third States require the consent of the “injured State” is also an issue to be addressed with a view to the specific norm in each case, and different results may be arrived at for different norms. Third States are never obliged to resort to reprisals, however. Even if there is a duty to respond to certain violations of international law on the basis of explicit treaty provisions, States have a broad scope that allows them to adopt weaker measures instead of reprisals if they so choose.

---

<sup>97</sup> As claimed e.g. by Jochen Abr. Frowein, *loc. cit.* (note 2), 365.





## CHAPTER XIII

# *Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringements of Fundamental Rules of the International Legal Order?\**

MATTHIAS RUFFERT

### I. STARTING POINT: A SHARP CONTRADICTION

At the heart of the question whether the ICJ should be endowed with special jurisdiction when fundamental rules are infringed lies the strong tension permeating the present international legal order – the tension between traditional, state-oriented principles and rules on the one hand and a community-based legal system on the other hand.

On the one hand, the law is clear and the answer is obvious. The jurisdiction of the ICJ constitutes a modality of peaceful settlement of disputes, and as such it does not depend upon the quality of a rule, but upon consent specifically given.<sup>1</sup> Since the early jurisprudence of the PCIJ, there has been no doubt about the consensual basis of the jurisdiction of the highest international court,<sup>2</sup> and this affects all grounds of contentious jurisdiction in Art. 36 of the Statute of the ICJ (henceforth “Statute”), whether in paragraph 1 – *compromis*, UN Charter and other treaties – or in paragraph 2 – optional clause. A most illustrative, recent instance of that consensual basis is the judgment in the *Fisheries Jurisdiction* case (*Spain v. Canada*) of 1998<sup>3</sup>.

---

\* The article is a revised and enlarged version of the presentation at the Berlin conference on 23 October 2004. Many additional ideas are taken from the vivid discussion (in particular in section III. 2. below). The author wishes to express his gratitude towards the participants for their valuable comments.

<sup>1</sup> Christian Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours* 281 (1999), 9, at 414: “The requirement of consent to be given by each party is not even dispensable in instances where *ius cogens* or *erga omnes* norms are in issue.”

<sup>2</sup> PCIJ, *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, 1924, PCIJ, Ser. A, No. 2, p. 16; cf. André de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, The Hague 1996, p. 356.

<sup>3</sup> ICJ, *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, *ICJ Reports* 1998, p. 432.

Canadian police had boarded and seized the Spanish trawler *Estai* on the high seas in order to prevent overfishing of Greenland halibut in the North-west Atlantic. The Court completely refrained from a legal scrutiny of Canada's conduct, given Canada's reservation to its declaration under Art. 36 (2) of the Statute which excluded fishing conservation and management measures from its acceptance of the Court's jurisdiction. The Court explicitly stated that there was "... a fundamental distinction between the acceptance by a State of the Court's jurisdiction and the compatibility of particular acts with international law. *The former requires consent.* The latter question can only be reached when the Court deals with the merits, after having established its jurisdiction ...".<sup>4</sup> In brief, there is no jurisdiction without consent; and there is no indication that this could be different if a fundamental norm was invoked before the ICJ.<sup>5</sup>

On the other hand, this state of the law seems to be scandalous from the standpoint of modern public international law,<sup>6</sup> which has moved away from bilateral consensual relationships towards the promotion of the interest of the international community.<sup>7</sup> Fundamental norms are as a matter of principle independent of individual consent. On the contrary, obligations derived from peremptory norms (*jus cogens*)<sup>8</sup> and binding towards the in-

---

<sup>4</sup> ICJ, *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, ICJ Reports 1998, p. 432, para. 55 of the judgment (emphasis added); cf. also ICJ, *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, *Provisional Measures*, ICJ Reports 1999 (I), p. 132, para. 20.

<sup>5</sup> Cf. the casenote by Barbara Kwiatkowska, *AJIL* 93 (1999), 502, at 504 *et seq.* On the international environmental legal basis of that case see Andrew Schaefer, "Canada-Spain Fishing Dispute (The Turbot War)", *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 8 (1996), 437; and David R. Teece, "Global Overfishing in the Spanish-Canadian Turbot War: Can International Law Protect the High-Seas Environment?", *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y* 8 (1997), 89.

<sup>6</sup> Cf. Antonio Cassese, *International Law*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford 2005, p. 205; Michael Byers, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", *Nord. Journ. Int. Law* 66 (1997), 211, at 211 and at 231 *et seq.*: "...*jus cogens* and *erga omnes* rules represent the antithesis of bilateralism."

<sup>7</sup> From the Court's jurisprudence cf. in particular sep. op. Christopher G. Weeramantry, in: ICJ, *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Reports 1997, p. 7, at 88, 118; cf. in general Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interests in International Law", *Recueil des Cours* 250 (1994-VI), 217.

<sup>8</sup> On its development see Andreas L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, Munich 2001, p. 330 *et seq.*; Ronald St. John Macdonald, "Fundamental Norms in Contemporary International Law", *Can. Yb. Int'l. L.* (25) 1987, 114, at 133 *et seq.*

ternational community as a whole (*obligationes erga omnes*)<sup>9</sup> are deliberately designed to apply to States without consent or against their will.<sup>10</sup> There is considerable friction between the quoted *dictum* of the *Fisheries Jurisdiction Case* and the idea of fundamental norms.

However, the indicated “constitutional” shift in public international law is by no means complete. In his concise textbook, *Antonio Cassese* has shown that old and new patterns of the international legal order coexist, state-oriented, co-ordinating and consensual rules are in operation alongside community-based compulsory norms.<sup>11</sup> The tension described above is nothing other than another example supporting this thesis. Against this background, the present article first intends to describe and analyse cases in which the impact of fundamental norms is on its way to “pierce” the invariable requirement of consent as a ground of jurisdiction (*infra* II.). It further takes a close look at possible developments in the Court’s role concerning *jus cogens* and *obligationes erga omnes* (*infra* III). The similarities and differences between these two fundamental categories of norms<sup>12</sup> are scrutinized throughout the whole analysis to draw conclusions as to their conceptual convergence or divergence with respect to them being applied by the International Court of Justice (ICJ).

## II. SOME HINTS AT SPECIAL JURISDICTION

1. A first indication of a class of special jurisdiction might be provided by *jus cogens* underlying treaty provisions under scrutiny with the ICJ.

Until now, *jus cogens* has been of marginal importance in the jurisprudence of the Court.<sup>13</sup> Nonetheless, a prominent example is meaningful in the jurisdictional context. In the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, the Court had to deal with the famous

---

<sup>9</sup> Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford 1997, p. 1 *et seq.*; Paulus, *op. cit.* (note 8), p. 363 *et seq.*

<sup>10</sup> Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States without or Against their Will”, *Recueil des Cours* 241 (1993-IV), 195, in particular p. 306 *et seq.* for *jus cogens*.

<sup>11</sup> Cassese, *op. cit.* (note 6), p. 21.

<sup>12</sup> Cf. Tomuschat, *loc. cit.* (note 1), 85 *et seq.*; Karl Zemanek, “New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations”, *Max Planck UNYB* 4 (2000), 1, at 6; Byers, *loc. cit.* (note 6); Ragazzi, *op. cit.* (note 9), p. 189 *et seq.*

<sup>13</sup> Tomuschat, *loc. cit.* (note 1), 81 *et seq.*

*Vandenberg* reservation made by the USA, which excluded “disputes under a multilateral treaty” from the Court’s compulsory jurisdiction unless all parties to the treaty were parties to the case or unless the USA specifically agreed to jurisdiction.<sup>14</sup> The Court’s assumption that a customary norm bearing the same content as a treaty norm and that treaty norm itself were applicable alongside one another and that jurisdiction could consequently be based on the customary character of the prohibition to use armed force<sup>15</sup> is as well known as the “icy day at the ICJ” that overshadowed the entire proceedings.<sup>16</sup> What is important here is that the ICJ backed its argument by underlining the preemptory character of the prohibition against the use of force as expressed in Art. 2 (4) UN Charter.<sup>17</sup> There is consensus about the qualification of this rule as constituting *jus cogens*, which can already be seen in the 1966 commentary of the ILC to its Draft Articles on the Law of Treaties as well as in the views of Nicaragua and the USA.<sup>18</sup>

It may of course be argued that the Court came or could have come to its conclusion without taking the preemptory character of the prohibition against the use of force into account. If there is custom alongside a treaty, the reservation concerning the treaty is inapplicable. Nonetheless, there is a strong case for arguing that “If the Court accepts the Vandenberg reservation but still finds it has jurisdiction over the dispute, what principle but one of basic public order leads it to an independent customary norm as the applicable norm?”<sup>19</sup> This is particularly apparent if one looks at the matter from the perspective of political acceptance since much was at stake for the ICJ when circumventing the Vandenberg reservation, and it is submitted that it would not have done so for any customary norm without a preemptory background. Above all, it is preemptory norms which lie at the basis of

---

<sup>14</sup> *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits)*, ICJ Reports 1986, p. 14, para. 42 (text of the reservation).

<sup>15</sup> *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, loc. cit.* (note 14), para. 56 *in fine*, para. 175 *in fine*.

<sup>16</sup> Thomas M. Franck, “Icy Day at the ICJ”, *AJIL* 79 (1985), 379. The absence of the United States was, however, based on several other disputed points concerning the Court’s jurisdiction.

<sup>17</sup> *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, loc. cit.* (note 14), para. 190.

<sup>18</sup> *Ibid.* (cf. *ILC Yearbook* 1966-II, p. 247).

<sup>19</sup> Gordon A. Christenson, „The World Court and *Jus Cogens*”, *AJIL* 81 (1987), 93, at 94.

treaty provisions which are however independent of them. The Court might even go further, as it holds that “The essential consideration is that both the Charter and the customary international law flow from a common fundamental principle outlawing the use of force in international relations.”<sup>20</sup> This might indicate a source of *jus cogens* beyond positivism,<sup>21</sup> which is more easily acceptable in theory than compatible with Art. 38 (1) of the Statute.

At any rate, the modest exception to consent to jurisdiction via peremptory norms is limited. If there is no declaration of acceptance according to Art. 36 (2) Statute, compulsory jurisdiction cannot come into existence. Only reservations to a declaration can be overcome. It would even go too far to restrict the opportunity to make reservations under Art. 36 (2) Statute as that opportunity constitutes the *raison d'être* of the said provision, even if a reservation with respect to *jus cogens* provisions runs counter to international legal policy. On the whole, the Court appears to prefer a declaration under Art. 36 (2) Statute restricted by a reservation to no declaration at all.

2. It has been put forward that the Court's attitude in *Nicaragua* went beyond its task to develop rules of *jus cogens* under Art. 66 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.<sup>22</sup> Therefore, it is necessary to analyse the Court's particular task in adjudicating *jus cogens* under the Vienna Convention on the Law of Treaties.

Indeed, in Art. 66 (a) of the Vienna Convention, a special title of jurisdiction of the ICJ regarding the interpretation or application of Art. 53 and 64 of that Convention, i. e. on the conformity of treaties with peremptory norms, is established.<sup>23</sup> A first glance at Art. 66 (a) of the Convention would appear to indicate that every State was entitled to call into question the validity of a treaty, which would lead to an overall jurisdictional competence of the Court in matters of treaties and their compatibility with *jus cogens*.<sup>24</sup> A

---

<sup>20</sup> *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, loc. cit.* (note 14), para. 181.

<sup>21</sup> Cf. Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna 1974, pp. 59 *et seq.*; Christopher A. Ford, “Adjudicating Jus Cogens”, *Wis. Int'l L. J.* 13 (1994), 145, at 149.

<sup>22</sup> Christenson, *loc. cit.* (note 19), 94.

<sup>23</sup> Cf. in general Cassese, *op. cit.* (note 6), p. 201; Paulus, *op. cit.* (note 8), p. 348 *et seq.*; Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1992, p. 330 *et seq.*

<sup>24</sup> Paulus, *op. cit.* (note 8), p. 349. Antonio Gómez-Robledo, “Le *jus cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *Recueil des Cours* 172 (1981-III), 9, at 151 *et seq.* argues

close and systematic look, however, reveals that the way to the Court is only open to the parties to a given treaty who have invoked its invalidity under the procedure described in Art. 65 of the Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>25</sup> Of course this leads to a result that calls into question the effectiveness of the jurisdiction under Art. 66 of that Convention, as it is highly unlikely that a State would blame itself for having concluded a treaty in contravention of fundamental, peremptory norms of international law. Apparently, this narrow view of Art. 66 of the Convention was not explicitly shared by the Vienna Conference on the Law of Treaties. However, this conference was very restrictive in recognizing the compulsory jurisdiction of the Court,<sup>26</sup> and in the 1960s a majority of States was not in favour of an *actio popularis* to claim the invalidity of a treaty with reference to *jus cogens*<sup>27</sup>.

The contrary view would indeed bring *jus cogens* and *obligationes erga omnes* together: Fundamental norms would entitle any member of the international community to bring a relevant claim to the ICJ and thus oblige the parties to the treaty alleged to be invalid to act in conformity with the fundamental norm in their relationship with every other State.<sup>28</sup> Such a view would certainly enhance the effectiveness of Art. 66 of the Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>29</sup>, but it is beyond the wording of the Convention and the intention of its authors, and there is no relevant State practice any-

---

that the provision could entitle every State to act on behalf of the international community which cannot itself bring an action before the ICJ.

<sup>25</sup> Paulus, *op. cit.* (note 8), pp. 349 *et seq.*; Christos L. Rozakis, *The Concept of JUS COGENS in the Law of Treaties*, Amsterdam 1976, pp. 114 *et seq.*; cf. also Sztucki, *op. cit.* (note 21), p. 191. This is without prejudice to the invalidity of treaties as such: Simma, *loc. cit.* (note 7), 289.

<sup>26</sup> Cf. Kadelbach, *op. cit.* (note 23), p. 333, quoting the relevant voting result. The provisions on dispute settlement were part of a complicated package deal, cf. Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester 1984, pp. 226 *et seq.*

<sup>27</sup> Paulus, *op. cit.* (note 8), p. 349.

<sup>28</sup> Cassese, *op. cit.* (note 6), p. 177 *et seq.*, claims that under customary international law every State should be able to claim the invalidity of a treaty contrary to *jus cogens*; however, he does not advocate a special title of jurisdiction of the Court to that effect.

<sup>29</sup> This is the basic argument of de Hoogh, *op. cit.* (note 2), p. 48. Sinclair, *op. cit.* (note 26), p. 235, reveals the effectiveness of that Article in its preventive function: As foreign offices do not want "to indulge in lengthy and expensive international conciliation or litigation", they take care to avoid treaties which are in breach with *jus cogens* provisions.

where in sight of any development to support it.<sup>30</sup> Consequently, the ICJ has denied such a broad reading of Art. 66 of the Convention in its Order of 10 July 2002 in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Rwanda) (Provisional Measures)*.<sup>31</sup> Thus, if non-parties claim the invalidity of a treaty, they have to take the matter up with political organs rather than the ICJ and argue that the treaty is null and void.<sup>32</sup>

3. In some instances, parties to a treaty have agreed on special title of jurisdiction in the sense of Art. 36 (1) of its Statute in matters covering peremptory norms. Thus, the prohibition of torture under Art. 2 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984)<sup>33</sup> is a *jus cogens* rule,<sup>34</sup> and according to Art. 30 (1) of the said Convention, disputes concerning its application or interpretation may, if agreement on the organization of arbitration cannot be reached, be referred to the ICJ by any of the parties in conformity with the latter's Statute. However, each State may, when signing or ratifying the Convention, declare itself not to be bound by that provision (Article 30 (2) of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment

---

<sup>30</sup> Consequently, most writers take the view as presented in the text: Paulus, *op. cit.* (note 8), p. 350; Kadelbach, *op. cit.* (note 23), at 331; Ragazzi, *op. cit.* (note 9), p. 205 *et seq.*; A. Michael Weisburd, "The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina", *Mich. J. Int'l. L.* 17 (1995), 1, at 17; Rozakis, *op. cit.* (note 25), pp. 115-119; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Helsinki 1988, pp. 293 *et seq.*; Gómez-Robledo, *loc cit.* (note 24), pp. 151 *et seq.*; Giorgio Gaja, "Jus Cogens Beyond the Vienna Convention", *Recueil des Cours* 172 (1981-III), 271, at 283.

<sup>31</sup> *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Rwanda) (Provisional Measures)*, Order of 10 July 2002, General List No. 126, *ILM* 41(2002), 1175, at para. 73 *et seq.*

<sup>32</sup> Jochen A. Frowein, "Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law", *Recueil des Cours* 248 (1994-IV), 345, at 432, referring (*inter alia*) to Shabtai Rosenne, "The Settlement of Treaty Disputes under the Vienna Convention of 1969", *ZaöRV* 31 (1971), 1, at 35 (note 97) and 54 (note 168), who refers to a proposal by Hersch Lauterpacht which had been in favour of a special jurisdiction to adjudicate infringements of *jus cogens* rules. In the same sense: Hannikainen, *op. cit.* (note 30), p. 300.

<sup>33</sup> 1465 UNTS 85.

<sup>34</sup> See ICTY, Trial Chamber, judgment of 10 December 1998 in Case No.: IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, available at: <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/fur-tj981210e.pdf> at paras. 153 *et seq.*, including the various U.S. judgments mentioned there.



or Punishment).<sup>35</sup> This opportunity for entering a reservation (cf. Art. 30 (3) of the Convention) underlines the requirement of consent; even in a matter as serious and as unquestionably contrary to international law requirements, there is an explicit provision to evade the jurisdiction of the World Court.

The situation is similar for Art. IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948),<sup>36</sup> which refers disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Genocide Convention, including those about the responsibility of a given State for acts of genocide, to the ICJ. Although the acts in question might be even more severe, and although there is no express provision on reservations, such reservations are not prohibited<sup>37</sup> and have been accepted by the ICJ in some of the Yugoslavian *Legality of Use of Force* cases (provisional measures.<sup>38</sup>)<sup>39</sup>

Reservations to jurisdictional clauses in basic human rights treaties are by no means exceptional.<sup>40</sup> On the whole, such clauses give no hint at all as to possible exceptions.

4. If the indications for a special class of jurisdiction of the ICJ are rather limited with respect to *jus cogens*, the situation might be different concerning obligations *erga omnes*, which are a creation of the Court itself.

a) Despite having 'invented' the concept of obligations *erga omnes*, the ICJ has been extremely reluctant in applying it in contentious cases.<sup>41</sup> In

<sup>35</sup> 17 States have taken this opportunity (including France and the United States), cf. <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm#reservations>.

<sup>36</sup> 78 *UNTS* 277.

<sup>37</sup> Cf. ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *ICJ Reports* 1951, p. 15. 18 States have done so with respect to Article IX, including the United States (cf. <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/treaty1gen.htm>).

<sup>38</sup> The issue was unimportant at the preliminary objections stage (judgments of 15 December 2004).

<sup>39</sup> ICJ, *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, *Provisional Measures*, *ICJ Reports* 1999 (I), p. 761, paras. 29-33; ICJ, *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States)*, *Provisional Measures*, *ICJ Reports* 1999 (I), p. 916, paras. 21-25. Criticism on these judgments does not focus upon that point, cf. Sebastian Heselhaus, "Entscheidung des IGH über den Erlaß vorsorglicher Maßnahmen in den Fällen *Legality of Use of Force* vom 2. Juni 1999", *Archiv des Völkerrechts* 38 (2000), 328, at 337 *et seq.*

<sup>40</sup> Cf. only Article 29 (2) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1249 *UNTS* 13.

<sup>41</sup> Cf. the analyses of Paulus, *op. cit.* (note 8), pp. 372 *et seq.*; and Claudia Annacker, "The Legal Régime of *Erga Omnes* Obligations in International Law", *Austrian J. Publ. Intl.*

*Barcelona Traction*, the claims at issue were categorized as falling outside the concept and Belgium's standing was consequently denied.<sup>42</sup> In the *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia) (Preliminary Objections)*<sup>43</sup> the Court used the concept to deny that the duty to prevent and to punish the crime of genocide was territorially limited.

As it is well known, in the case concerning *East Timor (Portugal v. Australia)*, the Court underlined its restrictive approach. Despite recognizing the *erga omnes* character of the right of peoples to self-determination, the ICJ made explicitly clear "... that the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things".<sup>44</sup> Thus, the existence of *obligationes erga omnes* affects the requirement of consent as little as does the existence of *jus cogens*.<sup>45</sup> The effect of obligations *erga omnes* on Art. 36(2) Statute that had been expected shortly after the judgement in *Barcelona Traction* did not arise<sup>46</sup>.

However, the Court appears to have left a 'loophole', albeit a small one: If a judgment ensuing from contentious proceedings might only affect the

Law 46 (1994), 131, at 132 *et seq.* (taking a critical view towards the Court at 162 *et seq.*); in brief Zemanek, *loc. cit.* (note 12), 12, and Frowein, *loc. cit.* (note 32), p. 427 *et seq.*

<sup>42</sup> *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Second Phase)*, ICJ Reports 1970, p. 3, para. 35.

<sup>43</sup> ICJ Reports 1996, p. 595, para. 31 ; cf. Paulus, *op. cit.* (note 8), pp. 376 *et seq.*; Ragazzi, *op. cit.* (note 9), p. 96; Simma, *loc. cit.* (note 7), p. 200.

<sup>44</sup> *Case Concerning East Timor*, ICJ Reports, 1995, p. 90 para. 29. This rule was repeated in the *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Rwanda) (Provisional Measures)*, Order of 10 July 2002, *loc. cit.* (note 31) para. 71: "... whereas it does not follow from the mere fact that rights and obligations *erga omnes* are at issue in a dispute that the Court has jurisdiction to adjudicate upon that dispute; whereas, as the Court has noted above (...), it has jurisdiction in respect of States only to the extent that they have consented thereto; and whereas, when a compromissory clause in a treaty provides for the Court's jurisdiction, that jurisdiction exists only in respect of the parties to the treaty who are bound by that clause and within the limits set out in that clause; ...".

<sup>45</sup> Cf. also de Hoogh, *op. cit.* (note 2), p. 360; *id.*, "The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", *Austrian J. Publ. Intl. Law* 42 (1991), 183, at 199.

<sup>46</sup> F. A. Mann, "The Doctrine of *Jus Cogens* in International Law", in: Horst Ehmke/Joseph H. Kaiser/Wilhelm A. Kewenig/Karl Matthias Meessen/Wolfgang Rüdner (eds.), *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Berlin 1973, p. 399, at 406; on this Jochen Abr. Frowein, "Die Verpflichtungen *erga omnes* im Völkerrecht und ihre Durchsetzung", in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin 1983, p. 241, at 259.

legal interests of a non-party to the proceedings without adjudicating upon the rights and competences of that non-party, the said effect would not be a barrier to jurisdiction under Art. 36 (2) Statute.<sup>47</sup> There might of course be borderline cases in which the Court could have some choice in deciding whether there was a mere effect on legal interests of a non-party or whether its legal situation including its rights and powers could be decided upon as such. This 'loophole' might bring in *erga omnes* obligations, but it is extremely difficult to rule on such an obligation without affecting more than mere legal interests. On the whole, *jus cogens* rules and *erga omnes* obligations seem to coincide here – but in the negative: there is generally no jurisdiction without consent in both instances.

The explicit recognition of the *erga omnes* concept by the ILC's Articles on State Responsibility did not change this state of the law. Under Art. 48 (1) (b), every State shall be entitled to invoke the responsibility of another State if the latter is in breach of an obligation owed towards the international community as a whole. This, however, only affects standing but cannot create a special title of jurisdiction<sup>48</sup>. The articles on dispute settlement were withdrawn in the last phase, so the ICJ is not even mentioned in the Articles<sup>49</sup>.

b) The situation appears to be totally different where the jurisdiction of the Court to give advisory opinions under Art. 96 UN Charter is at stake<sup>50</sup>. In its most recent opinion in *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*,<sup>51</sup> the ICJ explicitly observed that the obligations that were held to be violated by Israel included obligations *erga omnes*.<sup>52</sup> It took the opportunity to underline and complete its juris-

---

<sup>47</sup> Para. 34.

<sup>48</sup> On the function of Article 48 see James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge 2002, pp. 277 *et seq.* (sub (2)).

<sup>49</sup> This is thoroughly explained by James Crawford in: *Second Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/498/Add. 4, paras. 384-387. Cf. also James Crawford, *Third Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/507/Add. 3, para. 287; ILC Report 1999, UN Doc. A/54/10, paras. 438-449; ILC Report 2000, UN Doc. A/55/10, para. 69.

<sup>50</sup> Cf. Hannikainen, *op cit.* (note 30), p. 279, 281 and 310.

<sup>51</sup> Advisory Opinion of 9 July 2004, General List No. 131, *ILM* 43 (2004), 1009.

<sup>52</sup> Para. 155 of the opinion. Cf. also para. 8 of the separate opinion of Judge Abdul G. Koroma. Judge Rosalyn Higgins in paras. 36 *et seq.* of her separate opinion adopts a divergent view. A first note on the case does not cover that point: Sean D. Murphy, "ICJ Advisory Opinion on Israeli Security Fence", *AJIL* 98 (2004), 361.

prudence on that category of rules from *Barcelona Traction* to *East Timor*.<sup>53</sup> Consequently, Israel was found to be in breach of two obligations which were the concern of all States: the right of the Palestinian people to self-determination and basic humanitarian rules as reflected in the Geneva Conventions.<sup>54</sup>

The explicit recognition of the latter is somewhat new,<sup>55</sup> and its exact scope remains unclear. First of all, the Court only takes the view that international humanitarian law “incorporates” *obligationes erga omnes* but then later formulates the duty of all State parties to the Fourth Geneva Convention “...to ensure compliance by Israel with international humanitarian law as embodied in that Convention”<sup>56</sup> – it could be added, in the whole of that Convention. This uncertainty left aside, in its opinion the Court makes clear what follows from the *erga omnes* character of the right of self-determination and of humanitarian law:<sup>57</sup> All States are obliged neither to recognize the illegal situation created by the construction of the wall on Palestinian Territory, nor to support that situation. Furthermore, it is their duty to bring the said situation by all means to an end in conformity with international law. Although the Court does not expressly quote them, this is perfectly in line with the ILC’s Art. 40 and 41 on State Responsibility, which regulate such obligations in case of grave violations of international legal

---

<sup>53</sup> Para. 155 *et seq.* of the opinion. See the “list” in Hannikainen, *op. cit.* (note 30), pp. 282 *et seq.*

<sup>54</sup> Para. 155 of the opinion.

<sup>55</sup> In ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports. 1996, p. 65, para. 79, the Court designates them “intransgressible principles of international customary law”, but explicitly refrains from pronouncing upon their *jus cogens* status (para. 83); cf. Prosper Weil, “L’avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires: deux lectures possibles”, in Emile Yakpo and Tahar Boumedra (eds.), *Liber amicorum judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague 1999, p. 545, at 549 and 551.

<sup>56</sup> Para. 157-159 of the opinion; quotation from para. 159.

<sup>57</sup> See for the following para. 159 of the opinion.

duties.<sup>58</sup> Finally, the duty to consider further action is incumbent on the United Nations as such, in particular its Secretary-General<sup>59</sup>.

There could not be a better instance of public international law as constitutional law of the international community. Israel is held to be in breach of fundamental norms which are of concern to the whole international community, and all legal measures have to be taken to stop Israel's behaviour. Of course the Court had to deal with the question whether such a ruling could be made without Israel's consent.<sup>60</sup> Its answer refers to the advisory, non-binding character of its opinions which had been emphasized as early as in its fourth opinion of 1950 in *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase*.<sup>61</sup> Advisory opinions of the Court are not requested by individual States, but by organs of the United Nations – representing the international community. The overall concern behind *obligationes erga omnes* is thus not vindicated by individual States, but its implementation is institutionalized with the United Nations organs, the ICJ giving legal advice. As the conflict in the Middle East acutely concerns the United Nations, given its deep commitment to the solution of the conflict, the request for an advisory opinion went beyond adjudicating a bilateral conflict and could thus not be seen as circumventing the requirement of consent.<sup>62</sup>

### III. THE ROLE OF THE ICJ IN IMPLEMENTING FUNDAMENTAL RULES

1. It is submitted that the implementation of fundamental rules in public international law by the ICJ should develop along these lines. The Court

---

<sup>58</sup> Cf. James R. Crawford, "Responsibility to the International Community as a Whole", *Ind. J. Global Legal Stud.* 8 (2001), 303, at 319 *et seq.*; *id.*, *op. cit.* (note 48), p. 245 *et seq.*; Sabine von Schorlemer, "Verfahrensrechtliche Aspekte bei Ansprüchen aus Verletzungen von *Erga-omnes*-Normen", in: Eckart Klein (ed.), *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht*, Berlin 2003, p. 238, at 259 *et seq.*; Christian Dominicé, "The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations", *EJIL* 10 (1999), 353, at 362 *et seq.*

<sup>59</sup> Para. 160 of the opinion.

<sup>60</sup> See para. 46 of the opinion.

<sup>61</sup> *ICJ Reports* 1950, p. 65, at 71; cf. also ICJ, *Western Sahara*, *ICJ Reports* 1975, p. 24, para. 31; cf. de Hoogh (supra note 2), pp. 363 *et seq.*

<sup>62</sup> Para. 47 *in fine* to para. 50, with a reference to *Western Sahara*, *loc. cit.* (note 61), paras. 32-33.

may formulate the legal basis of such fundamental rules, but their development in practice and their application to individual cases is entrusted to the political organs of the United Nations, above all the Security Council and the General Assembly. Beyond the involvement of those political organs, there is little space to overcome the requirement of consent.

This result might be disillusioning – but it does by no means come as a surprise. The trend towards constitutionalization in public international law might even be strengthened if the disadvantages of judicial constitutionalization are avoided. It is preferable at least to combine judge-made elements of a constitutional structure with political ones.

2. Within that institutional framework, an active involvement of the Security Council could be conceivable.

a) It is submitted that the Security Council could overcome the requirement of consent by issuing a binding decision against the party to a dispute that has not made its declaration under Art. 36 (2) Statute. Thus, if there is a threat to or breach of the peace (Art. 39 UN Charter), States could be urged by the Security Council to bring the matter to a peaceful settlement by the ICJ. If preemptory norms of public international law are at stake, the requirements of Art. 39 UN Charter are expected to be fulfilled in the majority of cases.

b) A whole range of counter-arguments could be advanced against this suggestion. The weakest would be that the obligation to submit a case to the ICJ is not within the range of the possible consequences of measures under Chapter VII of the Charter. There is, however, no doubt about the exemplary nature of the measures enumerated in Art. 41, as can be shown from the practice of the Security Council and its evaluation in legal writings.<sup>63</sup> If the Council can even create new judicial bodies such as the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda<sup>64</sup> – why should it not be entitled to activate the existing and central dispute settlement body of the United Nations?

---

<sup>63</sup> Cf. in particular Jochen Abr. Frowein/Nico Krisch, in: Bruno Simma/Hermann Mosler/Albrecht Randelzhofer/Christian Tomuschat/Rüdiger Wolfrum (eds.), *The Charter of the United Nations*, Vol. I, 2nd edition, Munich 2002, Article 41, para. 14.

<sup>64</sup> SC Res. 827, 25 May 1993; SC Res. 955, 8 November 1994; See ICTY, Appeals Chamber, judgment of 2 October 1995, *Prosecutor v. Tadić*, ILM 35 (1996), 42, at paras. 28-48.

c) A more serious obstacle seems to be constituted by the apparently clear limitations to the Security Council's task under the UN Charter with respect to the peaceful settlement of disputes. Thus, it is endowed with the task of calling upon parties to settle their disputes by peaceful means (Art. 33 (2) UN Charter) – without any indication that parties could be urged to make use of the procedure before the ICJ as a specific means of peaceful settlement.<sup>65</sup> Along similar lines, the Council is entitled to make recommendations under Art. 36 (1) of the Charter to achieve the peaceful settlement of disputes,<sup>66</sup> taking into account all procedures already resorted to by the parties (Art. 36 (2) UN Charter), and *taking into consideration* that legal disputes should *as a general rule* be referred to the ICJ (Art. 36 (3) UN Charter)<sup>67</sup> – a general rule which would allow for exceptions and would not encompass the possibility of jurisdiction without consent.<sup>68</sup> Further, the Security Council is involved if dispute settlement fails (Art. 37 (1) UN Charter), and it can take action under Art. 36 of the Charter or recommend terms of settlement if there is a likely danger to the maintenance of peace and security (Art. 37 (2) UN Charter). Upon the request of all the parties, the Security Council may issue recommendations with a view to a peaceful settlement of disputes (Art. 38 UN Charter). Finally, under Art. 94 (2) of the Charter, recourse can be had to the Security Council in order to make recommendations or to decide upon measures if a party to a dispute before the ICJ fails to perform its obligations laid down in a judgment. In this case, consent to the jurisdiction of the ICJ must have been given long before the Security Council had the opportunity to intervene.

All these powers of the Security Council (except the last) are specified in the context of Chapter VI which deals with situations in which there is a danger of threats to or breaches of international peace or even acts of aggres-

---

<sup>65</sup> For the role of the Security Council in dispute settlement see Stein, in: Simma/Mosler/Randelzhofer/Tomuschat/Wolfrum, *op. cit.* (note 63), Article 33, para. 6.

<sup>66</sup> For the non-mandatory nature of Security Council action in this respect see Stein, *loc. cit.* (note 65), Article 33, para. 45.

<sup>67</sup> Recommendations under Article 36 (3) UN Charter do not as such create jurisdiction, cf. Stein, *op. cit.* (note 65), Article 36, para. 35 *et seq.*, and the Joint Separate Opinion of Judges Basdevant, Alvarez, Winiarski, Zoricic, De Visscher, Badawi Pasha, and Krylov ICJ, *Corfu Channel Case (Preliminary Objections) (United Kingdom v. Albania)*, ICJ Reports 1948, p. 15, at 31 *et seq.*

<sup>68</sup> Expressly: Stefan Talmon, "The Security Council as World Legislature", *AJIL* 99 (2005), 175, at 182.

sion. In this phase of peaceful settlement, the institutional fabric offered by the Charter is rather complex, shaped to facilitate any possible opportunity to settle the dispute in question. However, these provisions cannot limit the Security Council's competences under Chapter VII when the danger to international peace and security has deteriorated into a real threat or even a breach and when the Security Council has made the relevant determination notwithstanding all the political difficulties created by the right of veto of its permanent members. The provisions as enumerated may constitute a comprehensive description of the Council's powers under Chapter VI but should not affect the range of its powers under Chapter VII. The party whose lack of consent is overcome by a Security Council decision is protected by the procedural requirements for a determination under Art. 39 of the UN Charter and taking action under Chapter VII of the Charter, in particular the right of veto of the permanent members. As far as Art. 94 (2) UN Charter is concerned, there is no indication that this provision is meant to limit the Council's activities with respect to ICJ judgments to action when States fail to perform a judgment.

d) A last counter-argument could be overcome more easily. It is almost undisputed that the Security Council is not entitled to use its powers under Chapter VII to achieve a final settlement of disputes.<sup>69</sup> There are even clear indications that such limitation was expressly aimed at by the San Francisco Conference.<sup>70</sup> To be sure, it is not suggested to give the Security Council such adjudicating power. By overcoming the lack of consent of one of the parties with respect to the jurisdiction of the ICJ, the Council would not settle the dispute itself but refer it to the principal judicial organ of the United Nations (Art. 92 UN Charter).<sup>71</sup> The distinction between the two means to maintain international peace and security in Art. 1 (1) of the Charter is thus respected.

---

<sup>69</sup> Cf. Frowein/Krisch, *op. cit.* (note 63), Introduction to Chapter VII, para. 13; Andreas F. Bauer, *Effektivität und Legitimität*, Berlin 1996, pp. 217-220 (with many quotations from earlier, concurrent views); Bernd Martenczuk, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Welt-sicherheitsrats*, Berlin 1996, pp. 254-260; Georg Nolte, "The Limits of the Security Council's Powers and its Functions in the International Legal System: Some Reflections", in: Michael Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford 2001, p. 315, at 321 *et seq.*; Barbara Lorinser, *Bindende Resolutionen des Sicherheitsrates*, Baden-Baden 1996, pp. 51 *et seq.*

<sup>70</sup> UNCIO XII, p. 162, Doc. 1027III/2/31(1).

<sup>71</sup> In addition, the Security Council appears to deviate from the limitation as described in its recent practice; cf. Frowein/Krisch (*supra* note 63), Introduction to Chapter VII, para. 13.



3. A special title of contentious jurisdiction in addition to the consensually shaped Art. 36 Statute is beyond the reach of a realistic development of public international law in the next few years. The problem of acceptance of the ICJ should not be left aside. Thus, the impact of fundamental rules upon the Court's advisory jurisdiction could be seen as a synthesis between the poles of old and new law in the sense of *Cassese* – a compromise advancing the development of international law. The differentiation of fundamental norms in *jus cogens* and *obligationes erga omnes* is without great significance in this respect apart from showing the Court's uncertainty in dealing with the difficult relationship of these borderline concepts beyond usual international legal experiences,<sup>72</sup> and from demonstrating its reluctance to recognize the former to the advantage of the latter which is in fact its own creation.

---

<sup>72</sup> Cf. Tomuschat, *loc. cit.* (note 1), 86.

## CHAPITRE XIV

### *La saisine de la Cour internationale de Justice en cas de violation des règles fondamentales de l'ordre juridique international*

JEAN-MARC THOUVENIN

Dans toute société moderne génératrice d'un système juridique, les droits fondamentaux en constituent le fondement matériel le plus essentiel. C'est d'ailleurs ce que la qualité que l'on reconnaît à ces droits que l'on dit « fondamentaux » veut indiquer. C'est notamment pour leur protection, et en tout état de cause en prenant soin de ne pas y porter atteinte, que l'ordre juridique de la société en question se développe et se perfectionne. L'importance de ces droits les place au sommet de la pyramide juridique. C'est dire que leur violation est inadmissible, en ce qu'elle sape les fondements de l'existence même de la société qu'ils régissent.

C'est un lieu commun que de dire que la société internationale n'est pas une société comme les autres. Elle n'est pas dotée d'un législateur, et encore moins d'un constituant. Mais elle s'est considérablement structurée depuis 1945, autour d'un texte essentiel, qui est sans doute l'un des textes juridiques les plus connus dans le monde, la Charte des Nations Unies, laquelle ne manque pas d'évoquer des droits fondamentaux. Elle proclame en effet dès son préambule la foi des Peuples des Nations Unies « dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droit des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites ».

Il revient naturellement à chacun des organes des Nations Unies de mettre en œuvre ces principes. On pense évidemment à l'Assemblée générale, dont les recommandations ont formulé plusieurs impératifs ; par exemple la résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, qui souligne que « le monde civilisé » condamne le crime de génocide comme étant un crime de

droit des gens ; la résolution 1514 (XV), qui souligne le « droit inaliénable » des peuples à la pleine liberté, et fait émerger le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme norme impérative du droit international ; la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962, évoquant le caractère inaliénable du droit qu'a tout Etat de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles. On pense aussi aux Juges du droit pénal international au sein du TPIY, qui ont estimé, dans l'arrêt *Furundzija* du 10 décembre 1998, que l'interdiction de la torture était devenue une norme de *jus cogens*. On pense aussi, en dehors des Nations Unies, à la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie qui, dans ses avis n° 1 et 9 de 1991 et 1992, a classé au rang des normes impératives les droits de la personne humaine, ainsi que les droits des peuples et, de façon plus originale, les droits des minorités.

Evidemment, puisqu'elle est l'« organe judiciaire principal des Nations Unies », la Cour internationale de Justice ne saurait se désintéresser des règles fondamentales du droit international. Elle n'est certes pas un législateur mondial ; elle n'est sans doute pas davantage un juge constitutionnel, gardien de la Charte, ou une Cour suprême de la Communauté internationale<sup>1</sup>, dont l'existence reste au demeurant douteuse aux yeux de certains juges<sup>2</sup>. Elle ne saurait donc être vue comme la gardienne des droits fondamentaux, lesquels peuvent d'ailleurs exister sans pour autant être « sanctionnés par le juge »<sup>3</sup>. Mais elle peut indéniablement contribuer à les rendre plus fermement établis et mieux respectés.

Les juges en sont naturellement bien conscients. Il l'ont clairement manifesté dès le premier arrêt rendu par la Cour, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, à propos d'un différend mettant en cause le recours à la force. La Cour y exprime solennellement le caractère essentiel du principe de non recours à la force dans les relations internationales en affirmant que : « Entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux ». C'est d'ailleurs pourquoi, malgré les circonstances atténuantes dont bénéficiait le Royaume-Uni dans

---

<sup>1</sup> S. Rosenne, *The World Court, What it is and how it works*, 4th ed., 1989, pp. 36-37.

<sup>2</sup> G. Guillaume, « Les thèmes favoris de la Communauté internationale ont-ils une valeur universelle ? », in *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIème siècle, le regard d'un juge*, A. Pedone, 2003, pp. 189-197.

<sup>3</sup> Michel Virally, « Réflexions sur le Jus Cogens », in *Le droit international en devenir, essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, pp. 147-168, p. 161.

cette affaire, la Cour s'est sentie contrainte « pour assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe, [de] constater la violation par l'action de la marine de guerre britannique de la souveraineté de l'Albanie »<sup>4</sup>.

C'est aussi à la Cour que l'on doit la première liste, certes imprécise et non-exhaustive, des règles les plus fondamentales du droit international. C'est du reste ce qui a rendu si célèbre l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970<sup>5</sup>. Puis il y a eu l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, qui a permis à la Cour de reconnaître comme impératives les règles protectrices des diplomates, et encore l'affaire du *Timor oriental*, consacrant le caractère « essentiel » du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>6</sup>. On peut encore évoquer l'affaire du *Projet Gabcykovo-Nagymaros*, à l'occasion de laquelle la Cour a pu relever « toute l'importance que le respect de l'environnement revêt à son avis, non seulement pour les Etats mais aussi pour l'ensemble du genre humain »<sup>7</sup>, sans pour autant, il est vrai, parler en l'occurrence de règles fondamentales.

Même si elle a pu manifester une certaine réticence à qualifier explicitement de *cogens* certaines normes<sup>8</sup>, ce qui pourrait illustrer ses craintes à admettre le principe de la nullité des traités qui seraient en contradiction avec de telles normes, la Cour est disposée, quand elle le peut, à qualifier le cas échéant comme fondamentales ou intransgressibles les règles qui sont soumises à son appréciation. C'est ainsi, notamment, que dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi d'armes nucléaires*, si la Cour a estimé qu'elle n'avait pas à se prononcer sur le point de savoir si le droit humanitaire applicable à l'utilisation de l'arme nucléaire appartenait au *jus cogens*<sup>9</sup>, elle n'a pas hésité à considérer qu'un grand nombre de principes du droit humanitaire constituent des principes « intransgressibles » du droit international coutumier.

Ces constats, qui montrent que, contrairement à une idée répandue, la Cour n'adopte aucunement une attitude « frileuse » à l'égard des règles

---

<sup>4</sup> C.I.J., Affaire du Détroit de Corfou, Fond, arrêt du 9 avril 1949, Rec. p. 35.

<sup>5</sup> C.I.J., Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (nouvelle requête :1962), arrêt du 5 février 1970, Rec. p. 2.

<sup>6</sup> C.I.J., Affaire du Timor oriental, arrêt du 30 juin 1995, Rec. p. 102, par. 29.

<sup>7</sup> C.I.J., Affaire du Projet Gabcykovo-Nagymaros, arrêt du 25 septembre 1997, par. 53.

<sup>8</sup> G. Guillaume, op. cit., p. 194.

<sup>9</sup> Avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis du 8 juillet 1996, Rec. p. 258, par. 83.

fondamentales du droit international, ne répondent cependant pas à la question que pose l'intitulé de cette communication, lequel interroge sur la saisine de la Cour internationale de Justice en cas de *violation* des principes fondamentaux. Or, une chose est d'affirmer l'existence dans l'ordre juridique de normes fondamentales ou essentielles, ce que la Cour peut faire sans même avoir à les appliquer, comme ce fut d'ailleurs le cas dans les affaires de la *Barcelona Traction* ou du *Timor oriental*, une autre chose est d'en vérifier le respect dans tel ou tel cas concret.

Pour qu'une telle vérification soit possible, il faut que la Cour puisse être valablement saisie. Or, en première analyse, c'est-à-dire à la lecture des textes qui fondent l'existence et établissent les règles de fonctionnement de la Cour, ses statut et règlement, il n'existe aucun assouplissement des règles relatives à sa saisine lorsque des droits fondamentaux sont en cause. Mais l'analyse ne peut s'arrêter là car, comme on le sait « en cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide »<sup>10</sup>, règle qui s'applique aussi bien au contentieux qu'en matière consultative. Il est dès lors intéressant de vérifier si ses décisions illustrent une application souple des règles procédurales lorsque des droits fondamentaux sont en cause. On s'y attachera en abordant successivement les compétences contentieuse (I) puis consultative (II) de la Cour.

## I. FONCTION CONTENTIEUSE DE LA COUR ET VIOLATION DES RÈGLES FONDAMENTALES DU DROIT INTERNATIONAL

La Cour ne peut exercer sa compétence en matière de règlement des différends que si trois conditions sont réunies. Il faut qu'il existe une base de compétence (A) ; que la Cour soit ouverte aux parties à l'instance (B) ; et il faut enfin que le demandeur justifie d'un intérêt pour agir (C).

### A. COMPÉTENCE

La Cour ne peut être efficacement saisie du règlement d'un différend que si sa juridiction est reconnue par les Etats parties à l'instance. L'acceptation de la compétence de la Cour peut se traduire par un

---

<sup>10</sup> Article 36, par. 6, du Statut de la Cour.

compromis (1), résulter d'une clause compromissoire (2), ou être établie dans le cadre du système facultatif de juridiction obligatoire (3).

*1. La saisine de la Cour par compromis*

Dans la liste des affaires dont la Cour a été saisie depuis son entrée en fonction, treize lui ont été soumises par compromis. Douze d'entre elles portaient sur des différends territoriaux, et donc sur la souveraineté territoriale des Etats parties à l'instance<sup>11</sup>. De telles questions peuvent sans doute être considérées comme mettant en jeu l'un des principes de base du droit international contemporain, reconnu d'ailleurs comme tel par la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. Mais aucune de ces affaires ne concernait la violation de la souveraineté territoriale d'un Etat. Elles portaient uniquement sur la détermination de l'étendue de cette souveraineté territoriale ou maritime, par la fixation des frontières ou limites qui l'encadrent.

La treizième affaire portée devant la Cour par compromis, celle du *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, était relative, comme son nom l'indique, au droit d'asile. Ce n'est pas une question que l'on associe d'évidence à une règle fondamentale du droit international<sup>12</sup>. Mais même à supposer que ce soit le cas, l'affaire du *Droit d'asile* ne portait de toute façon pas sur une allégation de violation de ce droit, mais sur l'interprétation des conditions dans lesquelles un tel droit pouvait ou ne pouvait pas être octroyé. L'affaire est donc, en tout état de cause, sans pertinence sur la question de la saisine de la Cour en cas de violation des droits fondamentaux.

---

<sup>11</sup> On pense aux affaires des Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni); de la Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas); du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas); du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne); de la Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique) (affaire portée devant une chambre); du Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte); du Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali) (affaire portée devant une chambre); du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras) (affaire portée devant une chambre); du Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad); de l'Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), de la Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie); du Différend territorial (Bénin/Niger).

<sup>12</sup> Sur le sujet, on peut voir l'excellent ouvrage de Denis Alland et Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit d'asile*, Puf, 2002.

A vrai dire, les différends soumis à la Cour par compromis sont généralement expurgés de toute éventuelle demande de constatation de violation du droit international, y compris des règles les plus essentielles qui le composent. Elles ne conduisent jamais la Cour à connaître de la question de la responsabilité de tel ou tel Etat. On peut, à titre d'exemple, évoquer l'affaire du *Différend frontalier (Libye/Tchad)* qui illustre bien ce phénomène. Le Tchad aurait pu mettre en cause le comportement de la Libye, qui avait envahi militairement la « bande d'Aouzou », et lui reprocher d'avoir violé sa souveraineté territoriale<sup>13</sup>. Il ne l'a pas fait, et ce n'est d'ailleurs pas étonnant : il est clair que si telle avait été l'intention du Tchad, la Libye n'aurait certainement pas accepté le compromis de saisine de la Cour.

## *2. La saisine de la Cour en application d'une clause compromissoire*

Certaines conventions internationales établissent des principes fondamentaux, ou les codifient, tout en prévoyant des possibilités de saisine de la Cour internationale en cas de différend. C'est notamment le cas de la convention de Vienne sur le droit des traités (a), mais aussi de la convention sur le génocide du 9 décembre 1948, et de la convention sur la torture du 10 décembre 1984 (b).

### a) L'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

On peut en premier lieu évoquer la convention de Vienne sur le droit des traités, et plus particulièrement son article 66. Selon cette disposition, en son alinéa a) :

« Toute Partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage ».

L'article 53 de la convention dispose qu'est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général, tandis que l'article 64 précise que si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.

---

<sup>13</sup> Sur cette affaire, voir G. Guillaume, *Les grandes crises internationales et le droit*, Seuil, 1994, pp. 297-315.

Nous avons là, à n'en pas douter, un mécanisme de recours au juge international. Il n'a pour le moment jamais été mis en œuvre, mais on ne saurait s'y tromper : il ne permet pas la saisine de la Cour en cas de « violation » du *jus cogens*<sup>14</sup>. La Cour ne peut être saisie qu'en cas de différend relatif à une allégation de nullité d'un traité, pour cause de contrariété au *jus cogens*. Or, la conclusion d'un traité contraire à une norme de *jus cogens* ne constitue pas nécessairement une violation de cette norme, tout particulièrement lorsque cette norme prohibe un comportement matériel, et non un comportement juridique. Le traité contraire au *jus cogens* est nul en application de l'article 53 de la convention de Vienne, mais sa *conclusion* ne constitue pas nécessairement une violation de la règle substantielle de droit impératif, à laquelle *sa mise en œuvre* pourrait contrevenir. D'ailleurs, la règle qui postule la nullité *ab initio* d'un traité, lorsqu'il est contraire dès sa conclusion à une norme de *jus cogens*, conduit à penser qu'il est difficilement envisageable d'attribuer des conséquences en termes de responsabilité à cet acte inexistant.

b) Les clauses compromissaires des autres conventions

On trouve des clauses compromissaires dans d'autres traités relatifs à des droits fondamentaux du droit international, notamment à l'article IX de la convention sur le génocide du 9 décembre 1948, et à l'article 30 de la convention sur la torture du 10 décembre 1984. La comparaison des deux clauses révèle que si la première, dont le Juge Oda a souligné, dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Convention sur le Génocide*, qu'elle ne connaît pas d'équivalent, prévoit la possibilité de saisine de la Cour lors de différends « quant 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 3 », la seconde, plus classique ne permet la saisine du juge international qu'en cas de différend « concernant l'interprétation ou l'application de la convention ».

Cette différence n'est pas sans effet, comme le montre, en creux, l'affaire de la *Convention sur le génocide*. La question a été soulevée dans cette affaire de savoir si la Cour pouvait être saisie de la question de la

---

<sup>14</sup> Voir en ce sens C.I.J., Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002), Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 10 juillet 2002, par. 73-75.



responsabilité d'un Etat pour faits de génocide. Il y a eu débat au sein de la Cour. Les juges Shi, Vereshchetin et Oda ont considéré que ce ne pouvait être le cas, la Cour ne pouvant être saisie que pour la résolution des différends relatifs à l'application et l'interprétation de la Convention. Ils n'ont pas été suivis. La Cour a jugé :

« qu'en visant «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat.

La responsabilité d'un Etat pour le fait de ses organes n'est pas davantage exclue par l'article IV de la convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des «gouvernants» ou des «fonctionnaires»<sup>15</sup>.

Par contraste avec cet article IX, les termes de l'article 30 de la convention sur la torture ne visent pas expressément la responsabilité des Etats pour violation des obligations contenue dans la convention. Il permet de saisir la Cour si les obligations conventionnelles ne sont pas correctement respectées, c'est à dire si l'Etat sur le territoire duquel des actes de torture ont été commis n'a pas mis en œuvre les obligations de faire qu'elle pose. On peut à cet égard rappeler que l'Etat partie à la convention doit prendre des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres, afin d'empêcher des actes de torture sur son territoire (art. 2), doit les poursuivre, les réprimer, en extraditer les auteurs le cas échéant, assurer la réparation des préjudices qui en résultent (art. 4 à 9, 12, 13, 14), ne pas expulser, refouler ou extraditer des personnes vers un Etat dans lequel elles risquent la torture (art. 3), former les agents publics aux règles relatives à l'interdiction de la torture (art. 10), surveiller les pratiques à l'égard des personnes qui sont entre les mains des autorités (art. 11). Ce sont des obligations de faire, pas des interdictions de pratiquer la torture, qui pèsent, aux termes de la convention, sur les Etats.

Par conséquent, dès lors que cette interdiction de pratiquer la torture (dont il ne fait évidemment aucun doute qu'elle s'impose aux Etats en vertu du droit international général), n'est pas spécifiquement prescrite par la Convention, on voit difficilement comment son article 30 pourrait fournir une base de compétence à la Cour pour en connaître.

---

<sup>15</sup> Par. 32 de l'arrêt.

On constate ainsi que l'existence d'une clause compromissoire dans un traité relatif à la protection des droits fondamentaux n'est pas nécessairement le signe d'une possibilité de saisine de la Cour lors de la violation de ces droits par un Etat.

*3. Saisine de la Cour sur la base de l'article 36, paragraphe 2, de son Statut*

A vrai dire, la lecture du Statut de la Cour montre que cette juridiction n'a pas été établie pour connaître spécifiquement des droits fondamentaux de l'ordre juridique international ; son mode de saisine n'est pas marqué par une quelconque référence à cet égard. Pour autant, on peut se demander si l'exigence de la Cour quant à l'existence d'une base à l'exercice de sa compétence est la même selon qu'elle est saisie d'une affaire « banale », si tant est que cela puisse exister, ou d'une affaire dans laquelle est en cause une violation de règles fondamentales du droit international.

L'idée d'un assouplissement des règles, ou à tout le moins d'une application moins rigoureuse de ces règles, a été soutenue, notamment par le juge Skubiszewski dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire du *Timor oriental*<sup>16</sup>. On le sait, dans cette affaire était en cause le droit du peuple timorais à disposer de lui-même. Dans ce contexte, selon le juge Skubiszewski :

« On ne saurait réduire le problème de la compétence de la Cour à une simple question de conformité juridique. C'est particulièrement vrai lorsque la Cour est aux prises avec certains principes fondamentaux du droit international »<sup>17</sup>.

Le Juge *ad hoc* Lauterpacht avait lui aussi, dans l'affaire relative à *l'Application de la convention sur le Génocide*<sup>18</sup>, soutenu que :

« Si les exigences des principes juridiques ne sauraient être négligées, il faut cependant rappeler que l'application rigide des principes n'est pas une fin en soi, mais seulement un élément – de toute importance certes – dans l'élaboration constructive d'une réponse juridique aux besoins des bénéficiaires ultimes du droit »<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> C.I.J., arrêt du 30 juin 1995, Rec. p. 90.

<sup>17</sup> Rec. p. 238.

<sup>18</sup> C.I.J., Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993.

<sup>19</sup> Rec. 1993, p. 408.

L'idée ne semble cependant pas avoir, pour le moment du moins, convaincu la Cour. Cette dernière a en effet décliné sa compétence dans l'affaire du Timor oriental, en considérant qu'elle ne pouvait trancher la question qui lui était posée sans se prononcer, au préalable, sur les droits et obligations de l'Indonésie, ce qu'elle ne pouvait faire puisque l'Indonésie n'avait pas reconnu sa compétence. Deux éléments ont sans doute tout de même « rassuré » la Cour dans l'adoption d'une telle solution, a priori décevante. D'une part, l'Australie, qui était mise en cause dans son attitude de dénégation du droit du peuple timorais à disposer de lui-même, avait solennellement affirmé, au cours de la procédure et par la voix de son agent, reconnaître ce droit. D'autre part, bien que se disant incompétente, la Cour a trouvé le moyen d'affirmer, et donc de confirmer sans aucune équivoque, le droit du peuple timorais à disposer de lui-même. La Cour a en effet indiqué :

« 36. Ayant rejeté la première des deux exceptions australiennes qu'elle a examinées, mais retenu la seconde, la Cour constate qu'elle n'a pas à se pencher sur les autres exceptions de l'Australie et qu'elle ne saurait se prononcer sur les demandes du Portugal au fond, quelle que soit l'importance des questions que ces demandes soulèvent et des règles de droit international qu'elles mettent en jeu.

37. La Cour rappellera en tout état de cause qu'elle a pris note, dans le présent arrêt (paragraphe 31), du fait que pour les deux Parties le Territoire du Timor oriental demeure un territoire non autonome et son peuple a le droit à disposer de lui-même »<sup>20</sup>.

Dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, la même solution d'incompétence a été retenue par la Cour, sur la base d'une analyse *prima facie*, dans le cadre des demandes de mesures conservatoires<sup>21</sup>. La Cour y a clairement marqué son attachement à la règle du consensualisme, quels que soient les droits en cause :

« 47. Considérant qu'il existe une distinction fondamentale entre la question de l'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour et la compatibilité de certains actes avec le droit international; la compétence exige le consentement »<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Rec., pp. 105-106.

<sup>21</sup> C.I.J., Affaires relative à la Licéité de l'emploi de la force, Ordonnances du 2 juin 1999.

<sup>22</sup> Ibid., Rec., p. 140, par. 47.

En l'espèce, du fait de l'incompétence *prima facie* qu'elle a constatée, la Cour n'a pas été en mesure d'intervenir, alors même qu'elle se disait « profondément préoccupée » :

« par le drame humain, les pertes en vies humaines et les terribles souffrances que connaît le Kosovo et qui constituent la toile de fond du présent différend, ainsi que par les victimes et les souffrances humaines que l'on déplore de façon continue dans l'ensemble de la Yougoslavie »<sup>23</sup>,

ainsi que par

« l'emploi de la force en Yougoslavie; [que,] dans les circonstances actuelles, cet emploi soulève des problèmes très graves de droit international »<sup>24</sup>.

Toutefois, comme dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour a là encore pu atténuer quelque peu la frustration procurée par son incapacité à se prononcer en l'affaire en précisant :

« que les Etats, qu'ils acceptent ou non la juridiction de la Cour, demeurent en tout état de cause responsables des actes contraires au droit international, y compris au droit humanitaire, qui leur seraient imputables; que tout différend relatif à la licéité de tels actes doit être réglé par des moyens pacifiques dont le choix est laissé aux parties conformément à l'article 33 de la Charte »<sup>25</sup>.

La Cour ne peut cependant pas aller très loin dans les appréciations « de consolation » qu'elle peut faire lorsqu'elle se juge incompétente. Comme elle l'a souligné dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force* :

« Lorsque (...) comme elle le fait en l'espèce, la Cour parvient à la conclusion qu'elle n'est pas compétente pour connaître des demandes formulées dans la requête, elle ne peut se prononcer ni formuler de commentaire sur l'existence de telles atteintes ou sur la responsabilité internationale qui pourrait en découler »<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Ibid., par. 16 ; voir aussi C.I.J., Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo, op. cit, par. 54.

<sup>24</sup> Ibid., par. 17.

<sup>25</sup> Ibid., par. 48 ; voir aussi C.I.J., Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo, op. cit, par. 56 et 93.

<sup>26</sup> C.I.J., Affaire de la Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt du 15 décembre 2004, par. 128.

La pratique révèle donc une approche de la Cour quant à la vérification de sa compétence qui n'est pas différente selon que l'affaire concerne des droits fondamentaux ou n'en concerne pas.

### *B. LA CONDITION D'OUVERTURE DE LA COUR AUX ETATS*

L'article 35, paragraphe 1, du Statut de la Cour, dispose que « La Cour est ouverte aux Etats parties au présent Statut », tandis que l'article 93, paragraphe 1, de la Charte, précise que « Tous les Membres des Nations Unies sont *ipso facto* parties au Statut de la Cour internationale de Justice ». Bref, dès lors qu'aujourd'hui tous les Etats sont membres des Nations Unies, tous sont, *ipso facto*, parties au statut de la Cour, et la question de « l'ouverture » de la Cour aux Etats n'a plus vocation à se poser que dans des cas très exceptionnels.

Mais, précisément, les récentes affaires yougoslaves ont posé une telle question du fait que, au moment de la saisine de la Cour sur les affaires la concernant, la Yougoslavie (Serbie-Monténégro) n'était pas Membre des Nations Unies, et donc pas davantage partie au Statut.

Comme on le sait, il y a eu deux affaires yougoslaves : la première, l'affaire du *Génocide*, dans laquelle la Yougoslavie était défenderesse, mise en cause pour faits de génocide ; la seconde, l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, dans laquelle elle était demanderesse, et mettait en cause les membres de l'OTAN qui avaient mené des raids aériens sur le Kosovo. C'est, dans ces deux affaires, vers l'article 35, paragraphe 2, du Statut, qu'il convenait de se tourner pour savoir si la Cour pouvait exercer sa compétence. Cet article définit à quelles conditions les Etats non parties au Statut ont accès à la Cour en ces termes :

«Les conditions auxquelles [la Cour] est ouverte aux autres Etats [il s'agit des Etats non parties au Statut] sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de sécurité, et, dans tous les cas, sans qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour».

Autant dire que l'accès à la Cour est permis aux Etats non parties au statut soit si les conditions posées par le Conseil de sécurité à cet égard dans

une résolution de 1946 ont été remplies, soit si les dispositions particulières d'un traité renvoient à la Cour pour connaître des différends qui lui sont liés.

Dans son ordonnance du 8 avril 1993, dans l'affaire du *Génocide*, la Cour avait estimé qu'il résultait de ce texte :

«qu'une instance peut être valablement introduite par un Etat contre un autre Etat qui, sans être partie au Statut, est partie à une telle disposition particulière d'un traité en vigueur, et ce indépendamment des conditions réglées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 (1946) (voir *Vapeur Wimbledon, 1923, C.P.J.I. série A n° 1*, p. 6); que, de l'avis de la Cour, une clause compromissive d'une convention multilatérale, telle que l'article IX de la convention sur le génocide, invoqué par la Bosnie-Herzégovine en l'espèce, pourrait être considérée *prima facie* comme une disposition particulière d'un traité en vigueur; qu'en conséquence, si la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie sont toutes deux parties à la convention sur le génocide, les différends auxquels s'applique l'article IX relèvent en tout état de cause *prima facie* de la compétence *ratione personae* de la Cour»<sup>27</sup>.

L'interprétation de l'article 35, paragraphe 2, du Statut, permettait alors à la Cour de se juger compétente *prima facie* à l'égard de la Yougoslavie.

Mais la Cour a retenu une position inverse dans son arrêt du 15 décembre 2004 rendu dans l'autre affaire yougoslave, celle la *Licéité de l'emploi de la force*:

« De l'avis de la Cour, en conséquence, la référence faite au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut aux «dispositions particulières des traités en vigueur» ne s'applique qu'aux traités en vigueur à la date de l'entrée en vigueur du Statut et non aux traités conclus depuis cette date.

114. La Cour conclut donc que, même à supposer que la Serbie-et-Monténégro ait été partie à la convention sur le génocide à la date pertinente, le paragraphe 2 de l'article 35 ne lui donne pas accès à la Cour sur la base de l'article IX de cette convention puisque celle-ci n'est entrée en vigueur que le 12 janvier 1951, après l'entrée en vigueur du Statut »<sup>28</sup>.

Le revirement de jurisprudence s'agissant de l'interprétation de l'article 35, paragraphe 2, du Statut, est spectaculaire, et d'ailleurs certains juges s'en

---

<sup>27</sup> C.I.J., affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro)), mesures conservatoires, arrêt du 8 avril 1993, Rec., p. 14, par. 19.

<sup>28</sup> Arrêt, par. 113 et 114.

sont inquiétés dans des termes plutôt vifs<sup>29</sup>. Il faut reconnaître qu'il est bien difficile de saisir la politique judiciaire suivie par la Cour ce faisant, mais il faut noter que le dernier état de la jurisprudence laisse penser que la Cour pourrait s'engager sur la voie d'une décision d'incompétence dans l'affaire du *Génocide*, encore pendante au moment où ces lignes sont écrites. Si tel devait être le cas, il en résulterait une confirmation de l'approche rigoriste de la Cour à l'égard des règles procédurales conditionnant sa saisine, y compris en cas de violation des droits fondamentaux. C'est la conclusion inverse que l'on pourra tirer si la Cour parvient tout de même à aborder au fond l'affaire du *Génocide*.

### C. L'APPRECIATION DE L'INTERET POUR AGIR

La compétence de la Cour n'est pas suffisante à permettre sa saisine. Encore faut-il que la requête introduisant l'instance soit recevable.

Cela suppose d'abord de vérifier que le demandeur démontre à la satisfaction de la Cour l'existence d'un différend qui le concerne. La Cour a en effet pour mission, comme en dispose l'article 38, paragraphe 1, du Statut, de régler les *différends* qui lui sont soumis. La notion de différend est aujourd'hui suffisamment précisée. C'est un « désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre des parties »<sup>30</sup>. La pratique montre que, partant de cette définition, un différend est considéré comme établi dès lors que « la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre »<sup>31</sup>. C'est le cas si « les griefs formulés en fait et en droit par [un Etat contre un autre] sont rejetés par [ce dernier] »<sup>32</sup>. Le rejet des prétentions

---

<sup>29</sup> Voir la déclaration commune des juges Ranjeva, Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al Khasawneh, Buergenthal, Elaraby.

<sup>30</sup> C.P.J.I, Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, Série A n° 2, p. 11 ; C.I.J., Affaire du Cameroun septentrional, arrêt du 2 décembre 1963. Rec., p. 27; C.I.J., Affaire de l'Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif du 26 avril 1988, Rec., p. 27, par. 35; C.I.J., Affaire du Timor oriental, op. cit., Rec., p. 99-100, par. 22 ; C.I.J., Affaire de Certains biens, exceptions préliminaires, arrêt du 10 février 2005, par. 24.

<sup>31</sup> C.I.J., Affaire du Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt du 18 juillet 1966, Rec., p. 328.

<sup>32</sup> Affaire de Certains biens, op. cit., par. 25.

d'un Etat par un autre illustre à suffisance l'existence d'un différend d'ordre juridique<sup>33</sup>.

Mais la recevabilité d'une requête suppose aussi que le demandeur fasse état d'un intérêt pour agir<sup>34</sup>. C'est le cas s'il allègue la violation d'un droit subjectif dont il se prétend personnellement titulaire. Il n'a pas intérêt pour agir si le droit subjectif qu'il prétend violé est détenu par un autre sujet de droit que lui, c'est à dire s'il n'existe entre lui et le défendeur aucun lien de droit qui soit en cause.

C'est ce qui ressort des affaires du *Sud ouest africain* (2<sup>ème</sup> phase)<sup>35</sup>, et de la *Barcelona Traction*<sup>36</sup>. Dans l'affaire du *Sud Ouest africain*, la Cour avait estimé irrecevable l'action des demandeurs, l'Ethiopie et le Liberia, au motif que le lien juridique dont ils alléguaient la violation, à savoir le mandat sur le Sud Ouest africain, n'avait pas été établi à leur profit, mais seulement dans les relations entre la SDN et l'Afrique du Sud. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Belgique a été considérée comme n'ayant pas qualité pour agir en protection des droits d'une entreprise canadienne victime de violations de ses droits en Espagne. Bien que la Cour ait évoqué à cette occasion le défaut de « qualité » pour agir de la Belgique, c'est bien d'un défaut d'intérêt pour agir dont il s'agit, la Belgique ne pouvant justifier de droits dont elle aurait pu prétendre qu'ils avaient été violés en la personne de ses ressortissants<sup>37</sup>.

La nécessité qu'il existe un intérêt pour agir n'est évidemment pas contestable dans son principe. Elle permet d'éviter un encombrement du rôle de la Cour par des affaires sans consistance réelle. Au demeurant, cette règle n'empêche pas nécessairement un Etat de saisir la Cour si la victime de la violation d'une norme fondamentale n'est pas un Etat. S'il s'agit d'un territoire non autonome, son peuple peut être représenté par sa puissance administrante. Cette hypothèse a d'ailleurs pu être observée dans l'affaire du

---

<sup>33</sup> Ibid. ; voir aussi Affaire du Timor oriental, op. cit., Rec., p. 100, par. 22; Affaire de l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, op. cit., Rec., p. 615, par. 29.

<sup>34</sup> Sur l'intérêt pour agir, voir notamment J. Combacau et S. Sur, Droit international public, Montchrétien, 6<sup>ème</sup> éd., 2004, pp. 528-529.

<sup>35</sup> Arrêt du 18 juillet 1966, Rec., p. 6.

<sup>36</sup> Arrêt du 5 février 1970, Rec., p. 3.

<sup>37</sup> On considère d'ailleurs en général que l'intérêt pour agir est une des conditions de la qualité pour agir.



*Timor oriental*, dans laquelle le Portugal a pu saisir la Cour contre l'Australie en faisant état de sa qualité de puissance administrante du Timor oriental. En outre, les conclusions qu'elle demandait à la Cour de lui adjuger étaient notamment présentées en défense des intérêts du peuple timorais<sup>38</sup>. Si la victime est une personne privée, peut entrer en jeu le mécanisme de la protection diplomatique, qui permet à un Etat de prendre fait et cause pour un de ses nationaux dont les droits ont été violés, et d'endosser sa réclamation pour la porter devant la Cour.

L'intérêt pour agir ouvre toutefois des débats complexes dans certaines hypothèses. La Cour peut elle être saisie lorsque le « représentant » de l'entité non étatique n'est pas un Etat ? C'est la façon dont se présentait l'affaire du *Sud Ouest Africain* de 1966. Que faire si le « représentant » est certes étatique, mais ne souhaite pas saisir la Cour, pour des raisons qui lui sont propres ? C'est ainsi que se présentait l'affaire de la *Barcelona Traction*. Des solutions paraissent essentielles à trouver pour permettre tout de même la saisine de la Cour dans ce type de cas, dès lors que sont en cause des règles fondamentales du droit international. C'est précisément dans de telles hypothèses qu'a été évoqué le mécanisme de l'*actio popularis*.

A cet égard, en dépit des hésitations issues de l'arrêt rendu dans l'affaire du *sud Ouest africain*, l'on sait depuis l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* que :

« une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »<sup>39</sup>.

On notera que ces obligations *erga omnes* ne recourent pas nécessairement les règles de *jus cogens*. Les premières se caractérisent par leur opposabilité universelle, alors que les secondes ont une force juridique spécifique. Il est certes bien évident que les normes de *jus cogens* sont nécessairement *erga omnes* puisqu'elles se définissent comme étant acceptées et reconnues comme impératives par « la Communauté

---

<sup>38</sup> Affaire du Timor oriental, op. cit.

<sup>39</sup> Rec., p. 33.

internationale des Etats dans son ensemble»<sup>40</sup>. Mais à l'inverse, les règles *erga omnes* ne sont pas nécessairement *cogens*. A n'en pas douter, il s'agit cependant des règles fondamentales de l'ordre juridique international, en raison, pour reprendre les termes de l'arrêt *Barcelona Traction*, « de l'importance des droits en cause ». Selon la Cour, figurent dans cette catégorie :

« la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide ..., des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »<sup>41</sup>.

Ce qui est évidemment remarquable s'agissant des règles *erga omnes* est qu'elles permettent à chaque Etat d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat qui les aurait violées, même s'il n'en est pas la victime directe. « Tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés », dit la Cour en 1970, et c'est ce principe que codifie l'article 48 du projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats :

« tout Etat autre qu'un Etat lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat si :

(...)

b) L'obligation violée est due à la communauté des Etats dans son ensemble ».

Même si aucune action n'a été portée devant la Cour sur un tel fondement depuis l'affaire très controversée du *Sud Ouest africain*, on voit mal ce qui pourrait conduire la Cour à s'y opposer, celle-ci ayant elle-même considéré l'existence d'obligations *erga omnes*, aussi bien dans l'affaire de la *Barcelona Traction* que dans celle du *Timor oriental*, mais aussi dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et dans l'affaire du *Mur en Palestine*. Deux observations s'imposent cependant.

En premier lieu, à supposer qu'une requête soit portée devant la Cour en protection de droits fondamentaux par un Etat qui ne serait pas directement lésé, ce dernier pourrait, selon la Commission du droit international, engager la responsabilité de l'Etat responsable de leur violation, et réclamer la cessation du fait illicite, des assurances et garanties

---

<sup>40</sup> Article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

<sup>41</sup> Affaire de la *Barcelona Traction*, op. cit., Rec., p. 33

de non répétition, ainsi que réparation dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée. En effet, selon l'article 48, paragraphe 2, du projet d'articles de la C.D.I. :

« Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable:

a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et

b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée ».

En second lieu, il faut préciser de façon très nette que l'*actio popularis* ne permet en tout état de cause pas de contourner la question de la compétence de la Cour. Elle permet de constater l'existence d'un intérêt pour chaque Etat à agir lorsque des droits *erga omnes* sont violés, mais n'a pas pour autant d'effet exonérateur de la nécessité, pour saisir utilement la Cour, d'établir sa compétence.

## II. FONCTION CONSULTATIVE DE LA COUR ET PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

On perçoit d'emblée les limites inhérentes à l'exercice par la Cour de sa fonction consultative. Ses avis n'ont de portée que consultative, de sorte que, si la procédure paraît adaptée à la mise en lumière des principes fondamentaux, se contenter d'avis à propos des cas de violation des principes fondamentaux peut sembler bien peu satisfaisant. Les violations en cause, graves par nature, méritent des prononcés plus contraignants.

Il ne faut toutefois pas sous-estimer l'influence que peuvent avoir les avis de la Cour sur la conduite des relations internationales. Même s'ils ne sont pas obligatoires, et même si leurs effets ne sont pas nécessairement spectaculaires<sup>42</sup>, il est incontestable que ceux de ses avis qui prennent

---

<sup>42</sup> Sur les suites concrètes données aux avis, voir P. DAILLIER, « Article 96 », in J.P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU, *La Charte des Nations Unies*, commentaire article par article, 3<sup>ème</sup> éd., Economica, 2005, p. 2014-2015. L'auteur note en particulier que les directives de la Cour n'ont pas été suivies notamment après les affaires des Conditions d'admission des Etats comme membres des Nations Unies, du Sud-Ouest africain, de Certaines dépenses. *Ibid.*, p. 2016.

position sur les questions fondamentales du droit international sont pris très au sérieux. Leur retentissement dépasse d'ailleurs, presque par définition, le cadre des contentieux interétatiques ce qui, par exemple, a conduit la Cour à observer dans son avis sur le Mur en Palestine que la question qui lui était posée « intéresse tout particulièrement les Nations Unies, et [qui] s'inscrit dans un cadre bien plus large que celui d'un différend bilatéral »<sup>43</sup>.

D'ailleurs, aux yeux des juristes, nombre d'avis témoignent de leur propre importance par leur seule évocation : on songe à l'avis sur la *Réparation des dommages*, à celui sur le *Sahara occidental*, à l'avis sur la *Licéité de l'emploi ou de la menace de l'emploi de l'arme nucléaire*, ou encore à celui sur le *Mur*.

Dans ces conditions, la saisine de la Cour au titre de sa compétence consultative à propos de la violation de droits fondamentaux n'est certainement pas sans intérêt. Encore faut-il qu'elle soit possible.

Aux termes de l'article 65, paragraphe 1, du Statut, la Cour peut donner un avis sur toute question juridique (c'est un faculté que la Cour peut exercer de façon discrétionnaire, pas une obligation), à la demande de tout organe ou institution qui aurait été autorisé par la Charte des Nations Unies, ou conformément à ses dispositions, à demander cet avis. Il faut en outre qu'il y ait une relation entre la question faisant l'objet de la demande d'avis et les activités de l'organe saisissant. Enfin, on peut noter qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que « le défaut de consentement d'un Etat intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un Etat n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant »<sup>44</sup>.

Ces conditions posent assez peu de difficultés, sous réserve, comme l'affaire de la *Licéité de l'emploi d'armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*<sup>45</sup> l'a montré, que l'organe saisissant n'outrepasse pas les compétences qui sont les siennes dans le cadre du système des Nations Unies, ordonné autour du principe de spécialité. Somme toute, l'un des arguments principaux de ceux qui cherchent à convaincre la Cour de ne pas

---

<sup>43</sup> C.I.J., Affaire des Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, par. 50.

<sup>44</sup> C.I.J., Affaire du Sahara occidental, Rec. 1975, p. 25, par. 32-33.

<sup>45</sup> C.I.J., Avis du 8 juillet 1996.

exercer sa compétence consultative relève désormais de l'opportunité, et repose sur l'existence de « raisons décisives » de ne pas le faire. L'argument est toutefois largement dépassé.

On peut l'illustrer en évoquant les affaires *Mazilu*, et du *Mur*, qui sont intéressantes en ce qu'elles montrent que la Juridiction est largement ouverte aux questions qui lui sont posées. Celle qui a suscité l'affaire *Mazilu* était particulièrement importante, d'ailleurs non seulement pour M. Mazilu, mais également, comme la Cour le souligna, pour l'ensemble du système des Nations Unies. Elle touchait aux droits de l'homme, puisqu'elle concernait un rapporteur spécial à la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités qui avait, dans le cadre de son travail pour le compte des Nations Unies, été victime de pressions inadmissibles de la part de l'Etat dont il avait la nationalité. C'est d'ailleurs la gravité de l'affaire qui avait conduit le Conseil économique et social à solliciter de la Cour un avis consultatif « à titre prioritaire »<sup>46</sup>, sur le point de savoir si le rapporteur spécial en question, M. Mazilu, bénéficiait du régime des immunités posé à la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies.

Comme toujours dans les affaires politiquement sensibles, des arguments ont été avancés pour tâcher de convaincre la Cour qu'il existait des raisons décisives de ne pas exercer sa compétence. En l'espèce, puisqu'un différend entre l'organisation et la Roumanie quant au statut de M. Mazilu était pendant, la Cour aurait pu estimer qu'accepter de répondre à la question reviendrait à tourner le principe du consensualisme, et refuser d'exercer sa compétence. Elle a cependant décidé du contraire, au motif que le différend auquel la Roumanie était partie concernait l'application de la convention à M. Mazilu, alors que la question qui lui était posée portait uniquement sur son applicabilité. Dès lors, la Cour a pu rendre l'avis qui lui était demandé.

Dans son avis sur le *Mur*, la Cour a encore limité les hypothèses dans lesquelles elle pourrait considérer qu'il existe des raisons décisives de ne pas exercer sa compétence consultative. Là encore, l'affaire mettait en cause des droits fondamentaux, puisque la question que posait l'Assemblée générale des Nations Unies portait notamment sur la violation de la quatrième

---

<sup>46</sup> Voir la résolution 1989/75 du Conseil économique et social du 24 mai 1989, art. 2.

convention de Genève de 1949<sup>47</sup>. Et là encore la demande d'avis était, du point de vue de l'organe demandeur, marquée par l'urgence<sup>48</sup>.

L'un des arguments évidents qui pouvait éventuellement convaincre la Cour de ne pas exercer sa compétence était qu'il existait incontestablement un différend entre Israël et la Palestine sur la question du Mur, et qu'Israël n'avait jamais consenti à la juridiction de la Cour pour en connaître. Dès lors, rendre l'avis pouvait conduire au contournement du principe du consensualisme.

La Cour en a décidé autrement. Elle a pris acte dudit différend, mais pour aussitôt lui dénier toute signification, en soulignant que « presque toutes les procédures consultatives ont été marquées par des divergences de vues »<sup>49</sup>. En outre, et surtout, la Cour a été d'avis que :

« la question qui fait l'objet de la requête de l'Assemblée général [ne peut pas être] considérée seulement comme une question bilatérale entre Israël et la Palestine. Compte tenu des pouvoirs et responsabilités de l'Organisation des Nations Unies à l'égard des questions se rattachant au maintien de la paix et de la sécurité internationale, la Cour est d'avis que la construction du mur doit être regardée comme intéressant directement l'Organisation des Nations Unies ... L'avis est demandé à l'égard d'une question qui intéresse tout particulièrement les Nations Unies, et qui s'inscrit dans un cadre bien plus large que celui d'un différend bilatéral. Dans ces conditions, la Cour estime que rendre un avis n'aurait pas pour effet de tourner le principe du consentement au règlement judiciaire et qu'elle ne saurait dès lors, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser de donner un avis pour ce motif »<sup>50</sup>.

Cette jurisprudence facilite grandement la saisine de la Cour lorsque la question juridique concerne des droits fondamentaux : l'opposabilité *erga omnes* de ces derniers, en conférant à chacun un intérêt à les voir respecter, annihile presque automatiquement tout argument fondé sur le caractère « bilatéral » du différend né de leur violation. La question que cette violation pose est alors, par nature, de celles « qui intéressent tout particulièrement » les Nations Unies.

---

<sup>47</sup> Résolution ES-10/14 du 8 décembre 2003.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Avis précité, par. 48.

<sup>50</sup> Ibid., par. 49-50.

Certes, la Cour souligne dans son avis que c'est parce qu'elle se rattache au maintien de la paix et de la sécurité internationales que la question du Mur relève des Nations Unies et pas seulement des relations entre Israël et la Palestine, appréciation qui pourrait être conçue de manière restrictive. Mais telle n'est pas la tendance actuelle. Dans son rapport de mai 2005 intitulé « Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous », le Secrétaire général des Nations Unies souligne que « le développement, la sécurité et les droits de l'homme sont indissociables »<sup>51</sup>, ou encore qu'il « ne peut y avoir ni sécurité, ni développement si les droits de l'homme ne sont pas respectés »<sup>52</sup>. Et le Secrétaire général de préconiser la création d'un Conseil des droits de l'homme<sup>53</sup>, proposition qui, si elle devait être retenue, ferait des Nations Unies une organisation encore plus évidemment intéressée à la protection des droits fondamentaux qu'elle ne l'est déjà aujourd'hui.

On constate ainsi que si la Cour envisage généralement de manière souple les conditions de sa saisine en matière consultative, les questions liées à la violation de droits fondamentaux paraissent encore plus aisées que les autres à porter devant elle.

## CONCLUSION

Dans le droit international actuel, les règles de procédure ne sauraient être contournées. Elles s'appliquent à tous les cas de figure, que la Cour soit saisie de violations de droits fondamentaux ou non. Dès lors, au contentieux, le principe du consensualisme s'applique dans toute sa rigueur, sauf peut être dans le cadre de la procédure en indication de mesures conservatoires, puisque la vérification par la Cour de sa compétence peut n'être que sommaire, ou, si l'on préfère, *prima facie*. Dès lors, même si l'opposabilité *erga omnes* des droits violés offre un intérêt pour agir à tous les Etats, aucun Etat ne saurait être attiré devant la Cour pour y être jugé alors qu'il n'y a pas consenti.

Puisque peu d'Etats acceptent de confier le règlement de leurs différends à la Cour Mondiale, on peut concevoir avec pessimisme le rôle du

---

<sup>51</sup> A/50/2005, p. 5, par. 14.

<sup>52</sup> Ibid., p. 6, par. 17.

<sup>53</sup> Ibid., p. 70-71.

juge dans l'indispensable protection des droits fondamentaux. Mais ce serait oublier la procédure consultative, qui offre manifestement une alternative dont on ne prend conscience que peu à peu. Pour sa part, la Cour a démontré sa disponibilité pour donner son avis sur tous types de questions juridiques. Elle ne peut cependant pas s'autosaisir, et ne peut s'exprimer que si les organes habilités pour ce faire le lui demandent. On ne peut que les y encourager car, ce faisant, ils lui donnent les moyens de souligner l'importance du respect dû aux principes fondamentaux du droit international.

#### SUMMARY

In the instruments setting forth the relevant rules of procedure of the International Court of Justice, either for contentious or advisory matters, there are no specific provisions governing its jurisdiction in instances of a violation of fundamental rights. Given the importance of the principle of consent, one has to conclude that irrespective of the rights forming the basis of a case, the Court enjoys jurisdiction in a contentious case only, if, all the States involved have given their consent. It is well known that consent to the jurisdiction of the Court, whatever its form, is still fairly rare today.

Certainly, fundamental rights can in general be opposed *erga omnes*, which justifies affirming *locus standi* of any State for the defence of these rights. It is therefore easier to bring a dispute relating to fundamental rights before the Court than any other dispute. Yet, without the consent of the respondent State, the Court cannot pronounce on the merits of the matter.

Admittedly, these obstacles are inherent in the current structure of the international society, which remains permeated by respect for State sovereignty. But they are not less frustrating. This explains the growing interest in advisory proceedings, in particular in instances where fundamental rights are at issue as in the case of the *Wall* in Palestine. The advantage of advisory proceedings is that they enable the institutions of the international community to take cases to the Court fairly easily, and even ever more easily, issues which concern them, including, almost by definition, violations of fundamental rights recognized in the international legal order. The shortcoming of advisory proceedings is that they do not lead to binding decisions, but the moral and institutional authority of the Court within the system of the United Nations provides them with considerable weight.



Resorting to advisory proceedings would therefore appear to be a good alternative capable of overcoming the difficulties of contentious proceedings.

## CHAPTER XV

# *Violations of Fundamental Norms of International Law and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters*

ANDREAS ZIMMERMANN\*

### I. INTRODUCTION

Under Section 1 of the German Code of Crimes against International Law<sup>1</sup> German courts have jurisdiction for acts of genocide, crimes against humanity and war crimes regardless of the nationality of the offender, the place where the crime were committed or the nationality of the victim even if there is no other link to Germany, such as the place of residence of either the offender or the victim.<sup>2</sup> On the other hand, in 2003 Belgium curtailed, at least to a large extent, the jurisdiction of its courts which previously were in a similar position to exercise universal jurisdiction for acts of genocide, crimes against humanity and war crimes.<sup>3</sup>

---

\* Prof. Dr. jur.; L.L.M. (Harvard), Director, Walther-Schücking-Institute for International Law, University of Kiel (Germany).

<sup>1</sup> The German Code of Crimes against International Law ('*Völkerstrafgesetzbuch*') can be found at: Bundesgesetzblatt 2002 I, at 2254; for an (unofficial) English translation see *ILM* 42 (2003), 998.

<sup>2</sup> For further details on the German Code of Crimes against International Law see, in particular: Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen 2003, *passim*; Helmut Satzger, "Das neue Völkerstrafgesetzbuch – eine kritische Würdigung", *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 22 (2002), 125 *et seq.*, as well as Andreas Zimmermann, "Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch. Entstehung, völkerrechtlicher Rahmen und wesentliche Inhalte", *Zeitschrift für Rechtspolitik* 35 (2002), 97- 102.

<sup>3</sup> For details as to the debate on exercise of universal jurisdiction by Belgium courts see *inter alia*: Malvina Halberstam, "Belgium's Universal Jurisdiction Law: Vindication of International Justice or Pursuit of Politics?", *Cardozo Law Review* 25 (2003), 247, at 248; Eva Brems, "Universal Criminal Jurisdiction for Grave Breaches of International Humanitarian Law: The Belgian Legislation", *Singapore J. Int. Comp. L.* 6 (2002), 909 *et seq.*, and lately Pierre d'Argent, "L'Expérience Belge de la Compétence Universelle : Beaucoup de Bruit pour

It is against the background of this somewhat contradictory State practice that one has to analyze, whether – and if so to what extent – the exercise of criminal jurisdiction by virtue of the principle of universal jurisdiction is in accordance with current customary international law.<sup>4</sup> This paper will mainly focus on the exercise of universal jurisdiction with regard to the three core crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes, and on the question whether with regard to those crimes universal jurisdiction is indeed well founded in customary international law, given that it is with regard to those crimes that the debate has been most vivid, while for other crimes, such as *e.g.* piracy, there can be no doubt that States do indeed have the entitlement to exercise universal jurisdiction.<sup>5</sup>

One has, however, first to define what is to be properly meant by ‘universal jurisdiction’. A definition can be found, *inter alia*, in a regulation adopted by the United Nations Transitory Authority for Eastern Timor (UNTAES) on the creation of specific courts in Eastern Timor. It provides that

“universal jurisdiction means jurisdiction irrespective of whether: (a) the (...) offence at issue was committed within the territory of East Timor; (b) the (...) offence was committed by an East Timorese citizen; (c) the victim of the (...) offence was an East Timorese citizen.”<sup>6</sup>

---

Rien?”, *RGDIP* 108 (2004), 597 *et seq.*, *passim* with further detailed references to the various changes the Belgium legislation has been undergoing in the last years.

<sup>4</sup> For an analysis, whether it is *politically* wise to endow national courts with universal jurisdiction in the field of criminal law and possible dangers involved in such exercise, an issue that is not being addressed here, see *inter alia* Halberstam, *loc. cit.* (note 3), at 259; Gene Bykhovsky, “An Argument against Assertion of Universal Jurisdiction by Individual States”, *Wisc. Int’l L.J.* 21 (2003), 161, at 174.

<sup>5</sup> Thus, even the (then) President of the International Court of Justice, Judge *Guillaume*, in his separate opinion in the *Arrest Warrant* case, while generally denying the right of a State to exercise universal jurisdiction, has acknowledged that, indeed, States have such a right with regard to acts of piracy occurring on the high seas, see ICJ, *Case concerning Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2002, Sep. Op. *Guillaume*, para. 17.

See also for the view that using piracy as the starting point for justifying the principle of universal jurisdiction Eugene Kontorovich, “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation”, *Harv. J. Int. L.* 45 (2004), 183 *et seq.*

<sup>6</sup> UNTAET Regulation No. 2000/15, available at <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>.

Thus – based on this definition - it is not relevant whether the offender or the victim were present in the territory of the forum State at the time domestic criminal jurisdiction is in the process of being exercised by virtue of universal jurisdiction. Nevertheless, the exercise of criminal jurisdiction, at least if it is supposed to become practically relevant, will still be typically limited to those cases and situations where the forum State is able to exercise *de facto* control over the offender, *i.e.* where he or she is present in the territory of the forum State at the time its State organs undertake to start prosecuting him or her. Thus, the issue of the legality of universal jurisdiction *in absentia* will not be the main focus of this paper, given the fact that practically speaking it is of significant less importance.<sup>7</sup>

The first issue that arises, however, is whether a violation of a norm *erga omnes* or *jus cogens* does *per se* carry with it the right of any State to exercise universal criminal jurisdiction.

## II. UNIVERSAL JURISDICTION AND THE CONCEPTS OF *ERGA OMNES* AND *JUS COGENS*

The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) already considered, after finding that the prohibition of torture must indeed be considered a *jus cogens* norm, that there is a clear inter-connection between the *jus cogens* character of a norm and the exercise of universal jurisdiction by stating:

“One of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute, and punish (...) individuals accused of torture.”<sup>8</sup>

Yet such a logical link, as claimed by the Trial Chamber of the ICTY, is not beyond doubt. On the one hand, the *jus cogens* character of a norm under Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties only entails, at least *prima facie*, that such customary law obligations may not be derogated

---

<sup>7</sup> But see IV below.

<sup>8</sup> ICTY, *Furundzija*, Case No. IT-95-17, para. 156.

by way of a treaty.<sup>9</sup> But even if one were to take the position that *jus cogens* norms automatically carry with them further effects, one still has to define precisely what exactly is the content of the relevant *jus cogens* norm. For the purposes of this paper one could argue, for example, that the prohibition of genocide must be characterised as a *jus cogens* norm.<sup>10</sup> Such a characterization does not, however, necessarily bring about the right of every State to exercise universal jurisdiction. In particular, it is not mandatory that each and every *jus cogens* norm carries with it a specific enforcement mechanism in the form of universal jurisdiction; its enforcement may rather be also brought about by other mechanisms. In particular, one has to consider that third States may resort to countermeasures unless the State in the territory of which the respective acts of genocide took place itself prosecutes the relevant crimes.<sup>11</sup>

Besides it is not beyond doubt that each and all of the above-mentioned crimes, such as genocide, crimes against humanity and war crimes, may indeed be attributable to a given State. This is above all true in the case of crimes against humanity and war crimes committed in non-international armed conflict. It thus follows that the *jus cogens* character of the relevant prohibitions does not automatically bring about the right of all States to exercise universal jurisdiction. The same is true – at least as a matter of principle – with regard to the *erga omnes* character of the relevant norms.

Once again, it cannot be doubted that the norms here under consideration, *i.e.* the prohibitions against genocide, crimes against humanity and war crimes, do indeed possess an *erga omnes* character.<sup>12</sup> But one has to state

---

<sup>9</sup> For a view in that direction see Andreas Zimmermann, “Sovereign Immunity and Violations of International *Jus Cogens* - Some Critical Remarks”, *Michigan. J. Int. L.* 16 (1995), 433 at 437-438.

<sup>10</sup> M. Cherif Bassiouni, “Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, *Law & Contemp. Problems* 59 (1996) 63, at 69-71. See also ICJ, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *ICJ Reports* (1996), p. 616, para. 31.

<sup>11</sup> This presupposes, however, that the respective third State is either an injured State within the meaning of Art. 42 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, or that it may, under Art. 54 of said Articles, even if not being considered an injured State may still take lawful measures due to the fact that the obligation of the territorial State to punish acts of genocide is indeed an obligation towards the international community as a whole.

<sup>12</sup> ICTY, *Furundzija*, Case No.: IT-95-17/1-A (Trial Chamber), para. 155.

once again that this does not necessarily bring about the right of *all* third States to react by way of exercising universal jurisdiction. Instead the legal interest of third States to protect underlying values may be enforced by other means, such as, once again, unilateral countermeasures,<sup>13</sup> or sanctions to be applied by organs of the organized international community, and particularly by the Security Council.<sup>14</sup> The very concept of obligations *erga omnes* as a dogmatic basis of universal jurisdiction is not well founded in all cases of genocide, crimes against humanity and war crimes, given that the violation of such *erga omnes* obligations presupposes that a State has violated a norm of international law, thereby incurring responsibility, *i.e.* a violation of its obligations towards other States. In contrast thereto, and as already mentioned above,<sup>15</sup> such acts of genocide, crimes against humanity and war crimes may also be committed by persons the acts of whom may not be attributable to any State<sup>16</sup> and where no State has thus violated any *erga omnes* obligation.

Accordingly, and in order to decide the question whether and to what extent States may or may not exercise universal jurisdiction, the traditional elements of the creation of norms of customary international law, *i.e.* State practice and *opinio juris*, have to be analyzed. In this context one has to note, however, that apart from traditional State practice, the practice of organs of the United Nations, as well as the jurisprudence of international courts and tribunals, more and more play an important role in bringing about the creation of new rules of customary international law or in shaping their content.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> See above text accompanying note 11.

<sup>14</sup> For a survey of the practice of the Security Council applying sanctions in case of widespread violations of fundamental human rights, see *inter alia* J. Abr. Frowein/N. Krisch, Arts. 39 *et seq.*, in: B. Simma (ed.), *Charter of the United Nations* (2<sup>nd</sup> ed. 2002), p. 605 *et seq.*

<sup>15</sup> See above text accompanying notes 12 and 13.

<sup>16</sup> See generally as to the issue of attribution under the law of State responsibility Arts. 4-11 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

<sup>17</sup> But see for a critical analysis of this development Wolff Heintschel v. Heinegg, "Criminal International Law and Customary International Law", in: A. Zimmermann (ed.), *International Law and the Current Development of Public International Law: Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther-Schücking Institute of International Law, May 30 - June 2, 2002*, Berlin 2003, pp. 27-48, at 40 *et seq.*

### III. EXERCISE OF UNIVERSAL JURISDICTION UNDER CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

#### 1) *PRACTICE OF THE SECURITY COUNCIL OF THE UNITED NATIONS*

When considering relevant practice of the Security Council with regard to the exercise of universal jurisdiction in criminal matters, one could - at least at first glance - think of the setting-up of the two *ad hoc* criminal tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) and for Rwanda (ICTR).<sup>18</sup> This practice does not prove, however, to be relevant for our enquiry, given that the creation of the two tribunals was not based on the exercise of universal criminal jurisdiction, but rather on the enforcement powers of the Security Council as provided for in Chapter VII of the Charter read in conjunction with Art. 103 of the Charter. Having said this, when analyzing the creation of the two tribunals by the Security Council, some arguments might still be made which indeed militate in favour of the customary law nature of the exercise of universal jurisdiction in criminal matters with regard to the core crimes listed in the Statutes of the two tribunals, both of which contain largely overlapping lists of acts of genocide, crimes against humanity and war crimes coming within the respective jurisdiction of the ICTY and the ICTR.

It was the Secretary General who in his report to the Security Council took the position that, by creating the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, it was not the intention of the Security Council to curtail, in whatever form, the jurisdiction of domestic courts as it had existed beforehand.<sup>19</sup> This view implies, albeit only indirectly, the perception that all members States of the United Nations had been able and were still able to prosecute and punish crimes which had occurred or continued to occur in the territory of the former Yugoslavia. Even more interesting is Security Council Resolution 978 (1995) concerning the cooperation of member States with the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Without relying on Chapter VII* the Security Council took it for granted that third States could, indeed, prosecute through their own domestic courts crimes which come within the subject-matter jurisdiction of the tribunal until such time as the

---

<sup>18</sup> See SC Res 827 (1993) and SC Res. 955 (1994), respectively.

<sup>19</sup> UN Doc. S/25704 (3 May 1993), Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), para. 64.

International Criminal Tribunal for Rwanda itself exercises its own jurisdiction.<sup>20</sup> In this context one has to note in particular the French practice. France exercises its own domestic criminal jurisdiction based on the principle of universal jurisdiction in particular for those crimes which otherwise would come under the jurisdiction of the two *ad hoc* tribunals.<sup>21</sup>

Beyond that, the practice of the United Nations in the context of the internationalized administration of territories seems to be of particular relevance.

## 2) UNTAET REGULATION NO. 2000/15 FOR EAST TIMOR

As already mentioned above,<sup>22</sup> the United Nations Transitory Authority for East Timor had, by adopting Regulation No. 15 (2000), created special panels as part of the District Court in Dili. These panels were endowed with universal criminal jurisdiction with regard to genocide, crimes against humanity, and finally war crimes regardless of where the crime under consideration took place, and furthermore regardless of the nationality of the offender and the victim.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Operative paragraph 1 of said resolution stated:

“The Security Council (...)

1. Urges States to arrest and detain, in accordance with their national law and relevant standards of international law, pending prosecution by the International Tribunal for Rwanda or by the appropriate national authorities, persons found within their territory against whom there is sufficient evidence that they were responsible for acts within the jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda (...)”

<sup>21</sup> ‘Loi 95-1 du 2 janvier 1995’ and ‘Loi 96-432 du 22 mai 1996’, which refer to SC Res 827 of 25 May 1993 (ICTY) and SC Res. 955 of 8 November 1994 (ICTR) respectively. For further information on Art. 212 of the French Penal Code and Article 689 of the French Code of Criminal Procedure allowing French Courts to exercise universal jurisdiction in cases of certain international crimes see: Luis Benavides, “The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 1 (2001), 19, at note 234, as well as Brigitte Stern, “La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda”, *GYIL* 40 (1997), 280 *et seq.*, and Géraud de La Pradelle, “La Compétence Universelle”, in: Hervé Ascensio/ Emmanuel Decaux/Alain Pellet (eds.), *Droit International Pénal*, Paris 2000, pp. 905 *et seq.*, at 913. See also M. Cherif Bassiouni, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virg. J. Int. L.* 42 (2001), 81, at 140.

<sup>22</sup> See *supra* I.

<sup>23</sup> Guénail Mettraux, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford 2004, pp. 79 *et seq.*



3) *DECISIONS OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS*a) *Universal Jurisdiction and (the Creation of) the Nuremberg International Military Tribunal*

The legality of exercise of universal jurisdiction was already contemplated and confirmed by the Statute of the International Military Tribunal established by the Allied Powers with regard to the German war criminals in 1945. Indeed, in its well-known decision the International Military Tribunal itself found that "(...) the Allied Powers by setting up the tribunal (...) have done together what anyone of them might have done singly, for it is not to be doubted that any nation has the right to set up special courts to administer law."<sup>24</sup> Accordingly the International Military Tribunal did not base its exercise of jurisdiction on the fact that the Allied Powers had taken supreme control over Germany, but instead on the customary law nature of universal jurisdiction, an interpretation which was later confirmed by the United Nations Secretary-General in 1949.<sup>25</sup> Similar determinations may be also made with regard to military tribunals set up by the four occupying powers in their respective zones of occupation.<sup>26</sup>

b) *Jurisprudence of the two ad hoc Tribunals for Rwanda and for the former Yugoslavia*

It was the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia which in the *Tadic* case had already generally found that the Statute creating the ICTY had criminalized those crimes "which are considered so horrific as to warrant universal jurisdiction".<sup>27</sup> The International Criminal Tribunal for Rwanda has taken exactly the same position specifically with regard to the crime of genocide.<sup>28</sup> Also, in 1998 a Trial Chamber of the ICTY had already taken the position that the crime against humanity of torture is similarly subject to universal jurisdiction.<sup>29</sup> Additionally, one may also take into ac-

---

<sup>24</sup> *Trial of the Major War Criminals*, vol. 22, at 461; also reproduced in M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht et al. 1992, p. 521.

<sup>25</sup> The International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, Oct. 1, 1946, reprinted in 41 *AJIL* 41 (1947), 172, at 216-217; see also Nicolaos Strapatsas, "Universal Jurisdiction and the International Criminal Court", *Manitoba L. J.* 29 (2001), 1, at 19.

<sup>26</sup> For a survey of US and British military court decisions see Strapatsas, *ibid.*, 20-22.

<sup>27</sup> *Tadic*, Case No. IT-94-T (Trial Chamber 10 August 1995), para. 28.

<sup>28</sup> *Ntuyahaga*, Case No. ICTR-90-40-T (18 March 1999).

<sup>29</sup> *Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T (Trial Chamber 10 December 1998), para. 156.

count the decision of the ICTY in the *Milutinovic* case. In that case the accused had claimed that the ICTY as created by the Security Council could not exercise jurisdiction *in concreto* in his case concerning crimes he had allegedly committed in Kosovo since the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) had, at the relevant point in time, not been a member of the United Nations.<sup>30</sup> In that regard the ICTY found that, even if this were true, the Security Council would have nevertheless been in a position to exercise criminal jurisdiction vis-à-vis citizens of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) who had committed crimes in the territory of this State.<sup>31</sup> In light of the *pacta tertiis* rule which also applies to the Charter of the United Nations regardless of Art. 2 (6), given its status as a treaty governed by international law,<sup>32</sup> such exercise of jurisdiction over nationals of a third State may only be justified by the fact that the crimes under consideration are indeed subject to the principle of universal jurisdiction.<sup>33</sup>

*c) Special Court for Sierra Leone*<sup>34</sup>

The Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone, in turn, recently found that an amnesty which was granted as part of a domestic attempt to bring about truth and reconciliation, was legally irrelevant. It argued that the crimes against international law provided for in the Statute of the Tribunal, including violations of common Art. 3 to the four Geneva Conventions and Additional Protocol II to the Geneva Conventions of 1977, were subject to universal criminal jurisdiction. The Special Court held, more specifically, in that regard that an amnesty concerning those crimes would

---

<sup>30</sup> See generally as to the legal status of the Federal Republic of Yugoslavia *vis-à-vis* the United Nations the judgments of the International Court of Justice in the various cases brought by Serbia and Montenegro against certain NATO members States, e.g. *Case concerning Legality of Use of Force* (Serbia and Montenegro v. Belgium), Judgment of 15 December 2004, para 79.

<sup>31</sup> Sonja Boelaert-Suominen, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Kosovo Conflict", *International Review of the Red Cross* 82 (2000), 217, at note 42.

<sup>32</sup> For further references see *inter alia* Wolfgang Graf Vitzthum, in: B. Simma (ed.) *The Charter of the United Nations. A Commentary*, München, 2nd ed. 2002, pp. 140 *et seq.*

<sup>33</sup> *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, IT-99-37-AR72, Decision of 21 May 2003.

<sup>34</sup> See generally as to the creation of the Special Court for Sierra Leone and its jurisprudential practice to date John R. W. D. Jones, "The Special Court for Sierra Leone", *J. Int. Crim. Justice* 2 (2004), pp. 211 *et seq.*

be illegal, given that it would attempt to undercut the otherwise existing right of third States to prosecute those crimes.<sup>35</sup>

In particular, however, one has to also take into account the practice of the International Court of Justice and that of its predecessor, the Permanent Court of International Justice.

*d) Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice and of the International Court of Justice*

aa) Permanent Court of International Justice

It was in its famous *Lotus* judgement,<sup>36</sup> a detailed analysis of which would certainly be beyond the ambit of this article,<sup>37</sup> that the Permanent Court of International Justice had to deal with the extent of criminal jurisdiction of States. Certain remarks are, however, warranted, given that the Court in this case was taking the principle of territoriality as a starting point in order to determine whether a State has the right to exercise criminal jurisdiction.<sup>38</sup> It is worth noting, in particular, that while taking the territorial principle as a starting point, it nevertheless at the same time determined that far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property, and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules. As regards other cases, it was the Court's view that every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.<sup>39</sup>

bb) International Court of Justice

The International Court of Justice, too, had on various occasions an opportunity to take a position as to the admissibility of the exercise of universal jurisdiction.

---

<sup>35</sup> *Lomé Accord Amnesty*, SCSL 2004 15 AR72 (E), p. 1236, para. 67.

<sup>36</sup> PCIJ, *Ser. A*, no. 10.

<sup>37</sup> For further references see *inter alia* Kurt Herndl, "The Lotus", *EPIL*, vol. III, 1983, p. 263.

<sup>38</sup> Thus, the Permanent Court of International Justice observed that „in all systems of law, the principle of the territorial character of criminal law is fundamental", PCIJ, *Ser. A*, No. 10, p. 20.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 18-19.

Judge *Elihu Lauterpacht*, in his separate opinion regarding the order of the Court of 13 September, 1993 in the Genocide Case between Bosnia-Herzegovina on the one side, and Yugoslavia (Serbia and Montenegro) on the other, took the position that under Art. I of the Genocide Convention, all contracting parties may exercise universal jurisdiction with regard to the crime of genocide.<sup>40</sup> This determination was, albeit only indirectly, confirmed by the International Court of Justice itself in 1996, when it found that Art. VI of the Genocide Convention does not entail any territorial limitation of the respective obligation under international law to punish the crime of genocide.<sup>41</sup> In its advisory opinion on the legality of the use of nuclear weapons the International Court of Justice further found that the provisions of the Geneva Conventions are, as of today, to be considered as codifying customary international law, without excluding from this general view the regime of grave breaches and its underlying concept of universal jurisdiction as contained in the respective Geneva Convention and the First Additional Protocol thereto.<sup>42</sup>

This approach was further confirmed by the Court in its recent advisory opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, where the Court stressed the obligation of the contracting parties to the Geneva Conventions to ensure that all States abide by the obligations arising under these Conventions.<sup>43</sup> This finding can, to say the least, be understood as a rather broad understanding of the obligations arising under the Geneva Conventions, inasmuch as it affirms the existence of a general obligation of the contracting parties with regard to the punishment of individuals who have committed or ordered to be committed grave breaches of the Conventions, *i.e.* war crimes, which is not limited to crimes

---

<sup>40</sup> *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, Further Requests for the indication of provisional measures, Order of 13 September 1993, *ICJ Reports* 1993, p. 407, Sep. Op. Judge *ad hoc* Elihu Lauterpacht, para. 100.

<sup>41</sup> *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) of 11 July 1996*, *ICJ Reports* 1996, p. 594, para. 31.

<sup>42</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *ICJ Reports* 1996, p. 224, para. 78 *et seq.*

<sup>43</sup> ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, paras. 158-160.

which have been committed on the territory of the respective contracting party or by its nationals.

But it was in the *Arrest Warrant* case that the issue of universal jurisdiction was most vividly debated by both the parties and at least certain members of the Court. In that case and in accordance with legal logic, the International Court of Justice should have addressed the legality of the exercise of universal jurisdiction by Belgium in issuing an arrest warrant against the Congolose Foreign Minister. It avoided to do so, however.<sup>44</sup> Instead the problem was only dealt with in the individual opinions of several judges. Yet even then President Guillaume, similar to Judges Ranjeva and Rezek, all of whom took a rather narrow perspective as to the right of States to exercise universal jurisdiction, only dealt with the issue of whether the exercise of universal jurisdiction is in line with public international law in a situation where the alleged offender, at the time criminal proceedings are being initiated, is not present in the territory of the forum State, *i.e.* they only focused on so-called universal jurisdiction *in absentia*.<sup>45</sup>

On the other hand, three more members of the Court, as well as Judge *ad hoc* Wyngaert nominated by Belgium, all took the position that even with regard to crimes against humanity, in regard to which there is not even today a treaty-based obligation to punish those crimes, a clear tendency towards the acceptance of universal jurisdiction can be proven.<sup>46</sup> In that context, they explicitly relied, *inter alia*, on the (then still draft) German law on international crimes.<sup>47</sup> Judge Koroma also took a somewhat similar position, given that in his view at least with regard to genocide, crimes against humanity, and war crimes, States may indeed exercise universal jurisdiction.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> *Arrest Warrant* case, *ICJ Reports* 2002, paras. 45-46.

<sup>45</sup> See on that issue *infra* IV.

<sup>46</sup> *Arrest Warrant* case, *ICJ Reports* 2002, Joint Sep. Op. of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para. 52.; see also Diss Op. v. Wyngaert, para. 58, where she states "(...) that there is no conventional or customary international law or legal doctrine in support of the proposition that (universal) jurisdiction for war crimes and crimes against humanity can only be exercised if the defendant is present on the territory of the prosecuting State."

<sup>47</sup> For further details as to the text and content of the German Code of Crimes against International Law ('*Völkerstrafgesetzbuch*') see *supra* note 1.

<sup>48</sup> *Arrest Warrant* case, *ICJ Reports* 2002, Sep. Op. Judge Abdul Koroma, para. 9.

It is also worth noting that France, by way of *forum prorogatum* under Art. 38 (5) of the Rules of Procedure of the International Court of Justice,<sup>49</sup> agreed to have a case decided by the Court. This acceptance of the jurisdiction of the Court implies that France has indeed the *opinio juris* that the exercise of universal criminal jurisdiction by French courts, as contemplated in Arts. 689-1 and 689-2 of the French Code of Criminal Procedure, is in line with public international law.

Finally, the drafting history of the Statute of the International Criminal Court also supports the thesis that universal jurisdiction is clearly founded in customary international law with regards to the core crimes, *i.e.* genocide, crimes against humanity, and war crimes.

#### 4) UNIVERSAL JURISDICTION AND THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

The draft statute of the International Law Commission already foresaw that, at least with regard to acts of genocide, the future international criminal court should be endowed with universal jurisdiction.<sup>50</sup>

Mention should also be made of a proposal submitted by the Federal Republic of Germany during the Rome Diplomatic Conference, which was *expressis verbis* based on the notion of universal jurisdiction, and which found support among quite a significant number of States.<sup>51</sup> Moreover, a proposal submitted by South Korea, under which the future International Criminal Court would have been able to exercise jurisdiction solely on the basis of the fact of the alleged offender's being in the custody of one of the contracting parties, was even supported by a large majority of delegations

---

<sup>49</sup> See generally as to the concept of *forum prorogatum* in proceedings before the International Court of Justice S. Yee, "Forum prorogatum returns to the International Court of Justice", *Leiden J. Int. L.* 16 (2003), 701 *et seq.*

<sup>50</sup> Art. 21 (1) (a) Draft Statute for an International Criminal Court, Report of the International Law Commission on its Forty-Sixth Session, GAOR 49th sess., Supp. No. 10, A/49/10, 1994.

<sup>51</sup> See *inter alia* Andreas Zimmermann, "The Creation of a Permanent International Criminal Court", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2 (1998), 169, at 205-206 and 235-236; see also Hans-Peter Kaul, "Der Internationale Strafgerichtshof: Das Ringen um seine Zuständigkeit und Reichweite", in: Horst Fischer/Sascha Rolf Lüder (eds.), *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin 1999, pp. 177-191.

present during the diplomatic conference.<sup>52</sup> Thus, the fact that the Rome Statute now provides, as part of a political compromise, for the jurisdiction of the International Criminal Court being based on either the principle of territorial jurisdiction<sup>53</sup> or on the principle of active personality,<sup>54</sup> may not be understood as an expression of an *opinio juris* directed against universal jurisdiction. This is even more true, if one takes into account the preamble to the Rome Statute according to which the crimes mentioned in the Statute must not go unpunished.

This result, *i.e.* that the Rome Statute may not be perceived as an expression of an *opinio juris* directed against the notion of universal jurisdiction, is confirmed by a further circumstance. It is well known that it was in particular the United States which, during the negotiations taking place in and before Rome, were actively arguing against universal jurisdiction to be exercised by the future International Criminal Court. At the same time, however, it was the United States Government which contemplated the idea that United States military forces would seize *Pol Pot* and other leading former members of the *Khmer Rouge* in Cambodia in order to then surrender them to other States, such as the Federal Republic of Germany, which should then punish those offenders for acts of genocide on the basis of the principle of universal jurisdiction.

##### 5) *RELEVANT TREATY PRACTICE*

Beyond those examples of State practice already mentioned, there are also a very significant number of multilateral treaties which do contain rules and regulations as to the exercise of domestic criminal jurisdiction on the basis of universal jurisdiction. In particular, one has to mention – *pars pro toto* – the four Geneva Conventions and the first Additional Protocol thereto, which by their system of grave breaches and the obligation to also *search for* persons alleged to have committed, or to have ordered to commit

---

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> See Art. 12 (2) (a) Statute of the International Criminal Court.

<sup>54</sup> See Art. 12 (2) (b) Statute of the International Criminal Court.

grave breaches,<sup>55</sup> thus contain an international law *obligation* to exercise universal jurisdiction.<sup>56</sup>

Finally, recognition of universal jurisdiction is further confirmed by other relevant State practice.

#### 6) OTHER STATE PRACTICE

The exercise of universal jurisdiction has not in the past encountered any relevant protest from the respective home State of the offender or the State on whose territory the offence had taken place, some exceptions notwithstanding which, however, were mainly based on the fact that those persons could at least *arguendo* rely on immunity *ratione materiae* or *ratione personae*. This is true for the *Eichmann* case in which the Israeli Supreme Court expressly considered that the notion of universal jurisdiction is firmly based on customary international law<sup>57</sup> and where neither Argentina nor Germany questioned the exercise of universal jurisdiction by the forum State, *i.e.* Israel.

Indeed, even the United States, which on several occasions has expressed (political) concerns, although sometimes couched in terms of international law about the exercise of universal jurisdiction,<sup>58</sup> has itself on other occasions taken the position that such an exercise is legally possible under current international law. This is confirmed not only by a relevant statement in the field manual of the U.S. Army,<sup>59</sup> but by the further fact that it was the

---

<sup>55</sup> See Arts. 49, 50, 129, 146, respectively, of the Geneva Conventions, as well as Art. 85 (1) of Additional Protocol I of 1977.

<sup>56</sup> Louise Arbour, "Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction?", *J. Int. Crim. Justice* 1 (2003), 585, at 587: "(...) *compulsory* exercise of universal jurisdiction may also be undertaken by treaty. In cases of grave breaches of the 1949 Geneva Convention and the First Additional Protocol of 1977 (...) States Parties to each relevant convention have assumed the obligation" (emphasis in the original).

But see also the statement by Judge Guillaume in his Sep. Op. in the *Arrest Warrant* case, according to which "[t]he only treaty said to support universal jurisdiction is the Convention against Torture", ICJ, *Arrest Warrant* case, para. 17, see also Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, New York 1994, p. 57.

<sup>57</sup> *Eichmann* case, ILR 36, p. 304. The Court stated: "The State of Israel (...) was entitled, pursuant to the principle of universal jurisdiction and in the capacity of a guardian of international law and an agent for its enforcement, to try the appellant" (emphasis added).

<sup>58</sup> See *inter alia* the US position during the Rome Conference leading to the adoption of the Rome Statute of the ICC, *supra*, text following note 53.

<sup>59</sup> US Army Field Manual 27-10, § 507(a):



United States government itself which in 1995 attempted to have the United States Congress enact a law under which United States federal courts would have been endowed with universal jurisdiction with regard to the punishment of grave breaches of the four Geneva Conventions.<sup>60</sup>

Furthermore, as mentioned before,<sup>61</sup> after World War II United States military tribunals punished have in both Japan and in Germany, war crimes on the basis of universal jurisdiction. Finally, in several cases United States federal courts have confirmed – be it only as pure *obiter dicta* – the existence of universal criminal jurisdiction, namely for war crimes. This is true for the extradition proceedings in the *Demjanjuk* case where the person concerned was to be surrendered to a State, *in concreto* Israel, which in turn would have exercised universal criminal jurisdiction and where the respective United States Federal Court explicitly confirmed that such an exercise of criminal jurisdiction is in line with current customary international law.<sup>62</sup>

With regard to crimes committed against international law in the territory of both the former Yugoslavia and in Rwanda, several domestic courts, such as Austrian,<sup>63</sup> Danish,<sup>64</sup> Dutch,<sup>65</sup> German,<sup>66</sup> French,<sup>67</sup> and Swiss<sup>68</sup> courts,

“The jurisdiction of United States military tribunals in connection with war crimes (...) extends also to all offences of this nature committed against nationals of allies and of co-belligerents and stateless persons.”

<sup>60</sup> Moreover, US legislation has established universal jurisdiction over certain crimes, such as torture, see Richard van Elst, “Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions”, *Leiden J. Int. L.* 13 (2000), 815, at 837.

<sup>61</sup> See above note 26.

<sup>62</sup> See *Demjanjuk*, 776 F.2d 571, 582 (6<sup>th</sup> Cir. 1985).

<sup>63</sup> *Republic of Austria v. Cvjetkovic*, reported in Bassiouni, *op. cit.* (note 23), at 145.

<sup>64</sup> Danish Supreme Court, Judgment of 15 August 1995, reported in *YIHL* 1 (1998), 431; see also Rafaëlle Maison, “Les premiers cas d’application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes”, *EJIL* 6 (1995), 260 *et seq.*, as well as Marianne Holdgaard Bukh, “Prosecution Before Danish Courts of Foreigners Suspected of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law”, *Eur. Rev. Publ. L.* 6 (399), 341 *et seq.* See also *Director of Public Prosecutions v. T.*, Eastern High Court, 3rd Division 1994, reported in Bassiouni, *op. cit.* (note 23), at 145.

<sup>65</sup> See the decision of the Dutch Supreme Court in the case of *Darco Knezevic*, where the Court found that Section 3 of the Dutch Crimes in Wartime Act of 1952 provided Dutch courts with universal jurisdiction over violations of the laws and customs of war, including violations of Article 3, common to the four Geneva Conventions, reported by van Elst, *op. cit.* (note 66).

<sup>66</sup> See the various cases involving the accused *Djavic* (Bayerisches Oberstes Landesgericht, *Neue Juristische Wochenschrift* 51 (1998), 329), *Jorgic* (Bundesgerichtshof, *Neue*

have not only exercised universal jurisdiction with regard to both acts of genocide and war crimes, but have also confirmed the legality of being able to do so, without such an exercise of criminal jurisdiction being exposed to protests from the home States of the respective offenders. In addition, Canadian courts have also been granted the right to exercise universal jurisdiction.<sup>69</sup> Similarly two members of the House of Lords, namely Lords *Browne-Wilkinson* and *Millet* found, as part of the proceedings in the *Pinochet* case,<sup>70</sup> that such exercise is legal under international law.

Summarizing one might, therefore, say that the exercise of universal jurisdiction regarding the three core crimes - genocide, crimes against humanity and war crimes - is indeed based on broad State practice.

#### IV. *EXCURSUS*: UNIVERSAL JURISDICTION *IN ABSENTIA*

With regard to universal jurisdiction *in absentia*, one has, once more, to clarify first what is meant by the 'exercise' of such jurisdiction. As understood here, 'universal jurisdiction *in absentia*' means the starting of criminal proceedings including such measures as issuing an arrest warrant without the presumed offender being present in the territory of the forum State. Thus, separate, more human rights-based issues concerning the further proceedings including a possible conviction without the offender's presence during the proceedings, will not be considered here.

---

*Zeitschrift für Strafrecht* 19 (1999), 396 (casenote Ambos)), *Sokolovc* and *Djajic* (see with respect to the two latter decisions Menno Kamminga, "Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses", *Human Rights Quarterly* 23 (2001), 940, at 970).

<sup>67</sup> See *In re Wenceslas Munyeshyaka*, French Cour de Cassation, 6 January 1998, *RGDIP* 102 (1998), 825; see also the corresponding casenote by Brigitte Stern, *AJIL* 93 (1999), 525.

<sup>68</sup> See *Prosecution v. Goran Grabez*, tribunal militaire de division 1, Lausanne, 18 April 1997 (reported by Andreas Ziegler, casenote *AJIL* 92 (1998), 78) involving a Bosnian Serb, as well as *En la cause Fulgence Niyonteze*, Tribunal militaire de division 2, Lausanne, 30 April 1999 involving a Rwandan citizen having committed crimes in Rwanda (case reported in Kamminga, *loc. cit.* (note 66), at 972-973).

<sup>69</sup> See Sections 4, 6 (1) and 8 (b) of Bill C-19 'An Act Respecting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes, and to Implement the Rome Statute of the International Criminal Court, and to make Consequential Amendments to other Acts', 10 December 1999, text to be found via <http://www.parl.gc.ca>.

<sup>70</sup> *R. v. New Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet* [2000] 1 AC. 147; [1999] 2 All E.R. 97; [1999] 2 W.L.R. 827.

As is well known, the issue of the admissibility under current international law of universal jurisdiction *in absentia* was deliberately left open by the International Court of Justice in the *Arrest Warrant* case, while those judges who addressed the issue were split. However, the very fact alone, that the Democratic Congo did not pursue this claim to the very end, is as such quite telling. Moreover, the formula ‘to search for’ and ‘shall bring (...), regardless of their nationality, before its own courts’<sup>71</sup> in all of the four the Geneva Conventions at least hints at the possibility of universal jurisdiction *in absentia* not being prohibited by these Conventions but rather encouraged.<sup>72</sup> One may also argue that a State which either itself participates in, or at least does not prevent individuals from, committing violations of *jus cogens* in its territory, or at the very least is not in a position to judge them *ex post facto*, is estopped from claiming that the exercise of universal jurisdiction *in absentia* by a third State is illegal, provided that the respective offender is still present in its own territory. Such an approach may be reflected *inter alia* in the jurisprudence of the Spanish Supreme Court when it denied Spanish courts the exercise of jurisdiction provided there was sufficient evidence that the territorial State itself was undertaking criminal investigations,<sup>73</sup> an approach that has also already been foreshadowed in a somewhat similar manner in the joint separate opinion of Judges *Higgins, Kooijmans, and Buergenthal* in the *Arrest Warrant* case.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Arts. 49, 50, 129, 146 of the four Geneva Conventions.

<sup>72</sup> Mohamed Zeidy, “Universal Jurisdiction *In Absentia*: Is it a Legal Valid Option for Repressisng Heinous Crimes?”, *International Lawyer* 27 (2003), 835, at 852 (“(...) the language used in the Geneva Conventions *requires* the exercise of universal jurisdiction” (emphasis added.)).

<sup>73</sup> Decision of the National Court, Criminal Chamber, Plenary Session, Appeal record No. 11572000, Preliminary Proceedings 331/99, 13 December 2000, available at <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/espana/html>; for an analysis of said decision see also Christopher Hall, “Contemporary universal jurisdiction”, in: M. Bergsmo (ed.), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden – Essays in Honour of Asbjorn Eide*, Leiden/Boston 2003, p. 111, at 131, and see also Naomi Roht-Arriaza, “Universal Jurisdiction; Steps Forward, Steps Back”, *Leiden J. Int. L.* 17 (2004), 375, at 380-381.

<sup>74</sup> *Arrest Warrant* case, *ICJ Reports* 2002, Joint Sep. Op. of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para. 52; see also for a similar approach A. Sammons, “The ‘Under-Theorization’ of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy of Trials of War Criminals by National Courts”, *Berkeley J. Int. L.* 21 (2003), 111, at 133.

## V. CONCLUDING REMARKS

Summarizing, one may say that as far as the exercise of universal criminal jurisdiction is concerned, current customary international law is rapidly changing and developing. The whole question whether, and if so to what extent, one State may exercise universal jurisdiction, may at the end of the day depend on which methodological starting point one takes, *i.e.* whether one attempts to find a permissive rule or rather a prohibitive rule.<sup>75</sup> But even if one were to start looking for a relevant customary international law norm positively granting States the right to exercise universal jurisdiction, it seems that no State has with regard to the exercise of universal jurisdiction concerning genocide, crimes against humanity or war crimes, so far acted as a persistent objector. Rather to the contrary, State practice tends towards accepting the exercise of universal jurisdiction and, thus, by the same token, recognizes that public international law has yet taken another step towards making the underlying *jus cogens* prohibitions more effective.

---

<sup>75</sup> See generally for a discussion on the underlying issues Ulrich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts*, Berlin 1991, *passim*.



## CHAPITRE XVI

### *La compétence universelle en matière pénale*

MICHEL COSNARD

La consécration des normes fondamentales de l'ordre juridique international peut revêtir bien des acceptions différentes<sup>1</sup>. Cependant, les différentes approches de la notion gravitent autour d'un noyau dur : l'apparition de ces règles révèle l'instauration d'un ordre public international<sup>2</sup>. Par ailleurs, la compétence universelle en matière pénale a pour objet d'assurer une répression pénale à l'échelle planétaire. Règles substantielles d'une part, règles procédurales d'autre part, le rapprochement des deux notions n'est guidé par aucune nécessité intrinsèque, et ne peut s'imposer que par une opération intellectuelle extérieure.

Si l'on raisonne en partant des normes fondamentales du droit international, il convient de souligner que l'instauration d'un ordre public international n'entraîne pas nécessairement l'édification d'une justice pénale. De fait, on peut fort bien étudier ces normes fondamentales sans s'intéresser aux questions gouvernant la compétence des États en matière pénale<sup>3</sup>. Ceci découle d'une évidence juridique : interdire un certain comportement est une chose, le criminaliser en est une autre. La première proposition correspond à l'essence même de la règle de droit, qui consiste à édicter un certain comportement, négatif en l'occurrence. La seconde tient à la sanction attachée à la violation de la règle comportementale. Toutefois, cette sanction

---

<sup>1</sup> Pour un panorama des multiples significations doctrinales attribuées au *jus cogens* international, voir Robert KOLB, *Théorie du ius cogens international, Essai de relecture du concept*, P.U.F., Collection des publications de l'I.U.H.E.I., Genève, 2001, 401 p.

<sup>2</sup> Robert Kolb critique la confusion entre les deux notions de *jus cogens* et d'ordre public international, *op. cit.* note 1, pp. 172-181. Toutefois, même si l'on accepte que l'assimilation entre les deux n'est pas complète car elles n'ont pas le même rôle dans un ordre juridique, il semble qu'un accord se fasse sur un contenu *a minima* de la notion dans le sens que nous indiquons.

<sup>3</sup> Voir par exemple l'ouvrage de Robert KOLB, *op. cit.* note 1, ou bien la thèse de Raphaële RIVIER, *Droit impératif et juridiction internationale*, Paris II, 2001, qui ne consacrent que de brèves remarques à la question de la compétence universelle.

n'est pas nécessairement pénale, et lorsque la Commission du droit international a évoqué pour la première fois la notion de *jus cogens*, il s'agissait d'examiner les conséquences à tirer de la non-conformité d'un traité à ces normes fondamentales : point de sanction pénale pour les auteurs d'un tel acte contraire, mais seulement, pourrait-on dire, la nullité de la convention.

Il y a cependant une logique à prévoir une sanction pénale pour les violations des règles considérées comme reflétant les fondements même de la société. C'est la nature même du droit pénal que d'assurer le respect de l'ordre public par la contrainte. La société internationale se juridicise indéniablement, et l'on peut y constater le même mouvement observable dans les sociétés internes : l'emprise du droit se traduit par une criminalisation des comportements. Toutefois, cette pénalisation rencontre des obstacles particuliers : elle nécessite au préalable que le droit international transperce le voile étatique afin d'appréhender directement le comportement des individus. Le "crime de l'État" prévu par le projet de la C.D.I. sur la responsabilité internationale des États ne faisait pas illusion de ce point de vue ; on sait qu'il n'était pas question de mettre en place une responsabilité pénale des États. Au plan international, il a fallu attendre la fin du XX<sup>e</sup> siècle pour assister à l'émergence et à l'affermissement de la responsabilité internationale pénale individuelle<sup>4</sup>, en particulier avec la création des Tribunaux pénaux internationaux puis de la Cour pénale internationale. Il nous apparaît indiscutable que cette évolution a pu avoir un rôle déterminant dans l'établissement par les États de compétences universelles en dehors des cas expressément prévus par des traités. C'est précisément alors que l'ordre juridique international se dotait d'institutions permettant la mise en œuvre effective au niveau international d'une répression pénale que certains États ont manifesté quelques velléités de s'octroyer une compétence universelle en matière pénale afin de poursuivre les auteurs – présumés – de comportements interdits par le droit international. Dans un mouvement synergétique proprement remarquable, ces revendications de compétence universelle visaient à combler les lacunes de la mise en place de la Cour pénale internationale<sup>5</sup>, afin de combattre une

---

<sup>4</sup> Voir Victoria ABELLÁN HONRUBIA, « La responsabilité internationale de l'individu », *Recueil des cours*, tome 280 (1999), pp. 135-428.

<sup>5</sup> C'est particulièrement le cas de la Belgique. En adoptant la loi du 10 février 1999, les rapports parlementaires précisaient qu'il s'agissait de mettre en œuvre le Statut de Rome du

impunité non seulement pour les crimes à venir que pour ceux du passé, et ce indépendamment du lieu de commission et de la nationalité des auteurs. Si la compétence universelle, dans ce cadre, vise à, ou du moins a pour conséquence de, contourner les conditions strictes mises à la compétence *ratione materiae*<sup>6</sup> et *ratione personae* de la C.P.I, c'est surtout pour combler les lacunes dues à la compétence *ratione temporis* qu'elle a été invoquée de la manière la plus spectaculaire<sup>7</sup>.

Pourtant, il ne s'agit là que de mise en œuvre – ou de tentatives de mise en œuvre – récentes de la compétence universelle en matière pénale. Celle-ci a en effet pu se développer indépendamment de l'existence de toute norme fondamentale : elle est apparue depuis fort longtemps et ne visait, à ses origines, que des comportements prohibés par le droit pénal commun<sup>8</sup>. La compétence universelle est donc une technique ancienne, qui, dans certaines de ses applications, correspond à la finalité poursuivie par la notion de norme fondamentale, mais qui n'a pas intrinsèquement pour objectif la punition des crimes ou offenses les plus graves<sup>9</sup>. On ne saurait toutefois

---

17 juillet 1998, en incorporant dans le droit pénal belge les incriminations de la Convention, en plus des mécanismes de mise œuvre, voir Pierre D'ARGENT, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *Journal des Tribunaux* n° 5935, 11 septembre 1999, pp. 549-555, p. 549, avec les références aux documents de discussion au Sénat belge.

<sup>6</sup> Voir le cas *Pinochet*, à propos de crimes pour lesquels la CPI serait incompétente *ratione materiae*.

<sup>7</sup> Voir la liste des plaintes déposées auprès des juridictions belges *in* voir Pierre D'ARGENT, « L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien ? », *R.G.D.I.P.* 2004, pp. 597-632, note 32, p. 607. Nous réservons le cas *Pinochet*, puisque la C.P.I. serait en outre incompétente *ratione materiae*.

<sup>8</sup> Géraud DE LA PRADELLE, « La compétence universelle », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET (dir.) *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, §§ 3 à 7, pp. 905-907. Voir également Gilbert GUILLAUME, « La compétence universelle. Formes anciennes et nouvelles », *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, pp. 23-36 et l'actualisation de cet article, « La compétence universelle. Du code de Justinien à l'affaire *Yerodia* », *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003, pp. 219-237.

<sup>9</sup> Voir par exemple Joe VERHOEVEN, « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *A.F.D.I.* 1999, pp. 55-71, qui évoque dès le premier paragraphe la notion de *jus cogens*, pour l'évacuer immédiatement, en considérant que le caractère très fragmentaire, voire l'absence totale, d'ordre public interétatique compromet la répression pénale internationale.



ignorer que c'est à l'heure actuelle son champ d'application de prédilection, quoique non exclusif.

Ne doit-on voir entre ces développements – celui des normes fondamentales et celui de la technique de la compétence universelle – qu'une coïncidence en considérant qu'un mouvement d'idées unique se traduit dans différentes branches du droit, ou bien au contraire un enchaînement logique, l'édification d'un système reposant sur des causalités indiscutables, faisant que la mise en place de compétences universelles en matière pénale est la conséquence irrépissible de l'existence de normes fondamentales ?

Nous penchons plutôt pour la première hypothèse, non sans remarquer au préalable que l'analyse est brouillée par la fascination qu'exercent sur les esprits ces notions structurantes d'un ordre juridique, ayant pour résultat une assimilation quasi subliminale faite entre *jus cogens* et compétence universelle. Plus précisément, dès lors qu'un procès fondé sur une compétence pénale extraterritoriale porte, *ratione materiae*, sur des violations graves de droits fondamentaux de la personne humaine et si il a en outre pour objectif, *ratione personae*, d'obtenir la condamnation d'un officiel, l'extranéité des poursuites conjuguée aux enjeux politiques d'une telle justice entraîne souvent une analyse en termes de compétence universelle ; la connotation technique disparaît au profit de la symbolique, et l'internationalité est confondue avec l'universalité. Des personnes aussi averties que les Lords britanniques ont succombé à cette tentation dans l'affaire *Pinochet*, puisque, face à de multiples motifs visés dans la demande d'extradition espagnole, ils ont raisonné globalement, comme si toutes les affaires instruites par le juge Garzon se fondaient sur une compétence universelle de l'Espagne, alors que la plupart des plaintes visaient des enlèvements et actes de tortures commis à l'encontre de double nationaux ibéro-chiliens, se rattachant ainsi à la compétence personnelle passive de l'Espagne<sup>10</sup>.

C'est pour cette raison qu'il est indispensable de tenter de clarifier les liens existant entre les normes fondamentales et la compétence universelle en matière pénale, et ce aux deux stades critiques de l'existence de cette compétence. Nous nous attacherons à démontrer que si, à notre sens, la qualification d'une règle "fondamentale de l'ordre juridique international"

---

<sup>10</sup> Voir notre commentaire, « Quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *R.G.D.I.P.* 1999, pp. 309-328, p. 309.

n'exerce aucune influence juridique directe sur l'établissement d'une compétence universelle en matière pénale (I), cette qualification devrait cependant déployer certains effets lors de l'exercice d'une compétence sur un tel fondement (II).

#### I. L'ABSENCE D'INFLUENCE SUR L'ETABLISSEMENT PAR UN ETAT D'UNE COMPETENCE UNIVERSELLE EN MATIERE PENALE

L'établissement par un État d'une compétence universelle consiste en l'édition d'une règle abstraite relative à la compétence internationale de ses tribunaux, prévoyant que ceux-ci pourront être saisis pour connaître d'infractions commises à l'étranger, par des étrangers, sur des étrangers. Ces trois critères sont cumulatifs, et si l'un d'entre eux vient à manquer, la compétence est, respectivement, territoriale, personnelle active, personnelle passive. Il n'existe aucune règle claire établissant de priorité entre les divers types de compétence que peut établir un État, mais un accord semble se dégager pour que, à tout le moins, la compétence universelle soit considérée comme seconde par rapport aux trois autres<sup>11</sup>. Pour ce qui nous intéresse, cela signifie qu'une compétence reposant sur un lien entre l'État qui l'établit et une situation donnée l'emporte sur une compétence universelle, quand bien même des doutes subsistent sur les critères relatifs à l'intensité de ce lien qui permettraient de faire prévaloir, en cas de conflit positif, une compétence par exemple personnelle active sur une compétence personnelle passive. On peut admettre que ce qui est vrai au plan international l'est aussi au plan interne, et qu'un État préférera justifier une compétence par un lien objectif plutôt que de mettre en avant une compétence universelle.

Comme nous l'avons exposé, toute compétence universelle ne dérive pas du caractère impératif de la norme dont la transgression est poursuivie<sup>12</sup>. Ainsi, l'exercice d'une compétence universelle, en particulier lorsqu'elle a fait l'objet d'une autorisation par une convention, n'est pas nécessairement lié au statut de norme impérative ou fondamentale de la règle violée. Il est vrai que l'on pourrait retourner la remarque de la façon suivante : si les États ont été

---

<sup>11</sup> Voir par exemple l'opinion de Lord Millett dans l'affaire *Pinochet* du 24 mars 1999, <http://www.parliament.the-stationery.co.uk>.

<sup>12</sup> Voir en particulier les développements de Marc HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenbahn, Bruylant, 2000, pp. 7-119.

désireux d'autoriser une compétence universelle, cela ne traduit-il pas le caractère impératif de la norme<sup>13</sup> ? Ce ne serait pas la première fois qu'en droit international, le critère serait la conséquence attachée à une qualification. Si l'argument a parfois été avancé pour certaines règles particulières, force est cependant de constater qu'il n'a jamais été généralisé. Cette question fut indirectement débattue devant la Cour de cassation française lorsqu'elle a examiné la possibilité de poursuivre un chef d'État en exercice pour actes de terrorisme<sup>14</sup>. L'Avocat général, implicitement suivi par la Cour, a estimé que quelle que soit leur gravité, les crimes de terrorisme ne pouvaient être qualifiés de crimes internationaux relevant du *jus cogens*<sup>15</sup>. Certes, en l'espèce, la compétence invoquée était une compétence personnelle passive<sup>16</sup> fondée sur la nationalité française de la plupart des victimes de l'attentat contre le DC 10 d'U.T.A. le 19 septembre 1989, mais ce crime pouvant faire l'objet de poursuites sur la base d'une compétence universelle en vertu de l'article 689-6 du code de procédure pénale, la position adoptée dans cette affaire sur le caractère de la norme prohibant le terrorisme aérien peut être utilement citée.

Trois décisions, toutes relatives à la prohibition de la torture, font mention du caractère impératif de l'interdiction violée donnant lieu aux poursuites : une ordonnance d'un juge d'instruction belge évoquant (et non invoquant) le *jus cogens* comme « *autorisant les autorités étatiques*

---

<sup>13</sup> En ce sens, voir la citation de M. Bassiouni reprise à son compte par le juge Weeramantry dans son opinion dissidente sous l'Ordonnance rendue le 14 avril 1992 dans l'affaire des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* : « L'emploi très répandu de la formule "poursuivre ou extraditer", qu'elle figure expressément dans le texte, qu'elle soit exprimée par l'obligation d'extrader, ou qu'elle soit sous-entendue dans l'obligation d'exercer des poursuites ou de qualifier l'acte d'infraction, ainsi que le nombre des signataires de ces nombreuses conventions, attestent de l'existence de ce principe général du *jus cogens* », *Rec. C.I.J.* 1992, pp. 50-71, p. 69.

<sup>14</sup> Affaire *Kadhafi*, Arrêt n° 1414, Cass. Crim., *R.G.D.I.P.* 2001, p. 474, commentaire de Florence POIRAT, « Immunité de juridiction pénale du chef d'État étranger en exercice et règle coutumière devant le juge judiciaire », *ibidem*, pp. 474-492, Conclusions de l'Avocat Général LAUNAY, *ibidem*, pp. 507-515.

<sup>15</sup> Conclusions de l'Avocat Général LAUNAY, *op. cit.*, pp. 413-514.

<sup>16</sup> Contrairement à ce qu'a pu avancer un commentateur, ce qui illustre la fâcheuse tendance déjà soulignée à voir une compétence universelle dès lors qu'il y a un jugement pénal interne ayant des dimensions internationales, voir Jean-François ROULOT, « la coutume du droit international pénale et l'affaire "Kadhafi" », *D.* 2001, 20 septembre 2001, n° 32/7041<sup>c</sup>, pp. 2631-2633.

*nationales à poursuivre et à traduire en justice, en toutes circonstances, les personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité* »<sup>17</sup>, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundzija*, et la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*<sup>18</sup>. C'est le T.P.I.Y. qui est le plus clair sur la conception des liens entre les normes impératives et la compétence universelle :

« il semblerait que l'une des conséquences de la valeur de jus cogens reconnue à l'interdiction de la torture par la communauté internationale fait que tout État est en droit d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader les individus accusés de torture, présents sur son territoire. [...] Ce fondement juridique de la compétence universelle des États en matière de torture confirme et renforce celui qui, de l'avis d'autres juridictions, découle du caractère par essence universel du crime. On a estimé que les crimes internationaux étant universellement condamnés quel que soit l'endroit où ils ont été commis, chaque État le droit de poursuivre et de punir les auteurs de ces crimes »<sup>19</sup>.

Deux points méritent d'être soulignés. En premier lieu, de l'aveu même du T.P.I.Y., il n'y a pas de corrélation immédiate entre le caractère impératif d'une prohibition et la compétence universelle pour en punir les contrevenants, puisqu'il ne s'agit que d'un fondement juridique supplémentaire, dont le rôle consiste à « confirmer et renforcer » un fondement préexistant. Le caractère fondamental d'une norme, dont le *jus cogens* est le degré ultime, n'aurait donc d'autre fonction que d'en quelque sorte "doper" la justification de l'établissement d'une compétence universelle.

Le deuxième intérêt tient à la nature de l'influence que peut avoir la qualification de la norme sur l'établissement d'une compétence universelle par un État. Pour analyser la réponse du T.P.I.Y. dans ce cadre, il apparaît qu'une remarque liminaire d'ordre méthodologique doit être faite. Deux interprétations de l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus* sont généralement proposées : la première considère que la Cour a posé un principe de liberté totale sauf règle prohibitive contraire ; la seconde estime que le droit international général

---

<sup>17</sup> Civ. Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998, *Augusto Pinochet Ugarte, J.T.* 1999, pp. 308-311.

<sup>18</sup> Dans cet arrêt, le *jus cogens* était surtout invoqué à l'appui de la non-immunité des anciens chefs d'État.

<sup>19</sup> TPIY, *Le Procureur v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998, § 156.

contient une exigence d'un lien de rattachement minimal entre l'État qui entend exercer sa compétence et la situation dont il veut se saisir. Il est plus que vraisemblable que la première proposition ne reflète plus « l'état actuel du droit international », pour paraphraser la Cour permanente lorsqu'elle a rendu cette décision<sup>20</sup>, et les opinions jointes à l'arrêt du 14 février 2002 dans l'*affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000* suffisent à démontrer que le postulat de la liberté fait l'objet à tout le moins d'une sérieuse remise en question par les juges de la Cour internationale de Justice. Le jugement du T.P.I.Y se situe dans cette mouvance et condamne implicitement mais résolument la première interprétation du *Lotus* qui a longtemps prévalu : il n'y aurait aucun sens à préciser que la conséquence<sup>21</sup> de la valeur de *jus cogens* fait que tout État a le droit d'établir une compétence universelle si le droit international général le leur octroie d'ores et déjà. En outre, le principe de la liberté conduit, comme l'avait d'ailleurs fait la Cour permanente, à rechercher l'existence d'une règle prohibitive, qui interdirait d'établir une compétence universelle. Il y aurait dès lors quelque paradoxe à tenter de rechercher si il existe une norme prohibant impérativement et *erga omnes* un comportement qui aurait corrélativement pour conséquence d'interdire à tout État la poursuite des auteurs de ce comportement. Cependant, notre propos n'est pas ici d'examiner si l'établissement d'une compétence universelle par un État est ou non conforme au droit international, mais si cet établissement entretient un lien logique avec l'existence de normes fondamentales ; si on ne peut faire totalement abstraction des règles internationales gouvernant cet établissement, elles ne nous fournissent que la toile de fond de notre raisonnement.

Une fois ceci posé, on constate que selon le T.P.I.Y., la seule conséquence du caractère impératif de la prohibition de la torture est un droit d'établir une compétence universelle, et non une obligation, c'est-à-dire le moins contraignant des trois types d'influence possible. En effet, sur

---

<sup>20</sup> C.P.J.I., arrêt du 27 septembre 1927, Affaire du « Lotus », *Rec. C.P.J.I.* Série A, n° 10, p. 18. Voir notre analyse « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer et d'investir dans certains pays », A.F.D.I. 1996, pp. 33-61, pp. 37-38. Voir également Christian TOMUSCHAT, « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre – Preliminary Exposition, Provisional Report », *Ann.IDI* vol. 71-I, 2005, pp. 211-386, § 8, pp. 217-218.

<sup>21</sup> Certes, le T.P.I.Y. parle d'« une » des conséquences. Le reste du jugement laisse cependant à penser que le Tribunal n'envisage les autres conséquences que dans des domaines différents de celui des compétences des États.

un plan logique, l'influence du caractère impératif ou fondamental de la norme substantielle peut être de trois ordres : le caractère fondamental de la norme se contente d'autoriser l'État à établir une telle compétence ; il l'oblige à le faire ; ou bien il le lui impose. La solution du T.P.I.Y. peut décevoir : bien des règles se contentent d'autoriser les États à établir une compétence internationale – au sens du droit international privé – pour se saisir de certaines situations ; la protection de l'ordre public international pourrait entraîner des conséquences plus vigoureuses qu'une simple permission.

On ne doit pourtant pas s'étonner de l'affirmation du Tribunal, car l'existence d'une obligation – et *a fortiori* d'une obligation impérative – n'est pas corroborée sur le plan du droit positif<sup>22</sup>. C'est dans le droit coutumier qu'il nous faudrait rechercher une telle obligation. De nombreux traités obligent les États à « *prendre les mesures nécessaires pour établir [leur] compétence aux fins de connaître des infractions* » posées par lesdits traités, l'origine de l'obligation est strictement conventionnelle et ne dérive pas du caractère fondamental de la norme d'interdiction, qui ne fait en outre jamais l'objet d'une telle qualification par voie de traité. C'est d'ailleurs parce que la qualification d'impérative ou d'*erga omnes* d'une norme est coutumière que les conséquences se trouvent également dans le droit coutumier. Si l'on raisonne *a contrario*, force est de constater que tous les États n'ont pas établi une compétence universelle en matière pénale aux fins de poursuivre les commissions individuelles de crimes prohibés par les normes fondamentales. Si obligation il y avait, celle-ci ne serait pas appliquée, et ce sans soulever de contestations de la part d'autres États<sup>23</sup>. Il s'agit là d'une pratique contraire suffisante pour empêcher la formation de l'obligation coutumière que certains croient voir rappeler notamment dans le préambule du Statut de

---

<sup>22</sup> Certains ajoutent que cela n'est pas non plus souhaitable sur le terrain de l'opportunité, en particulier pour des raisons tenant au fonctionnement de la justice dans certains pays et pour le respect des droits de la défense, voir Christian TOMUSCHAT, *op. cit.*, note 20, §§ 18-19, pp. 225-227.

<sup>23</sup> C'est au contraire lors de la mise en œuvre d'une compétence universelle que les contestations apparaissent, dirigées contre tant l'établissement que la mise en œuvre ? Ce fut le cas dans la requête de la part de la République démocratique du Congo contre la Belgique dans l'affaire *Yerodia*, même si l'on sait qu'elle a par la suite renoncé à soulever ce moyen devant la Cour internationale de Justice. C'est également la position du Congo dans l'affaire qui l'oppose à la France devant la C.I.J. dans l'affaire relative à *Certaines procédures pénales engagées en France*.

Rome du 17 juillet 1998<sup>24</sup>, mais également dans d'autres instruments conventionnels<sup>25</sup>.

Il nous semble donc que le caractère fondamental d'une règle ne joue pas sur les règles relatives à l'établissement de la compétence de manière directe, en l'absence de conséquence juridique concrète. La contrariété des actes incriminés avec les intérêts fondamentaux de la communauté internationale intervient vraisemblablement comme motif (motivation ?) de l'État posant une règle relative à la compétence universelle, mais il n'y a pas de raison logique d'y voir un lien d'exclusivité. Comme le souligne Raphaële Rivier, c'est davantage le caractère international du crime qui justifie la compétence universelle que la qualification de *jus cogens*<sup>26</sup>. La parenté vraisemblable entre les deux notions n'est pas une équivalence, et il apparaît que l'on ne peut qu'inférer une coïncidence entre des règles d'incrimination internationale et des règles procédurales. En effet, la règle impérative ou *erga omnes* exprime un ordre public international<sup>27</sup>, et consiste la plupart du temps en une règle d'interdiction : il n'existe aucune règle imposant un comportement positif précis et détaillé<sup>28</sup>. L'établissement d'une règle "d'ordre public" s'accompagne de mécanismes juridiques destinés à en assurer le respect ou à en sanctionner la violation, mais qui ne participent pas directement du caractère impératif.

Sans influence sur l'établissement de la compétence d'un État, la consécration d'une prohibition comme appartenant aux normes fondamentales du droit international pourrait en revanche jouer un rôle au moment de la mise en œuvre de cette compétence.

---

<sup>24</sup> Le sixième alinéa du préambule rappelle « *qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux* ».

<sup>25</sup> Par exemple, Sir Humphrey Waldock voyait dans l'article 13 de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer, relatif à la traite des esclaves le fondement d'une obligation à établir une compétence universelle pour en poursuivre les auteurs, « *General Course on Public International Law* », *Recueil des cours*, tome 106 (1962), pp. 1-252, p. 213.

<sup>26</sup> *Op. cit.* note 3, Deuxième partie, Titre III, Chapitre II, Section 1, § 2, A, 1.

<sup>27</sup> Voir Raphaële RIVIER, *op. cit.* note 3, « Introduction », § 2, C, 3.

<sup>28</sup> On peut penser au versant positif de certaines interdictions : l'interdiction de l'emploi de la force oblige à régler pacifiquement les différends, mais la règle positive demeure au niveau général des principes, sans qu'un comportement précis puisse être identifié.

## II. LES EFFETS DE LA QUALIFICATION SUR LA MISE EN ŒUVRE D'UNE COMPÉTENCE UNIVERSELLE EN MATIÈRE PÉNALE

Au stade de la mise en œuvre, on ne constate pas non plus de lien significatif entre le caractère fondamental d'une norme internationale et la compétence universelle en matière pénale.

Il existe plusieurs manières de comprendre la mise en œuvre d'une compétence dès lors qu'on la distingue de son établissement. Dans notre esprit, cette notion de mise en œuvre est plus large que la *jurisdiction to adjudicate*, consistant en l'exercice concret de la règle abstraite de compétence. En matière de compétence universelle, la question de l'établissement de la compétence se présente davantage comme une question portant sur le principe même : un État peut-il connaître d'une situation n'ayant aucun rapport avec lui ? Ce débat ne se pose pas, dans une large mesure, en termes juridiques. Une fois les positions de politique juridictionnelle fixées quant à l'opportunité d'une compétence universelle, le droit réapparaît dans les débats à propos des conditions que doit – ou devrait – respecter un État lorsqu'il souhaite se déclarer compétent pour connaître pénalement de situations avec lesquelles il n'entretient aucun lien objectivement constatable. À titre d'exemple, les discussions dans le cadre de la 17<sup>ème</sup> commission de l'Institut de droit international démontrent que l'essentiel de controverses tourne autour des conditions d'introduction dans un code pénal ou de procédure pénale de la compétence universelle<sup>29</sup>, et ce dans des termes qui demeurent abstraits. Il est d'ailleurs assez remarquable que ce soit quasi exclusivement à propos de ce type de compétence que la nécessité d'énoncer des conditions apparaisse<sup>30</sup>. Il nous semble que ceci peut s'expliquer par une caractéristique du droit pénal international par rapport au droit international privé, dans lequel il existe un lien très fort entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative en matière pénale. Bien que contesté, le droit positif consacre – du moins en France – une territorialité formelle de la loi pénale. Ceci signifie que les tribunaux pénaux

---

<sup>29</sup> *Ann.IDI* vol. 71-I, 2005, pp. 55-136.

<sup>30</sup> On voit également cette nécessité lorsque est en cause la compétence fondée sur les effets sur le territoire. Voir l'article 403 du *Restatement of the Law (Third)* exigeant que ces effets soient substantiels, ainsi que les observations des membres de la 19<sup>ème</sup> Commission de l'Institut de droit international aux rapports préliminaires relatifs à la compétence extraterritoriale des États, *Ann.I.D.I.* 1993, vol. 65-I, pp. 14-190.



sont compétents si la loi française est applicable<sup>31</sup>, et inversement que le juge n'applique que sa loi nationale, sans appliquer ni loi étrangère ni droit international. Cette coïncidence parfaite est illustrée par le constat selon lequel il n'y a pas de conflit de lois en matière pénale<sup>32</sup>, ce qui n'est pas sans entraîner certaines confusions. Il est ainsi souvent difficile de distinguer dans les raisonnements ce qui ressortit à l'incrimination de ce qui ressortit à la procédure. Ceci fut sans doute à l'origine d'une des aspects les plus critiquables de l'arrêt rendu par la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet* au Royaume uni. La torture est punissable en droit anglais : voilà le crime ; le Royaume Uni peut exercer des poursuites au titre de la compétence universelle indépendamment du lieu de réalisation de ce crime, de la nationalité des victimes ou de l'auteur parce qu'il s'agit d'un crime international : voilà la règle de procédure. Or, comme l'on sait, la majorité des Lords ont estimé que l'incrimination pertinente était la commission d'un acte de torture à l'étranger, par des étrangers et dont les victimes étaient étrangères. Ceci leur a permis de considérer que de tels actes n'étaient devenus des crimes en droit anglais qu'à compter de l'incorporation de la Convention des Nations Unies contre la torture dans le code pénal anglais.

On peut voir dans l'arrêt *Pinochet* deux égarements par rapport à la qualification que les Lords avaient fait de l'interdiction de la torture comme règle de *jus cogens*. Le premier tient à ce que les notions de *jus cogens* et de normes fondamentales de manière générale aboutissent à un affranchissement des règles traditionnelles du droit des traités et des mécanismes de réciprocité de manière générale. Dès lors, le principe de l'effet relatif des traités ne saurait, à notre sens, être invoqué. Pourtant, la Chambre des Lords avait pris en considération la date de ratification de la Convention contre la torture par le Chili pour apprécier si et à partir de quand les juridictions britanniques pouvaient connaître d'actes de tortures commis au Chili. Or, si l'on considère que la prohibition du crime de torture est une norme de *jus cogens*, il en découle une opposabilité universelle de l'incrimination, et par conséquent des autorisations conventionnelles d'établir une compétence universelle afin d'assurer la poursuite des

---

<sup>31</sup> Voir par exemple l'article 689 du code de procédure pénale français : « *les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises [...] lorsque [...] la loi française est applicable* ».

<sup>32</sup> Voir Joe VERHOEVEN, « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *A.F.D.I.* 1999, pp. 55-71, pp. 55-56.

criminels. Peu importe à cet égard que l'État de nationalité de l'auteur ou du lieu de perpétration du crime a ou non ratifié la Convention. On le voit ainsi, le fait que l'interdiction de la torture soit une norme impérative permet d'apprécier non pas l'acte unilatéral d'un État par lequel il s'octroie une compétence universelle, qui est en l'espèce autorisée par une convention internationale, mais permet l'opposabilité de sa mise en œuvre concrète, éventuellement au-delà du cercle des États parties. Cette question pourrait recevoir une réponse en droit positif puisqu'elle est une de celles posées à la Cour internationale de Justice dans l'affaire opposant la France au Congo dans l'affaire *relative à certaines procédures pénales engagées en France*, puisqu'un des arguments de la République du Congo tient précisément à sa non-ratification de la Convention de New York contre la torture, qui empêcherait la France de mettre en œuvre l'article 689-2 du code de procédure pénale appliquant en droit français cette convention<sup>33</sup>.

Mais l'universalité de l'incrimination entraîne une autre conséquence, touchant cette fois-ci au droit pénal international : il s'agit du principe de double incrimination, consistant à exiger que les faits à l'origine d'une poursuite ou d'une demande d'extradition soient punissables tant dans l'État territorial ou requérant que dans l'État du for ou requis. La double incrimination traduit sur le plan procédural le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Cela signifie qu'il faut s'assurer que le comportement était bien criminel là où et au moment où il a été commis. Cette condition est évidemment remplie dans l'hypothèse où le crime en question est contraire au *jus cogens*. Or ce n'est pas ce raisonnement qu'ont suivi les Lords dans l'affaire *Pinochet* : confrontés à une demande d'extradition formulée par l'Espagne, ils ont appliqué le principe dans son acception la plus stricte, sans tenir compte du fait qu'ils avaient auparavant reconnu que l'interdiction de la torture appartenait au *jus cogens* au moment des crimes invoqués, au moins depuis le coup d'État du général Pinochet en tous cas. La Chambre des Lords a par là montré les limites de la qualification : argument purement rhétorique dont elle n'a tiré aucune des conséquences qui auraient pu s'y attacher. La logique du droit pénal l'a emporté sur celle des normes fondamentales du droit international public.

Ceci se vérifie également lorsque l'on observe combien cette circonstance spécifique au droit pénal – la confusion entre conflit de loi et

---

<sup>33</sup> Voir la *Requête et demande en indication de mesures conservatoires*, <http://www.icj-cij.org>, p. 5.

conflit de juridictions – est de nature à troubler la distinction entre *jurisdiction to prescribe* et *jurisdiction to adjudicate*, en particulier lorsque l'on aborde la question sous l'angle des liens que peuvent entretenir les notions de normes fondamentales et de compétence universelle des États. De fait, en matière de poursuite des crimes de droit international par les juridictions internes, la logique pénaliste a souvent tendance non seulement à interférer avec, mais souvent à l'emporter sur, celle du droit international public. Ainsi, les principales conditions avancées pour encadrer la mise en œuvre de la compétence universelle ne répondent pas directement à la logique de son établissement, du moins lorsque celui-ci vise à poursuivre des infractions aux normes fondamentales.

La principale de ces conditions consiste à exiger la présence de la personne poursuivie sur le territoire de l'État exerçant une compétence universelle, et ce de manière d'autant plus aiguë que les cas dans lesquels la question de la compétence universelle s'est posée relevaient tous, à l'exception du procès dit des « quatre de Butare »<sup>34</sup>, d'une mise en marche de la procédure *in absentia*. Deux types de justifications sont avancés. Le premier tient aux conditions du procès équitable : un procès conduit en l'absence de l'accusé<sup>35</sup> ne respecte pas complètement les droits de la défense<sup>36</sup>. On peut remarquer dans un premier temps que ce souci n'appartient pas à la logique des normes fondamentales mais à celle des droits de l'homme, invocables quelles que soient les bases de compétence invoquées. De ce fait, cet argument revient à condamner les procès *in absentia* en toute hypothèse, et ce alors même que tous les droits nationaux connaissent ce type de procédure lorsque les tribunaux appliquent des compétences pénales indiscutables (territoriale par exemple). Mais il est vrai que, si l'on reste dans un strict cadre conventionnel, on ne peut que constater que cette procédure ne répond pas aux objectifs des conventions autorisant une compétence universelle. Ces conventions poursuivent un objectif pragmatique et

---

<sup>34</sup> Il s'agit du seul procès fondé sur la loi belge relative à la compétence universelle à avoir abouti, dans lequel le jury populaire bruxellois fut appelé à juger au nom de l'humanité, voir Pierre D'ARGENT, « L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien ? », *R.G.D.I.P.* 2004, pp. 597-632, p. 629.

<sup>35</sup> Nous utilisons ici un terme générique – recouvrant le cas échéant les termes de « prévenus » ou de « mis en examen » – indépendamment de sa signification technique – ou de sa disparition – dans certains droits pénaux nationaux.

<sup>36</sup> Voir Christian TOMUSCHAT, *op. cit.*, note 20, § 14, p. 221.

trouvent une solution à un problème pratique : que faire quand un criminel de droit international se trouve sur son territoire et que l'État normalement compétent ne le réclame pas ? C'est pour cette raison qu'elles reposent toutes sur le principe *aut dedere aut judicare*, afin de ne plus rencontrer de situations dans lesquelles un individu ayant commis des crimes de droit international puisse couler des jours tranquilles dans un État n'ayant pas par exemple conclu de convention d'extradition avec celui dans lequel le crime a été perpétré. C'est pourquoi le second type de justification nous semble plus convaincant au regard de cet objectif d'interdire tout refuge à l'auteur présumé d'un crime international : autoriser tout État à poursuivre *in absentia* pourrait avoir pour résultat une multiplication des instances engagées dans le monde et donc d'aboutir à un « désordre total »<sup>37</sup>. Il semble cependant que l'on ne doive pas craindre la réalisation de ce risque sur un plan pratique, les États ne se précipitant pour revendiquer "l'honneur et le privilège" de poursuivre les auteurs de crimes contre le *jus cogens*<sup>38</sup>. Cette question soulève cependant incidemment celle du moment auquel commence la mise en œuvre de la compétence universelle et, partant, de son éventuelle utilité. Seuls les articles 49, 50, 129 et 146 des Conventions de Genève du 12 août 1949 posent une obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis une infraction grave auxdites conventions, articles qui ont pu être interprétés comme autorisant à procéder à des enquêtes avant même que la personne intéressée soit présente sur le territoire<sup>39</sup>. Si l'on veut rester cohérent, la nécessité de la présence de la personne sur le territoire devrait interdire tout acte de procédure à son encontre. Mais à l'inverse, si l'on souhaite que la compétence universelle soit efficace, il faudrait que l'enquête puisse débiter avant, de manière à ce que la personne soupçonnée puisse être arrêtée dès son arrivée sur le territoire et ne puisse pas s'échapper à nouveau ; or une telle arrestation ne peut avoir lieu sans enquête préliminaire. Comme on le voit, sur ce point, les logiques

---

<sup>37</sup> Mohammed BENNOUNA, *Ann.IDI* vol. 71-I, 2005, § 2, p. 276.

<sup>38</sup> Cette constatation éclaire l'absence en droit positif d'une obligation de poursuivre sur la base d'une compétence universelle. Si une telle obligation existait, sans exiger la présence de la personne, cela signifierait que le droit international exigerait la mise en œuvre d'autant de procédures criminelles qu'il existe d'États, ce qui serait particulièrement aberrant.

<sup>39</sup> Brigitte STERN, « À propos de la compétence universelle », in Emile YAKPO & Tahar BOUMEDRA (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, 1999, pp. 735-753, pp. 747-748.

du droit pénal et des normes fondamentales apparaissent difficilement conciliables.

Ce sont pourtant souvent les techniques du droit pénal qui sont insérées dans les lois posant une compétence universelle dans le but d'en tempérer les possibles excès. Dans les hypothèses de compétence universelle dite absolue – c'est-à-dire n'exigeant pas la présence de la personne recherchée sur le territoire – il existe souvent des mécanismes procéduraux correcteurs visant à restreindre la portée effective (matérielle) des lois : il s'agit souvent de mécanismes limitant la qualité des personnes habilitées à mettre en branle la machine judiciaire répressive, en interdisant, par exemple, que celle-ci soit possible par le seul dépôt d'une plainte par les victimes<sup>40</sup>. Ces limitations à la mise en œuvre concrète de la compétence universelle, ne permettant qu'au seul ministère public d'initier des poursuites, pourraient être lues comme une confirmation de l'influence des règles fondamentales du droit international sur l'établissement de la compétence universelle, puisque c'est le ministère public qui est chargé de garantir le respect de l'ordre public (national mais ici international). On peut, plus prosaïquement, n'y voir que la manifestation du principe de l'opportunité des poursuites dans des circonstances souvent embarrassantes pour l'État car les crimes en question mettent quasi systématiquement en cause des dirigeants ou des officiels des États étrangers.

L'application de ce principe d'opportunité dans le domaine de la compétence universelle en matière pénale illustre surtout qu'en droit positif, il n'existe, pas plus au stade de la mise en œuvre qu'à celui de l'établissement, aucune obligation de poursuivre qui serait liée au caractère fondamental de la norme incriminant un comportement. Dans la continuation de la conclusion à laquelle nous sommes parvenu dans la partie précédente, cela signifierait qu'un État, libre de prévoir dans sa législation une compétence universelle, serait cependant obligé, s'il l'a fait, d'exercer effectivement des poursuites. Ce résultat serait étrange sur le plan logique, et ne serait éventuellement justifié sur le plan juridique que par le principe de la bonne foi. On pourrait certes estimer que la faculté de poursuivre ne serait impérative que pour le seul État sur le territoire duquel se trouve le présumé

---

<sup>40</sup> Voir par exemple l'article 7, § 1 de l'éphémère loi belge du 23 avril 2003 modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, analysée in Pierre D'ARGENT, « L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien ? », *R.G.D.I.P.* 2004, pp. 597-632, p. 608.

criminel. Mais en ce cas, le caractère de *jus cogens* ou *erga omnes* de l'obligation la ferait peser également sur l'État de nationalité du criminel. Or, force est de constater que, par exemple, personne ne réclame au nouveau régime la poursuite de dirigeants sud-africains du temps de l'apartheid, pour ne rien dire des poursuites pour torture de Pinochet au Chili, ou l'argument tiré du *jus cogens* est d'ailleurs singulièrement absent des procédures internes. La pratique fréquente des lois d'amnistie, pour discutables sur le plan éthique que certaines puissent être, ou d'autres limitations nationales des poursuites des auteurs de crimes internationaux<sup>41</sup> démontre qu'aucun État ne se sent obligé d'exercer concrètement de telles poursuites, mais aussi que les autres États, ne protestant pas contre cette impunité, ne considèrent pas qu'il existe une telle obligation. Si nous admettions que le caractère fondamental d'une norme internationale puisse avoir une influence contraignante pour les États exerçant une compétence universelle, nous aboutirions alors au résultat paradoxal d'une obligation de poursuivre pour les États sur le territoire desquels se trouverait inopinément un criminel, sans qu'une telle obligation ne pèse sur l'État principalement concerné !

Il nous semble donc que, en droit positif, les normes fondamentales du droit international public et les normes relatives à la compétence universelle en matière pénale évoluent dans des univers différents, obéissant à leur logique propre. On peut certainement regretter la résistance des juges pénaux internes à tirer toutes les conclusions du caractère de ces règles afin d'assouplir l'application rigoureuse du droit pénal. Celui-ci, manifestation exemplaire de la souveraineté de l'État dans le domaine de la justice, demeure vraisemblablement réticent à se mettre au service d'un ordre public international en construction. Le juge pénal, bien plus que le juge civil ou même administratif, obéit encore exclusivement à sa loi nationale, n'applique le droit international ou ses principes qu'à la condition d'une réception au sens strict par l'ordre juridique interne.

#### SUMMARY

Prosecution of perpetrators of violations of fundamental rules of international law is often justified as the exercise by a State of universal

---

<sup>41</sup> Pour un panorama de ces pratiques, voir Christian TOMUSCHAT, *op. cit.*, note 20, §§ 63-68, pp. 252-256.

jurisdiction in criminal matters. The approximation of these two concepts is not founded on any legal necessity. At the most, one may consider that the peremptory character of a rule can complement the justification of universal jurisdiction. In contrast, the peremptory character of an international rule should make it possible, to the extent that such rule contributes to the building of a genuine international public order, to provide a stable framework for the exercise of universal jurisdiction in criminal matters, in particular by rendering more flexible the legal nationalism which generally permeates the work of criminal judges.

## CHAPTER XVII

# *Universal Jurisdiction in the Area of Private Law – The Alien Tort Claims Act*

GEORG NOLTE

### I. INTRODUCTION

Is universal jurisdiction a legal consequence of a violation of *ius cogens* or of obligations *erga omnes*?

Lord Millet has postulated this rule for the area of criminal law. In the *Pinochet* judgment of the *House of Lords* he held that crimes were subject to the principle of universal jurisdiction if they violate peremptory rules of international law, i.e. *ius cogens*.<sup>1</sup> Indeed, one is tempted to ask, why should a State not have a legitimate interest in enforcing peremptory, and thus fundamental rules of international law with the help of its courts? And, if so, would there be a reason to treat civil suits differently from criminal procedures? Private law and criminal law can, after all, be functionally equivalent. Certain violations of the law which are subject to criminal prosecution in one State can be subject to civil proceedings in another. In the United States there are even hybrid legal consequences such as punitive damages.

### II. THE ALIEN TORT CLAIMS ACT AND ITS PRACTICE

So far, civil judgments which rely on the principle of universal jurisdiction in cases of asserted violations of international law have mainly occurred

---

<sup>1</sup> “In my opinion, crimes prohibited by international law attract universal jurisdiction under customary international law if two criteria are satisfied. First, they must be contrary to a peremptory norm of international law so as to infringe *ius cogens*. Secondly, they must be so serious and on such a scale that they can justly be regarded as an attack on the international legal order”, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, House of Lords, Judgment of 24 March 1999, *ILM* 38 (1999), 581, 649.



in the United States.<sup>2</sup> Many of these judgments are based on the *Alien Tort Claims Act* of 1789.<sup>3</sup> This Act establishes the jurisdiction of the US federal courts for “all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States.” The *Alien Tort Claims Act* was not applied for almost two hundred years until it was revived in 1980 in the case of *Filartiga v. Peña-Irala*.<sup>4</sup> This case centred around a torts claim of a Paraguayan citizen against another citizen of Paraguay because of torture in Paraguay. In other words it was a civil suit in which the court – in substance – assumed universal jurisdiction to enforce a norm of *ius cogens* – the ban on torture in the case at hand.

Did this judgment signify the development of a new instrument for enforcing the most fundamental human rights? Later decisions such as *Kadic v. Karadzic*<sup>5</sup> insinuated as much. In this case a Federal Court of Appeals in 1995 granted damages to victims of the so-called “ethnic cleansing” in Bosnia and Herzegovina against the Serb leader Radovan Karadzic. A connection to the United States only existed in so far as the suit was brought against Karadzic while he was visiting the United Nations in New York City. Since the early nineties foreigners have brought a number of other civil suits for human rights violations committed abroad before the US courts,<sup>6</sup> the best known recent cases being *Doe v. Unocal Corp*<sup>7</sup> and *Ken Wiwa v. Royal*

---

<sup>2</sup> Anja Seibert-Fohr/Rüdiger Wolfrum, “Die einzelstaatliche Durchsetzung völkerrechtlicher Mindeststandards gegenüber transnationalen Unternehmen”, *Archiv des Völkerrechts (AVR)* 43 (2005), 153-186; Beth Stephens, “Expanding Remedies for Human Rights Abuses: Civil Litigation in Domestic Courts”, *GYIL* 40 (1997), 117-140; Beth Stephens, “Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations”, *Yale JIL* 27 (2002), 1-58; Lucien J. Dhooge, “The Alien Tort Claims Act and the Modern Transnational Enterprise: Deconstructing the Mythology of Judicial Activism”, *Georgetown JIL* 35 (2003), 3-103.

<sup>3</sup> Alien Tort Statute 28 U.S.C. § 1350; the most recent judgment of the Supreme Court in that context is *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S.\_\_\_\_(2004); <http://www.supremecourt-us.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf> (last visited 1 April 2005); (Slip Opinion); see also the *Torture Victims Protection Act*.

<sup>4</sup> *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (CA2 1980).

<sup>5</sup> *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2<sup>nd</sup> Cir. 1995); *ILM* 34 (1995), 1592.

<sup>6</sup> See the contributions in note 2; Markus Rau, „Schadensersatzklagen wegen extraterritorial begangener Menschenrechtsverletzungen: der US-amerikanische Alien Tort Claims Act”, *IPRax* (2000), 558-560.

<sup>7</sup> *Doe I v. Unocal Corporation*, 248 F.3d 915 (9<sup>th</sup> Cir. 2002); Anja Seibert-Fohr, “Die Deliktshaftung von Unternehmen für die Beteiligung an im Ausland begangenen Völkerrechtsverletzungen – Anmerkungen zum Urteil Doe I v. Unocal Corp. des US Court of Ap-

*Dutch Shell*.<sup>8</sup> These cases concerned killings and torture by Burmese and Nigerian Security Forces. The main question in these cases concerned the attribution of the crimes committed to multinational corporations in whose interest the security forces were used.

### III. THE JUDGMENT IN *SOSA V. ALVAREZ-MACHAIN* AND THE PEREMPTORY RULES OF INTERNATIONAL LAW

The *Alien Tort Claims Act* itself, however, does not describe a special category of international legal norms, but simply speaks of a “*violation of the law of nations*”. Therefore the idea that the Act required a violation of a *fundamental* rule of international law, i.e. a violation of *ius cogens*, never played a role in the American jurisprudence. The Federal Court of Appeals for the 9<sup>th</sup> Circuit indeed rejected this notion outright in 2003.<sup>9</sup>

However, the American courts have always insisted on another requirement: that the relevant norm of the “*law of nations*” be clear and specific. Until recently, the most commonly used test was whether the norm is “*specific, universal and obligatory*”.<sup>10</sup> The US Supreme Court accepted this qualification in its recent leading decision of June 2004 in the case of *Alvarez-Machain v. Sosa*.<sup>11</sup> Without using an explicit “test”, the Supreme Court has even strengthened the requirement of specificity. It demands that the courts base their decisions only on such international norms which are as precise and as internationally accepted as were the historical precedents

---

peal (9th Circuit)”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)* 63 (2003), 195-204.

<sup>8</sup> *Wiwa et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 226 F.3d 440 (2d Cir. 2000); 2002 WL 319887 (S.D.N.Y.); Markus Rau, “Domestic Adjudication of International Human Rights Abuses and the Doctrine of forum non conveniens – The Decision of the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit in *Ken Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company*”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)* 61 (2001), 177-197.

<sup>9</sup> *Alvarez-Machain v. Sosa*, 331 F.3d 604, 612-613 (9<sup>th</sup> Cir. 2003); see also *John Doe I et al. v. Unocal Corporation, et al.*, Brief for the United States of America as Amicus Curiae, [http://www.humanrightsfirst.org/Issues/ATCA/atca\\_02.pdf](http://www.humanrightsfirst.org/Issues/ATCA/atca_02.pdf), (last visited 1 April 2005), 16.

<sup>10</sup> *Alvarez-Machain v. Sosa*, 331 F.3d 604, 612 (9<sup>th</sup> Cir. 2003); referring to the judgment *Hilao v. Estate of Marcos* (In re Estate of Marcos, Human Rights Litig.), 25 F.3d 1467 (9<sup>th</sup> Cir. 1994).

<sup>11</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. \_\_\_\_ (2004) (cited in note3) (Slip Opinion), 38.

which the *Alien Tort Claims Act* had in view in 1789.<sup>12</sup> These precedents were, in the eyes of the court, virtually limited to norms concerning piracy, diplomatic immunity and free passage.<sup>13</sup>

It is not clear yet what impact the *Sosa* decision will have on the chances for success of future litigation under the *Alien Tort Claims Act*. It is clear, however, that for the American judiciary it is not the substance, but the form of an international legal norm that is relevant; not its importance but its specificity; not its moral obviousness, but its visible international acceptance in practice. All of these criteria may overlap in some cases, especially in the cases of the most severe crimes in international law, but this is not always true. Thus, the American judiciary could theoretically assert (universal) jurisdiction on the basis of clear but banal violations of international law. The US Courts will certainly avoid complicated evaluations of how “important” an international rule is. When interpreting the *Alien Tort Claims Act* they have consciously not expressed an opinion about *ius cogens* and obligations *erga omnes* in international law. The attitude of the American judiciary is largely based on constitutional requirements, especially those of the domestic separation of powers.

#### IV. THE CONTROVERSY ABOUT THE INTERNATIONAL LEGAL LIMITS OF THE PRINCIPLE OF UNIVERSAL JURISDICTION

It would be too simple, however, to conclude from the wording of the *Alien Tort Claims Act* and from its interpretation by the American courts that their jurisprudence is not relevant for our international legal question. The wording of the *Alien Tort Claims Act* and the interpretation of the term “*law of nations*” by the US courts demonstrates that the United States as a State asserts the right to exercise universal jurisdiction in civil suits which concern violations of international law. Whether, and if so, how far this claim of the United States is justified under international law is a preliminary question. And it is this question that we focus on. It has been discussed in an exemplary manner in two *amicus curiae* briefs which were submitted

---

<sup>12</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. \_\_\_\_ (2004) (cited in note3) (Slip Opinion), 30-31 and 38.

<sup>13</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. \_\_\_\_ (2004) (cited in note3) (Slip Opinion), 25 and 38.

to the *US Supreme Court* in the *Sosa* case. The common memorandum of Australia, Switzerland and the United Kingdom represents a moderately sceptic position with regard to the acknowledgment of the principle of universality and its reach.<sup>14</sup> The memorandum of the EU Commission on the other hand expresses a moderately open position.<sup>15</sup>

The common point of departure of both briefs is the recognition that the application of the principle of universal jurisdiction in civil cases of alleged violations of international law is subject to certain international legal limitations.<sup>16</sup> The American courts must therefore consider these limitations in accordance with the so-called *Charming Betsy Rule*, that is by interpreting domestic law in conformity with international law.<sup>17</sup> Both briefs differ, however, in where these limitations would lie:

The Australian-Swiss-British brief does not accept universal jurisdiction for violations of international law in civil suits, in contrast to criminal cases.<sup>18</sup> For civil suits, the brief requires a “substantial effect” on the “forum” state.<sup>19</sup> There are, in the view of these states, important reasons for this limitation. These include, in particular, the legitimacy of a sovereign decision of a State to determine how a violation of international law which has taken place on its territory is to be sanctioned by means of private law.<sup>20</sup> Cases of civil liability, in contrast to individual criminal sanctions, would mostly imply an attribution of responsibility to private persons, mostly private companies, for misdeeds by the public power.<sup>21</sup> The question of fair monetary compensation after human rights violations would often be closely bound

---

<sup>14</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, Brief of the Governments of the Commonwealth of Australia, the Swiss Confederation and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as Amicus Curiae (hereafter: “Amicus Curiae ASU”), [http://supct.law.cornell.edu/supct/background/03-339\\_ref.html](http://supct.law.cornell.edu/supct/background/03-339_ref.html) (last visited 1 April 2005).

<sup>15</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, Brief of Amicus Curiae the European Commission (hereafter “Amicus Curiae EU”), <http://www.earthrights.org/alvarezbriefs/ECBrief.pdf> (last visited 1 April 2005).

<sup>16</sup> Amicus Curiae ASU, (note 14), 4-7; Amicus Curiae EU, (cited in note 15), 13-14.

<sup>17</sup> Amicus Curiae ASU, (note 14), 7 and 16; Amicus Curiae EU, (cited in note 15), 3, 12 and 14.

<sup>18</sup> Amicus Curiae ASU, (note 14), 6, 13.

<sup>19</sup> Amicus Curiae ASU, (note 14), 7.

<sup>20</sup> Amicus Curiae ASU, (note 14), 22 et seq.

<sup>21</sup> Amicus Curiae ASU, (note 14), 13.

up with a complex set of circumstances which cannot be reduced to a legal relationship between two private subjects.<sup>22</sup>

The EU Commission, on the other hand, takes the position that the assertion of universal jurisdiction for violations of international law in civil suits is presumably valid considering that such jurisdiction is recognized in the area of criminal law.<sup>23</sup> The use of “adhesive” (in German: *Adhäsionsverfahren*) proceedings in some States demonstrates, according to the Commission, that the line between criminal and civil procedure can not always be drawn clearly. In addition, both kinds of procedures would relate to important forms of behaviour and deter against further misdeeds.<sup>24</sup> Universal jurisdiction is justified, according to the Commission, because of “the international community’s determination to end impunity for conduct that violates the most fundamental norms of international law”.<sup>25</sup>

## V. POINTS OF AGREEMENT

The US Supreme Court did not comment directly on the international legal issue which the *amicus curiae* briefs raise. Indeed, the Court did not have to do so, as it declared the pertinent norm in the concrete case not to be sufficiently clear and not generally accepted.<sup>26</sup> The Court did, however, indicate its sensitivity to the problem by referring to the brief of the EU Commission in an *obiter dictum*.<sup>27</sup> This raises the question as to which path the *US Supreme Court* or other courts could take, should a suitable case arise.

At this point, it is important to note that the alternatives are not as stark as it might seem at first glance. It is true that the Australian-Swiss-British brief rejects the principle of universal jurisdiction in civil proceedings, even in cases of grave violations of international law. The reasoning of the brief, however, suggests an important and wide-ranging exception to this rule. By

---

<sup>22</sup> *Amicus Curiae ASU*, (note 14), 23-25.

<sup>23</sup> *Amicus Curiae EU*, (note 15), 21-22.

<sup>24</sup> *Amicus Curiae EU*, (note 15), 21-22.

<sup>25</sup> *Amicus Curiae EU*, (note 15), 22.

<sup>26</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. \_\_\_\_ (2004) (cited in note 3) (Slip Opinion), 39-45.

<sup>27</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. \_\_\_\_ (2004) (cited in note 3) (Slip Opinion) 39, note 21.

focusing on the legitimate decision of the sovereign State<sup>28</sup>, the brief leaves open the possibility of asserting universal jurisdiction in cases in which no such legitimate sovereign decision was made. In other words, the reasoning of the brief is not easily applicable to cases concerning States involved in a civil war, such as *Kadic v. Karadzic*<sup>29</sup>, or cases involving so-called failed States.

The EU Commission, on the other hand, while it does accept the principle of universal jurisdiction in civil proceedings, does not do so without restrictions. Its acceptance of universal jurisdiction in civil proceedings is phrased with great reserve and it is limited to cases of grave violations of international law.<sup>30</sup> The most important point is that the Commission postulates the applicability of a sort of *local remedies rule*.<sup>31</sup> Thereby, the Commission has underlined the necessity of recognizing the primary jurisdiction of local courts which are better suited to clarify and adjudge the issue.<sup>32</sup> This is a major point in the Australian-Swiss-British brief as well.<sup>33</sup> The Commission has not, however, drawn the conclusion that application of the principle of universal jurisdiction is impermissible in principle in civil proceedings.

If it is correct that the Australian-Swiss-British brief quietly presupposes the permissibility of applying the principle of universal jurisdiction in cases in which the territorial State is not properly exercising jurisdiction, at the end of the day, it is perhaps even more generous than the brief of the EU Commission in one important aspect. The Australian-Swiss-British brief has, after all, urged the application of the principle of *forum non conveniens* should the US Supreme Court decide in favour of universal jurisdiction.<sup>34</sup> *Forum non conveniens*, however, is a flexible rule which allows the exercise of discretion when it comes to assuming a jurisdiction which is already in place.<sup>35</sup> The principle of *exhaustion of local remedies* as it is favoured by the EU Commission, on the other hand, is an established rule of international

---

<sup>28</sup> Amicus Curiae ASU, (note 14), 8-10, 17, 23 (“a responsible sovereign”).

<sup>29</sup> *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2<sup>nd</sup> Cir. 1995).

<sup>30</sup> Amicus Curiae EU, (note 15), 11-23.

<sup>31</sup> Amicus Curiae EU, (note 15), 23-26.

<sup>32</sup> Amicus Curiae EU, (note 15), 24.

<sup>33</sup> Amicus Curiae ASU, (note 14), 23-24.

<sup>34</sup> Amicus Curiae ASU, (note 14), 26.

<sup>35</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 US 235, 248 et seq. (1981); see also Sect. 403 [Limitations on Jurisdiction to Prescribe], Restatement of the Law Third, the Foreign Relations Law of the United States, vol. 1, §§ 1 – 488, 1986.

law.<sup>36</sup> If the requirement of interpreting domestic law in accordance with international law is taken seriously then the *local remedies* rule appears to be a stronger limitation of the principle of universal jurisdiction. Interestingly, the *US Supreme Court* has referred to the *local remedies* thesis of the Commission, apparently a favourable sense.<sup>37</sup>

If one examines both briefs and the judgment of the US Supreme Court more closely, it becomes apparent that they all gravitate around a middle-ground moderate view. The question is no longer understood as one of “either – or?” but one of “more or less?” insofar as the judgment and the briefs are in line with a modern tendency to avoid drawing exaggerated conclusions from the greater importance which human rights enjoyed ever since the end of the Cold War. Thus, the expectations of those who wanted to see the *Pinochet* decision as the beginning of the end of immunities in international law<sup>38</sup> were disappointed by the decision of the International Court of Justice in the case of *Belgium v. Congo*<sup>39</sup> and by the decision of the *European Court of Human Rights* in the case of *Al Adsani v. United Kingdom*<sup>40</sup>.

As for the question of the permissible reach of national jurisdiction, the separate opinion of judges Buergenthal, Higgins and Kooijmans in the case of *Belgium v. Congo*<sup>41</sup> has pointed out that there can be good reasons to

---

<sup>36</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford 2003, pp. 472-481; Nguyen Quoc Dink/Patrick Daillier/Allain Pellet, *Droit International Public*, 7<sup>th</sup> edition, Paris 2002, pp. 812-814; Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, 2<sup>nd</sup> edition, Berlin, 2002, vol. I/3, pp. 941-944.

<sup>37</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. \_\_\_\_ (2004) (cited in note 3) (Slip Opinion) 39, note 21.

<sup>38</sup> Nigel S. Rodley, “Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective”, *Nordic JIL* 69 (2000), 11, 25 *et seq.*; Jürgen Bröhmer, “Immunity of a Former Head of State – General Pinochet and the House of Lords: Part III”, *Leiden JIL* 13 (2000) 229, 236 *et seq.*; Matthias Ruffert, “Pinochet Follow-up: The End of Sovereign Immunity?”, *NILR* 48 (2001), 171, 194 *et seq.*

<sup>39</sup> ICJ, *Arrest Warrant of April 11<sup>th</sup> 2000* (Democratic Republic of Congo v. Belgium), judgment of 14 February 2002, ICJ Reports 2002, 3.

<sup>40</sup> European Court of Human Rights, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, judgment of 21 November 2001, n° 35763/97, CEDH 2001-XI; Christian J. Tams, “Schwierigkeiten mit dem *Ius Cogens* – Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Al Adsani* gegen Vereinigtes Königreich”, *Archiv des Völkerrechts (AVR)* 40 (2002), 331, 348 *et seq.*

<sup>41</sup> ICJ, *Arrest Warrant of April 11<sup>th</sup> 2000*, separate opinion of judges Higgins, Kooijmans, Buergenthal, ICJ Reports 2002, 3 *et seq.*, paras. 59-62.

limit the principle of universal jurisdiction even in criminal law through procedural norms. The almost complete abandonment of the Belgian law on universal jurisdiction for prosecuting violations of international law<sup>42</sup> and its political background have demonstrated that this question is more complicated than being a simple collision between human rights and sovereignty.

The briefs and the *Sosa* judgment of the *US Supreme Court* thus disappoint both the human rights defenders as well as advocates of State sovereignty. The human rights defenders had been hoping for a wide-ranging, sharp instrument for the protection of human rights.<sup>43</sup> Advocates of State sovereignty have for many reasons been disturbed by the idea of American courts universally sanctioning human rights violations: The conservative American critics perceived a danger to the separation of powers as they are laid down in the US Constitution,<sup>44</sup> whereas the liberal non-American critics mostly cherish the freedom of States to judge and defend human rights violations according to different criteria and procedures than the American ones.<sup>45</sup> Does the tendency of the *Sosa* judgment and the cited *amicus curiae* briefs therefore represent a reasonable middle ground? And could one decisive element of this middle ground lie in the option of applying the *Alien Tort Claims Act*, and thus the principle of universal jurisdiction, only in cases of violations of clear and fundamental norms of international law? And this only if there is no reasonable alternative to applying the principle of universal jurisdiction?

From a strictly legal point of view, a lot speaks for such a middle ground. This route does, however, have a paradoxical consequence: If the principle of universal jurisdiction can only be applied when a clear norm exists and when no other court has jurisdiction which is closer to the issue, then this could lead to the consequence that those defendants who are solvent – international corporations such as *Unocal* or *Shell*<sup>46</sup> – cannot be drawn before

---

<sup>42</sup> Steven R. Ratner, “Belgium’s War Crimes Statute: A Postmortem”, *AJIL* 97 (2003), 888-897.

<sup>43</sup> Beth Stephens (see note 2), *GYIL* 40 (1997), 117-140 and *Yale JIL* 27 (2002), 1, 6-17.

<sup>44</sup> Curtis A. Bradley/Jack Goldsmith, “The Current Illegitimacy of International Human Rights Litigation”, *Fordham LR* 66 (1997), 319-369; Donald J. Kochan, “Note – Constitutional Structure as a Limitation on the Scope of the “*Law of Nations*” in the Alien Tort Claims Act”, *Cornell ILJ* 31 (1998), 153-191.

<sup>45</sup> *Amicus Curiae ASU* (note 14), 22-27; Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., “Globale Wirtschaft – nationales Recht” (BDI-Drucksache Nr. 349), Berlin 2004, 7-15.

<sup>46</sup> See notes 8 and 9.



the court, while those who come from failed states, or who are not apprehensible or insolvent, such as *Karadzic*, would be subjected to proceedings.<sup>47</sup> At this moment the *Alien Tort Claims Act* and similar laws would manifest themselves as alibi performances of the rich countries, which do not want to hurt one another, but which go against pariahs. It is possible to justify this course, but there are also substantial reasons to find it doubtful.

## VI. CONCLUSION

The US Supreme Court has sent a good signal. It has opened the door for an important instrument of human rights protection, but it has opened the door only a crack. This crack is very narrow as the Court tried to take into consideration both the constitutional reservations of domestic critics as well as the reservations regarding sovereignty of other States and international organizations. These reservations do not have much to do with the discussion among international lawyers about the character and the consequences of the most basic rules of public international law. In this respect, one might view it as a trick of reason (*List der Vernunft*) which leads to the clear and fundamental rules of public international law becoming a precondition for the application of the universal jurisdiction principle as a legal consequence – however not as the *only* precondition.

Many questions remain open. The threat of another wide-ranging conflict of jurisdiction between the United States and Europe seems to have been averted for now. Nevertheless, it is to be expected that the crack which the *Supreme Court* left open could become wider than it appears today. Victims of clear human rights violations will continue to bring their claims. This will again lead to controversial cases and perhaps to conflicts of jurisdiction. As long as international corporations are involved it will in many cases not even be necessary for the US courts to apply the principle of universal jurisdiction. Very often jurisdiction will be established on the basis of *doing business* or a *long arm statute*.<sup>48</sup> In this area certain immediate interests of the United States itself will more likely lead to a limiting of jurisdictional claims than concerns relating to public international law. Whenever

---

<sup>47</sup> See note 6.

<sup>48</sup> Helmut Grothe, „Exorbitante Gerichtszuständigkeiten im Rechtsverkehr zwischen Deutschland und den USA“, *RabelsZ* 58 (1994), 687, 692 et seq.; Harald Müller, *Die Gerichtspflichtigkeit wegen „doing business“*, Köln, Heymanns, 1992, 19 et seq.

the principle of universal jurisdiction is actually applied there will still be considerable disputes over when a non-American jurisdiction is *convenient* or to be taken seriously as an *effective local remedy*. The interpretation of such terms can give expression to hegemonial arrogance.<sup>49</sup> We are, however, not yet at this point. Today we rather see the opposite danger: that many people will not find any forum for their claims.

---

<sup>49</sup> Christian Tomuschat, "Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law", in: Albrecht Randelzhofer/Christian Tomuschat (ed.), *State Responsibility and the Individual*, Den Haag, Nijhoff, 1999, 1, 18.



## CHAPITRE XVIII

# *Compétence civile universelle et droit international général*

JEAN-FRANÇOIS FLAUSS

Au cours des vingt cinq dernières années, c'est-à-dire depuis la très célèbre affaire *Filártiga v. Peña-Irala*<sup>1</sup>, l'*Alien Tort Claims Act* a connu une sorte d'âge d'or. Aux saisines de la justice fédérale américaine dirigées contre des tortionnaires responsables de violations massives des droits de l'homme sont venus s'ajouter à partir des années quatre-vingts le contentieux dit de l'Holocauste et des pratiques de travail forcé consubstantielles à la seconde guerre mondiale ainsi que plus récemment les actions mettant en cause la responsabilité des sociétés multinationales entretenant des relations coupables avec des régimes dictatoriaux ou d'apartheid ou causant des dommages écologiques graves. Cette montée en puissance devant le for américain d'un contentieux en réparation lié aux violations des droits fondamentaux de la personne n'est pas, à proprement parler, surprenante. Elle est effet la conséquence de l'insuffisance, voire de l'inexistence, des mécanismes nationaux et internationaux de protection des droits de l'homme et de sanction du non respect du droit international humanitaire qui n'offrent pas aux victimes un droit d'action en justice comparable à celui ouvert en application de l'*Alien Tort Claims Act*. La multiplication des recours devant les juridictions américaines contre des personnes privées (ou à tout le moins considérées comme telles), auteurs d'actes qualifiables *lato sensu* de crimes internationaux a sans doute aussi été facilitée par les faiblesses affectant pour l'heure encore la justice internationale pénale, ne serait-ce d'ailleurs qu'au plan de la réparation des dommages, et a fortiori par l'effectivité toute relative de la compétence pénale universelle. Mais la

---

<sup>1</sup> 630 F.2d 876 (2<sup>nd</sup> circuit, 1980), IRL, vol. 77, pp. 169-184. Voir aussi J.M BLUM et R.G. STEINHARDT "Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims : The Alien Tort Claims after *Filártiga v. Peña-Irala*", *Harvard International Law Journal*, 1981, p. 55 et s.; R.P. CLAUDE, The Case of Joelita Filartiga and the Clinic of Hope, *Human Rights Quarterly*, 1983, pp. 275-295.

revitalisation contemporaine du contentieux de l'*Alien Tort Claims Act* doit aussi, et surtout peut-être, être reliée à un terreau éminemment favorable, constitué par certaines des spécificités du système judiciaire américain, en l'occurrence notamment les dommages et intérêts punitifs, les *class actions*, la procédure de *discovery*, la pratique des avocats (démarchage de clientèle, rémunération *pro bono*, *contingency fees*), la culture juridique de l'extraterritorialité, l'aptitude des juges à la médiatisation des affaires.

Institution juridictionnelle profondément originale et par ailleurs unique, puisque exclusivement américaine, la compétence civile universelle (version ATCA) a fait l'objet d'une présentation doctrinale<sup>2</sup> controversée,

---

<sup>2</sup> Principalement américaine. En effet, l'intérêt porté à l'*Alien Tort Claims Act* par les auteurs francophones (et *a fortiori* français) est plutôt récent. A l'exception de l'étude de J.-L. van BOXSTAEL, « A la recherche d'une justice universelle, l'*Alien Tort Statute* et la réparation des crimes contre l'humanité », in *La loyauté*, Mélanges offerts à Etienne Cerexhe, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 377 et s., toutes les autres analyses n'ont été publiées qu'en 2003 et 2004 [V. RENAUDIE, « Les U.S.A., pays des droits de l'homme ?; Un instrument universel de protection des droits de l'homme méconnu : le US Alien Tort Claim Act », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, n°3, pp. 603-622 ; I. MOULIER, « Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales », *Annuaire français de droit international*, 2003 –diffusé en octobre 2004–, pp. 128-164]. La mise en cause de défendeurs français dans le contentieux de l'Holocauste a contribué à l'intérêt porté à l'ATCA [En ce sens, voir H. MUIR-WATT, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, n°3, pp. 883-901 ; voir aussi plus ponctuellement, Y. BANIFATEMI, La restitution des avoirs juifs en déshérence sous l'angle du droit international, *Annuaire français de droit international*, 1998 –édité en 1999–, pp. 76-113]. Il est à été de même du jugement par la Cour européenne des droits de l'homme dans un contentieux, l'affaire *Al-Adsani c./Royaume-Uni*, qui aurait pu conduire, au nom de la Convention, à imposer aux Etats parties contractantes un chef de compétence civile universelle aux fins de réparation des dommages consécutifs aux actes de torture. [Voir J.-F. FLAUSS, « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°53, 2003, pp. 156-175]. Si l'attention portée dans les cercles internationalistes et européenistes publicistes à l'ATCA, et plus généralement à la compétence civile universelle, a été aussi tardive, c'est très largement parce que cette question était comprise comme relevant de la sphère du droit international privé. Il est vrai aussi que la promotion de l'option de la compétence civile universelle envisagée tant au plan universel qu'au niveau régional par deux textes de soft law est demeurée sans suite [Voir d'une part, Les principes de base et directeurs relatifs au droit à réparation pour les victimes de violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire (1997), plus familièrement appelés les principes Van Boven du nom de l'ancien rapporteur spécial des Nations Unies, UNDoc.E/CN/4/1997/100 Annexe, §5 ; Voir d'autre part la recommandation 1327 (1997) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe, qui demande aux Etats membres d'adopter une législation

très passionnelle mêlant angélisme et diabolisation. Tantôt elle a été considérée comme le rempart ultime contre l'impunité. Tantôt elle a été assimilée à un instrument d'hégémonie.

## LA COMPETENCE CIVILE UNIVERSELLE, REMPART CONTRE L'IMPUNITÉ

Grâce à l'ATCA le for des Etats-Unis est le seul (ou parfois le dernier) auquel les victimes de violations des droits de l'homme les plus élémentaires pourront s'adresser aux fins d'obtenir réparation des dommages qu'ils ont subis. En vertu d'une interprétation passablement messianique des vertus de l'ATCA, les juridictions américaines se sont à l'occasion érigées en « Zorros » de la protection des droits de l'homme. Assumant une fonction qui n'est pas remplie dans l'ordre juridique international<sup>3</sup>, le juge américain aurait même vocation à devenir un porte-parole de la communauté internationale. Cette thèse, trop caricaturale à l'évidence, a néanmoins connu dernièrement une réactivation, via le développement du concept d'intérêt spécial des Etats-Unis à juger les causes relatives aux violations massives des droits de l'homme<sup>4</sup>. Cela étant, la fonction qu'assume la compétence civile universelle dans la lutte contre l'impunité n'est guère discutable : l'ATCA constitue un moyen de contournement pour atteindre

---

permettant aux victimes de torture et autres violations grossières des droits de l'homme d'intenter dans le pays d'accueil, une action civile en réparation, dans l'esprit de l'ATCA, et de déterminer dans quelle mesure il serait possible d'envisager l'élaboration d'une convention européenne].

<sup>3</sup> En l'absence de compétence indemnitaire attribuée au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et au Tribunal pénal international pour le Rwanda, l'action fondée sur l'ATCA a pu être légitimement présentée comme constitutive du volet civil de la répression internationale criminelle [Voir à cet égard la recevabilité de l'action intentée devant les juridictions américaines sur le fondement de l'ATCA et dirigée contre le leader d'un parti politique rwandais, en l'espèce M. Boraylagwiza, parallèlement jugé par le Tribunal pénal international pour le Rwanda]. L'application du statut de la Cour pénale internationale est certes de nature à créer des situations de litispendance, mais uniquement pour les auteurs de crimes internationaux déferés devant elle.

<sup>4</sup> Au nom de cet « intérêt général », le juge américain est amené à écarter, somme toute de plano, l'obstacle procédural à la recevabilité de l'action fondée sur l'exception du *forum non conveniens* [Voir supra, I, B. Voir aussi, A. BIANCHI, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *Revue générale de droit international public*, 2004-1, pp. 88-89.]

ceux rendus intouchables par le jeu des immunités juridictionnelles et par la doctrine de l'*Act of State* comme l'a en particulier montré le contentieux de l'Holocauste. En effet, « les actions que les victimes ne parvenaient pas à faire aboutir contre l'Etat allemand étaient ainsi converties en actions de droit privé par simple changement de défendeur »<sup>5</sup>. En tant qu'antidote à l'impunité, l'ATCA est d'ailleurs illustratif d'une situation éminemment paradoxale, dès lors que la justice la plus coûteuse du monde devient effectivement accessible à tous. Toujours est-il que la portée de l'action civile au titre de l'ATCA ne doit pas être surestimée. Cette dernière n'est pas assimilable à un droit de recours individuel à caractère obligatoire : le juge américain dispose d'une très large marge d'appréciation pour écarter sa compétence ou/et la recevabilité de l'action<sup>6</sup>.

De par les pouvoirs qui sont les leurs, les juridictions américaines peuvent être amenées à politiser le contentieux qui leur est déferé sur le fondement de l'ATCA. Mais la politisation peut aussi être le fait du gouvernement fédéral usant de la prérogative du « *statement of interest* » en vue de garantir la « paix judiciaire »<sup>7</sup>. L'interventionnisme du gouvernement fédéral motivé par l'activisme du législateur fédéré en faveur des victimes ou/et d'intérêts économiques puissants constitue, à l'occasion, une autre cause de politisation<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> H. MUIR WATT, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis », précité (supra note 5), p. 891.

<sup>6</sup> A titre purement illustratif, voir la doctrine de « *equitable tolling* » qui habilite le juge américain à considérer que le délai de prescription de l'action a été suspendu. Voir aussi et surtout supra I. B.

<sup>7</sup> Ce qui signifie concrètement que le gouvernement fédéral soumet à la juridiction saisie, à titre purement persuasif (mais néanmoins fortement incitatif), un avis motivé selon lequel il serait conforme à l'intérêt des Etats-Unis que la question litigieuse soit réglée par l'exécutif (généralement dans le cadre d'un accord diplomatique conclu avec l'Etat dont les ressortissants sont poursuivis). Le dépôt d'un « *statement of interest* » vise certes à empêcher le juge américain d'interférer dans des questions éminemment sensibles du point de vue des relations diplomatiques aux Etats-Unis. Mais pour autant il ne dessert pas nécessairement les intérêts des requérants : le gouvernement fédéral pouvant être tenté d'amener l'Etat étranger concerné à faire d'importantes concessions en lui présentant le règlement par voie diplomatique (assorti du recours à un « *statement of interest* ») comme la solution de la dernière chance, la seule à même de garantir l'extinction des actions judiciaires de nature à être intentées en vertu de l'ATCA.

<sup>8</sup> Sur ce point, voir la loi californienne adoptée en 1999 destinée à favoriser le règlement judiciaire des litiges relatifs aux polices d'assurance-vie émises au profit des victimes de

LA COMPÉTENCE CIVILE UNIVERSELLE, INSTRUMENT D'UNE  
HEGEMONIE.

En s'appropriant de façon opportuniste l'idéologie des droits de l'homme les juridictions américaines la mettraient au service de l'hégémonie du droit américain à tout le moins, voire même tout simplement de la politique hégémonie des Etats-Unis<sup>9</sup>. Pareille lecture de la pratique judiciaire de l'ATCA n'est certes pas complètement erronée, mais elle s'avère néanmoins trop excessive.

Il n'est guère contestable que la rhétorique des droits de l'homme développée par le juge américain ne se caractérise pas par un attachement particulier à la sauvegarde des normes internationales de protection des droits de la personne, mais doit être comprise avant tout comme une défense des standards juridiques américains : « ...En s'appuyant sur le discours universalisant des droits de l'homme, les juridictions américaines s'imposent comme les juges naturels des atteintes à l'illégalité internationale, selon des standards qui restent de droit privé et constitutionnel....ce sont donc les meilleurs agents de l'hégémonie de ce dernier<sup>10</sup> ». En raison de l'ampleur des condamnations pécuniaires susceptibles d'être prononcées, l'ATCA constitue une arme au service des juridictions américaines et plus encore des groupes d'intérêt, les deux étant d'ailleurs parfois susceptibles d'agir plus ou moins de concert. L'effet dissuasif attaché à l'exercice de la compétence civile universelle résulte aussi de la menace que présente

---

l'Holocauste (allongement du délai de prescription des actions jusqu'en 2010, annulation des clauses d'élection de for) et obligeant les compagnies d'assurances exerçant une activité en Californie à révéler des informations concernant les polices souscrites entre 1920 et 1945. Portée devant la Cour suprême par les compagnies défenderesses (soutenues en sous-main par l'exécutif fédéral), la législation californienne fut 'invalidée' car de nature à gêner la conduite de la politique extérieure du Président des Etats-Unis. Par suite, les compagnies d'assurances ont accepté de coopérer plus efficacement avec la commission internationale spécialement instituée pour régler le cas des polices d'assurance-vie émises au profit des victimes de l'Holocauste et dont l'action était soutenue par le Gouvernement fédéral.

<sup>9</sup>Par les facultés d'intervention à l'instance dont il dispose [« statement of interest » et « brief of amicus curiae »] le gouvernement fédéral tente, conformément aux orientations et conceptions qui sont les siennes en matière de politique extérieure, de canaliser l'action du juge. C'est ainsi que l'administration républicaine a préconisé une interprétation restrictive de l'ATCA (Affaires Marcos et Unocal) alors que l'administration démocrate a, du moins à l'origine, appuyé une lecture non restrictive de l'ATCA (Affaire Filártiga).

<sup>10</sup>H. MUIR WATT, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et violation universelle du juge américain... », précité (supra note 2), p. 900.



souvent pour les parties défenderesses, soucieuses de ne pas compromettre leur réputation ou/et de maintenir la confidentialité qui entoure leur activité, le recours par le juge à la procédure de « *discovery* ». Le règlement, jusqu'à présent, avant tout jugement au fond, par voie d'arrangements négociés, de toutes les affaires pendantes liées au contentieux de l'Holocauste et du travail forcé durant la seconde guerre mondiale, constitue une preuve particulièrement édifiante de l'effet dissuasif exercé par l'ATCA sur les parties défenderesses (c'est-à-dire sur l'occurrence sur les banques suisses, allemandes, autrichiennes, françaises, les compagnies d'assurance suisses ou italiennes, les entreprises allemandes). Celles-ci peuvent en effet redouter que l'action civile dirigée contre elles soit admise, alors même que sa finalité serait strictement punitive<sup>11</sup>. En fin de compte, la portée hégémonique attribuée à l'ATCA doit cependant être relativisée. En effet, les condamnations pécuniaires prononcées, extrêmement lourdes, généralement s'élevant à des dizaines de millions de dollars américains<sup>12</sup> et parfois même atteignant des sommes libellées, en billions de dollars<sup>13</sup>, n'ont jusqu'à présent, et sauf rares exceptions<sup>14</sup>, jamais été exécutées, parce que les

---

<sup>11</sup> Comme l'illustre assez largement le contentieux du travail forcé du III<sup>e</sup> Reich.

<sup>12</sup> Affaire Filártiga v. Peña-Irala, précitée supra note 1 (10 millions de dollars) ; Affaire Forti and another v. Suarez-Masson, n<sup>o</sup>C97-2058, Northern District California, 20 avril 1990 (8 millions de dollars) ; Affaire Quiros de Rapaport v. Suarez-Mason (60 millions de dollars) ; Affaire Ababe-Jiri v. Negewo, 72 F.3d 844 (11th Cir 1996) p.845 (1.5 millions de dollars) ; Affaire Paul et al. v. Avril, 901 F. Supp. 330, Southern District Florida, 1994 (41 millions de dollars) ; Affaire Xuncax v. Gramajo, 886 F. Supp. 62 (D. Massa 1995), p. 175 (45.5 millions de dollars) ; Affaire Todd v. Panjaitan, n<sup>o</sup>92-122255, 1994, WL827111, D. Massa, 26 octobre 1994 (14 millions de dollars) ; Affaire Mushkiwabo v. Baraygwiza, n<sup>o</sup>94-Cir3627 (JSM) 1996 WL164496, SDNY, 9 avril 1996 (105 millions de dollars).

<sup>13</sup> Affaire In re Estate of Marcos Litigation de dommages et intérêts punitifs, D. Hawaï, 1994, affaire d. (9th Cir 16 juin 1994) et DCNOMDL840 (D. Hawaï, 3 février 1994) (1.2 billion de dollars et 776 millions de dollars de dommages et intérêts compensatoires).

<sup>14</sup> Dans l'affaire Forti et autres v. Suarez-Mason, précitée (supra note 12), les requérants ont pu récupérer la somme de 400 dollars sur un compte ouvert dans une banque américaine au nom de l'épouse du défendeur. Le seul véritable exemple d'exécution partielle d'un jugement de condamnation rendu sur la base de l'ATCA concerne, pour l'heure, l'affaire Marcos, précitée (supra note 13). Encore faut-il constater que les fonds saisis sur des comptes de la famille Marcos à l'étranger ont été transférés à l'Etat philippin mais que celui-ci s'est refusé à les verser aux victimes. Pour une présentation des avatars relatifs à l'exécution du jugement rendu dans l'affaire Marcos, voir I. BOTTIGLIERO, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, N. Nijhoff, Leiden/Boston, 2004, p. 60. – Saisi d'une '*class action*' formée par environ 10.000 philippins victimes du dictateur déchu, la Cour du district de Hawaï a accordé des dommages et intérêts colossaux (cf supra note 13). Une somme

jugements en cause n'ont pu être rendus exécutoires<sup>15</sup>. Pareil constat démontre à quel point l'effectivité de l'exercice de la compétence civile universelle est en réalité à géométrie variable. Ainsi lorsque les parties défenderesses ne disposent pas d'intérêts aux Etats-Unis ou/et lorsqu'elles ont organisé leur insolvabilité, les victimes seront *de facto* privées de toute réparation.

Envisagée à l'aune des conceptions généralement admises, en droit international privé, le chef de compétence juridictionnelle exercé par le juge américain en vertu de l'ATCA apparaît certes peu commun, mais néanmoins ni complètement hétérodoxe, ni totalement iconoclaste. En revanche, envisagé sous l'angle du droit international public, la compétence civile universelle apparaît à première vue comme un facteur de perturbation important, voire même de trouble profond. Certes, l'ATCA pourrait être rapproché, toutes proportions gardées, de l'ancienne pratique développée par les Etats « *claims collectors* ». Il n'empêche qu'en jouant extensivement de la notion d'extraterritorialité et qu'en favorisant la privatisation du

---

d'environ 450 millions de dollars appartenant à Marcos a pu être localisée dans les banques suisses ; mais celles-ci refusèrent de transférer les fonds vers les Philippines. Toutefois, le 10 décembre 1997, le Tribunal fédéral suisse ordonna le transfert des avoirs de Marcos à l'Etat philippin à condition que les autorités philippines mettent sur pied, au profit des victimes, des procédures de répartition fonds transférés. Pour ordonner ce transfert, le Tribunal fédéral estima que la Convention des Nations Unies de 1984 sur la prévention et la répression de la torture obligeait un Etat partie à garantir aux victimes d'actes de torture une réparation, même si ledit Etat partie n'est pas l'auteur du traitement prohibé par la Convention. Les fonds transférés ont été déposés sur un compte fiduciaire, mais au début de l'année 2004 aucune victime n'avait encore perçue la moindre compensation. D'ailleurs, en juillet 2003, la Cour suprême des Philippines avait décidé que les avoirs de la famille Marcos n'étaient pas une propriété privée, mais appartenaient à la Nation. Le refus du gouvernement philippin d'allouer, à partir des avoirs transférés, des compensations aux victimes est lié à des considérations de politique interne : la très grande majorité des victimes appartiennent en effet à un groupement rebelle d'obédience marxiste en lutte contre les autorités centrales. En septembre 2003, la Cour de district de Hawaï a rendu un jugement stigmatisant l'attitude de la Cour suprême des Philippines et suggérant l'établissement d'un tribunal international habilité à se prononcer sur les réparations à allouer aux victimes. Ce jugement a été considéré comme nul et de nul effet par la Présidente des Philippines, car attentatoire à la souveraineté de son pays.

<sup>15</sup> Soit en effet l'Etat sollicité subordonne l'exécution des jugements à l'existence d'un traité (et un tel traité n'a pas été conclu avec les Etats-Unis), soit l'Etat sollicité se refuse, au nom de l'ordre public, de rendre exécutoires les jugements étrangers allouant des dommages et intérêts punitifs. Sur ce point, voir aussi I. MOULIER, « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », précité (supra note 2), pp. 156-157 ainsi que les notes 174 et 175.

contentieux international des droits de l'homme<sup>16</sup>, la compétence civile universelle est de nature de mettre à mal certaines des règles ou/et chapitres plus classiques du droit international public. Faut-il conclure pour autant que l'ATCA constitue un mécanisme contribuant exclusivement à l'érosion du droit international public ? Tel serait naturellement le cas si le juge américain exerçait sa juridiction en vase clos, c'est-à-dire en écartant toute influence ou/et interférence sur son office des règles fondamentales du droit international public afférentes à la protection des droits de la personne.

### I. LA COMPATIBILITE DE LA COMPETENCE CIVILE UNIVERSELLE AVEC LE DROIT INTERNATIONAL GENERAL

Illustrative pendant longtemps d'un traitement procédural préférentiel des ressortissants étrangers, qui n'a été résorbé qu'avec l'adoption en 1992 du *Torture Victim Protection Act*<sup>17</sup>, la compétence civile universelle exercée par le juge américain en application de l'ATCA constitue une voie de droit peu ordinaire (pour ne pas dire extraordinaire) puisqu'elle se fonde sur une conception extraterritoriale de la compétence juridictionnelle de l'Etat poussée à son extrême. L'ATCA habilite en effet les juridictions américaines à connaître de faits commis à l'étranger, par des auteurs étrangers, à l'égard de victimes étrangères. Intrinsèquement, c'est-à-dire dans son principe même, la licéité internationale de ce chef de compétence juridictionnelle n'a guère été frontalement contestée (A). En revanche, il n'en a pas été tout à fait de même en ce qui concerne ses modalités de mise en œuvre (B).

#### A. LA LICÉITE INTERNATIONALE DU PRINCIPE MEME DE LA COMPETENCE CIVILE UNIVERSELLE

La compatibilité du chef de compétence consacrée par l'ATCA avec les règles du droit international général résulterait de son acceptation tacite par les Etats tiers. Telle est par exemple l'opinion exprimée par A. Cassese pour

---

<sup>16</sup> Le recours à l'ATCA conduit en effet à la mise en cause de la responsabilité civile d'individus dont le comportement est plus ou moins rattachable à des faits internationalement illicites commis à l'occasion de l'exercice de fonctions publiques.

<sup>17</sup> Toutefois, le champ d'application et les conditions de mise en œuvre de l'ATCA et du TVPA ne se recoupent que partiellement. Pour des précisions sur les différences entre les deux législations, voir I. MOULIER, « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », précité (supra note 2), p. 138.

qui l'acquiescement des Etats tiers fonderait la licéité internationale d'une juridiction civile universelle circonscrite aux violations les plus graves des valeurs fondamentales de la société internationale et à condition que l'instance judiciaire se déroule dans le respect des garanties du procès équitable<sup>18</sup>. Les trois Etats, en l'occurrence l'Australie, le Royaume-Uni, la Suisse qui ont récemment produit des mémoires d'*amicus curiae* devant la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Alvarez Machain v./Sosa*<sup>19</sup> ont, à toute le moins implicitement, admis le principe de la compétence civile universelle dans l'hypothèse où l'Etat territorial n'exercerait pas sa juridiction. Le point de vue exprimé, dans la même espèce, par la Commission de l'Union européenne, est certes plus nuancée, mais il ne remet pas en cause le principe de la compétence juridictionnelle exercée par les juridictions américaines en vertu de l'ATCA. La Commission européenne entend cependant restreindre le jeu de la juridiction universelle aux violations les plus graves du droit international. Elle insiste par ailleurs sur son caractère subsidiaire, c'est-à-dire sur la nécessité de privilégier l'option dite des « *local remedies* ». Il a aussi été soutenu que le consensus relatif qui s'était développé à propos de l'exercice de la juridiction universelle en matière criminelle laissait supposer que le même consensus pourrait se former à propos de la compétence civile universelle, dès lors que celle-ci apparaîtrait comme moins menaçante<sup>20</sup>.

La position adoptée par le gouvernement français à l'occasion des contentieux dits des « avoirs juifs » dirigés contre des banques françaises est nettement moins consensuelle. En l'espèce, le mémoire d'*amicus curiae* déposé par les autorités françaises réfutait « avec la grande vigueur d'allégation selon laquelle une action introduite par des nationaux français et, plus généralement non américains, pour des actes commis en France seraient justiciables de l'*Alien Tort Claims Act* et croit fermement qu'une décision en sens contraire aurait des conséquences diplomatiques non

---

<sup>18</sup> A. CASSESE, « Peut-on poursuivre les hauts dignitaires des Etats pour les crimes internationaux ? A propos de l'affaire Congo c. Belgique (CIL) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, p. 485.

<sup>19</sup> Arrêt du 29 juin 2004. 124 SCt 2739. Observations de B.R. Roth, *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 98, 2004, pp. 798-804. Voir aussi *ibidem*, vol. 98, 2004, pp. 845-848, *ibidem*, vol. 97, 2003, pp. 983-984.

<sup>20</sup> En ce sens, l'opinion exprimée par le juge Breyer dans l'affaire *Alvarez-Machain v. Sosa*, (précitée) qui tire argument de ce que l'exercice d'une compétence pénale universelle comporte l'exercice d'une compétence indemnitaire au profit des victimes.

négligeables »<sup>21</sup>. L'absence, sauf exception, de contestation virulente de la compétence civile universelle exercée à partir de l'ATCA est largement explicable par la très grande liberté d'action reconnue par le droit international à chaque Etat pour déterminer unilatéralement l'étendue de sa compétence judiciaire en matière civile<sup>22</sup> : « le simple fait pour les tribunaux américains de se saisir d'un litige extraterritorial n'est pas en soi contraire à la souveraineté des autres Etats. C'est l'exécution forcée du jugement sur un territoire étranger que celui-ci prohibe expressément »<sup>23</sup>. Or, il est vrai que les jugements prononcés en application de l'ATCA et accordant des dommages et intérêts à l'encontre des défenseurs étrangers ne comportent pas intrinsèquement d'effet extraterritorial ; la force exécutoire attachée à ces jugements demeure strictement territoriale.

#### *B. LA LICEITE INTERNATIONALE DES MODALITES D'EXERCICE DE LA COMPETENCE UNIVERSELLE.*

##### *1° Compétence civile universelle et exigences internationales relatives à la condition du rattachement au for.*

En l'absence de règle internationale suffisamment précise applicable à la délimitation de la compétence juridictionnelle de l'Etat à l'égard des contentieux civils comportant un élément d'extranéité plusieurs doctrines ont été présentées : au-delà de la diversité de leurs formulations respectives<sup>24</sup>, elles s'accordent toutes pour admettre que l'Etat doit opter pour une

---

<sup>21</sup> Memorandum soumis dans les affaires Bodner et Benisti, le 26 mars 1999, Voir Y. BANIFATEMI, « La restitution des avoirs juifs en déshérence sous l'angle du droit international public », précité (supra note 2), 1998, p. 96, note 83.

<sup>22</sup> En effet, le droit international n'interdit pas « à un Etat d'exercer dans son propre territoire sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger » (Arrêt de la CPJI du 7 septembre 1927, affaire du Lotus).

<sup>23</sup> J-L. VAN BOXSTAEL, « A la recherche d'une justice universelle – L'Alien Tort Statute et la réparation des crimes contre l'humanité » précité (supra note 2), p. 400.

<sup>24</sup> Selon le cas, la doctrine évoque le principe de non interférence déraisonnable dans la compétence étrangère [A. NUYTS, *L'exception du forum non conveniens, Etude de droit international privé comparé*, Bruylant, 2003, pp. 810-814] ou l'interdiction de « l'abus de droit » défini comme le défaut de lien raisonnable avec un but légitime [F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1964, I (vol. 111), pp. 46/47 et note 88].

autolimitation inspirée par le principe du « *reasonableness* »<sup>25</sup>. Celui-ci impose la présence du défendeur étranger sur le territoire américain et implique que le juge fasse usage de l'exception du *forum non conveniens* lorsque l'intervention du for américain lui apparaît déraisonnable.

- a) La condition de la présence du défendeur étranger sur le territoire américain.

Les juridictions américaines appréhendent la présence du défendeur étranger sur le territoire des Etats-Unis de manière extrêmement large. En effet, la simple remise d'une citation à comparaître au défendeur étranger de passage suffit à conférer compétence au tribunal même pour un litige dépourvu de lien avec le for. Cette solution est fondée sur la doctrine de la « *transient jurisdiction* »<sup>26</sup>. Celle-ci a été opposée à un défendeur de passage à New York au titre d'une visite officielle au siège des Nations Unies<sup>27</sup> ou à l'occasion d'une conférence internationale placée sous les auspices des Nations Unies<sup>28</sup>. La licéité internationale d'un chef de compétence juridictionnelle fondé sur un critère de rattachement au défendeur demeure sujet à caution. A tout le moins, il n'existe pas d'*opinio juris* en faveur d'un critère aussi exorbitant de rattachement d'un litige de for. Ainsi les travaux, en 1999, de la Commission spéciale de la Conférence de La Haye de droit international privé, relatifs à l'avant-projet de convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale,

---

<sup>25</sup> Sur ce point, voir A.F. LOWENFELD, *International Litigation and the Quest of Reasonableness, Essays in Private International Law*, Oxford Clarendon Press, 1996, 243 p.

<sup>26</sup> Le Cour Suprême des Etats-Unis a accordé un brevet de constitutionnalité à la « *transient jurisdiction* » – encore dénommée « *tag jurisdiction* » –. Affaire Burnham v./Superior Court of California, 495 US 604 (1990), p. 620.

<sup>27</sup> Voir en ce sens, l'affaire Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232 52nd Cir. 1995), pp. 246-247. Le 'chef de guerre' serbe a été assigné alors qu'il était de passage à New York pour participer à des pourparlers de paix relatifs à la situation en Ex-Yougoslavie. Les Etats-Unis interprètent l'accord de siège conclu avec l'Organisation des Etats-Unis comme non applicable aux simples invités de l'Organisation : ceux-ci ne peuvent donc se prévaloir des privilèges et immunités prévus par ledit accord.

<sup>28</sup> Voir en ce sens, l'affaire Zhou v. Li Peng, Civ. No.00-6446(SDNY), 28 août 2000 –Mis en cause pour des violations des droits de l'homme commises en relation avec les événements de la place Tian An-Men en 1989, alors qu'il était chef du gouvernement de la République populaire, M. Li Peng se vit signifier une assignation lors d'un bref séjour à New York où il participait à une conférence des Présidents des parlements nationaux sur le 'cérémonial chinois' qu'il présida à la remise de cette assignation. Voir S.D MURPHY, "Service of Process on Foreign Official via Security Personnel", *AJIL*, 2003, pp. 182-183.

se sont clairement prononcés contre la compétence juridictionnelle fondée sur l'assignation délivrée au défendeur<sup>29</sup>. De même, le « *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* » refuse l'option de la « *transient jurisdiction* ». Il considère que cette forme de compétence juridictionnelle n'est pas acceptable au regard des règles du droit international : le rattachement au for fondé sur le séjour temporaire du défendeur ne peut être étendu à des situations telles que le transit dans un aéroport, l'accostage d'un paquebot de croisière, ou même le séjour de quelques jours sans relation avec les faits à l'origine de l'action devant le juge du for<sup>30</sup>.

Le rattachement au for américain de contentieux dirigés contre des personnes morales, en général des sociétés commerciales, s'avère habituellement moins aléatoire et moins problématique, dès lors que l'exercice de la compétence juridictionnelle américaine peut se fonder sur des critères moins ténus et éphémères que celui inspirant la « *tag jurisdiction* », en l'occurrence l'enregistrement de la société dans un Etat fédéré, la possession d'un établissement secondaire ou d'une filiale localisés sur le territoire des Etats-Unis ou encore l'exercice par la société étrangère d'activités continues et répétées sur le sol américain. Le bien-fondé de ces critères inspirés par la doctrine des « liens suffisants » n'est d'ailleurs semblé-t-il guère discuté et par suite il est assez rare que le juge américain soit amené à se déclarer incompétent à l'égard d'une société étrangère ayant des intérêts aux Etats-Unis<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Voir aussi C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé* (Tome I), Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 61.

<sup>30</sup> American Law Institute Publishers, Vol. 1, pp. 305-306.

<sup>31</sup> Voir toutefois contra l'affaire *Doe I v. Unocal Corp.* 67 F. Supp. 2d 1140 (CD Col. 1999), *Doe I v. Unocal Corp.* 27 F. Supp. 2d 117 (CD Cal. 1998), aff.d 248 F.3d 915 (9<sup>th</sup> Circ. 2001). Les liens existant entre la société française Total-FinaElf et l'Etat de Californie sont jugés insuffisants pour établir la compétence des juridictions du lieu. Celles-ci ont apparemment accordé, en l'espèce, un poids décisif au fait que le siège social de la société mère se situait hors des Etats-Unis. Reste à savoir si cette solution est le reflet d'une orientation jurisprudentielle privilégiant le critère du siège social de la société mère ou si elle doit être reliée au mémoire d'*amicus curiae* de la France agitant la menace d'un « *casus belli* » diplomatique.

b) L'exception du *forum non conveniens*

Si la doctrine du *forum non conveniens* entretient des liens avérés avec le thème des « *local remedies* »<sup>32</sup>, elle est non seulement d'une nature différente<sup>33</sup>, mais surtout revêt une portée beaucoup plus large. Elle constitue en effet aussi un instrument procédural habilitant le juge américain à éliminer les requêtes jugées abusives liées à une pratique débridée du *forum shopping*<sup>34</sup> ou encore à écarter les actions considérées comme inopportunes car contraires aux intérêts de la justice américaine<sup>35</sup>. Comme l'examen de l'exception du *forum non conveniens* est articulée autour d'une balance des intérêts publics et privés en présence justifiant l'admission ou au contraire le

---

<sup>32</sup> En l'absence de recours judiciaires accessibles ou/et effectifs dans l'Etat de commission du dommage dénoncé, les juridictions américaines retiennent systématiquement leur compétence. Mais comme les notions d'accessibilité et d'effectivité de la justice d'un pays sont susceptibles d'une lecture différenciée, l'application de l'exception du *forum non conveniens* est plus ou moins favorable (ou au contraire défavorable) aux victimes, selon le cas....

<sup>33</sup> La théorie des "local remedies" renvoie habituellement au jeu d'une règle du contentieux international, celle de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Or, lorsque le juge américain se prononce sur le bien-fondé de l'exception du *forum non conveniens*, il n'est pas tenu par l'exigence de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Il peut fort bien admettre que l'action fondée sur l'ATCA est recevable alors même que le demandeur n'aurait pas respecté ladite règle. Dans l'affaire *Alvarez-Machain v./Sosa*, précitée (supra note 22), les « intervenants » à l'instance, c'est-à-dire d'une part la Commission de l'Union européenne et d'autre part, l'Australie, la Suisse et le Royaume-Uni, ont plaidé dans leurs mémoires d'*amicus curiae* pour une interprétation de l'exception du *forum non conveniens* qui ferait la part belle à la théorie des « local remedies ». Mais tandis que la première se prononçait, plus ou moins clairement il est vrai, pour l'introduction d'une condition de recevabilité supplémentaire fondée sur l'application de la règle internationale de l'épuisement des voies de recours internes, les seconds opinèrent seulement en faveur d'une application plus stricte de l'exception au *forum non conveniens* privilégiant autant que possible la « relocalisation » de l'action intentée sur le fondement de l'ATCA.

<sup>34</sup> P.J. KOZYRIS, « Multinational Litigation and the Notion of *forum non conveniens* as a Remedy against Jurisdictional Abuse », *Revue hellénique de droit international*, 1992, pp. 7-22.

<sup>35</sup> Par intérêt de la justice américaine, il faut entendre le risque d'alourdissement de la charge des tribunaux ou encore le coût financier du procès pour les contribuables. Le recours à de telles considérations sert bien souvent à justifier l'incompétence du juge américain, pour des actions politiquement embarrassantes ou/et encombrantes, telle par exemple celle introduite au lendemain du changement révolutionnaire de régime en Iran par le gouvernement de la République islamique contre l'ancien Chef d'Etat déchu, M. R. Pahlavi, 467 NE2d 245 (Ct App. 1984), 5 juillet 1984, p. 247 et p. 250.



rejet de l'exception<sup>36</sup>, c'est-à-dire d'une opération qui laisse place à la subjectivité du juge, il n'est pas étonnant que ce dernier s'en serve également, plus ou moins discrètement, pour neutraliser le jeu de la règle de la « *transient jurisdiction* ».

La pratique judiciaire relative à l'ATCA est illustrative d'une utilisation de la doctrine du *forum non conveniens* tantôt *contra victima*, tantôt *pro victima*<sup>37</sup>. Lorsque le défendeur est une société étrangère dans laquelle les intérêts américains sont prédominants ou *a fortiori* est une société américaine, les juridictions saisies sont largement portées à se livrer à une interprétation nationaliste de l'exception du *forum non conveniens*. En d'autres termes, elles déniaient leur compétence et renvoient les litiges vers des fors étrangers supports équivalents .... mais qui ne le sont guère<sup>38</sup>. En l'occurrence, le juge américain vole au secours de multinationales exposées au paiement de dommages et intérêts considérables, voire astronomiques, si leur responsabilité civile devait être jugée sur le fondement du droit américain. Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* constitue assurément l'un des moyens les plus adéquats pour éloigner du for américain les contentieux afférents à des dommages écologiques<sup>39</sup>. Le renvoi du demandeur à l'action devant un autre for a cependant été justifié par un raisonnement passablement constructif : le jeu de l'exception du *forum non conveniens* ne doit pas être éliminé des contentieux relatifs aux violations graves des droits de l'homme, car il est de nature à contribuer au

---

<sup>36</sup> Pour une recension des paramètres pris en compte, voir I. MOULIER, « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », précité (supra note 2), p. 154.

<sup>37</sup> L'incertitude qui affecte ainsi le sort des victimes légitimerait la suppression de l'exception du *forum non conveniens* dans les contentieux relatifs aux droits de l'homme (les plus nombreux...). En ce sens, voir K.L. BOYD, "The Inconvenience of Victims : Abolishing Forum non Conveniens in US Human Rights Litigation", *Virginia Journal of International Law*, 1998, pp. 49-87.

<sup>38</sup> En ce sens, voir notamment la solution adoptée dans la célèbre affaire Bhopal, In re Union Carbide Copr, Gas Plant Disaster at Bhopal, India, 634 F. Supp. 842 (SDNY), 1986, modified 809 F.2d 195 (2d Cir.), cert. denied 484 US 871 (1987). Voir aussi les affaires *Agunda v. Texaco*, 303 F.3d 370 (2d Cir. 2002), p. 537 et *Flores v. Southern Peru Copper*, 253 F. Supp. 2d 510 (SDNY, 2002), p. 544.

<sup>39</sup> Voir J.J. SUTTELS, "Transmigration of Global Industry : the Global race, the Bottom, Environmental Justice and the Asbestos Industry", 2002, *Tulane Environmental Law Journal*, 1.

développement du droit international coutumier en ce domaine<sup>40</sup>. Il semble toutefois que le juge américain se montre plus accueillant à l'égard des victimes lorsque le système judiciaire du for étranger de renvoi lui apparaît comme corrompu<sup>41</sup>. La manipulation<sup>42</sup> de l'exception du *forum non conveniens* est tout aussi avérée dans le contentieux dit de l'Holocauste dirigé contre les banques suisses. En effet, les juridictions suisses constituaient sans doute un for alternatif adéquat pour connaître ce contentieux. Les garanties judiciaires offertes par l'ordre juridique suisse ne sont pas inférieures à celles établies par le droit américain, à condition naturellement de réserver la question du montant des dédommagements susceptibles d'être alloués. En outre l'intérêt de la Suisse (des années quatre vingt dix) à juger lesdites causes était certainement plus fort que celui des Etats-Unis. Pourtant l'exception du *forum non conveniens* n'a pas été retenue par le juge américain saisi. Alors même que le contentieux s'y prêtait admirablement, le gouvernement fédéral s'est abstenu de déposer un « *statement of interest* » et la juridiction saisie s'est bien gardée de le solliciter.

### 2° Compétence civile américaine et droit des immunités juridictionnelles

Dans la mesure où les tribunaux américains n'ont jamais fait application de la doctrine de l'*Act of State* dans le contexte des actions civiles intentées sur le fondement de l'ATCA<sup>43</sup>, le propos sera étroitement circonscrit aux

---

<sup>40</sup> En l'occurrence, il s'agit de faire participer activement les juridictions d'autres pays à la formation des règles coutumières en matière de protection des droits de l'homme et partant d'éviter que les Etats-Unis ne jouent le rôle d'un acteur dominant, voire monopolistique. Cette option a notamment été avancée aux fins de permettre une détermination multilatérale des standards internationaux opposables aux sociétés multinationales. Pour une défense de cette argumentation, voir A.K. SHORT, "Is the Alien Tort Statute sacrosanct?, Retaining Forum Non Conveniens in Human Rights Litigation", 33, *New-York University Journal of International Law and Politics*, 2001, p. 25.

<sup>41</sup> Voir sur ce point, les affaires *Eastman Kodak Co. v. Kavlin*, 978 Fed. Supp. 1078, 1080-83 (SD Flo. 1997) et *Odita v. Elder Dempster Lines*, 286 Fed. Supp. 547 (SDNY 1968).

<sup>42</sup> Ce terme est employé dans le sens qui lui est prêté par la doctrine constitutionnaliste italienne lorsqu'elle l'applique à la politique juridictionnelle de la Cour constitutionnelle.

<sup>43</sup> L'inapplicabilité de la doctrine de l'*Act of State* aux causes relatives aux violations des droits de l'homme les plus fondamentales (érigées en crimes internationaux) correspond d'ailleurs à l'opinion exprimée par le Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (précité supra note 30), p. 370. Si la jurisprudence n'a pas totalement exclu que cette doctrine puisse s'appliquer dans le cadre d'un contentieux fondé sur l'ATCA, elle estime

immunités juridictionnelles des Etats et des gouvernants. En l'occurrence, la pratique judiciaire suivie au titre de l'ATCA, en se conformant aux dispositions du *Foreign Sovereign Immunities Act* (FISA), a adopté des positions, qui sauf exception, apparaissent comme respectueuses des règles du droit international général gouvernant le régime des immunités juridictionnelles. Les éventuelles entorses à ces règles ne sont d'ailleurs que le résultat d'une application « ordinaire » du FISA. L'immunité de juridiction des Etats étrangers a toujours été respectée lorsque les actions civiles exercées en vertu de l'ATCA ont été dirigées contre l'Etat en tant que tel<sup>44</sup> ou contre le gouvernement<sup>45</sup>. La circonstance que les actes ou comportements dénoncés étaient constitutifs de violations graves des droits de l'homme, voire d'une norme de *jus cogens*, n'a jamais été assimilée à une renonciation ou/et à une déchéance implicite(s) de l'immunité de juridiction<sup>46</sup>. Le

---

néanmoins qu'il s'agit d'une hypothèse tout à fait exceptionnelle, quasiment d'école. Il est en effet fort douteux qu'un crime international commis par un agent de l'Etat ou un individu agissant en son nom puisse être qualifié d'« Act of State » (Affaire *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995), ILR, vol. 104, p. 163). Sur l'ensemble de la question, voir I. MOULIER, « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », précité (supra note 2), pp. 152-154. Cette position a pourtant parfois été critiquée, en ce qu'elle amènerait le juge américain à se livrer à des appréciations qui ne lui sont ouvertes par la doctrine Sabbatino (En ce sens, voir M.O. RAMSEY, « Multinational Corporate Liability under the Alien Tort Claims Act : Some Structural Concerns » *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24, 2001, p. 361 et s.).

<sup>44</sup> Voir en ce sens l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Amerada Hess Shipping Corporation v. Argentine Republic*, 488 US 428(1989), IRL, vol. 79, pp. 8-17 ou encore l'arrêt de la US Court of Appeals du 22 mai 1992 dans l'affaire *Siderman de Blake and Others v. The Republic of Argentina and others*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992), 22 mai 1992, ILR, vol. 103, pp. 454-479, cert. denied, 113 S. Ct. 1812 (1993).

<sup>45</sup> Voir à cet égard l'affaire *Denegri v. Republic of Chili*, 1992, US Dist. Lexis, 4233 (DDC), 1992.

<sup>46</sup> Voir entre autres, affaire *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (1994), ILR, vol. 103, pp. 604-621 ; affaire *Hwang Geum Jao v. Japan* [« Comfort Women » Case], 172 F. Supp. 2d, 52, 59 (DDC, oct. 4, 2001) et 332 F.3d 679, 681 (DCcirc, 2003), *AJIL*, vol. 97, 2003, pp. 686-688. Contra voir la doctrine qui plaide en faveur de la thèse de la déchéance ou de la renonciation implicite. Voir entre autres A. BELSKY, M. MERVA, N. ROHT-ARRIAZA, "Implied Waiver under FSIA : A proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law", *California Law Review*, 1989, p. 365 ; J. RABKIN, "Universal Justice : the Role of Federal Courts in International Civil Litigation", *California Law Review*, 1995, p. 2155, M. REIMANN, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity : Some Thoughts on *Princz v. Federal of Germany*", *Michigan Journal of International Law*, 1995, pp. 403-432. Certains auteurs souhaitent plus radicalement que l'immunité de juridiction soit écartée dès lors que l'action civile en réparation concerne une

bénéfice de l'immunité de juridiction reste acquis même si l'Etat étranger défendeur figure sur la liste des Etats terroristes établie par le Département d'Etat<sup>47</sup>. En revanche, la jurisprudence hésite à étendre le bénéfice de l'immunité de juridiction de l'Etat aux sociétés d'Etat ou publiques ayant des activités commerciales, du moins si l'on juge par l'issue provisoire du contentieux dirigé contre la Société nationale des chemins de fer français pour sa participation au transport de déportés juifs durant la seconde guerre mondiale<sup>48</sup>. En effet, l'immunité de juridiction accordée par le FISA aux « *agencies and instrumentalities* » des Etats étrangers n'a pas vocation à s'appliquer à la SNCF à partir du moment où la détermination desdits bénéficiaires de l'immunité est opérée à partir d'un critère structurel et non pas fonctionnel. Cette interprétation du FISA a d'autant plus de chances de s'imposer que l'action des juridictions américaines au titre de l'ATCA n'hésite pas à s'inscrire dans le cadre d'une stratégie de contournement consistant à substituer un défendeur non immunisé à un défendeur qui lui l'est.<sup>49</sup>

Les juridictions américaines statuant en vertu de l'ATCA ont également toujours respecté l'immunité de juridiction fonctionnelle des chefs d'Etats,

---

violation des droits de l'homme et partant appellent de leurs vœux une modification en ce sens du FISA. J.A. GERGEN, « Human Rights and the Foreign Sovereign Immunities Act », *Virginia Journal of International Law*, 1996, p. 764.

<sup>47</sup> En ce sens voir en dernier lieu l'affaire *Icippio-Puelo v. Islamic Republic of Iran*, 353 F.3d, 1024, 1031 (DC 2004). La « US Court of Appeals for the DC Circuit », après avoir sollicité et obtenu une mémoire d'amicus curiae de la part du Département fédéral de la justice, considère que le FISA tel que modifié en 1996 par l'amendement Flatow n'établit un droit d'action civile que contre les officiels, les employés, les agents de l'Etat étranger déclaré « terroriste », mais non contre l'Etat lui-même [S.D. MURPHY, « Contemporary Practice of the United States related to International Law », *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 349-350].

<sup>48</sup> En ce sens, voir l'affaire *Abrams v. SNCF* (EDNH 2001) OO-LV-5326 et 332 F.2d 173. Voir aussi H. MUIR-WATT, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain... », précité (supra note 2), p. 891 et note 22.

<sup>49</sup> Mutatis mutandis, on rappellera que l'immunité de juridiction de l'Etat étranger tombe également lorsque la poursuite civile initiée par un citoyen américain est fondée sur les atteintes au droit de propriété (« expropriation exception ») commises en violation du droit international par des « *agencies* » ou « *instrumentalities* » de l'Etat étranger, et en particulier lorsque lesdites atteintes ont été commises dans le contexte de la seconde guerre mondiale, de concert ou/et avec la complicité d'officiels du régime national-socialiste allemand. En ce sens, l'arrêt de la Cour suprême du 7 juin 2004 dans l'affaire *Austria et al. v. Altmann* portant sur l'appropriation de tableaux de Klimt par le Musée de Vienne. En l'espèce, la Cour suprême admet la rétroactivité du jeu de l'exception aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur du FISA.

chefs du gouvernement, des ministres des affaires étrangères, reconnus en tant que tels par le Département d'Etat américain<sup>50</sup>. Par contre, l'immunité de juridiction a été refusée aux anciens chefs d'Etat ou chefs de gouvernement ou anciens ministres.<sup>51</sup> Pour ce faire, les juridictions américaines ont eu recours à deux types de raisonnements, très proches l'un de l'autre. D'une part, elles ont fait valoir le déclassement des actes de fonction. Des actes tels que la torture, les disparitions forcées, les exécutions extra-judiciaires bien que commis à l'occasion de l'exercice des fonctions officielles sont considérées comme ayant été commis *ultra vires* ou hors de la compétence des autorités en cause. Ces actes étant réputés non nécessaires à l'exercice des fonctions, ils sont considérés comme se situant hors du champ de l'immunité fonctionnelle accordée aux hautes autorités exécutives de l'Etat et par ailleurs comme insusceptibles d'être immunisés par le jeu de la doctrine de l'*Act of State*<sup>52</sup>. D'autre part, les juridictions américaines ont été amenées à invoquer le caractère intrinsèquement illicite des actes de fonction commis en violation des normes interprétatives du droit international : les crimes internationaux sont réputés être placés par définition hors du champ des immunités juridictionnelles personnelles ainsi d'ailleurs que de la doctrine de l'*Act of State*<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> En ce sens l'immunité de juridiction accordée au Président haïtien J-B. Aristide, bien qu'il fut un chef d'Etat en exil aux Etats-Unis. *Affaire Lafontant v. Aristide*, 844 F. Supp. 128/ (EDNY1994), p. 132, ILR, Vol. 103, pp. 584-585. Pour un exemple comparable, voir l'octroi du bénéfice de l'immunité de juridiction au chef d'Etat du Zimbabwe, R. Mugabe, (F.L. KIRGIS, « Alien Tort Claim Act proceeding against Robert Mugabe », Sept. 2000, ASIL Insights, www.asil.org).

<sup>51</sup> Il en a été de la sorte par exemple :

- pour l'ancien chef de l'Etat philippin, F. Marcos, affaire *In re Estate of Ferdinand F. Marcos, Human Rights Litigation, Hilao and others v. Estate of Marcos*, 25 F.3d, 1467 (9th Circ. 1994), p. 1475 –en l'espèce le refus de l'immunité fait suite à la levée de l'immunité de l'ancien chef d'Etat par la nouvelle présidente des Philippines, C. Aquino reconnue comme telle par les Etats-Unis- ;

- pour l'ancien chef d'Etat haïtien , P. Avril, affaire *Paul and others v. Avril*, 812 F. Supp. 207 (SDFlo. 1993), p. 212 ; pour l'ancien ministre de la défense du Guatemala, Gramajo, affaire *Xuncax v./Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass 1995), p. 179 ;

-pour l'ancien ministre rwandais, Barayagwiza, affaire *Mushikiwabo v./Barayagwiza*, 1996, US Dist. Lexis, p. 4409.

<sup>52</sup> En ce sens voir les affaires Marcos et Xuncax précitées (supra note 51). Voir aussi l'affaire *Cabiri v./Assasil Gyimah*, 921 F. Supp. 1189 (SDNY 1996).

<sup>53</sup>En ce sens voir l'affaire *Kadic v. Karadzic* (précitée supra note 37) : le génocide commis par l'agent officiel d'un Etat agissant dans le cadre de ses fonctions échappe par nature à toute

## II. LA COMPÉTENCE CIVILE UNIVERSELLE ET L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

Une action fondée sur le ATCA n'est recevable que pour autant qu'elle dénonce une violation du droit international [« laws of nations » selon la terminologie officiellement consacrée<sup>54</sup>]. Le juge américain ne peut, par voie de conséquence, retenir sa compétence que si au préalable il s'est assuré de l'existence d'une règle de droit international. Or, sur ce point, la pratique judiciaire américaine ainsi que d'ailleurs la doctrine ne se sont jamais singularisées par l'adoption d'une position univoque. Le récent arrêt *Alvarez-Machain v./Sosa* rendu par la Cour suprême le 29 juin 2004, loin de clarifier le débat, est au contraire de nature à l'embrouiller davantage, même si de prime abord il impose une méthodologie d'identification des normes internationales pertinentes aux fins d'application de l'ATCA. L'appel au droit international général dans la mise en œuvre de la compétence civile universelle des juridictions américaines n'est toutefois pas nécessairement circonscrit à la seule appréciation de la recevabilité de l'action. En effet, la détermination des règles de droit matériel applicables au fond à l'action en responsabilité n'est pas résolue, semble-t-il, de manière tout à fait consensuelle. Bien que le droit américain de la responsabilité civile constitue a priori la loi applicable, le recours aux standards de la responsabilité internationale des Etats est néanmoins préconisé.

### *A. DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL ET DÉTERMINATION DE LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION*

La mise en œuvre du droit international général aux fins de détermination de l'applicabilité de l'ATCA n'a pas échappé à la querelle récurrente en droit américain du mode d'insertion du droit coutumier dans l'ordre interne (1<sup>o</sup>). Mais le débat principal a toujours été focalisé sur l'identification des règles de droit international général dont la violation est de nature à justifier la compétence juridictionnelle des tribunaux américains (2<sup>o</sup>).

---

forme d'immunité juridictionnelle. Il en est a fortiori de la sorte si l'acte génocidaire a été commis à titre « privé ».

<sup>54</sup>Judiciary Act of September 24, 1789, ch.20, §9b. Section 1350 de l'article 28 de l'United States Code.

*1° ATCA et mode d'insertion du droit international général*

En s'appuyant sur les principes dégagés par la Cour suprême en 1900 dans la célèbre affaire « The Paquete Habana », doctrine et jurisprudence s'accordent très généralement pour admettre l'applicabilité directe et autonome des règles du droit international coutumier. Celle-ci se justifierait tout particulièrement dans le cas de l'ATCA, dès lors qu'elle permettrait de compenser la relative faiblesse de l'effectivité, à tout le moins au plan du droit interne, des engagements internationaux souscrits par les Etats-Unis dans le domaine de la protection des droits de l'homme<sup>55</sup>. La thèse d'une application médiatisée du droit international général a cependant encore été récemment défendue par le Département fédéral de justice en personne<sup>56</sup> : les juridictions américaines ne devraient prendre en compte que les règles de droit international qui ont été expressément incorporées par la législation fédérale. La position du Département fédéral de la justice est apparemment fortement inspirée par des auteurs proches de cette administration, refusant toute légitimité à l'option de l'applicabilité directe du droit international coutumier dans le cadre de l'ATCA<sup>57</sup>. Ces auteurs considèrent qu'en appliquant *omissio medio* le droit international coutumier le juge américain exerce une prérogative qu'il s'attribue en méconnaissance de la séparation des pouvoirs. Ils font aussi valoir que la décentralisation du pouvoir normatif constitue, en raison du caractère difficilement maîtrisable de la formation du droit international coutumier par les seuls Etats-Unis, un danger pour le système juridique américain. Mais surtout, ils estiment que la jurisprudence de la Cour suprême fait l'objet d'une interprétation erronée :

---

<sup>55</sup> Voir plus généralement sur cette question, T.K. KUHNER, "Human Rights Treaties in US Law : the Status quo, its underlying Bases, and Pathways for Change", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 13, n°2, p. 419 et s. J-F. FLAUSS, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international » in Société française pour le droit international, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, pp. 50-51.

<sup>56</sup> Brief d'*amicus curiae* soumis en 2003 dans l'affaire *Doe v./Unocal Corporation*. Le Département fédéral de justice dénie aux tribunaux tout pouvoir de faire prévaloir leur propre conception du droit international, S.D. MURPHY, « Contemporary Practice of the United States relating to International Law », *AJIL*, vol. 97, 2003, pp. 703-705.

<sup>57</sup> C.A BRADLEY et J.L. GOLDSMITH, "The current illegitimacy of international human rights litigation", 66 *Fordham Law Review*, 319, 1997; *ibidem*, "Customary international law as federal law: a critique of the modern position", 110 *Harvard Law Review*, 815 (1997).

celle-ci n'aurait en effet nullement assimilé le statut interne du droit international général à celui du droit fédéral<sup>58</sup>.

2° ATCA et identification des règles internationales justiciables.

Au cours du quart de siècle qui s'est écoulé depuis le règlement de l'affaire *Filártiga v./Peña-Irala*, les juridictions américaines du fond ont eu l'occasion *in casu* de faire le départ entre les règles qu'elles considéraient comme relevant de la catégorie « the law of the nations » et celles qui n'en faisaient pas partie. Mais pareille détermination *in concreto*, bien que relativement empirique et casuistique, s'est néanmoins inspirée d'une méthodologie à laquelle le récent arrêt *Alvarez-Machain v./Sosa* vient apporter, à tout le moins, un très sérieux coup de canif.

a) Inventaire des règles internationales justiciables<sup>59</sup>.

Depuis 1980, l'ATCA a été appliqué non seulement à des actes de torture<sup>60</sup>, mais également à des détentions arbitraires<sup>61</sup>, à des exécutions extrajudiciaires<sup>62</sup>, à des disparitions forcées<sup>63</sup>, à des crimes de génocide<sup>64</sup>, à des crimes contre l'humanité<sup>65</sup>, à des crimes de guerre<sup>66</sup>, à des traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>67</sup>, ou encore à du travail forcé<sup>68</sup>, assimilé à

---

<sup>58</sup> Selon ces auteurs, il y aurait confusion entre la « *federal common law* » et la « *general common law* ». Or seule cette dernière aurait été comprise comme incluant le droit international coutumier.

<sup>59</sup> L'état des lieux présenté reprend fidèlement celui répertorié dans l'étude d'Isabelle MOULIN, « Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales », précité (supra note 5), p. 140.

<sup>60</sup> *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), ILR, vol. 77, 1980, pp. 169-184 ; *Abebe-Jira and others v. Negewo*, 72 F.3d 844 (11<sup>th</sup> Cir. 1996), ILR, vol. 107, pp. 447-451 ; *Doe v. Lumintang*, DCDC CV 0064, 10 septembre 2001.

<sup>61</sup> *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (ND Cal. 1987), p. 1541 ; *Xuncax v. Gramaja*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995), pp. 184-185.

<sup>62</sup> *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (ND Cal. 1987), p. 1542 ; *In Re Estate of Ferdinand E. Marcos, Human Rights Litigation, Hilao and others v. Estate of Marcos*, 25 F.3d 1467 (1994), US Court of Appeals, Ninth Cir. P. 1475.

<sup>63</sup> *Forti v. Suarez-Mason*, 694 F. Supp. 707 (ND Cal.) 1988, pp. 710-711.

<sup>64</sup> *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995), pp. 242-243.

<sup>65</sup> *Kadic v. Karadzic*, précité (supra note 67), pp. 241-242.

<sup>66</sup> *Doe I v. Islamic Salvation Front*, 993 F. Supp. 3, (DDC, 1998), p. 8.

<sup>67</sup> *Abebe-Jira and others v. Negewo*, 72 F.3d 844 (11<sup>th</sup> Cir. 1996), p. 845 ; *Paul v. Avril*, 901 F. Supp. 330 (SD Fla. 1994) ; *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995).



la forme moderne de l'esclavage<sup>69</sup>. Les juridictions fédérales, américaines ont en revanche estimé que l'expropriation<sup>70</sup>, les actes de fraude, les détournements et abus de biens sociaux<sup>71</sup>, la violation de la liberté d'expression<sup>72</sup>, le « génocide culturel »<sup>73</sup>, ou encore les atteintes massives à l'environnement<sup>74</sup>, ne constituaient pas des violations du droit international au sens de l'*Alien Tort Claims Act*, le droit international positif ne prohibant pas ces actes de manière suffisamment claire et universellement admise pour qu'ils puissent être considérés comme relevant du droit international coutumier.

En effet, seules sont prises en compte les interdictions qui découlent de principes universellement reconnus du droit international (*universally recognized principles of international law*)<sup>75</sup> ou de normes du droit international des droits de l'homme universellement acceptées (*accepted norms of the international law of human rights*)<sup>76</sup>. Les juridictions américaines portent une attention toute particulière à l'existence d'un consensus universel clairement identifiable en faveur du caractère obligatoire de la règle<sup>77</sup>. Elles accordent également une importance décisive à la pratique des Etats (gouvernementale ou judiciaire) : autrement dit les

---

<sup>68</sup> John Doe I v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880 (CD Cal. 1997), p. 892. Voir également Iwanowa v. Ford Motor Co., 67 F. Supp. 2d 424 (DNJ 1999), pp. 439-440.

<sup>69</sup> John Doe I v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880 (CD Cal. 1997), p. 892; Doe I v. Unocal Corp., US Court of Appeals for the Ninth Cir., 18 septembre 2002, International Legal Materials, 2002, p. 1374.

<sup>70</sup> National Coalition Government of the Union of Burma v. Unocal, Inc., 176 FRD 329 (CD Cal. 1997), p. 345.

<sup>71</sup> IIT v. Vencap LTD, 519 F.2d, 1001 (2d Cir. 1975) ; Hamid v. Price Waterhouse, 51 F.3d 1411 (9th Cir. 1995), p. 1418.

<sup>72</sup> Guinto v. Marcos, 654 F. Supp. 276 (SD Cal. 1986).

<sup>73</sup> Beanal v. Freeport-Mc Moran Inc, 197 F.3d 161 (5<sup>th</sup> Cir. 1999), pp. 166-168.

<sup>74</sup> Amlon Metals Inc, v. FMC Corp. 775 F. Supp. 668 (SDNY 1991), p. 670.

<sup>75</sup> Voir par exemple, Beanal v. Freeport-McMoran, précité, supra note 73.

<sup>76</sup> Voir par exemple Filártiga v. Peña-Irala, précité, supra note 60.

<sup>77</sup> Voir entre autres Forti v. Suarez-Mason, 672 F. Supp. 1531 (ND Cal. 1987), pp. 1539-1540. ; Xuncax v. Gramajo, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995), p. 184.

tribunaux américains rejettent une conception « perle de culture » de la coutume internationale<sup>78</sup>.

Bien qu'apparemment le juge américain ne se réfère jamais, à tout le moins expressément, au caractère impératif des règles de droit international général dont il accepte de connaître la violation, il donne néanmoins l'impression de ne pas être totalement indifférent à la nature de *jus cogens* desdites règles. Sinon on ne comprendrait guère pourquoi il éprouverait le besoin d'insister sur la non dérogeabilité des interdictions faisant partie du « droit des gens » ainsi que sur la circonstance qu'elles lient l'ensemble de la communauté internationale<sup>79</sup>. D'ailleurs une prise en considération très explicite de la notion de *jus cogens* ne serait pas automatiquement synonyme d'un élargissement du champ d'application matériel de l'ATCA. En effet, l'appel à cette notion peut parfaitement être conçu dans une perspective de limitation (ou au moins de stabilisation) de l'accès aux victimes au prétoire des juridictions américaines. Il constitue également un moyen d'assurer, sous couvert d'ouverture vers le droit international, une naturalisation en substance des règles invocables au titre de l'ATCA, dès lors, qu'en l'état, toutes les normes de *jus cogens* reconnues comme telles constituent parallèlement des droits ou des valeurs fondamentaux au sens du droit constitutionnel américain. C'est d'ailleurs ce que le Département fédéral de justice a très bien compris, puisqu'il n'hésite pas à plaider ouvertement pour une restriction du champ d'application de l'ATCA aux seules violations du *jus cogens*<sup>80</sup>.

b) Méthode d'identification des règles internationales justiciables

Au lendemain de l'affaire *Filártiga v. Peña- Irala*, les opposants à la transformation de l'ATCA en un instrument de protection des droits de l'homme, se sont prononcés en faveur d'une lecture statique de la notion de

---

<sup>78</sup> A titre d'illustration, voir l'affaire *Flores v. Peru Copper Corporation*, 343 F.3d 140, 172 (2d Circ. 2003) et S.D. MURPHY, "Contemporary Practice of the United States relating to International Law", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 175-177.

<sup>79</sup> Voir en ce sens l'affaire *Xuncax v. Gramajo*, précitée supra note 67.

<sup>80</sup> En ce sens les deux mémoires d'*amicus curiae* présentés dernièrement : Brief for the United States of America as *amicus curiae* on appeal from the United States, District Court for the Central District of California in the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *John Doe I et al. v. Unocal Corporation et al.* n°00-56603, 00-56628, 8 mai 2003; Brief for the United States as respondent supporting petitioner on writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in the Supreme Court of the United States, *José Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain, et al.* n°00-339, 25 septembre 2003.

« Law of Nations ». Leur point de vue a notamment été exprimé avec force par le juge Bork<sup>81</sup>. Selon lui, la référence au « droit des gens » ne pouvait être comprise comme renvoyant au droit international positif dans son acception de la fin du 20<sup>ème</sup> siècle. Elle n'est pas susceptible de se prêter à une interprétation évolutive. L'Alien Tort Claims Act ne saurait être invoqué qu'à l'égard des seules violations du droit des gens dans la teneur qui était la sienne à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle. En d'autres termes, seuls les actes de piraterie maritime ou les violations des privilèges et immunités des représentants diplomatiques et consulaires doivent être considérés comme justiciables de l'ATCA. Face à l'incertitude affectant la portée exacte de la notion de « Law of Nations » dans le cadre de l'ATCA, le législateur fédéral allait d'ailleurs adopter une base légale claire pour la répression civile des actes de tortures et d'exécutions extrajudiciaires<sup>82</sup>.

L'intervention de la Cour suprême, si ardemment souhaitée, n'a pas levé toutes les hypothèques pesant sur les conditions d'utilisation de l'ATCA. En effet si l'arrêt *Alvarez-Machain v./Sosa* du 29 juin 2004<sup>83</sup> définit ce que le « droit des gens » au sens de l'ATCA n'est pas et ne peut être, elle ne précise pas de manière suffisamment circonstanciée quelle est exactement sa teneur. Pour les partisans d'une application extensive de l'ATCA dans le domaine de la protection des droits de l'homme, la jurisprudence *Alvarez-Machain* apparaîtra sans doute fort décevante : à l'évidence la Cour suprême entend s'opposer à une utilisation foncièrement « droit de l'homme » de la compétence civile universelle. Mais les défenseurs de l'intégrité des principes et valeurs de la constitution américaine seront certainement tout aussi déçus : en effet la Cour suprême est loin d'adhérer pleinement à la thèse de l'interprétation strictement historique (et partant fossilisée) de la notion de

---

<sup>81</sup>Opinion concurrente dans l'affaire *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (DC, Circ 1984).

<sup>82</sup> Il s'agit du « Torture Victim Protection Act » (TVPA) (12 juin 1992), Pub. L. n°102-256, 106 Stat. 73 (1992) codified at 28 USC §1350. Pour une présentation des rapports entre le TVPA et le ATCA, voir I. MOULIER, « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », précité (*supra* note 5), pp. 137-139.

<sup>83</sup>Pour un résumé du contenu de l'arrêt, voir S.D. MURPHY, « Contemporary Practice of the United States relating to International Law », *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 845-848. Pour une présentation plus circonstanciée de la portée de l'arrêt, voir B.R. ROTH, « Scope of Alien Tort Statute – arbitrary arrest and detention as violations of custom », *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 798-804.

« *Law of Nations* ». A vrai dire, la Cour suprême adopte une position relativement « centriste ». Ainsi si elle conclut au caractère purement procédural de l'ATCA, elle refuse en revanche de considérer que seules les normes coutumières incorporées en droit américain pourraient servir de fondement aux actions initiées en vertu de l'ATCA<sup>84</sup>. De même si la Cour suprême estime que les normes internationales invocables doivent être déterminées, *mutatis mutandis*, selon le paradigme qui avait été suivi en 1789 par les rédacteurs du « *Judiciary Act* », elle n'en conclut pas pour autant que la notion de « *Law of Nations* » doit être circonscrite aux seules trois règles identifiées à l'époque.

Bien que la Cour suprême n'exclue pas que les juridictions américaines puissent se livrer à une lecture actualisée du droit international coutumier<sup>85</sup> : elle incite celles-ci à la prudence, au motif notamment d'une part que le Sénat a refusé de donner un effet « *self executing* » aux traités relatifs aux droits de l'homme ratifiés par les Etats-Unis, d'autre part que le juge doit sopeser les risques d'une immixtion dans la conduite de la politique étrangère. Les règles de droit international général dont la violation est justiciable de l'ATCA ne peuvent donc être que des « normes universelles acceptées par le monde civilisé » (expression employée par la Cour suprême...) suffisamment précises et reconnues comme obligatoires. Si la Cour suprême n'explicite guère plus en avant les caractéristiques et a fortiori la teneur de ces règles, elle relève néanmoins que les agissements sanctionnables au titre de l'ATCA sont les actes ou pratiques qui font de leurs auteurs des ennemis du genre humain.

En statuant de la sorte, la Cour suprême donne l'impression de vouloir restreindre la notion de « droit des gens » au sens de l'ATCA à la catégorie des « crimes internationaux ». Elle se rangerait donc, plus ou moins, au point de vue exprimé par la Commission de l'Union européenne dans le mémorandum d'*amicus curiae* présenté devant la Cour suprême<sup>86</sup>. L'arrêt

---

<sup>84</sup> Cet argument était développé par le Département fédéral de justice dans son « Brief » d'*amicus curiae*. Pour plus de détails, voir *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 847. La Cour suprême lui oppose la tradition américaine d'applicabilité de la coutume internationale sans recours préalable à la transformation.

<sup>85</sup> Ce qui explique d'ailleurs que les juges minoritaires soient amenés à critiquer le pouvoir attribué aux juridictions fédérales de créer des droits d'action civile pour violation du droit internationale coutumier.

<sup>86</sup> La Commission européenne estime que l'ATCA ne devrait être appliqué qu'aux actes à l'égard desquels l'exercice d'une compétence universelle en matière pénale est reconnu par

rendu dans l'affaire *Alvarez-Machain v./Sosa* répond en outre à la préoccupation de subsidiarisation du jeu de l'ATCA que préconisait également la Commission de Bruxelles. Somme toute la compétence civile universelle du juge américain ne doit pouvoir s'exercer qu'à titre d'*ultima ratio* dans le domaine de la protection des droits de l'homme.

Les limites ainsi assignées à la notion de « *Law of Nations* » expliquent que, *in casu*, la Cour suprême refuse d'admettre l'existence d'une règle de droit international général interdisant l'arrestation arbitraire<sup>87</sup>. A la différence de l'interdiction de la détention arbitraire à laquelle la Cour suprême semble vouloir prêter la qualité de norme coutumière universelle, la prohibition de l'arrestation arbitraire ne constituerait encore qu'une aspiration, au mieux une règle coutumière en voie de formation mais non encore positive<sup>88</sup>. L'appréciation de la portée exacte de la jurisprudence *Alvarez-Machain v./Sosa* laisse subsister une zone d'ombre importante, dès lors que la Cour suprême ne fournit qu'un mode d'emploi générique de la notion de « *Law of Nations* », considéré par ailleurs comme fort ambigu par les juges minoritaires<sup>89</sup>.

Une conclusion s'impose toutefois avec évidence et certitude : l'arrêt du 29 juin 2004 portera un coup d'arrêt très sensible à la montée en puissance du contentieux en réparation dirigé en application de l'ACTA contre les

---

le droit international. Plus précisément, elle affirme en substance que l' « Alien Tort Statute should be interpreted to reach conduct with no nexus to the United States only where that exercise accords with principles governing universal jurisdiction. The existence and scope of universal civil jurisdiction are not well established. To the extent recognized, it should apply only to a narrow category of conduct and should be exercised only when the claimant would otherwise be subject to a denial of justice ».

<sup>87</sup> Comprise en l'occurrence comme celle opérée hors du territoire américain en l'absence de toute base légale.

<sup>88</sup> A l'opposé des juridictions du fond qui avaient admis une violation du « droit des gens » en tirant argument des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques afférentes à la liberté de circulation, au droit de demeurer dans son propre pays et du droit à la sécurité personnelle. [*Alvarez-Machain v. Sosa*, 331 F.3d 604 (9th Cir. 2003)].

<sup>89</sup> Ceux-ci font en effet valoir que la Cour suprême certes censure les juridictions inférieures pour avoir pratiqué une interprétation exhaustive de la notion de « *Law of Nations* », mais que corrélativement elle utilise des formules que lesdites juridictions inférieures ne renieraient pas et ce faisant les incite somme toute « à tenter à nouveau leur chance ». [voir *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 848].

sociétés multinationales<sup>90</sup> (spécialement américaines), tout en laissant le for américain totalement ouvert aux actions visant les sociétés européennes en relation avec les événements de la seconde guerre mondiale. De même, la jurisprudence *Alvarez-Machain v. Sosa* sonne, au moins provisoirement, le glas d'un contentieux pour dommages écologiques fondé sur l'ATCA<sup>91</sup>.

*B. DROIT INTERNATIONAL GENERAL ET DETERMINATION DES REGLES DE FOND APPLICABLES A L'ACTION*

Si le choix de la loi applicable à l'action constitue une banale question de droit international privé, elle n'en comporte pas moins des enjeux importants dans le cadre de l'application de l'ATCA. En effet, il en va, non seulement du degré de pénétration des normes internationales dans l'ordre juridique américain, mais aussi plus prosaïquement de l'issue des litiges. Concrètement, la question de pose surtout pour les contentieux dirigés contre les sociétés multinationales poursuivies, bénéficiaires de pratiques de travail forcé et d'autres traitements contraires aux droits de l'homme. C'est

---

<sup>90</sup> Voir entre autres, *Aguinda v. Texaco Inc*, 303 F.3d 470 (2<sup>nd</sup> Cir. 2002), *Bigio v. Coca-Cola*, n°989058, 239 F.3d 440 (2<sup>nd</sup> Cir. 2000) ; *Bowoto et al. v. Chevron et al.* n°C99-2506 CAL (ND Cal. 1999) ; *Carmichael et al. v. United Technologies Corp. et al.*, 835 F.2d 109 (5<sup>th</sup> Cir. 1988) ; *In Re South African Apartheid Litigation*, 02 MDL 1499 (SDNY 2002) ; *In Re WW II Era Japanese Forced Labor Litigation (I)*, 164 F. Supp. 2d 1158 (ND Cal. 2001) ; *Iwanowa et al. v. Ford Motor Company et al.*, 67 F. Supp. 2d 424 (DNJ 1999) ; *Tamuasi v. Rio Tinto*, plc. N°00CV3208 (ND Cal. Filed Sept.6 2000) ; *The Presbyterian Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2<sup>nd</sup> Cir. 2000).

Voir aussi pour des analyses plus circonstanciées de ce contentieux, T.A. BRIDGEFORD, "Imputing Human Rights Obligations on Multinational Corporations: the Ninth Circuit Strikes again a Judicial Activism", *American University Law Review*, vol. 18-IV, 2003, pp. 1009-1057 ; T. COLLINGSWORTH, "Separating Fact from Fiction in the Debate over Applications of the Alien Tort Claims Act to Violations of Fundamental Human Rights by Corporations", *Symposia Work in the 21st Century, A look at the Contemporary Labor Movement*, *University of San Francisco Law Review*, vol. 37, 2003 ; C. FORCESE, "ATCA's Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act", *Yale Journal of International Law*, vol. 26, 2001, pp. 487-515 ; M.D. RAMSEY, "Multinational Corporate liability under the Alien Tort Claims Act: some structural concerns", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24, 2001, pp. 361-380 ; C. SHAW, "Uncertain Justice: Liability of Multinationals under the Alien Tort Claims Act", *Stanford Law Review*, vol. 54-VI, 2002, pp. 1359-1386, "Corporate Liability for Violations of International Human Rights Law", *Harvard Law Review*, vol. 114, p. 2025.

<sup>91</sup>Voir J.-F. FLAUSS, « Réparation des dommages écologiques et compétence civile universelle, Chronique d'une désillusion annoncée », *Mélanges Michel Prieur*, 2006, à paraître.

ainsi que dans la très emblématique affaire *Doe v. Unocal*<sup>92</sup>, le jugement rendu au fond aurait sans doute été différent si la juridiction saisie avait appliqué, à titre prioritaire, les standards internationaux de réparation des violations des droits de l'homme et non les règles américaines gouvernant le droit de la responsabilité civile<sup>93</sup>. Plus encore que son manque d'ouverture à l'égard des standards internationaux, il a surtout été reproché au juge américain un manque de clairvoyance ou/et de discernement dans l'utilisation des règles régissant la responsabilité internationale des Etats et la responsabilité internationale pénale des individus.<sup>94</sup> La doctrine a eu l'occasion de débattre de la pertinence de la réception des standards internationaux applicables à la réparation des dommages causés par des violations des droits de l'homme, spécialement à propos des actions dirigées contre les sociétés (corporations)<sup>95</sup>.

Au-delà des précédents jurisprudentiels attestant d'une ouverture du juge américain en faveur de l'internationalisation du droit applicable au fond

---

<sup>92</sup>*John Doe I v. Unocal Corp.*, 963F. Supp. 880 (CD Cal. 1997), W. J. ACEVES, "US District Court ruling in Action by Burmese Farmers for Human Rights Violations against their Persons and Property", *AJIL*, 1998, pp. 309-314. A. RAMASASTRY, "Corporate Complicity from Nuremberg to Rangoon: an examination of Forced Labor cases and the impact on the Liability of Multinational Corporations", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, pp. 91-151.

<sup>93</sup>En ce sens, voir A. RIDENOUR, "Doe v. Unocal Corps (110 F. Supp 2d 1294 (CD Cal. 2000), Apples and Oranges: why Courts should use International Standards to determine Liability for Violation of the Law of Nations under the Alien Tort Claims Act", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 9, 2001, pp. 581-603.

<sup>94</sup>Ainsi dans l'espèce *Doe v. Unocal* précité (supra note 92), le tribunal californien se réfère aux principes dégagés par la jurisprudence du Tribunal international de Nuremberg relatifs à la complicité passive en matière de violation de l'interdiction du travail forcé et de l'esclavage, mais les applique incorrectement dès lors qu'il considère que ladite forme de complicité suppose une participation active à la commission du « crime international », alors que la juridiction de Nuremberg avait estimé que la responsabilité de l'individu était engagée à partir du moment où celui-ci avait fait le choix moral de participer à une activité conduisant nécessairement à une violation du droit international. La prise en compte des décisions des juridictions internationales pénales devrait d'ailleurs en bonne logique être davantage actualisée : ainsi les solutions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (chambre d'appel) de l'affaire Tadic apparaissent comme constituant la grille de référence la plus idoine.

<sup>95</sup>Voir entre autres J. PROCIV, "Incorporating Specific International Standards into ATCA Jurisprudence: Why the ninth Circuit should affirm Unocal", *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 34, 2003. "Civil Procedure choice of Law Ninth Circuit uses International Law to decide applicable substantive Law under Alien Tort Claims Act", *Harvard Law Review*, vol. 116-V, 2003, pp. 1525-1532.

à l'action en responsabilité civile introduite en vertu de l'ATCA<sup>96</sup>, la thèse favorable à l'importation des standards internationaux s'appuie aussi sur le principe du parallélisme des « lois » applicables à l'appréciation de la recevabilité de l'action et à son règlement au fond<sup>97</sup>. Elle se fonde surtout sur le caractère mieux adapté et plus performant des règles de droit international pour traiter les cas de violations des droits de l'homme soumis aux juridictions américaines en application de l'ATCA<sup>98</sup>. Ce point de vue est cependant loin d'être unanimement partagé<sup>99</sup>. En particulier est fortement mise en doute l'opposabilité aux sociétés des principes directeurs gouvernant la responsabilité internationale des Etats. De même est considérée comme fortement sujet à caution l'existence à charge des sociétés d'une obligation de protection des individus victimes de violation des droits de l'homme perpétrées par des Etats.

Au lendemain de l'arrêt de la Cour suprême du 29 juin 2004, le débat relatif à la nature du droit applicable au fond devrait, en bonne logique, perdre une partie de son intensité, étant donné que le contentieux mettant en cause sur le terrain de l'ATCA des sociétés multinationales est appelé à se raréfier.

\*\*\*

En circonscrivant plus étroitement l'extra-territorialité de la juridiction américaine en matière de la répression civile des atteintes aux droits de l'homme, la Cour suprême des Etats-Unis décevra certainement tous ceux qui avaient fait de l'ATCA le modèle idéal (ou le meilleur pis-aller) pour combler le hiatus existant entre le progrès normatif de la société internationale et la faiblesse de ses avancées institutionnelles. Mais la subsidiarisation du rôle dévolu à l'ATCA par la jurisprudence *Alvarez-Machain v. Sosa* ne doit pas étonner. Peut-on en effet sérieusement

---

<sup>96</sup> Outre l'affaire *Doe v. Unocal* précitée (supra note 92), voir aussi l'espèce *Tachiona v. Mugabe*, 234F. Supp. 2d 401 (SDNY 2002).

<sup>97</sup> C. FORECESE, "ATCA's Achille Heel : Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act", *Yale Journal of International Law*, vol. 26, 2001, p. 502.

<sup>98</sup> Voir J. PROCIV, « Incorporating Specific International Standards into ATCA Jurisprudence », précité (supra note 98), p. 542.

<sup>99</sup> En ce sens, C. SHAW, "Uncertain justice : Liability of Multinationals under the Alien Tort Claims Act », *Stanford Law Review*, vol. 54, 2002, speci. p. 1379 et s.



envisager qu'une juridiction suprême, avant tout gardienne d'un ordre constitutionnel et gestionnaire d'une politique constitutionnelle<sup>100</sup>, adopte à l'égard de la compétence civile universelle une attitude qui serait aux antipodes de celle retenue par la plus ancienne des juridictions internationales compétentes dans le domaine de la protection des droits de l'homme<sup>101</sup> ? Par ailleurs, le coup d'arrêt apporté à l'utilisation de l'ATCA ne doit-il pas également être relié à la moindre attractivité du for américain pour les contentieux en gestation par rapport à ceux déjà jugés ou réglés<sup>102</sup> ?

En fin de compte, il n'est pas totalement exclu qu'à l'avenir l'ATCA soit largement supplanté par le TVPA, pour autant que le champ d'application<sup>103</sup>, ainsi que les conditions procédurales de mise en œuvre<sup>104</sup> de ces deux législations coïncident pour une part non négligeable.

#### SUMMARY

Regarded as contributing to the privatisation of judicial enforcement of human rights, the United States Alien Tort Claim Act (ATCA) is by the

---

<sup>100</sup> Pour un argumentaire plus circonstancié en ce sens voir M.D. RAMSEY, "Multinational Corporate Liability under the Alien Tort Claims Act: some structural concerns", *Hasting International and Comparative Law Review*, vol. 24, 2001, p. 376 et s.

<sup>101</sup> Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 novembre 2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*. J-F. FLAUSS, « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°53, 2003, pp. 156-175.

<sup>102</sup> Même en faisant abstraction du contentieux dirigé contre des sociétés multinationales, il est fort probable (voire même avéré) que la multiplication d'action intentées au nom de groupes afro-asiatiques victimes de pratiques d'esclavage ou/et de traites.

<sup>103</sup> L'action civile intentée au nom du TVPA ne peut toutefois concerner que les actes de torture ou les exécutions extra-judiciaires.

<sup>104</sup> L'action est soumise à un délai de prescription de dix ans après la survenance des faits dénoncés et le demandeur doit satisfaire à l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes. Or la première condition semble s'être plus ou moins imposée dans la contentieux de l'ATCA [J.R. WEERAMANTRY, « Time limitation under the United States Alien Tort Claims Act », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n°851, 2003, p. 627-636] et la seconde apparaît comme très largement présente du moins en filigrane dans l'arrêt *Alvarez-Machain v. Sosa*.

same token considered as a factor disturbing the international legal order. However, the lawfulness of such exercise of universal jurisdiction in civil matters by American courts has barely been challenged as such by third States, in any event not openly. It is true that judgments delivered on the basis of the ATCA are not directly enforceable outside the territory of the United States. By contrast, the modalities of the implementation of the ATCA have led to more controversial responses inasmuch as they have revealed a partial erosion of jurisdictional State immunity and a large discretionary power of American judges. Recourse to general international law concerns primarily the issue of jurisdiction with regard to actions instituted on the basis of the ATCA. In particular, the relevant case law and legal literature have made efforts to identify the rules of international law, the violation of which may be invoked by reference to the ATCA. Although the Supreme Court has clearly rejected an “evolutive” interpretation of the concept of “law of nations” (judgment of 29 June 2004, *Alvarez-Machain v. Sosa*), it has not pronounced itself in favour of a strictly static understanding of the legal text justifying recourse to the ATCA.



## CHAPITRE XIX

### *Conclusions*

ALAIN PELLET

Le temps passant, et l'âge aidant, je suis, de plus en plus souvent, préposé aux conclusions de colloques. Je me laisse volontiers faire: l'exercice est intéressant et stimulant; il oblige à écouter et à essayer de "penser" (ou de "faire comme si..."), en tout cas de s'approprier quelques pensées que d'autres ont eues et d'essayer d'en tirer quelques idées générales. Ce que je vais dire le quart d'heure qui m'est imparti n'a pas plus d'ambition que cela – et, malgré les allusions "perfides" de mon ami Christian Tomuschat, je n'ai rien préparé à l'avance: cette synthèse imparfaite est, conformément à ce que je crois être la loi du genre entièrement improvisée et spontanée<sup>1</sup>.

Première idée générale: elle concerne non pas le fond de notre rencontre, mais sa forme ou, plutôt, son principe même. À son échelle – modeste, malgré la munificence de l'accueil qui nous est réservé – il traduit le passage de la société westphalienne au monde global transfrontière. Les membres de deux sociétés nationales pour le droit international se rencontrent dans un esprit de grande convivialité. Nous sommes séparés plus par la langue que par les idées – et encore, cette barrière linguistique n'est-elle guère un handicap que pour les Français, car je suis très impressionné par la connaissance qu'ont nos amis allemands de la langue d'Hauriou et de Duguit. Et je salue tout spécialement la performance de Georg Nolte qui a eu la courageuse élégante de présenter son rapport en français.

Mais, si l'on y réfléchit, ces rencontres biennales sont extraordinaires. On pouvait penser que trois guerres entre l'Allemagne et la France auraient laissé dans les inconscients collectifs des Allemands et des Français des traumatismes profonds empêchant non pas, certes, les rencontres mais, au moins, les convergences fortes d'idées, de sentiments et de pensée. Or, pas du tout, il y a, d'évidence, une véritable communauté d'approches et de

---

<sup>1</sup> Conformément aux recommandations des co-directeurs des Actes de cette rencontre, les présentes conclusions se bornent à reproduire le texte des Conclusions orales.

manières de voir. Le rapprochement est tel que je me suis parfois demandé qui étaient les “Français”, et qui les “Allemands” – car il m’a semblé que l’approche allemande, que l’on attend théorique, doctrinale, “prussienne” pour lâcher le mot, était souvent plus pragmatique et empirique que le discours français.

À notre niveau et dans notre domaine, nous témoignons d’une vision plus “communautaire” (ou “communautariste”) du droit international que ne l’eussent fait nos maîtres, qu’ils s’appellent Triepel, Jellinek, Basdevant ou même Georges Scelle, malgré ses aspirations à un monde “intersocial”. Mais, bien que je m’en sente un lointain et modeste héritier, je crois que ce dernier était trop visionnaire pour un juriste et que ses aspirations à un monde plus solidaire l’avaient conduit à enterrer un peu vite la notion de souveraineté, qui ne constitue sans doute plus l’unique référant du droit international, mais qui, sans aucun doute, “conserve de beaux restes” et demeure, nos débats le montrent, un puissant facteur explicatif de quantités de phénomènes juridiques internationaux.

On peut d’ailleurs s’étonner que la “souveraineté des États”, qui constitue l’un des deux termes du sujet que les organisateurs de notre rencontre ont choisis, ait, en apparence au moins, si peu retenu l’attention des participants. En apparence car, si l’on gratte un peu, la souveraineté est demeurée très présente dans nos débats.

Comme il est naturel, les orateurs ont plutôt porté leur attention sur l’autre aspect du sujet, plus “moderne”, plus “interpellateur” plus “sexy” comme l’on dit: “Les règles fondamentales de l’ordre juridique international”, en particulier le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* – sans d’ailleurs que l’on sache très bien s’il s’agit d’un seul et même concept ou de deux choses différentes – même si pour ma part, contrairement à Christian Tomuschat, je pense qu’il s’agit de deux notions distinctes: le caractère *cogens* d’une norme concerne la qualité du contenu même de celle-ci; l’expression *erga omnes* attire plutôt l’attention sur ses destinataires. Moyennant quoi, force est de reconnaître que la C.I.J. assimile et confond les deux notions depuis l’arrêt de la *Barcelona Traction* et jusqu’au récent avis sur le *Mur* israélien – mais ce n’est peut-être que l’effet de la vigilance sourcilleuse (ou faudrait-il parler de terrorisme intellectuel?) des Juges français, en général fort influents, qui ont imposé à leurs collègues un tabou sur le mot, même s’il leur a fallu – aussi peu que cela leur a été possible..., céder sur la chose.

Soit dit en passant, contrairement à ce qui a été dit, le combat d'arrière-garde de la France, la "guéguerre" qu'elle a trop longtemps livrée à la notion de normes impératives est terminée; et si, par exemple, vous lisez attentivement les interventions du Conseiller juridique du Quai d'Orsay à la Sixième Commission de l'Assemblée générale depuis quatre ou cinq ans, vous constaterez que l'expression *jus cogens* ne lui brûle plus la langue.

*Jus cogens* en abrégé, cela fait "J.C.": il y a "l'avant J.C." et "l'après J.C."... Et il me semble que, dans cette salle, nous sommes tous entrés dans l'ère de "l'après J.C.", même si nous embrassons la nouvelle religion avec plus ou moins d'enthousiasme ou de conviction.

Presque tous, nous croyons qu'il existe parce que nous l'avons rencontré. Parce que nous nous refusons à admettre qu'un génocide ou la violation anodine d'un traité de commerce sont de même nature. Le *jus cogens* existe, parce que cela est logique et nécessaire; parce qu'il constitue l'indispensable rempart contre le froid cynisme positiviste, mais aussi parce que, comme celle de l'Être suprême, son existence se manifeste par ses œuvres. Personne aujourd'hui ne peut sérieusement prétendre qu'un traité organisant un génocide ou une agression n'est pas entaché de nullité. Aucun esprit raisonnable ne peut affirmer que toutes les violations du droit international produisent les mêmes effets.

Ceci dit, si nous croyons tous que le *jus cogens* existe, il nous pose à tous des problèmes et c'est dans la façon dont nous les résolvons que se manifestent nos différences, parfois nos divergences profondes.

Et d'abord avec sa définition même.

Je partage l'avis de ceux qui considèrent que la définition de l'article 53 est acceptable et est sans doute la moins mauvaise possible. En tout cas, elle a pignon sur rue et il est sans doute prudent de s'en accommoder. Et pourtant, on peut se demander si même cette définition de base ne commence pas déjà à se fissurer. On ne l'a pas beaucoup relevé et c'est pourtant important: l'article 53 de la Convention de Vienne mentionne "la communauté internationale *des États* dans son ensemble", le projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite" parle, lui, de communauté internationale "tout court". Il y a là plus qu'une nuance.

Il est vrai que le projet de 2001 n'en tire guère de conséquences. Mais si le mouvement se poursuit; si l'idée que la "communauté internationale" est composée d'autres chose que des États, il faudra que nous réfléchissions sérieusement aux implications de cette réalité nouvelle sur notre définition

et du *jus cogens* et de la notion même de souveraineté et, sans doute, que nous revoyions tout le droit international à la lumière de cette donnée nouvelle. Peut-être le moment arrive-t-il de donner sa revanche à Georges Scelle justement.

Bien d'autres choses nous embarrassent – et d'abord, bien sûr, l'identification des règles fondamentales car il nous faut trouver des critères pour nous garer de deux écueils, également graves: le "tout *jus cogens*" – qui conduit à étendre exagérément le domaine des normes fondamentales au mépris, à vrai dire, d'un réalisme élémentaire – ou le scepticisme paralysant.

On a, à juste titre à mon avis, mis en évidence le rôle essentiel du Juge dans la découverte, l'"invention" au vrai sens du mot, des normes impératives. Ce n'est paradoxal qu'en apparence: j'ai la conviction que, malgré la très grande rareté de ses interventions, ou peut-être grâce à elle, le Juge est, en l'absence de législateur international, non pas un législateur de substitution, mais le meilleur "adaptateur" du droit international aux nécessités changeantes de la vie internationale.

Mais ceci ne suffit pas: dans la société internationale, l'intervention du Juge est aléatoire – sans que l'on doive, pour autant, l'accuser de "frilosité": ce n'est pas lui qui est "frileux", mais les États qui le saisissent si peu... Alors, à quels mécanismes faire appel? à la voie coutumière? mais, comme on l'a dit, la pratique est, c'est heureux, liée au *jus cogens* de manière inversement proportionnelle à l'importance de ses règles.

L'interdiction de l'usage non défensif (étant entendu que la définition de ce qui est ou non défensif n'est pas évidente) des armes nucléaires relève sans aucun doute du *jus cogens*. Mais comment le sais-je? Heureusement pas grâce à une pratique, sauf négative; mais justement les règles impératives sont, en général, négatives, elles obligent à ne pas faire bien davantage qu'à faire. Et, chacun le sait, la preuve d'un acte négatif, d'une omission, ou d'une règle prohibitive est la plus difficile qui soit. *Probatio diabolica*. La preuve de l'existence du *jus cogens* est diabolique. Et pourtant il est... Pourquoi? parce que je le sais, parce que nous le savons, parce que les États le savent et, parfois, le proclament.

Il faut s'y résigner: l'identification du *jus cogens* est de l'ordre du discours, ou, pour faire plus savant, de l'*opinio juris*. Après tout, ce n'est pas la seule notion qui s'en accommode en droit international. La coutume relève, finalement, de la même problématique. Vive l'article 53.

Encore un mot sur un autre problème lié à la définition et à l'identification de notre notion: le changement de son contenu. On a dit à juste titre que, si changement il devait y avoir, ce ne pourrait être que par addition: une fois *cogens*, une norme le demeurerait et ne perdrait pas son statut. *En principe*, ceci est vrai – et, en tout cas souhaitable: la montée en puissance des normes impératives, quantitativement et qualitativement, traduit la lente marche de la société humaine vers une intégration plus poussée fondée sur des valeurs communes.

Mais on ne peut exclure que ceci reflète une vision trop optimiste des choses: un nouvel Hitler pourrait réhabiliter le génocide; et l'on ne peut complètement exclure l'hypothèse impertinente, avancée hier, selon laquelle la victoire durable des idées véhiculées et mises en œuvre par les États-Unis de George W. Bush finisse par réhabiliter le recours à la force contrairement à la Charte des Nations Unies. Le droit n'est pas fait pour les enfants de chœur; il est le résultat de rapports de force; et si le plus fort manque durablement à ses responsabilités, le droit, même impératif, ne peut en sortir indemne.

Passons maintenant, brièvement, de la définition et de l'identification aux effets. Il y a trop à dire – donc seulement quelques flashes, en *staccato*... En relevant ici encore, que la pratique est rare: comme l'a écrit Ian Brownlie, le *jus cogens* est un véhicule qui sort rarement du garage; c'est une notion dissuasive – au sens où l'on parle de dissuasion nucléaire: les normes impératives sont suffisamment ressenties comme telles qu'elles dissuadent leurs destinataires de passer outre.

La *non-reconnaissance* des effets d'une violation d'abord.

Je suis d'accord avec ce que l'on a dit: elle va plus loin que ce que l'expression indique *prima facie*. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice avec force dans son avis de 1971 sur la *Namibie*, l'obligation de ne pas reconnaître une situation créée par la violation d'une règle de *jus cogens* implique que l'on (aucun État, aucune entité quelle que soit) n'ait de relations (de *dealings* dit la Cour) avec une entité créée en violation d'une norme impérative.

En revanche, je pense que le problème est mal posé si on le pose en termes d'États tiers. Alors que l'État tiers ne peut jamais reconnaître une situation résultant d'un fait internationalement illicite, la victime le peut *sauf* si le fait est un "crime" international ou la "violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général". C'est en cela que réside la différence. C'est ce que dit l'article 41 du projet de la C.D.I.



sur la responsabilité des États qui est, soit dit en passant, moins anodin qu'on ne l'a dit.

Plus généralement, je ne suis d'ailleurs pas du tout d'accord avec l'idée selon laquelle il y aurait eu un "coup de théâtre" au sein de la Commission en 2001 et que, par suite, le principe d'une différenciation entre deux catégories différentes de manquements au droit international, soumis à des régimes juridiques distincts ait été abandonnée. Il y a eu, bien plutôt, un tour de passe-passe, purement terminologique: le mot "crime" a certes été écarté (et, à la réflexion, je crois que c'est plutôt une bonne chose); mais la C.D.I. a substitué au mot sa définition et le régime qui y était attaché dans le projet de 1996 a été maintenu et défini de manière sans doute plus intelligible, grâce à la combinaison des articles 40, 41 et 48 du projet – et peut-être par l'article 54, lui, tout en ambiguïté. Et je ne partage pas non plus sur ce point les regrets qui ont été exprimés sur l'abandon de l'idée d'État indirectement lésé, et encore moins, sur la mise à l'écart, au contraire fort bien venue, de l'idée de "préjudice juridique", qui n'est d'aucune espèce d'utilité – ni théorique, ni pratique.

L'arrêt *El Adsani*... Je pense sincèrement qu'il eût été catastrophique, en tout cas intellectuellement, que la minorité triomphe. Il est bon qu'il y ait des règles de *jus cogens*; mais ce n'est pas une "notion à tout faire". Contrairement à ce qui a été dit, elle introduit, à l'évidence, une hiérarchie des normes – des normes, pas des sources – en droit international; mais elle ne saurait, pour autant, fonder la compétence d'une juridiction, quelle qu'elle soit. Et ce n'est pas parce que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la C.I.J. a admis que la violation d'une norme *erga omnes* (ou *cogens*?) justifie un intérêt pour agir généralisé (ce qui relève de la recevabilité), une sorte d'*actio popularis*, que ses règles de compétence s'en sont trouvées modifiées.

Revenons un instant au projet de la C.D.I. sur la responsabilité des États. Autant je vois globalement d'un bon œil ce qu'il dit, autant je regrette ce qu'il ne dit pas et, d'abord, qu'il ne tire pas de la notion de "violation grave" l'idée de transparence de l'État.

Comme les Juges Higgins, Koojmans et Buergenthal dont on a mentionné ce matin l'opinion individuelle commune dans l'affaire *Yerodia*, je n'ai guère de doute sur le fait que les gouvernants perdent leurs immunités en cas de violation grave – mais il me semble qu'il faut savoir pourquoi et à quelle(s) condition(s). La condition, nécessaire et suffisante, me semble être

justement qu'une violation grave ait été commise par l'État en cause; seule elle est susceptible de (ou devrait) lever le voile étatique – et ce, même en l'absence de texte.

On retrouve aussi cette idée de transparence en ce qui concerne la compétence universelle – que l'on a, à mon avis, abondamment confondu ce matin avec la compétence *internationale*. Je suis on ne peut plus d'accord avec l'idée selon laquelle le *jus cogens* ne justifie pas, en lui-même, l'exercice de la compétence universelle car il n'équivaut pas à une qualification juridique d'infraction pénale. Il n'en reste pas moins qu'il en facilite l'exercice en ce sens que la violation grave d'une obligation en découlant paralyse l'immunité de juridiction des personnes physiques qui sont, concrètement, à l'origine de la violation de son obligation par l'État et qui, en conséquence, peut être appréhendée et jugée – n'en déplaise à la Cour internationale de Justice dont l'arrêt rendu dans l'affaire *Yerodia* n'est, malheureusement, guère compatible avec cette présentation. La C.I.J. rend, parfois, de mauvais arrêts; celui-ci en est un.

Me démarquant sur ce point de l'approche excessivement empirique de Christian Tomuschat, je regrette aussi très fermement que l'article 54 du projet de la C.D.I. ne soit pas plus fermement rédigé. Je n'ai, pour ma part, aucun doute sur le fait que les mesures de réaction à l'illicite par des États non lésés sont possibles à deux conditions: que l'on soit en présence d'une violation grave et que ces mesures en riposte ne soient pas, elles-mêmes contraires à une norme impérative (en clair: qu'elles ne se traduisent pas par un recours à la force armée en dehors des cas prévus par la Charte). Dans la société internationale contemporaine, qui reste fortement décentralisée, on ne peut espérer qu'une réaction collective à un génocide ou à d'autres crimes massifs ou à une agression soit assurée; et il est sans doute plus sage d'étendre, dans ces limites, la "justice privée", qui est la marque de fabrique de la mise en œuvre du droit international, et qui, en outre, renvoie au devoir de protection auquel il a été fait allusion ce matin.

Le problème avec le "devoir de protection", expression certainement préférable à "devoir" ou, pire, "droit d'ingérence", est qu'il risque de favoriser les interventions "à la Zorro", comme cela a sûrement été le cas au Kosovo (action dont on a souvent dit qu'elle a été illicite mais légitime) ou en Iraq (alors même que l'agression de la "Coalition" n'y a été ni licite, ni légitime). Mais il faut bien voir que, aux dires de leurs promoteurs, ces deux

actions visaient à la même chose: à faire respecter des règles impératives du droit international général. Sous cette forme, on ne saurait l'admettre.

Une dernière remarque sur ce point. On nous a dit que les résolutions 1244 (qui tire les conséquences de l'action de l'OTAN au Kosovo) et 1546 (qui réintroduit les Nations Unies dans le jeu en Iraq) ne légitimaient ni ne "légalisaient" ces actions. Je suis prêt à admettre qu'elles ne le font pas *ex tunc*. Mais même si ce n'est qu'*ex nunc* (et, à mon avis, c'est forcément le cas), peut-on admettre que le Conseil de sécurité tire les conséquences d'une agression? Si oui, c'est limiter considérablement la portée du principe de non-reconnaissance. À moins qu'il n'y ait une autre explication – aussi fâcheuse qu'elle soit – et qui est la suivante: dans ces deux cas, le Conseil a estimé que l'on n'était pas en présence de violations graves et, en tout cas, d'agressions.

On peut admettre que le Conseil de sécurité se trompe, lui aussi, et je n'ai pas le moindre doute sur le fait qu'il se trompe en effet lourdement, en tout cas, s'agissant de l'Iraq. Mais on peut admettre ceci une fois, deux fois, peut-être une demi-douzaine de fois. Mais, si cela se reproduit souvent, le droit – et les juristes qui n'en sont que les interprètes – devront s'incliner et tirer les conséquences de ces faits, trop têtus pour pouvoir être ignorés. Alors, la remarque impertinente – mais, finalement, très pertinente, que j'évoquais tout à l'heure au sujet de la réhabilitation du recours à la force par l'Administration Bush, prendra tout son sens et la souveraineté, en tout cas la souveraineté de ceux qui peuvent, aura pris sa revanche. Ce n'est pas le scénario que j'appelle de mes vœux. Au risque de terminer sur une note un peu sombre, ce n'est pas cependant le plus improbable.

## CHAPTER XX

# *Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes – Concluding Observations*

CHRISTIAN TOMUSCHAT

It was not the objective of this Workshop to provide a historical account of the fundamental principles and rules of the international legal order<sup>1</sup> and to establish a full list of such norms which are mostly designated as *jus cogens* or obligations *erga omnes*. Many debates in legal literature have shown the futility of drawing distinctions between *jus cogens* and obligations *erga omnes*, where authors have sometimes come to opposite conclusions as to the larger or narrower scope of either of these two concepts<sup>2</sup>. One thing is certain, however: the international community accepts today that there exists a class of legal precepts which is hierarchically superior to “ordinary” rules of international law, precepts which cannot even be brushed aside, or derogated from, by the sovereign will of two or more States as long as the international community upholds the values encapsulated in them. This is a development which received full recognition when in 1969 the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) formally introduced the rule that treaties violating *jus cogens* are void (Articles 53 and 64). This proposition meant that sovereign immunity was not any longer the centre-piece of the international legal order. In fact, it stands to reason that, if human rights as the revolutionary new element of international law are taken seriously, international law cannot accept as lawful certain acts and transactions that destroy the fabric of civilized co-existence enabling us to conceive

---

<sup>1</sup> In the following, for reasons of brevity, the expression “fundamental rules” will be used.

<sup>2</sup> For a recent attempt to disentangle *jus cogens* and obligations *erga omnes* see Giorgio Gaja, “Obligations and Rights *Erga Omnes* in International Law”, in : *Annuaire de l’Institut de droit international*, Vol. 71-I (2005), p. 117, et 127-8 ; Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1992, pp. 32-3; Dinah Shelton, “International Law and “Relative Normativity””, in: Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford 2003, pp. 144-172, at 149-159; Christian Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des cours* 281 (1999), 2001, pp. 81-90.

of the world as a legal community in which all nations and their individual members have their legitimate place.

It was only natural to extend the doctrine of *jus cogens* to other legal fields. Regarding international treaties, the answer as to the specific effect of such rules was given by the Vienna Convention itself. Treaties conflicting with a rule of *jus cogens* are void. To come to this conclusion is a fairly easy intellectual operation, provided that one succeeds in identifying the rule of *jus cogens* said to apply to the controversial agreement at hand, and demonstrating its specific nature. But what can be the legal consequences with regard to other complex issues? Does one need a separate new system of rules geared to regulate the prevention of *jus cogens* violations and their suppression, i.e. a system that runs parallel to the ordinary one but which contains many special answers, given the gravity of any infringement of a *jus cogens* rule? In this regard, to date no comprehensive picture has emerged. Answers are mostly given in a piecemeal approach – which is entirely legitimate at a time when no consensus exists as to how to handle the concepts of *jus cogens*, obligations *erga omnes*, international crimes, or other similar concepts<sup>3</sup> in actual practice where they have to prove their usefulness. Indeed, this Workshop had as its main goal to clarify what special legal consequences attach to a breach of legal rules and principles classified as hierarchically superior to “ordinary” rules of international law. Thus, seen from the original conceptual point of departure, attention was to be focused mainly on secondary rules, not on the relevant primary rules of conduct.

Nonetheless, it was also felt necessary to provide at least an outline of the development of the *substantive primary rules*. Paul Tavernier and Stefan Kadelbach have described the general framework, attempting to identify the essence of the rules forming the object of our analysis. They came to largely similar conclusions. Paul Tavernier diagnoses a definite “moralization” of international law, contrary to classic international law, which may lead to relatively swift variations in a chronological perspective, and additionally to variations on a regional level. Stefan Kadelbach engages in a careful examination of the different classes of the rules concerned, recognizing that they

---

<sup>3</sup> Reference is made, in particular, to Articles 40 (1) and 48 (1) of the ILC’s Articles on Reponsibility of States for internationally wrongful acts, taken note of by Resolution 56/83 of the UN General Assembly, 12 December 2001. For a discussion of further notions pointing in the same direction see Robert Kolb, “*Jus Cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation ‘positive’ et ‘négative’”, *Revue générale de droit international public* 109 (2005), pp. 305-329.

are all based on community interests but maintaining that *jus cogens* and *erga omnes* norms are not identical although they overlap at certain points. In a nutshell, his presentation already contains many of the ideas which were more extensively developed in the subsequent reports.

One example of an “intransgressible” regime was specifically picked out of the wide array of possible objects of demonstration, namely the *protection of prisoners of war*. This regime does not normally stand in the forefront of discussions on *jus cogens*, but it constitutes one of the oldest manifestations of a deliberate effort by the international community to restrict the right of States to conclude agreements prejudicial to elementary rights of the human person. Article 6 (1), second clause, of Geneva Convention III on the Treatment of Prisoners of War explicitly prohibits “special agreements” that adversely affect the situation of prisoners of war or restrict the rights conferred on them by the Convention. Generally, *jus cogens* is thought of as being made up of customary rules. Here, by contrast, the contracting States themselves have committed themselves to never proceeding to lower the level of protection – a move which at first glance may seem schizophrenic but which is fully justifiable also on the plane of legal logic. Indeed, Geneva Convention III is supported by all of its contracting parties, which today means 192 States, the entire international community, while such special agreements are necessarily confined to the parties to an actual armed conflict. The VCLT does not provide for such primacy of specific treaties in case of conflict with other treaty obligations (Article 30 (4)). A treaty which is incompatible with an earlier treaty does not become void by such a collision: a State which has entered into inconsistent commitments simply becomes liable under the general rules on responsibility. Given the pernicious effects which “special agreements” may entail, as borne out by many atrocious experiences during World War II, the authors of Geneva Convention III preferred to set forth a clear prohibition. One may discuss at length the legal consequences which a breach of this prohibition is intended to produce. But it does not really matter whether one speaks of “invalidity” or “nullity”. The essential fact is that agreements negatively affecting the status of prisoners of war lack any justification under international law. Thus, Article 6 (1), second clause, of Geneva Convention III goes even further than Article 103 of the UN Charter. Rightly, Stefanie Schmahl and Philippe Weckel both view the status of prisoners of war as the archetype of a *jus cogens* regime.

As far as the centre of gravity of the Workshop is concerned, the contributors invariably had to deal with the legal consequences of a breach of principles or rules to which the international community attaches particular importance, regarding them as the essential building blocks of a viable international legal order. Indeed, although international law in its entirety may look like an almost mind-boggling set of norms of the most diverse nature, which does not follow any rational structure and seems to be close to arbitrariness in many of its manifestations, it is also clear that some of these norms determine its identity proper. A “legal order” that would permit genocide would deny the basic foundations of the values upon which the great bulk of the other rules is predicated. Sovereign equality and, in particular, the principle of non-use of force are of the same nature. An international system deprived of these post-1945 features might still operate in some way or another. But it would have undergone deep qualitative change which the international community in its current composition seeks to ban to the greatest extent possible. Obviously, the course of history cannot be halted. Yet, if a community of human beings remains firmly attached to certain values, considering them to constitute the core substance of peace and relative well-being in the world for everyone, it can at least attempt to safeguard the legal principles and rules which are designed to uphold these values by providing for special sanctions<sup>4</sup> in case of their infringement. Such infringement not only affects the bilateral relationship between the two (or several) States involved, but at the same time the interests of all States, even those States which are not exposed to the direct effects of the conduct complained of.

This simple reflection shows that the discussion on *jus cogens* and obligations *erga omnes* needs to be put in perspective. Every lawyer probing into this thicket with its almost impenetrable layers of doctrinal fights should realize that any inquiry must proceed in two stages. At the first stage, the task is to identify the relevant rules of conduct to which some higher legal rank – whatever that may be – is ascribed. This is a never-ending process since the needs of the international community change over time, in any

---

<sup>4</sup> Generally, the term “sanction” is currently reserved for measures imposed by international organizations. But it would seem appropriate to also use this term if international law, in the absence of a truly collective mechanism, allows individual States to act for the benefit of the common interest.

event at its margins<sup>5</sup>. Then, at a second stage, it is incumbent on legal analysis to spell out which special legal consequences ensue from any breach of such “superior” principles and rules. In devising the programme of this Workshop, a considerable effort was made with a view to giving a broad overview of most of the existing regimes setting forth such special consequences. It stands to reason that in this respect no simple answers can be given. To a considerable extent, and almost *per definitionem*, a breach of fundamental rules of international law transcends the usual bilateralism of international relationships. Third States are authorized, or called upon, and in some instances even obligated to intervene and to take steps in order to make good or remedy the prejudicial effects of the wrong-doing.

The legitimate role of third States, however, must depend on the severity of the relevant sanctions. No serious obstacle is demanded of third States if they are required not to recognize as lawful a situation that was brought about by methods prohibited by international law under a fundamental rule. On the other hand, although failure of recognition may be extremely unpleasant for a State whose actions are thus delegitimized, in a material sense one can hardly speak of interference. Recognition is a decision which every State is free to make or not to make. Non-recognition does not directly affect the territory or the population of the State which is virtually placed on the bench of the accused. It is a different matter altogether to authorize direct interference with the assets of an impleaded State by denying it sovereign immunity (in case of grave breaches of human rights) or to permit military action against it by withdrawing from it the protective cloak of the principle of non-use of force. The array of conceivable sanctions is so different in nature and gravity that any automatic linkage between a breach of a fundamental rule – at the level of primary rules of conduct – and the applicability of special rules – at the level of secondary rules defining the regime of sanctions – must be deemed to be excluded. Instead, there is a need to ascertain, in each and every instance, whether the gravity of the breach justifies imposing a particularly harsh regime of sanctions.

Seen from this viewpoint, it makes little sense to divide the world of hierarchically superior norms into *jus cogens* and obligations *erga omnes*. The original meaning of *jus cogens* refers to the validity of international treaties, as suggested by Articles 53 and 64 of the VCLT. By classifying a rule as *jus*

---

<sup>5</sup> An authorization of genocide could never be a proposition forming part and parcel of a legal order intended to protect the welfare of human beings.



*cogens*, one recognizes its capacity to restrict the treaty-making power of two or several States. Subsequently, *jus cogens* became a common denominator for special legal consequences in other fields of inter-State relationships – for instance with regard to sovereign immunity. This is a development which, from the viewpoint of terminological and substantive clarity, is to be deplored. The substantive superiority of a specific rule and the legal consequences deriving from its breach should remain separate. In fact, when resorting to the term “obligations *erga omnes*”, it is not so much the substantive structure *ratione personae* of a legal commitment which lawyers have in mind, but rather the right of third States to take steps for the defence of a breach of that commitment – namely counter-measures or measures akin to measures of diplomatic protection which normally are permitted only in favour of nationals. In any event, this is the interesting legal issue. One may also speak in a somewhat looser fashion of obligations *erga omnes* with regard to any obligations deriving from a multilateral treaty. If this is done, however, the concept loses its explanatory essence as a guide to clarify the potential of sanctions at the disposal of the international community.

If a clear distinction is made between primary rules protecting basic values of the international community and secondary rules governing the consequences of any breach of such rules, it also becomes easy to identify the common denominator establishing a link between such concepts as *jus cogens*, international crimes by States, international crimes by individuals entailing individual criminal responsibility, and obligations *erga omnes*. This common link is constituted, as is implicit in what has already been pointed out, by the rules of conduct which proscribe certain attacks on a number of particularly cherished goods of the international community. Thus, the ban on genocide, as the centrepiece of any adequate legal order among human beings, gives rise, in case of breach, to all of the consequences which are implicit in the terms which have just been listed. But even the commission of genocide does not push the responsible State into a legal no-man’s land. Above all, it remains a State, and as a State it keeps many of its rights. As long as it is a State, it must be treated as such, with some forfeiture, but not with a general loss of its status. This is precisely the task of the lawyer, namely to determine, on the basis of available practice, whether an exceptional regime has emerged and whether it is wise to provide for such a regime.

It is against this backdrop that the individual presentations were made. Although it was the hope of this author that all participants would share his working hypothesis, this did not happen. However, he remains convinced that his model of a two-stage approach continues to shed more light on the complex legal position than most of the other theoretical concepts. In any event, it is clear from the foregoing that the fundamental rules of the international community should not be called *jus cogens* – since *jus cogens* is too closely associated with just one specific aspect of the potential inherent in fundamental rules, namely to deny the validity of treaties conflicting with them.

All this does not detract from the importance of the point of departure, the *regime of jus cogens*, which remains encapsulated in the two provisions of the VCLT which were mentioned several times already (Articles 53 and 64). But what about the effectiveness of these provisions? The attention they receive in legal literature is conversely proportional to the small space which they have gained in the case law of international tribunals, notwithstanding the best efforts deployed by Wladyslaw Czaplinski to find some concrete substance. The specific procedure provided for in Article 66 (a) of the VCLT has never been resorted to. Can *jus cogens* therefore be compared to the monster of Loch Ness, which from time to time is observed from far away, but has never made any real appearance? I do not think so. The explanation seems to be fairly simple. Since international law has become highly moralized, a fact of which all governments are perfectly aware, treaties the substance of which conflicts with fundamental rules of the international community are not concluded any longer in a formal way. This does not mean that Articles 53 and 64 of the VCLT have defeated all the evils of the world. One may safely assume, without straying too far away from reality, that where governments wish to obtain results resolutely disapproved of by the international community they just act factually, attempting as a rule to hide from the public the ugly things they are doing. Maybe Articles 53 and 64 of the VCLT have even had a limited preventive effect. Sometimes, governments will nowadays start to think twice before making determinations for which they might later be blamed or their members be put on trial. Thus, one may doubt whether today the parties of a victorious alliance would as crudely opt for the expulsion of millions of people from their ancestral homes as the Alliance of the Victorious Powers of World War II did through

the Potsdam agreement. Ethnic cleansing will not appear in a modern peace treaty.

The invalidity of a treaty is a fairly modest sanction which does not even affect the parties concerned if they remain committed to pursuing their unlawful goals. If none of them challenges the treaty concerned, the legal defect does not constitute an obstacle to their actions. Intervention by the Security Council could of course stop the execution of murderous plans.

*Non-recognition* is another one of the sanctions which do not, as already explained, demand heavy sacrifices. Non-recognition is not generally applicable. It has no useful function to discharge in certain situations where, as Théodore Christakis has put it, the requirement should be instead to openly recognize what has occurred. In the case of genocide, nothing is gained by a commitment not to recognize the situation brought about by such crime, and it would indeed be most helpful if a nation having engaged in such actions would openly acknowledge, under a new leadership, that its policies caused death on a massive scale.

Thus, non-recognition serves mainly to delegitimize certain criminal regimes or certain unlawful territorial gains. As rightly pointed out in the two reports by Stefan Talmon and Théodore Christakis, non-recognition by the entire international community, a seemingly innocuous device, can be a powerful weapon which undermines the stability of an illegitimate regime or puppet State. Thus, the Turkish Republic of Northern Cyprus has not been able to consolidate itself after more than two decades of its proclamation (1983). Its support by Turkey alone has not lifted it onto the level of unchallenged statehood, and there are many clues indicating that reunification of the divided island Republic may be a realistic prospect. Also, the fate of Ian Smith's Rhodesia is too well known to require any comment. Although it was able to survive for more than a decade from 1965 to 1979, it eventually fell because its blatant disregard for the principles of racial equality and self-determination made it unacceptable to the international community.

A special *regime of reparation* could be deemed to be the right answer to grave breaches of fundamental rules of international law. Should not the seriousness of a breach be reflected in the consequences which the perpetrator has to shoulder? Elisabeth Lambert has tackled this delicate issue. It emerges clearly from her report that no such direct link exists. In particular, the ILC deleted any reference to punitive damages from its definitive 2001 draft, while the previous (1996) draft had played with the idea of burdening

a “criminal State” with reparation in excess of the amounts needed to make good the harm caused by providing for “satisfaction” consisting of “damages reflecting the gravity of the infringement”.<sup>6</sup> Apparently, the ILC was motivated by the insight that punitive damages would have to be borne by a people who as a rule has also suffered from a criminal government that committed atrocities on its behalf. Thus, the new elements are the measures which involve the responsible acting individuals, on the one hand, and the victims, on the other: punishment of the perpetrators and certain collective measures in favour of the victims, like a right to the truth. Yet, on the classic level of inter-State relations, no deep changes have materialized. There are certain limits to moralization. Inter-State relationships, which are by their nature inter-national relationships, cannot be dealt with in the same way as relationships between private individuals where one would not hesitate to impose on a responsible person in addition to the full weight of reparation of the actual damage caused an additional amount of punitive damages. It is easy to see that an analogy has definite limits: sanctions imposed on a State do not hit the State as such, but essentially the population of which most members are as innocent as any citizen of a third, neutral country.

The Workshop reached its culmination with the two reports by Isabelle Pingel and Thomas Giegerich on *State immunity* in instances of grave violations of human rights. While Thomas Giegerich defended the traditional position, arguing that consolidated rules of customary law existed which have not yet been superseded by any new rule, Isabelle Pingel claimed to be able to identify such a new rule that had been rightly applied by the Greek Areopag in the *Distomo* case<sup>7</sup> and the Italian Corte di cassazione in the *Ferrini* case.<sup>8</sup> Certainly, Isabelle Pingel is right in pointing out that customary rules may change and that a balancing test should be applied – which is exactly the position the present writer is advocating. But in any event it does not seem persuasive to argue that State immunity must yield in case a claimant seeks reparation for the injurious consequences of a breach of a fundamental rule. Generally, the secondary rules which govern the legal consequences of an actual infringement do not pertain to the class of *jus cogens*. Granting immunity is not in itself a violation of *jus cogens*. The adequate rule must be the result of sober reflection.

---

<sup>6</sup> Article 45 (2) (c), Yearbook of the ILC 1996, Vol. II, Part Two, p. 63.

<sup>7</sup> Summary : AJIL 95 (2001), p. 198.

<sup>8</sup> Rivista di diritto internazionale 87 (2004), p. 539.

Perhaps the easiest topic was the *personal immunity* of high representatives of a State vis-à-vis criminal proceedings. Since Nuremberg, such immunity is not recognized any longer before international tribunals. On the other hand, domestic tribunals of other States are not authorized to brush aside personal or functional immunities which exist as a matter of general international law. The ICJ has confirmed this state of the law in the *Yerodia* case,<sup>9</sup> and there are no convincing reasons to depart from its conclusions. Torsten Stein, who shares this view, neither had to build new legal concepts nor to attack existing ones. His report shows that the law as it stands should be maintained and that, in order to mete out just retribution, international tribunals should be resorted to.

Likewise, the presentation by Christian Hillgruber on *countermeasures by third States* had to grapple with the current legal position, but in a different sense. While in the *Yerodia* case the ICJ ensured legal certainty, the ILC refrained from taking a similarly clear-cut decision. Art. 54 of its Articles on State responsibility constitute a dramatic example of indecisiveness. By referring in the relevant chapter on countermeasures to “lawful measures” which third States may take against a State in breach of fundamental obligations, it avoided taking a stand on the issue whether practice supports a right of unaffected States to take countermeasures as *defensores legalitatis* or whether, at the very least, such a right is recommendable as a useful – and necessary – remedy of the international community to uphold its basic values. This lack of determination is in itself a *rocher de bronze* which nobody can remove easily. Hillgruber reaches the conclusion, in accordance with the working hypothesis underlying this Workshop, that no general inferences can be made just on the basis of the nature of the commitment breached and that, by contrast, the admissibility of countermeasures needs to be assessed in each and every single case. In fact, his position seems to be an accurate reflection of the prevailing practice which has not shied away from resorting to countermeasures in particularly drastic cases where the interest of the international community seemed to demand some action to be taken against a lawbreaker.

The *jurisdiction of the ICJ* in cases where allegedly fundamental rules of the international community have been encroached upon furnishes additional proof against the well-founded nature of the contention that there exists an automatic link between such infringements and the relevant secon-

---

<sup>9</sup> Judgment of 14 February 2002.

dary rules. Even in instances of genocide or aggression Article 36 of the ICJ Statute remains perfectly intact. Article IX of the Genocide Convention contains a jurisdictional clause which is fairly limited in scope, and, even more importantly, it is enshrined in an international treaty and does not have a customary basis. The only interesting question which arises in this connection relates to the power of the Security Council to enjoin the parties to a dispute to take this dispute to the ICJ. This would be a modality of establishing the jurisdiction of the ICJ not provided for in the ICJ Statute. However, in terms of legal fairness, it is obviously much better for two or several States to be able to argue their case before a bench of neutral judges than to have to comply with orders of the Security Council where, during the stage of hearings, their defence is much less well-ensured. Since the overriding interest of Chapter VII of the Charter is to guarantee international peace and security, no method would seem to be excludable from that Chapter which in fact is well-suited to promote international peace and security. For the rest, however, both rapporteurs, Matthias Ruffert as well as Jean-Marc Thouvenin, have found that the consent principle can barely be challenged. The world would certainly be a different place if States could be impleaded against their will before the ICJ. Within the framework of the European Communities compulsory jurisdiction has been established. But before the Luxembourg Court, normally legal rights affecting the very core of State sovereignty are not in issue. In spite of its extension to the dimension of a political union, the process of European integration essentially remains within the confines of the economy – and in the fringe zones of closer political union, the Luxembourg Court has been denied any competences.

*Universal jurisdiction* led the debate again into a battle zone where views sharply clashed. Andreas Zimmermann believed that sufficient empirical elements can be found sustaining universal jurisdiction in the entire field of international crimes whereas Michel Cosnard was much more cautious in his approach. The disagreement reflects amazingly well the contradictory tendencies of international practice. On the one hand, the invocation of universal jurisdiction in the *Eichmann* case by Israeli courts was widely acclaimed, while Belgium, in repealing its legislation with wide openings for universal jurisdiction, seems to have acted under the impression that its legal enactments were incompatible with its role in the world and generally with the proper role of an individual (small) State that wishes to make a contribution to the protection of the fundamental rules of international law.

Lastly, the two reports on *universal jurisdiction in civil matters* focused attention on the possible consequences of wrongdoing in the field of civil law. The legislation of the United States has taken the lead in making perpetrators accountable, through the Alien Tort Claim Act (ATCA), for international crimes. Again, the response by the two rapporteurs, Jean-Francois Flauss and Georg Nolte, was fairly mixed. The question that stands in the forefront for any international lawyer is whether the venerable *Lotus* doctrine still holds true, the proposition namely that a State may do everything that is not explicitly forbidden by international law. This doctrine, however, has fallen into obsolescence as a consequence of the development of the doctrine of jurisdiction according to which any State activity *iure imperii* requires a reasonable link. Seen in this light, the application of the ATCA seems to rely on fairly shaky foundations, all the more so since in the criminal field the United States is the most ardent enemy of the doctrine of universal jurisdiction. As is well known, it has even attacked the jurisdiction of the International Criminal Court, a judicial body under direct supervision of the international community. In its recent judgments *Sosa v. Alvarez Machain*<sup>10</sup> and *Empagran*<sup>11</sup> the US Supreme Court has cautioned against excessive use of the ATCA. Consequently, everything is open again, no precise predictions can be made as to the future uses of this venerable instrument of 1789 which was rediscovered almost by chance in the case of *Filártiga v. Peña Irala*.<sup>12</sup> One thing seems to be clear: the application and enforcement of the ATCA has demonstrable hegemonic features. There can be little doubt that the United States would be more than unhappy with similar practices of judicial bodies anywhere else in the world if its own nationals were targeted by such proceedings.

This is neither the place nor the time for any definite conclusions. The summary was meant to show that indeed no mechanical link can be established between a breach of a fundamental rule of international law and the legal consequences deriving therefrom. Certainly, the gravity of such infringements may more often than not suggest that a special regime should govern them. But in no case can this inference be drawn without careful reflection on the pros and cons of such a special regime.

---

<sup>10</sup> 29 June 2004, 124 S.Ct. 2739 (2004).

<sup>11</sup> 14 June 2004, S.Ct. 2359 (2004).

<sup>12</sup> 577 F.Supp. 860 (1984).

## *The Contributors*

*THEODORE CHRISTAKIS* (christakis@wanadoo.fr) est Professeur de droit international et de droit public à la Faculté de droit de l'Université Grenoble II (Pierre Mendès France). Il est membre du Conseil de la Société française pour le droit international ainsi que membre du Centre de recherche en droit international (CERDIN) de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et du Centre sur la sécurité internationale et les coopérations européennes (CESICE) de l'Université de Grenoble. Auteur ou co-auteur de nombreux ouvrages et articles en droit international, il est aussi jurisconsulte en droit international et en droit administratif et est depuis 2003 Conseil du Gouvernement de l'Ouganda dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* devant la Cour internationale de Justice.

*MICHEL COSNARD* est professeur à l'Université du Maine depuis 1998. Auteur d'un ouvrage sur les *Immunités des États*, il a collaboré au Manuel de droit international public dirigé par Denis Alland. Organisateur du colloque de la Société française de droit international en 2004 consacré au *Sujet en droit international*, il dirige actuellement un ouvrage collectif sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale.

*WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI*, born 1954, Prof. Dr. habil. iur., Jean Monnet Professor of International and European Law, Director, Institute of Law Studies, Polish Academy of Sciences, Professor at the University of Warsaw Centre for Europe. President of the Advisory Board on European Law with the Minister of Justice, Republic of Poland, and Member of the Advisory Board of Jurists with the Minister of Foreign Affairs, and of the Legislative Council with the Prime Minister of the Republic of Poland. Author of numerous monographs and articles, mostly on State responsibility, State succession, and cooperation in Justice and Home Affairs of the EU. Rapporteur, ILA Committee on State Succession.

*JEAN-FRANÇOIS FLAUSS* est professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et Secrétaire général de l'Institut international des droits de l'homme. Ses travaux les plus récents portent principalement sur



les rapports entre le droit international et la protection internationale des droits de l'homme : Protection des droits de l'homme et sources du droit international (1998) ; Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme (2000) ; Droit international des droits de l'homme et mondialisation de l'économie (2001) ; Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme (2003) ; Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales (2004).

*THOMAS GIEGERICH*, LL.M. (Univ. of Virginia 1985), Chair of Public Law, European Community Law and Public International Law in the Law Faculty of the University of Bremen (since 2002); Director, Bremen Institute of Transnational Constitutional Law. Formerly senior research fellow, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg (1990–91, 1993–2002), and law clerk at the Federal Constitutional Court, Karlsruhe (1991–1993). Doctoral thesis on the State action doctrine of the US Supreme Court (*Privatwirkung der Grundrechte in den USA*, 1992) and second doctoral thesis (*Habilitationsschrift*) on the relationship between the European constitution and the German constitution in the process of transnational constitutionalization (*Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, 2003).

*CHRISTIAN HILLGRUBER*. Born in 1963 in Darmstadt. Law studies at the University of Cologne, First State Examination in 1988. Dr. iur. (University of Cologne) in 1991, subject of the thesis: the protection of man from itself; Second State Examination in 1992. Research assistant at the University of Cologne and at the German Federal Constitutional Court in Karlsruhe. Habilitation in 1997 at the University of Cologne, thesis on the admission of new States to the international community. Professor of Public Law at the University of Heidelberg from 1997 to 1998, then Professor of Public Law, Public International Law and Legal Philosophy at the University of Erlangen-Nuremberg from 1998 to 2002. Professor of Public Law at Bonn University since October 2002. Main areas of research: Constitutional Law, Public International Law, European Law, Legal Philosophy.

*STEFAN KADELBACH*. Born in 1959 in Frankfurt; studies at Universities of Tuebingen, Frankfurt and University of Virginia; first German State exam 1984; LL.M. (Univ. of Virginia) 1988; bar exam 1988; Dr. jur. 1991; Ph D 1996. From 1997 to 2004 tenure professor for constitutional law, public international law and European Union law at University of

Westphalia, Muenster. Since October 2004 tenure professor for constitutional law, public international law and European Union law as well as co-director of the Wilhelm Merton Centre for European Integration and International Economic Order at the University of Frankfurt. Guest professor at University of Virginia (1999), at the European University Institute, Florence (2000), at the Institute of State and Law, Moscow (2002/03) and at Chuo University, Tokyo (2004). Working fields: German and European constitutional and administrative law; institutional EU law; external relations of the Union; human rights; general international law; treaty law; State responsibility; theory of international law and relations.

*ELISABETH LAMBERT-ABDELGAWAD* est Chargée de Recherche au CNRS (UMR de droit comparé de Paris, Université Paris I – CNRS) depuis 2001. Membre de l'Institut International des Droits de l'Homme (Strasbourg), des Sociétés française et européenne de droit international. Auteur de deux ouvrages personnels sur les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, co-directrice de plusieurs ouvrages collectifs, dont *L'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* et *Les sources du droit international pénal*. Auteur d'une trentaine d'articles en droit européen et international des droits de l'homme et en contentieux international pénal. L'auteur assure la responsabilité scientifique de plusieurs programmes de recherche en droit international et comparé, dont l'un porte actuellement sur *Tribunaux militaires et Tribunaux d'exception en mutation face au droit international*.

*GEORG NOLTE* is Professor of Law at the University of Munich. From 1999 until 2004 he was Professor at the University of Göttingen. In 2003/04 he was a Visiting Fellow at All Souls College, Oxford. He is the author *Le défi américain pour le droit international* (Pedone 2005) and of *Eingreifen auf Einladung* (Intervention upon Invitation) (Springer 1999). He is the editor of *United States Hegemony and the Foundations of International Law* (Cambridge 2003, co-ed. with Michael Byers), *European Military Law Systems* (de Gruyter 2003), and of *European and US Constitutionalism* (Council of Europe 2005). He has published on many issues of public international law and comparative constitutional law. He is a member for Germany of the Council of Europe's European Commission for Democracy through Law (the "Venice Commission").

*ALAIN PELLET* est professeur à l'Université de Paris X-Nanterre où il dirige la Centre de Droit international (CEDIN). Membre et ancien

Président de la Commission du Droit international des Nations Unies, il est l'auteur ou le co-auteur de plusieurs ouvrages dont un traité de *Droit international public* (avec Patrick Daillier, 7<sup>ème</sup> édition, 2002) et de très nombreux articles dans ce domaine. Il a en outre dirigé, avec Jean-Pierre Cot, le Commentaire article par article de la Charte des Nations Unies (3<sup>ème</sup> édition, 2005) et, avec Hervé Ascensio et Emmanuel Decaux, un traité de Droit international pénal (2000). Il est en outre consultant en droit international et a plaidé dans de nombreuses affaires devant la Cour internationale de justice.

*ISABELLE PINGEL* est professeur à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne. Elle y enseigne le droit communautaire, institutionnel et matériel. Ses principaux écrits concernent d'une part, les exigences du procès équitable, et particulièrement la question du droit au juge, d'autre part, l'Union européenne et ses développements passés et présents (audiovisuel, responsabilité, Constitution).

*MATTHIAS RUFFERT* is professor of constitutional law, administrative law and European law at Friedrich Schiller University of Jena, Germany. Prior to that he was a substitute professor at a chair of public law at the University of Mainz (2002) and at the University of Freiburg (2001/2002). From 1996 to 2001 he was assistant lecturer at the Chair of German and Foreign Public Law held by professor Meinhard Schröder at the University of Trier. He has published books and articles on administrative law, the law of the European Union and public international law with an emphasis on recent developments in the international community. His research focuses on the reform of administrative Law, comparative legal studies and the impact of globalization on public law including public international law.

*STEFANIE SCHMAHL* is Private Lecturer (Privatdozentin) of Public Law, Public International Law and European Law at the University of Potsdam. During the winter semester 2004/2005, she was a Visiting Professor of Public Law and Public International Law at the University of Tübingen; during the summer semester 2005, she held the same position at the University of Regensburg. She is the author and editor of books and articles on international, European Community and German public law.

*TORSTEN STEIN* is Professor of European Law, Public International Law and Constitutional Law, and Director of the Institute of European Studies, Law Department, University of Saarland, Saarbrücken (Germany)

since 1991. From 1974 on he was a research fellow and later senior research fellow at the Max Planck Institute for Comparative Public and Public International Law, and from 1986 on also Professor at the Law Faculty of the University of Heidelberg. He is the Secretary General of the German Branch of the International Law Association (ILA), member of the ILA's Executive Council and the chairman of the ILA's Committee on the International Criminal Court.

*STEFAN TALMON* is University Lecturer in Public International Law at the University of Oxford and a Fellow of St. Anne's College, Oxford. He is also a Course Director in Public International Law at the Oxford Foreign Service Programme. As a practicing barrister (*Rechtsanwalt*) he has represented and advised governments and corporations on matters of international and European law. He is author of 'Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten' (Mohr Siebeck 2005), 'Recognition of Governments in International Law' (Oxford 1998 [hardcover], 2001 [paperback]) and 'Alles fließt. Kulturgüterschutz und innere Gewässer im Neuen Seerecht' (Nomos 1998, with Wolfgang Graf Vitzthum). He has edited 'The Reality of International Law' (Oxford 1999, with Guy Goodwin-Gill). He has published numerous articles on questions of public international law and is an editor of the Chinese Journal of International Law.

*PAUL TAVERNIER* est actuellement professeur de droit international à l'Université de Paris XI et directeur du CREDHO (Centre de Recherches sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire). Il a enseigné dans les universités d'Alger (Algérie), Grenoble, Paris II et Rouen le droit international et les relations internationales, le droit communautaire, les droits de l'Homme et le droit humanitaire. Il est membre de plusieurs associations, notamment de la Société française pour le droit international et de l'Association française pour les Nations Unies. Ses publications, ouvrages et articles, portent sur le droit international (en particulier sur les Nations Unies), la Convention européenne des droits de l'Homme, les droits de l'Homme en Afrique et le droit international humanitaire. Il est co-directeur de la collection du CREDHO aux Editions Bruylant (Bruxelles) et membre du comité scientifique de plusieurs revues juridiques. Il a organisé et participé à de nombreux colloques et séminaires.

*JEAN-MARC THOUVENIN* is professor of Law at the University of Paris X-Nanterre. Former Secretary General of the Société française pour le droit international (SFDI), he is a member of the Center for international

law of Paris X (CEDIN), and member of the board of the *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* (RMCUE). He has contributed to all the recent publications of the CEDIN of Paris X, and is the author of an annual overview of European Competition Law, published in the RMCUE. He is co-editor of a book recently published on the new trends of the collective security system. He has been counsel and advocate of States parties to disputes before the I.C.J.

*CHRISTIAN TOMUSCHAT* is professor em. of the Law Faculty of Humboldt University, Berlin. He was a member of the Human Rights Committee under the International Covenant on Civil and Political Rights (1977-1986) and of the International Law Commission (1985-1996; President in 1992). From 1997 to 1999, he coordinated the Commission for Historical Clarification in Guatemala. From 1993 to 1997, he was the President of the *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*. Member of the Institut de droit international since 1997. He is the author of numerous books and articles on issues of constitutional law, European law and international law. In 1999, he gave the General Course at the Hague Academy of International Law. Among his latest publications is "Human Rights. Between Idealism and Realism" (Oxford 2003). He is also one of the co-editors of the Commentary on the Statute of the ICJ (Oxford 2006).

*PHILIPPE WECKEL* is Professor of Law at the University of Nice Sophia/Antipolis, formerly at the University of Montpellier; member of the board of the French Society of International Law, member of the board of editors and director of the chronicle of international jurisprudence for the *Revue Générale de Droit International Public*.

*ANDREAS ZIMMERMANN* is Professor of Law and Director of the Walter-Schücking Institute for International Law, University of Kiel. He holds a Doctorate in Law from the University of Heidelberg, an LLM from Harvard Law School and a Law Degree from the University of Tübingen. From 1999 to 2001 member of the expert commission for the drafting of a Code of Offences against International Law at the German Ministry of Justice. In 1997/ 1998 member and legal adviser of the German delegation at the Preparatory Committee for, and at the United Nations Diplomatic Conference of plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. Numerous publications in public international law (in particular refugee law, State succession and international criminal law), European Community law and German and comparative constitutional law.

# Index

Compiled by Michael Bernard and Odile Broutin

*NOTE: French and English indices have been combined below. Where the entries are spelled identically in both languages, the French references are marked with an (F)*

## A

- Abi-Saab G. : 46, 107  
Abstention (F) : 112, 125  
Abstention : 136, 147  
Accepted norms of the international law of human rights : 406  
Access to a Court : 218, 226, 237  
Accession : 43, 95, 258, 260  
Accord de Dayton-Paris : 189  
Accord de siège : 247, 395  
Accord oral / verbal : 76  
Accords *inter se* : 75  
Accords spéciaux : 75 à 81  
Acquisition (de territoire) (F) : 135 à 137  
Acquisition (of territory) : 102, 105, 108 to 111, 117, 123  
Act of State : 118, 250  
*Acta jure gestionis* : 206, 207, 224  
*Acta jure imperii* : 206, 207, 221, 224, 228  
*Acta tertii generis* : 224  
*Actes jure gestionis* : 12, 166  
*Actes jure imperii* : 162, 166  
*Actio popularis* : 8, 88, 269, 300, 326, 328, 422  
Administration publique pour l'évaluation des indemnisations des préjudices résultant de l'agression irakienne au Koweït : 190  
Afghanistan (F) : 16  
Afghanistan : 283, 284, 290  
Afrique du sud : 197  
Aggressor State : 22, 53, 54, 96, 107, 117  
Ago R. : 22, 86  
Agreement *inter se* : 27, 29  
Agression : 16, 127, 128, 136, 140, 174, 182, 190, 327, 419, 424  
Aircraft sabotage : 215  
Al Khasawneh (Juge) : 324  
Albanie : 313  
Algeria : 94, 108  
Alien Tort Claims Act (ATCA) : 373 to 384, 385 to 414  
Alland D. : 315  
Allemagne (République Fédérale d' -) (RFA) : 315

Allemagne : 9, 76, 137, 158, 176,  
 177, 194, 240, 388, 417  
 Ambassador : 62  
 American Convention on Human  
 Rights : 30, 183, 230, 235, 237  
 American Law Institute : 48  
 Annexation : 96, 101, 105, 112  
 Annexion : 133, 134, 138, 141, 146  
 Apartheid : 87, 91, 99, 103, 118,  
 286, 288  
 Apology : 197, 265  
 Applicabilité directe : 404  
 Applicability : 43, 51, 56, 58, 82,  
 379, 429  
 Arangio-Ruiz G. : 112, 116, 121  
 Arangio-Ruiz G. (F) : 182, 239  
 Arbitral Tribunal : 23, 212  
 Arbitrary arrest : 408  
 Arbitrary detention : 30, 408  
 Argentina : 108, 109, 215, 219,  
 224, 284, 349, 400  
 Argentine : 197, 400  
 Armed conflict : 31, 255, 280, 289,  
 338, 427  
 Armed conflict law : 33, 36, 41 to  
 68, 100  
 Armed force : 29, 31, 52, 53, 64,  
 109, 221, 228, 277, 287, 298  
 Armistice : 58, 105  
 Armistice (F) : 75  
 Arrest : 178, 260, 341, 408  
 Arrest warrant : 217, 258, 346, 351,  
 see also *Index de la jurispru-*  
*dence*  
 Arrestation arbitraire : 410  
 Asile (droit d'-) : 162, 315, 386

Assassination (political -) : 228,  
 229  
 Assemblée générale (des Nations  
 Unies) : 3, 134, 136, 139 à 143,  
 147, 149, 154, 158, 174, 311, 330,  
 419  
 Assemblée générale (des Nations  
 Unies), Sixième Commission :  
 419  
 Asylum : 211  
 Attentat : 360, 193  
 Australia : 42, 88, 103, 108, 113,  
 121, 122, 134, 215, 303, 377 to  
 379  
 Australie (F) : 8, 134, 148, 151,  
 320, 326, 393, 397  
 Austria : 96, 350  
 Authority (unlawful-) : 166  
 Authority : 85, 113, 125, 133, 155  
 to 157, 160, 161, 165, 217, 224,  
 277, 331, 333  
 Autodétermination (droit des  
 peuples à disposer d'eux-  
 mêmes) : 7, 8, 128, 138, 139, 312,  
 313  
 Autonomy : 64

## **B**

Baltes (Etats) : 133, 138, 139  
 Baltic States : 65, 84, 122  
 Bantoustans : 133, 140, 146, 149,  
 150, 154, 158, 159  
 Belaich F. : 129  
 Belarus : 184  
 Belgique : 6, 247, 315, 325, 356,  
 357, 360, 363, 368, 370, 393

- Belgium : 24, 42, 208, 253, 256,  
260, 285, 296, 303, 335, 336, 343,  
346, 380, 381, 435
- Bénin : 315
- Bikini Atoll : 189
- Biological experiments : 57
- Blix H. : 109 to 111, 132
- Bolivie : 138
- Bonne foi (principe de la -) : 370
- Bophuthatswana : 140
- Bork (opinion dissidente du  
juge -) : 408
- Bosnia and Herzegovina : 183,  
189, 301, 303, 338, 345, 351, 374
- Bosnie-Herzégovine : 142, 177,  
189, 198, 323
- Botswana : 315
- Bourquin M. : 132
- Breaches (grave -) : 31, 37 to 39,  
57, 93, 289, 335 to 350, 429, 432
- Breaches (serious - of a *jus cogens*  
obligation) : 37, 39, 46, 90, 99 to  
125
- Breaches of law : 26, 169, 172, 265,  
275, 287 to 291
- Browne : 220, 224, 258, 351
- Brownlie I. : 100, 107, 111 à 113,  
117
- Brownlie I. (F) : 421
- Buergenthal T. : 26, 276, 346, 352,  
380
- Buergenthal T. : 324, 422
- Burkina Faso : 315
- C**
- Cambodia : 348
- Camp David (- Peace Treaty of  
1978) : 94, 95
- Canada : 180, 215, 295, 296
- Canada (F) : 240, 315
- Cantine : 72
- Capitulation : 157
- Capitulation : 166
- Captivity : 41, 53
- Captured : 53, 55, 58
- Cassese A. (F) : 17, 297, 310, 392
- Cassese A. : 24, 31, 44, 90, 107,  
204, 250, 256, 257, 261, 296, 297,  
299, 300, 310
- Chaco (conflit de-) : 138
- Charte des Nations Unies : 4, 16 à  
18, 150, 169, 172, 173, 181, 311,  
321, 322, 329, 421
- Charter of the Nuremberg Mili-  
tary Tribunal : 22
- Charter of the United Nations : 22,  
47, 84, 102, 112, 279, 288, 307,  
339, 343
- Chef de gouvernement : 140, 395,  
402
- Chef d'Etat : 23, 76, 360, 361, 401  
et 402
- Chen Ti-Chiang : 132
- Chile : 89, 108, 109, 219, 220, 229,  
230, 250, 258
- Chili : 197, 358, 366, 371, 400
- China : 58, 93, 101, 121, 229
- Chine : 145, 147
- Chypre (République de -) : 140 à  
164
- Chypre du Nord (République  
Turque de -) : 133, 146



- Ciskei : 140
- Claims Commission procedures :  
23
- Class actions : 237
- Class actions (F) : 386, 390
- Clause (Compromissory -) : 303
- Clause (Jurisdictional -) : 302, 435
- Clause (Martens -) : 36, 58
- Clause (Safeguard -) : 123, 270
- Clause compromissaire : 315, 316,  
319, 323
- Clause de Martens : 3
- Clause de sauvegarde : 75 à 78
- Coercion : 90, 91, 108, 110, 276
- Coercition : 79, 136, 143, 146
- Collective Security (System of -) :  
94
- Colombie : 138, 315
- Combatant : 52, 53, 58, 236
- Comité consultatif concernant la  
non-reconnaissance du Mand-  
choukouo : 147, 149, 151, 161
- Comité consultatif de la SDN :  
158
- Comité des droits de l'Homme  
des Nations Unies : 195, 198
- Comité international de la Croix  
Rouge (CICR) : 73 à 80
- Commission (sous -) de la lutte  
contre les mesures discrimina-  
toires et de la protection des  
minorités : 330
- Commission (sous -) des droits  
de l'Homme des Nations Unies :  
183, 185, 195, 197, 198
- Commission d'arbitrage de la  
conférence européenne pour la  
paix en Yougoslavie : 11, 136,  
312
- Commission d'enquête nationale  
du Ministère tchadien de la Jus-  
tice : 195
- Commission de compensation  
Irak / Koweït : 190
- Commission de l'Assemblée gé-  
nérale (sixième) : 419
- Commission de l'Union Eu-  
ropéenne (ou de la CEE) : 141,  
155, 156, 393, 397, 409, 410
- Commission des droits de  
l'Homme des Nations Unies : 3,  
183, 187, 195 à 200
- Commission des réclamations des  
Nations Unies : 38, 72, 187, 188  
à 191
- Commission des réparations  
Ethiopie/Erythrée : 72, 189
- Commission du droit interna-  
tional (ou CDI) : 1, 128, 129,  
131, 137, 144, 167 à 171, 174 à  
177, 179, 181, 182, 184, 327, 328
- Commission for real property  
claims in Bosnia and Herzego-  
vina : 189
- Commission interaméricaine des  
droits de l'Homme : 10, 15, 16,  
183
- Commission on Human Rights,  
Special Rapporteur on the  
situation of human rights in the  
occupied Palestinian territories :  
106

- Commission spéciale de la Conférence de La Haye de droit international privé : 395
- Commissions de la vérité et de la réconciliation : 198, 199
- Committee (Special -) on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States : 108
- Committee on Yugoslavia : 88
- Common conscience of values : 47, 56
- Common law States : 214, 228
- Common social interest of States : 47
- Community interest : 26, 35, 296, 427
- Compensation : 22, 24, 64, 123, 175, 181, 185, 187, 191, 194, 197, 198, 220, 222, 228, 234, 265, 269, 377
- Compétence *ratione materiae* : 357 et 358
- Compétence *ratione personae* (personnelle) (active et passive) : 323, 357
- Compétence *ratione temporis* : 357
- Compétence territoriale : 359, 368
- Complaint : 24, 225, 231, 235, 236, 275, 276
- Compromis (juridictionnel) : 315, 316, 323, 357
- Conclusion (of treaties) : 61, 82, 84, 90, 91, 95, 271
- Conference on Yugoslav Arbitration Commission : 88
- Conflict of jurisdiction : 382
- Conflict of law : 204
- Conflit armé : 7, 8, 71, 75, 81, 138, 178, 329
- Conflit de juridictions : 368
- Conflit de lois : 366, 367
- Congo (Democratic Republic of -) : 27, 33 to 35, 210, 253, 256, 260, 301, 303, 336, 352, 380
- Congo (République démocratique -) : 173, 363, 367, 393
- Conseil d'administration de l'Union Internationale des Télécommunications : 147, 152
- Conseil économique et social des Nations Unies : 330
- Consensualisme (principe du -) : 320, 330 à 332
- Consentement (principe du - au règlement judiciaire) : 321, 329, 331
- Consuetudo : 52, 56, 59
- Consulaires (relations) : 7, 139, 149, 150, 313, 408
- Consular relations : 282, 283
- Contrainte : 79, 132, 356
- Convention américaine relative aux droits de l'Homme : 13
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 1949 : 280
- Convention de Genève sur la haute mer, 1958 : 364

- Convention de Genève sur le statut des réfugiés, 1951 : 162
- Convention de Vienne sur le droit des traits, 1969 : 1, 3, 6, 13 à 15, 32, 69, 127, 148, 242, 316, 317, 327, 419
- Convention on Civil Aviation (Chicago Convention, 1944) : 287
- Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons : 259
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) : 30, 33, 35, 92, 255, 259, 273, 278 to 280, 286, 291, 292 302, 303, 338, 345
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 : 173, 316 à 318, 323, 325
- Convention contre la torture du 10 décembre 1984 : 183, 316 à 318, 366
- Conventions de Genève de 1949 : 3, 69 à 81, 190, 331, 369
- Conviction : 118, 178
- Cooperation : 90, 109, 340
- Coopération internationale : 136, 155, 161
- Corpus juris* : 50, 67
- Corruption : 262
- Council of Europe : 105, 207, 229
- Countermeasures : 37, 58, 89, 90, 92, 95, 233, 265 to 294, 338, 339, 434
- Cour d'appel de Bruxelles : 246, 247
- Cour de cassation française : 240, 360
- Cour de Justice des Communautés européennes : 154
- Cour du district de Hawaï : 390, 391
- Cour européenne des droits de l'Homme : 8, 9, 16, 71, 141, 142, 159, 160, 163, 193, 194, 240 à 246, 386, 414
- Cour interaméricaine des droits de l'Homme : 8, 10, 16, 18, 193, 194, 198
- Cour pénale internationale : 9, 188, 356, 357, 387
- Cour permanente de Justice internationale : 169, 192, 361, 362, 394, 437
- Cour suprême des Etats-Unis : 160, 389 à 413
- Cour suprême des Philippines : 391
- Coutume : 3, 6, 8, 10 à 14, 18, 70 à 74, 130, 143, 167, 192, 243, 314, 360, 363, 399, 403 à 410, 420
- Crime (individual -) : 28
- Crime (international -) : 22, 24, 25, 37, 39, 40, 85, 107, 115, 116, 169 to 201, 205, 209, 222, 226, 249 to 261, 269, 295, 303, 338, 341, 346, 426, 430, 435, 436
- Crime (war-) : 24, 27, 53, 56, 62, 183, 208, 211, 249, 255, 259, 260, 261, 268, 335 to 353, 381
- Crime against humanity : 342

- Crimes contre l'humanité : 8 à 10, 361, 362, 386 à 405
- Crimes de guerre : 8, 170, 178, 180, 184, 362, 405
- Crimes internationaux : 16, 167 à 201, 360 à 371, 385 à 409
- Criminal law (international -) : 22, 25, 26, 28, 39, 117, 268, 342
- Criminal offences : 40
- Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) : 97, 307, 337, 340, 342, 343
- Cuba : 93, 180, 216
- Custody : 53, 66, 347
- Cyprus : 94, 95, 101, 112, 118, 119, 122, 432
- D**
- Damages (punitive) : 180, 194, 201, 373, 432, 433
- Damages : 24, 54, 117, 180, 194, 203 to 237, 254, 269, 374, 433
- Danemark : 177, 315
- Death penalty : 60, 215
- Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States, 1970 : 102
- Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations, 1987 : 103
- Declaration on the Strengthening of International Security, 1970 : 102
- Défense (droits de la -) : 363, 368
- Definition of Aggression : 102
- Degrading treatment : 30, 31, 100, 103, 219, 258, 301, *see also* *UNCAT*
- Delict : 37, 175
- Délit : 167 à 175, 200
- Delmas-Marty M. : 19
- Democracy : 53, 93
- Déni de justice : 245, 247
- Denis C. : 143
- Dénonciation (de traités) : 71, 140
- Derogable (non- norms/ rights) : 41, 45, 48, 50, 58, 60 to 65, 95
- Derogations (*inter se*) : 29
- Derogations : 29, 33, 48, 51, 57, 60, 86, 89, 99, 271
- Desertion : 64
- Detainee (a -) : 53, 58
- Detaining Power : 53
- Détention : 71, 78, 193, 405
- Détention arbitraire : 405, 410
- Détenu : 70, 79, v. *Prisonnier de guerre*
- Dictator : 261, 262
- Dignity (human -) : 29, 47 to 66, 172, 197, 208
- Diplomatic immunity : 32, 376
- Diplomatic protection : 234 to 236, 267, 430
- Diplomatic relation : 234, 265, 282
- Diplomatique (personnel) : 7, 138, 313, 408
- Diplomatique (protection) : 6, 191, 173, 326

Diplomatiques (relations) : 75,  
139, 148, 149, 388  
Discretion : 34, 42, 49, 63, 120,  
292, 344, 379  
Discrimination (principe de  
non-) : 10  
Discrimination raciale : 327  
Distress : 37, 45  
Domestic conflict : 94  
Dommage légal : 172  
Dommages écologiques : 385, 398,  
411  
Dommages punitifs : 176, 179,  
180, 193, 194  
Dommages-intérêts : 10, 167, 179,  
180, 187, 190, 191, 244, 386, 390,  
391, 394, 398  
Draft Code of Offences against  
the Peace and Security of Man-  
kind : 22, 256  
Draft Declaration on the Rights  
and Duties of States, 1949 : 102  
Droit humanitaire : 5, 8, 70 à 72,  
313, 314, 321, 386  
Droits fondamentaux : *v. per-  
sonne humaine*  
Drug traffic : 257

## **E**

East Timor : 27, 35, 46, 85, 103,  
113, 121, 122, 303, 305, 336, 341  
Echange de lettres : 76  
EC-Israel Association Agreement :  
119, 120  
Egypt : 94, 95  
El Salvador : 315  
Elaraby (Juge) : 324

Elections : 102, 123  
Elementary considerations of  
humanity : 36, 55, 100  
Embassy : 282  
Enewetak (Enewetok) Atoll : 189  
Environment (protection of  
the -) : 27, 36, 100, 296  
Environnement : 174, 189, 313,  
406  
Equidistance principle : 32  
Equité : 193, 195  
Eritrea : 73, 88  
Erythrée : 72 à 74, 178, 189  
Esclavage : 174, 327, 364, 406, 412,  
414  
Estonie : 139, 158  
Etats-Unis d'Amérique : 4, 7, 10,  
16, 181, 189, 240, 313, 315, 386  
à 413  
Ethiopie : 72, 138, 178, 189, 325  
Euro-Mediterranean Agreement :  
119, 120  
European Commission for De-  
mocracy through Law (Venice  
Commission) : 53  
European Convention on Human  
Rights : 93, 95, 228 to 237, 274  
to 276  
European Convention on State  
Immunity : 207, 213, 228  
European Court of Human Rights  
(ECHR) : 23, 24, 39, 40, 204,  
208, 217 to 222, 229, 231, 380  
European Union : 54, 94, 95, 105,  
119, 120  
Exclusion : 276  
Excuses : 172, 176, 177, 194

- Exécution extrajudiciaire : 183,  
198, 402, 405, 408, 414
- Exhaustion of local remedies  
(principle of -) : 379
- Expérimentations médicales : 72
- Experiments (scientific or medi-  
cal -) : 57, 64, *see also Biological  
experiments*
- Expropriation : 159, 160, 406
- Expulsion : 181, 431
- Expulsion : 318
- Extradition : 258, 350
- Extradition : 318, 358, 360, 361,  
367, 369
- Extrajudicial killing : 215
- Extraterritorial jurisdiction : 24,  
209
- Extraterritorialité : 358, 365, 386,  
391, 392, 394
- F**
- Fait internationalement illicite :  
168, 174, 176, 181, 182, 192, 328,  
419, 421
- Force (recours à la) : 4, 6, 16 à 19,  
127 à 167, 177, 312, 320 à 323,  
364, 421 à 424
- "Force majeure" : 37, 45
- Forced Labour : 30, 222
- Foreign Claims Settlement Com-  
mission : 190
- Foreign Sovereign Immunities  
Act (FSIA) : 23, 215, 243, 401
- Foreign tort exception : 221, 222,  
227 to 229
- Forfeiture : 225
- Formation du droit international :  
12, 14, 77, 363, 399, 404, 410
- Forum conveniens* : 157
- Forum non conveniens* : 204, 315,  
379
- Forum non conveniens* (F) : 387,  
394 à 399
- Forum prorogatum* : 347
- Forum shopping : 397
- Forum State : 204, 235, 254, 257,  
337, 346, 351, 377
- France (F) : 1, 77, 139, 158, 190,  
240, 246, 315, 363, 365, 367, 393,  
396, 401, 417 à 419
- France : 32, 42, 95, 110, 115, 250,  
277, 284, 285, 302, 341, 347
- Freedom : 30, 47, 63, 64, 216, 381
- French Court : 203, 236, 258, 260,  
341, 350, 351
- Fundamental human rights : 47 to  
49, 56 to 66, 203, 338, 339
- G**
- Garzón B. : 358
- Gaza Strip : 95, 120
- General Agreement on Tariffs  
and Trade (GATT) : 283, 286
- General Assembly of the United  
Nations : 23, 30, 36, 43, 57, 58,  
85, 90, 95, 99 to 122, 206 to 214,  
255, 259, 269, 307, 426
- General value consensus : 66
- Geneva Convention on the Con-  
tinental Shelf : 32
- Geneva Conventions of 1949 : 30,  
31, 36 to 39, 50, 53 to 58, 64, 65,

73, 82, 95, 100, 280 to 289, 305, 343 to 352  
 Génocide (crime de-) : 8, 18, 128, 173, 174, 182, 183, 311 à 327, 362, 402, 419, 421, 423  
 Germany : 23, 24, 39, 40, 123 to 125, 203 to 233, 255, 269, 284, 285, 335, 342, 347, 350  
 Ghaddafi : 258, 260  
 Golan Heights : 96, 101, 122  
 Greece : 24, 95, 203, 204, 218, 221  
 Greenland : 296  
 Guatemala : 108, 109, 252  
 Guatemala (F) : 197, 199, 402  
 Guillaume G. : 208, 209, 234, 336, 346  
 Guillaume G. (F) : 312, 313, 316, 324, 357  
 Guinée Bissau : 11

**H**

Hafner G. : 213  
 Hague draft Convention on Judgments, 1999 : 207  
 Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, 1907 : 50, 52, 117, 259  
 Head of Government : 251  
 Head of State : 219, 250, 252, 257, 258, 260, 380  
 Helsinki Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe, 1975 : 102  
 Hierarchy of norms : 23, 29, 45, 46, 49, 52, 224, 226, 227  
 Higgins R. : 33, 208, 209, 210, 216, 224, 304, 346, 349, 352, 380

Hitler-Stalin Pact : 84  
 Honduras : 315  
 Hostage taking : 55, 215, 282  
 House of Lords : 23, 219, 230, 250, 256 to 263, 351, 373, 380  
 Human Rights Committee : 43, 58, 232, 275, 276  
 Humanitarian minimum standards : 57 to 59, 66  
 Humiliate (to -) : 62  
 Hungary : 96, 296, 306  
 Hutton : 259

**I**

Immunité de juridiction : 23, 239, 240, 246, 360, 388, 399, 400 à 402, 423  
 Immunité des Etats : 239 à 248  
 Immunité d'exécution : 239, 246, 247  
 Immunité individuelle (diplomatique, de chefs d'Etat) : 330, 408, 422  
 Immunity (jurisdictional -) : 207, 213 to 216  
 Immunity (State-) : 23, 24, 116, 118, 203 to 236, 249 to 255, 433  
 Immunity *ratione materiae* (functional immunity) : 118, 222, 249 to 263  
 Immunity *ratione personae* (personal immunity) : 204, 210, 214, 217, 219, 226, 249 to 257, 434  
 Implementation : 56, 207, 208, 236, 255, 283, 306  
 Impunité : 183, 185, 195, 196, 198, 357, 371, 387, 388

- Inalienability/ Inalienable rights : 64, 65
- Incrimination (principe de la double -) : 367
- Indemnisation (dont droit à restitution, - et réadaptation des victimes) : 164, 174 à 197
- Indépendance (d'un Etat) : 72, 74, 138 à 141, 150, 175
- Indérogeabilité : 1, 13, 69 à 77
- Individual criminal responsibility : 39, 430
- Individual rights : 64
- Indonesia : 27
- Indonésie : 134, 148, 315, 320
- Injured State : 46, 89, 90, 124, 125, 233, 234, 269, 270, 272, 277, 289 to 293, 338
- Injury : 213, 215, 228, 254
- Institut de droit international : 222, 365
- Intangibilité : 78 à 81
- Integrity (territorial -) : 95, 102
- Inter-American Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property : 207, 213
- Inter-American Court of Human Rights : 26, 58
- Inter-American Human Rights Commission : 48, 58
- Inter-American Juridical Committee : 213
- Intérêt pour agir : 314, 324 à 328, 332, 422
- International commitments : 82
- International Committee of the Red Cross (ICRC) : 64, 73
- International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) : 30, 58, 230, 235, 237, 275, 276, 285
- International crime : 22, 40, 85, 107, 115, 116, 205, 209, 222, 226, 249 to 261, 269, 295, 303, 338, 341, 346, 426, 430, 435, 436
- International Criminal Court: 23, 39, 97, 236, 237, 251 to 254, 342 to 351, 436
- International criminal law : 22 to 28, 39, 117, 268, 342
- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) : 44, 55, 57, 97, 251 to 262, 307, 337 to 343
- International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) : 251 to 253, 340 to 342
- International custom : 31, 36, 268, 272, 286, 292, 305
- International humanitarian law : 31, 35, 54 to 65, 99, 103, 107, 117, 280, 281, 285, 290, 305, 335
- International Law Association (ILA) : 222, 223, 232
- International Law Commission (ILC) : 22, 28, 30, 46, 89, 99, 106, 112, 114, 115, 121, 125, 206 to 214, 265 to 287, 304, 347
- International public order : 21, 45
- International treaty law : 35
- Interpretation (of agreement) : 86, 109, 273



Intransgressibilité : 1, 6, 74, 313, 314  
 Intransgressible rule/principle : 33, 36, 57, 66, 305, 427  
 Invalidity : 89 to 94, 124, 300, 301, 432  
 Invasion (F) : 140, 146, 159, 164  
 Invasion : 22, 173, 191, 203, 283, 286  
 Inviolable core content : 63  
 Irak (Conflit Irak/Koweït) : 178, voir *Conflits armés*  
 Irak : 4, 141, 146, 159, 164, 174, 176 à 178, 184, 190, 423, 424  
 Iran : 33, 94, 216, 282  
 Iran (F) : 7, 240, 246, 397, 401  
 Iraq : 22, 66, 101, 112, 203, 236, 286  
 Isolation : 146  
 Israel : 38, 89, 94 to 96, 100 to 122, 304 to 306, 349, 350  
 Israël : 7, 133, 141, 159, 192, 331, 332, 418  
 Israeli Supreme Court : 349  
 Italie : 137, 138

**J**

Japan : 101, 108, 219, 262, 350  
 Japon : 137, 147  
 Joinet L. : 185, 198  
 Juge (droit au-) : 239 à 246, 440  
*Jure gestionis* : 206, 207, 224  
*Jure imperii* : 206, 207, 221, 224, 228  
*Jus dispositivum* : 22, 61, 66, 290  
 Jus in bello : 54

**K**

Kolb R. : 14, 131, 355  
 Kooijmans (Juge) : 123, 324  
 Kooijmans : 104, 346, 352, 380  
 Koroma : 105, 304, 346  
 Kosovo : 281, 286, 343  
 Kosovo (F) : 321, 322, 423, 424  
 Koweït : 133, 141, 146, 159, 174, 176, 178, 190, 241

**L**

Labour of prisoners of war : 61, 62  
 Lauterpacht (F) : 165, 319  
 Lauterpacht : 85, 291, 301, 345  
 Law of nations : 59, 381, 408 to 415  
 Légitime défense : 4, 5, 17  
 Létitia (Conflit de -) : 138, voir *Conflits armés*  
 Lettonie : 139, 158  
 Liability : 37, 208, 226, 228, 232, 377, 411 to 414  
 Libération (de territoire) : 138  
 Liberia : 252, 253  
 Libéria : 325  
 Libye (Jamahiriya arabe libyenne) : 315, 316  
 Lituanie : 139, 158  
 Lois et coutumes de la guerre : 3  
 Lord Hope : 259  
 Lord Millet : 118, 219, 220, 224, 258, 259, 351, 373  
 Lord Salville : 259

**M**

Maintenance of international peace and security : 121, 205

- Maintien de la paix : 4, 133, 331, 332  
Malaisie : 315  
Mali (République du -) : 315  
Malta : 94, 95  
Malte : 315  
Manchurian conflict : 101, see also Armed conflict  
Mandchoukouo : 133 à 161  
Mandchourie : 137, 146, 149, 150  
Marshall (Iles) : 189  
Mauritania : 94  
Mesures conservatoires : 319, 320, 323, 330, 332, 367  
Mexique : 10  
Milosevic S. : 262  
Ministère des Affaires Etrangères : 138, 151, 153, 190, 402  
Minorités (droit des -) : 312, 330  
Minorities (Protection of -) : 28  
Morocco : 94  
Mugabe R. : 260  
Mugabe R. : 402, 413  
Mutilations physiques (interdiction des -) : 72
- N**  
Namibia : 32, 35, 101, 102, 112 to 124  
Namibie : 133 à 164, 194, 315, 421  
National emergency : 30, 58  
Natural law : 29, 85  
Natural resources : 27, 100  
Nauru : 70  
Necessity : 34, 37, 45  
Netherlands (the -) : 108, 255, 285  
Nicaragua : 32, 48, 51, 55, 56, 84, 290, 291, 297 to 299  
Niger : 315  
Noriega M. : 257  
Normativist : 29  
Nullity : 45, 427  
Nuremberg Military Tribunal : 22, 62, 251
- O**  
OAU, Declaration on Peaceful Coexistence and the Codification of its Principles by the United Nations : 102  
Objecteur persistant : 4, 14  
Objecteur tenace : 14  
Observateur : 153, 184  
Occupation : 7, 8, 76, 77, 128, 133, 135 à 138, 141, 142, 155, 158 à 160, 162, 164, 172, 192, 329  
Occupation/ occupying power : 100, 102, 103, 116 to 125, 203, 221, 342  
Oda (Juge) : 317, 318  
Offence : 24, 39, 40, 219, 220, 250, 251, 258, 336, 349, 350  
Offending State : 26, 268, 275 to 290  
*Opinio juris* (F) : 135, 395, 420  
*Opinio juris* : 49, 51, 59, 215 to 218, 339, 347, 348  
Opium (Convention internationale sur l' - de 1925) : 161  
Opportunité (principe de l' - des poursuites) : 370  
Opposabilité : 14, 159, 326, 327, 331, 332, 333, 366, 367, 413

Opposability : 84  
 Ordre public de protection : 70,  
 78, 80, 82  
 Ordre public international : 184,  
 355, 357, 363, 364, 371  
 Organisation de la Conférence  
 Islamique (OCI) : 153, 154  
 Organisation des Etats américains  
 (OEA) : 10, 16, 135  
 Ouganda : 185

**P**

Pact of Paris : 101  
*Pacta terti* : 95, 229, 343  
 Pacte de Paris du 27 août 1928 :  
 135, 137, 147  
 Pacte international relatif aux  
 droits civils et politiques : 13,  
 196, 410  
 Palestine (Occupied Palestinian  
 Territory) : 33, 58, 100 to 106,  
 304, 345  
 Palestine (territoire palestinien) :  
 7, 8, 128, 142, 159, 172, 192, 194,  
 324, 327 à 332  
 Panama : 257  
 Paraguay : 138  
 Paraguay : 374  
 Passage (free -) : 376  
 Pays-Bas : 315  
 Peremptory core content : 61  
 Permanent Court of International  
 Justice : 209, 212, 344  
 Pérou : 138, 315  
 Perpetrator State : 204 to 237  
 Persia : 94

Personal immunity : see Immu-  
 nity  
 Personne humaine : 239, 311, 312,  
 327, 358  
*Petitiones principii* : 230  
 Peuples (droit des - à disposer  
 d'eux-mêmes) : 128, 139, 312,  
 313, v. *autodétermination*  
 Philippines : 391, 402  
 Physical attacks : 63  
 Piracy : 87, 100, 268, 336, 376  
 Piraterie maritime : 408  
 Plan Annan : 152, 153  
 Plateau continental : 72, 148, 315  
 Poland : 84, 284, 285  
 Portugal (F) : 8, 134, 148, 320, 326  
 Portugal : 88, 27, 303  
 Poursuites : 370, v. *opportunité*  
 Pressure : 66, 232, 233, 288  
 Prévention : v. *Convention pour  
 la - et la répression du crime de  
 génocide du 9 décembre 1948*  
 Primary law : 28, 40, 269  
 Principes/ lois d'humanité : 3  
 Prisoner of war : 51 to 66  
 Prisonnier de guerre : 69 à 82  
 Procès équitable : 239 à 246, 368,  
 393  
 Processing compensation claims :  
 22  
 Proof (burden of -) : 51, 66, 209 to  
 216  
 Property : 61, 117, 118, 124, 125,  
 207 to 214, 228, 344  
 Proportionality (principle of -) :  
 62, 232

- Proportionnalité : 243  
Prosecution : 25, 31, 64, 211, 217, 219, 255 to 263, 341, 350, 351, 373  
Protection des civils : 8  
Protection diplomatique : 6, 173, 191, 326  
Public interest : 26, 34  
Punishment : 30, 97, 229, 278, 345, 350, 433  
Punitive damages : see Damages
- R**  
Racial discrimination : 35, 48, 87, 99, 103, 117, 118, 125, 206  
Ranjeva R. : 324  
Ranjeva : 346  
Rapatriement : 76  
Ratification : 43, 255  
Réadaptation (dont droit à restitution, indemnisation et - des victimes) : 183, 195 à 199  
Réciprocité : 71, 81, 150, 181, 366  
Reciprocity : 34, 37  
Recognition (doctrine of non-) : 37, 38, 100 to 125, 429, 432  
Reconnaissance (obligation de non-) : 127 à 166, 421, 424  
Referendum : 152, 155, 159, 160  
Referendum : 95  
Refugees : 39  
Réfugiés : 138, 162, 189, 386  
Règlement de la Haye, 1907 : 75  
Regrets et excuses : 176, 177  
Réhabilitation (des victimes) : 187, 192, 196, 197, 200  
Réhumanisation (des victimes) : 197  
Relations diplomatiques : 75, 139, 148, 149, 388  
Remedies : 231, 237, 374, 379, 380  
Renunciation : 41, 63 to 66  
Reparation (individual - claims) : 168, 193, 204, 235, 239, 383  
Réparations : 71, 72, 167 à 200, 243, 318, 328, 329, 385 à 387, 391, 394, 400, 410, 412  
Repatriation : 65  
Répétition (garantie de non -) : 169 à 198, 328  
Repetition (guarantee of non -) : 89  
Représailles armées : 16  
Repression : 208  
Reservations : 26 to 30, 43, 51, 91 to 95, 259, 260, 299, 302, 382  
Resocialization : 201  
Responsabilité de l'Etat : 16, 128 à 158, 167 à 200, 316 à 328, 356, 403, 412, 413, 419, 422  
Responsabilité pénale des Etats : 176, 178, 181, 184, 187, 197, 356  
Responsabilité pénale individuelle : 182, 184, 186, 195  
Responsabilité personnelle : 81, 178, 182  
Responsibility (- for internationally wrongful acts) : 43, to 49, 57, 96, 99, 206, 223, 265, 270, 273, 284 to 287, 306, 338, 339  
Restitution (dont droit à -, indemnisation et réadaptation des

- victimes) : 157, 173 à 197, 386, 394
- Restitution : 233
- Réunification : 152, 153
- Reuter P. : 12, 18
- Rezek (Juge) : 346
- Rhodesia : 101, 112, 118, 122, 123, 432
- Rhodésie du Sud : 133 à 159
- Ribbentrop-Molotov agreement (Hitler-Stalin Pact) : 84
- Right to life : 30, 40
- Riphagen W. : 115, 116
- Rome Statute of the International Criminal Court : 23, 39, 252, 253, 260, 347 to 351
- Rule of law : 27, 93, 205, 208, 212, 234, 237
- Russia : 94, 251
- Russie (ou URSS) : 18, 145, 136, 138
- Rwanda : 104, 255, 301, 303, 350, 351 *see also International Tribunal for Rwanda (ICTR)*
- Rwanda (F) : 173, 185, 186, 387, 402
- S**
- Sanction : 53, 84, 91, 125, 214, 236, 256, 265, 266, 282 to 288, 339, 377, 381, 428 to 433
- Sanction disciplinaire : 76
- Sanction pénale : 76, 356
- Satisfaction : 138, 167 à 194
- Satisfaction : 235 to 237, 433
- Scelle G. : 5, 418, 420
- Sécession : 139, 140, 141, 159
- Secession : 88
- Secrétaire général des Nations Unies : 3, 148, 152, 185, 332
- Self defence (collective -) : 90, 266, 281, 288 to 291
- Self defence : 29, 34, 37, 85, 107
- Self determination (the right of people to -) : 27, 35, 38, 88, 94, 95, 99, 103, 116 to 125, 206, 303
- Sénégal : 11
- Settlement of disputes (peaceful -) : 295, 308, 309
- Shelton D. : 169, 196
- Shi (Juge) : 318
- Siège : v. *Accord de -*
- Sierra Leone (Cour spéciale) : 187
- Sierra Leone (Special Court for -) : 252, 343
- Sierra Leone : 252, 253
- Signature : 76, 148
- Simma B. : 26, 29, 42, 267 to 283, 339, 343
- Skubiszewski K. (F) : 134, 319
- Skubiszewski K. : 51, 84
- Slavery : 21, 30, 35, 39, 48, 49, 87, 99 to 104, 117, 206, 219
- Société des Nations (SDN) : 137, 138, 145, 147, 158, 325
- Société nationale des chemins de fer français (SNCF) : 401
- Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (antérieurement : Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités) : 183,

des minorités) : 183, 185, 195,  
197, 198, 330  
South Africa : 91, 101 to 124, 215,  
267, 286  
South Korea : 286, 347  
Souveraineté des Etats : 2, 4, 76,  
81, 133, 158, 160, 164, 177, 180,  
239, 246, 312 à 316, 371, 391,  
394, 418, 420, 424  
Sovereign equality : 48, 208, 222,  
227, 250, 251, 428  
Sovereign immunity : 23, 25, 204  
to 215, 220, 222, 232, 338, 380,  
425, 429, 430  
Sovereignty : 42, 45, 48, 96, 97,  
100, 115, 125, 205 to 210, 262,  
290, 381, 382, 435  
Spain : 94, 114, 219, 230, 236, 258,  
285, 295, 296, 302, 352  
Spécificité-aggravation (des ré-  
parations) : 171  
Spécificité-différenciation (des  
réparations) : 171  
Statehood : 107, 116 to 118, 125,  
432  
Statement of interest : 388, 389,  
399  
Stimson (doctrine) : 135, 137, 147  
Stupéfiants (trafic de -) : 161  
Suicide : 63  
Summary execution : 31  
Surinam : 285  
Suspension (de traités) : 71  
Switzerland : 42, 89, 92, 377

## T

Tabac : 72  
Taïwan : 145, 146  
Tams Ch. J. : 168  
Taylor Ch. : 252, 254  
Tchad : 195, 315, 316  
Tchécoslovaquie : 16, 158  
Tchéchénie : 71, 173  
Teitgen-Colly C. : 315  
Tenno : 262  
Terminability of treaties : 51  
Territoire non autonome : 320,  
325  
Territoriality (principle of -) : 209,  
210, 255, 256, 344  
Terrorisme : 180, 197, 360  
Threats to or breaches of the  
peace : 266  
Timor oriental : 8, 133 à 148, 187,  
313 à 327  
Tokyo Military Tribunal : 262  
Torture (interdiction de la -) : 8, 9,  
16, 19, 79, 177, 180, 183, 199,  
244, 312 à 318, 360 à 371, 386,  
391, 402, 414  
Traitement (des prisonniers de  
guerre) : 69 à 82  
Transient jurisdiction : 395, 396,  
398  
Transkei : 140, 154  
Travail forcé : 79, 385, 390, 405,  
411, 412  
Treatment of prisoners of war : 31,  
50 to 54, 427 *see also Geneva  
Conventions of 1949*  
Treaty of Amity : 33

Tribunal (droit d'accès à un-) :  
 241, 242, 246  
 Tribunal arbitral Guinée Bissau /  
 Sénégal : 11  
 Tribunal arbitral OSPAR : 11  
 Tribunal pénal international pour  
 le Rwanda (TPIR) : 186, 387  
 Tribunal pénal international pour  
 l'ex-Yougoslavie (TPIY) : 8, 17,  
 79, 186, 312, 361, 387, 395, 412  
 Truth and reconciliation : 343  
 Tunisie : 315  
 Turkish Republic of Northern  
 Cyprus (so-called) : 95, 101, 112,  
 118 to 122, 432  
 Turquie : 140 à 164, 177, 194

## U

Uganda : 286  
 Unilateral reprisals : 34, 272, 287,  
 288  
 Union européenne (UE) ou  
 Communauté économique eu-  
 ropéenne (CEE) : 136, 141, 153  
 à 157  
 United Kingdom : 24, 108, 122,  
 124, 215, 224, 254, 284, 308, 377,  
 380  
 United Nations Claims Commis-  
 sion : 22  
 United Nations Convention  
 against Torture and Other  
 Cruel, Inhuman or Degrading  
 Treatment or Punishment of  
 1984 (UNCAT), 1984 : 30, 219,  
 301

United Nations Transitory  
 Authority for Eastern Timor  
 (UNTAET) : 336, 341  
 United Nations War Crimes  
 Commission : 62  
 United States Military Tribunal :  
 350  
 United States of America : 108,  
 111, 203, 277 to 291, 298, 375 to  
 383  
 Universalité : 70, 73, 358, 359, 367  
 US-German Agreement Concern-  
 ing Final Benefits to Certain  
 United States Nationals Who  
 Were Victims of National So-  
 cialist Measures of Persecution  
 of 1996 : 233

## V

Vandenberg reservation : 298  
 Vattel (de) E. : 83  
 Venda : 140  
 Venezuela : 108, 109  
 Verdross A. : 21, 29, 42, 45, 83,  
 268, 277, 281  
 Vereshchetin (Juge) : 318  
 Verhoeven J. : 129  
 Vérité (droit à la -) : 197 à 199  
 Veto : 4  
 Veto power : 97, 236  
 Victime (Etat -) : 144, 160, 171,  
 175  
 Victime individuelle : 321, 325 à  
 330, 391, 421, 167 à 198  
 Victims of war : 54  
 Vie (droit à la -) : 71, 194

Vienna Codification Conference :  
97

Vienna Conference on the Law of  
Treaties : 32, 87 to 93, 300

Vienna Convention on Consular  
Relations : 282

Vienna Convention on Diplo-  
matic Relations : 282

Vienna Convention on the Law of  
Treaties (VCLT) : 22 to 34, 42  
to 49, 83, 86, 97, 99, 117, 249,  
270 to 283, 299, 300, 337, 425 to  
431

Violation grave d'une obligation  
découlant d'une norme impéra-  
tive de droit international : 128,  
131, 137, 421 à 424

Violations graves (des droits de  
l'homme) : 169 à 200, 239, 357,  
358, 370, 385 à 413

Virally M. : 12, 14, 312

Visa : 282

Voies de recours : 70, 163, 164,  
397, 414

## **W**

Wall (Palestinian -) : 35 to 38, 58,  
100 to 106, 119, 120, 304, 305,  
345

Wanton killing : 31

Wendell Holmes O. : 205

Western Sahara : 94, 306

Wilhelm II : 251, 267

Wilkinson : 220, 224, 258, 351

Winiarski (Juge) : 131

Wolff Ch. : 21, 83

Worth of the human person : 47,  
see also Dignity

Wyngaert : 346

## **Y**

Yerodia : 211, 260, 434, *see also*  
*Arrest warrant*

Yérodia : 357, 363, 422, 423

Yugoslavia : 88, 108, 111, 255, 262,  
281, 285, 296, 302, 303, 307, 343,  
345, 350, *see also International*  
*Criminal Tribunal for the For-*  
*mer Yugoslavia (ICTY)*

## **Z**

Zimbabwe : 260

Zimbabwe (F) : 402





## *Table of Cases / Index de la jurisprudence*

### PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE / COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE

- The S.S Wimbledon / Vapeur Wimbledon, serie A, n° 01, 28 June 1923 : 323  
The Mavrommatis Palestine Concessions / Concessions Mavrommatis en  
Palestine, serie A, n° 05, 30 August 1924 : 295, 324  
Lotus Case / Affaire du Lotus, serie A, n° 10, 7 September 1927 : 209, 212,  
344, 361, 362, 394  
Payment of various Serbian loans issued in France. Payment in gold of the  
Brazilian federal loans issued in France / Emprunts serbes et Emprunts  
brésiliens, serie A n°s 20 et 21, 12 July 1929 : 84

### INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE / COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

#### *Cases / Arrêts*

- Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) / Détroit de Corfou  
(Royaume-Uni c. Albanie), 9 April 1949 : 36, 55, 208, 308, 312, 313, 315  
Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)/ Affaire du  
Cameroun Septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), 2 December  
1963 : 324  
South West Africa, 2nd Phase (Ethiopia v. South Africa ; Liberia v. South  
Africa) / Sud-Ouest africain, deuxième phase (Ethiopie c. Afrique du  
Sud ; Liberia c. Afrique du Sud), 18 July 1966 : 324 à 328  
North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark ;  
Federal Republic of Germany v. Netherlands) / Plateau continental de la  
mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ;  
République fédérale d'Allemagne c. Pays Bas), 20 February 1969 : 32, 91,  
216, 217, 315

- Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain / Belgique c. Espagne) (F.), 5 February 1970 : 6, 22, 27, 35, 36, 45, 46, 84, 96, 206, 267, 269, 272, 273, 275, 303, 305, 313, 314, 325 à 327, 418, 422
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America) / Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), 12 October 1984 : 32, 315
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) / Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), 27 June 1986 : 32, 48, 51, 55 and 56, 84, 290 et 291, 297 to 299
- East Timor (Portugal v. Australia) / Timor Oriental (Portugal c. Australie), 30 June 1995 : 8, 27, 35, 46, 85, 103, 113, 121, 122, 134, 148, 187, 303, 305, 313, 314, 319 à 321, 324 à 327
- Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) / Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), 25 September 1997 : 32, 232, 296, 313
- Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) / Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), 4 December 1998 : 295 à 297
- Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) / Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique), 14 February 2002 : 24, 118, 208 à 211, 216 et 217, 226 et 227, 234, 253, 255 à 258, 260, 262, 336, 346, 349, 351 et 352, 362, 380
- Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) / Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), 6 November 2003 : 7, 33
- Certain Property (Liechtenstein v. Germany) / Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), 10 February 2005 : 324, 325
- Orders / Ordonnances*
- United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) / Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), 15 December 1979 : 7, 32, 88, 313
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) / Application de la convention pour la prévention et la

- répression du crime de génocide, mesures provisoires (Bosnie Herzégovine c. Yougoslavie), 13 September 1993 : 303, 319 à 325, 345
- Legality of use of force, Provisional Measures (Yugoslavia v. Spain) / Licéité de l'emploi de la force, mesures provisoires (Yougoslavie c. Espagne), 2 June 1999 : 302, 320 à 323
- Legality of use of force, Provisional Measures (Yugoslavia v. Belgium) / Licéité de l'emploi de la force, mesures provisoires (Yougoslavie c. Belgique), 2 June 1999 : 296
- Legality of use of force, Provisional Measures (Yugoslavia v. United States), Licéité de l'emploi de la force, mesures provisoires (Yougoslavie c. Etats-Unis d'Amérique), 2 June 1999 : 302
- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) / Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda), 10 July 2002 : 27, 33, 35, 301, 303
- Avis consultatifs/ Advisory opinions*
- Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide / Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 28 May 1951 : 30, 92, 302
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) / Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, 21 June 1971 : 32, 35, 101, 112 to 114, 118 and 119, 124, 148, 149, 154, 158, 421
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons / Licéité de l'emploi de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, 8 July 1996 : 7, 33, 36, 55, 57 and 58, 74, 212, 305, 313, 327, 329, 345
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory / Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, 9 July 2004 : 7, 8, 35, 38, 58, 100, 102, 104, 128, 131, 142, 159, 172, 174, 192, 304, 329 à 332, 345, 418

INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS / COUR  
INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

*Cases / Arrêts*

Castillo Paez v. Peru, 27 November 1998 : 194  
Suarez-Rosero v. Ecuador, 20 January 1999 : 194  
Myrna Mack Chang, 23 November 2003 : 198  
Loayza Tamayo, 27 November 1998 : 199  
Coard and Others v. United States, 29 September 1999 : 58  
Barrios Altos, 30 November 2001 : 199

*Advisory opinion(s) / Avis consultatif(s)*

Avis n° 18 : 16, 18

INTERAMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS /  
COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

Roach and Pinkerton v. United States, 1987 : 10, 16, 44, 48  
Michael Domingues v. United States, 22 October 2002 : 10, 16  
Gary T. Graham, now known as Shaka Sankofa v. United States, 29  
December 2003 : 10, 16  
Douglas Christopher Thomas v. United States, 29 December 2003 : 10, 16  
Napoleon Beazley c. United States, 29 December 2003 : 10, 16

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA / TRIBUNAL  
PÉNAL INTERNATIONAL POUR LE RWANDA

Ntuyahaga, 18 March 1999 : 342

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER  
YUGOSLAVIA / TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-  
YUGOSLAVIE

Prosecutor v. Tadic, 2 October 1995 : 55, 307, 342, 412  
Prosecutor v. Anto Furundzija, 10 December 1998 : 8, 9, 44, 45, 256, 301, 312,  
337, 338, 342, 361  
Goran Jelusic, 14 December 1999 : 8

Zoran Kupresic, 14 January 2000 : 8  
Radislav Krstic, 8 August 2001 : 8  
Prosecutor v. Milan Milutinovic and Others, 21 May 2003 : 343  
Knorjelac, 17 September 2003 : 79  
Galic, 5 December 2003 : 8, 17

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS / COUR EUROPÉENNE DES  
DROITS DE L'HOMME

Golder, 21 February 1975 : 245  
Loizidou v. Turkey (preliminary exceptions), 23 March 1995 : 158  
Loizidou v. Turkey, 18 December 1996 : 142, 144, 158 à 164  
Hornsby v. Greece, 19 March 1997 : 245  
Cyprus v. Turkey, 10 May 2001 : 142, 144, 158, 163  
McElhinney v. Ireland, 21 November 2001 : 9, 229, 231, 241  
Al Adsani v. United Kingdom, 21 November 2001 : 9, 16, 24, 204, 208, 211,  
218, 222, 226, 227, 229, 241, 254, 380, 386  
Bankovic, 12 December 2001 : 229  
Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany, 12 December 2002 : 9,  
10, 24, 204, 218, 221  
Demades v. Turkey, 31 July 2003 : 158  
Ilascu and Others v. Moldavia and Russia, 8 July 2004 : 193  
Ikincisoy v. Turkey, 27 July 2004 : 194  
Khatchiev v. Russia, 24 February 2005 : 71  
Assaïeva v. Russia, 24 February 2005 : 71  
Xenidès-Arestis v. Turkey (en délibéré au moment de la publication de cet  
ouvrage) : 164

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES / COUR DE  
JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: S. P.  
Anastasiou (Pissouri) Ltd e.a., 5 July 1994 : 120, 155  
The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S.P.  
Anastasiou (Pissouri) Ltd and Others (Anastasiou II), July 2000 : 120,  
155

The Queen on the application of S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and Others v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food (Anastasiou III), September 2003 : 155

ARBITRATION COMMISSION OF THE EUROPEAN CONFERENCE  
FOR PEACE IN YUGOSLAVIA / COMMISSION D'ARBITRAGE DE LA  
CONFÉRENCE EUROPÉENNE POUR LA PAIX EN YOUGOSLAVIE

Avis n° 1, 29 November 1991 : 11

Avis n° 2, 11 January 1992 : 11

Avis n° 9, 4 July 1992 : 11

Avis n° 10, 4 July 1992 : 11

REPARATIONS COMMISSION (ETHIOPIA/ERITREA) / COMMISSION  
DES RÉPARATIONS (ETHIOPIE/ERYTHRÉE)

War prisoners / Prisonniers de guerre, 1st July 2003 : 72

ARBITRATION / ARBITRAGE

Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area  
(Federation of Bosnia and Herzegovina v. Republika Srpska) / Différend  
relatif à la région de Brcko (République Srpska c. Fédération de Bosnie  
Herzégovine), award / sentence arbitrale, 14 February 1997 : 142

ARBITRAL TRIBUNAL FOR THE DETERMINATION OF THE  
MARITIME BOUNDARY BETWEEN GUINEA BISSAU AND SENEGAL /  
TRIBUNAL ARBITRAL POUR LA DETERMINATION DE LA  
FRONTIÈRE MARITIME ENTRE GUINÉE BISSAU ET SÉNÉGAL

Award / Sentence arbitrale, 31 July 1989 : 11

PERMANENT COURT OF ARBITRATION / COUR PERMANENTE  
D'ARBITRAGE

Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom) / Accès à l'information en application de l'article 9

de la Convention OSPAR (Irlande c. Royaume-Uni), award /sentence arbitrale, 2 July 2003 : 11

IMMIGRATION APPEAL TRIBUNAL OF UNITED KINGDOM

Veysi Dag v. Secretary of State for the Home Department, 14 March 2001 : 145, 162

UNITED STATES SUPREME COURT / COUR SUPRÊME DES  
ETATS-UNIS

Horn v. Lockhart and Others, 1873 : 160

Empagran, 14 June 2004 : 436

Rasul v. Bush, 28 June 2004 : 59

Hamdi v. Rumsfeld, 28 June 2004 : 59

Alvarez Machain v. Sosa, 29 June 2004 : 226, 236, 374 à 380, 393 à 415, 436

US COURT(S) OF APPEALS

Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and the Republic of  
Cyprus v. Goldberg and Feldman Fine Arts Inc .and Peg Goldberg,  
24 October 1990 : 157, 162

Siderman de Blake and Others v. the Republic of Argentina and Others : 219,  
400

US DISTRICT COURTS

Southern District of Columbia

Flatow v. Islamic Republic of Iran and Others, 11 March 1998 : 180

Southern District of Florida

Alejandre, Mendez De la Pena v. Republic of Cuba and the Cuban Air Force,  
17 December 1997 : 180



U.K. HOUSE OF LORDS / CHAMBRE DES LORDS

Mohamed Ali v. Public Prosecutor, 1968 : 53

Pinochet, 24 March 1999 : 11, 23, 118, 219, 224, 230, 249, 250, 256 à 260, 263,  
351, 357 à 359, 361, 366 et 367, 371, 373, 380

U.K. HIGH COURT OF JUSTICE, FAMILY DIVISION

Adams v. Adams, 31 July 1970 : 163

B. v. B., 16 February 2000 : 163

GREEK COURTS / TRIBUNAUX DE LA GRÈCE

*Distomo* case, Livadia County Court, judgment n° 137/1997 of 30 October  
1997 : 23, 24, 203, 219, 221, 433

*Distomo* case, Areopagos, judgment n° 11/2000 of 5 May 2000 : 23, 221, 222,  
224, 229, 230, 433

GERMAN FEDERAL SUPREME COURT / COUR FÉDÉRALE SUPRÊME  
DE L'ALLEMAGNE (BUNDESGERICHTSHOF)

Decision of 26 June 2003 : 118

GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT / COUR FÉDÉRALE  
CONSTITUTIONNELLE DE L'ALLEMAGNE  
(BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)

Etat Yougoslave, 30 October 1962 : 240

Empire d'Iran, 30 April 1963 : 240

Order of 28 June 2004 : 222

Order of 26 October 2004 : 123

FRENCH COURT OF CASSATION / COUR DE CASSATION  
FRANÇAISE

1st Civil Chamber (Civ. 1<sup>ère</sup>), Sté Levant Express Transport v. Ch. de fer du  
gouvernement iranien, 25 February 1969 : 240

Civ. 1<sup>ère</sup>, Eurodif v. Islamic Republic of Iran, 14 March 1984 : 246

Criminal Chamber (Crim.), Kadhafi, 2001 : 360

Civ. 1<sup>ère</sup>, F. Cotigny and Fédération française de parachutisme v. G. Suarez  
and United-States, 27 April 2004 : 240

Social Chamber (Soc.), Banque africaine de développement, 25 January  
2005 : 242

