

International Law FORUM du droit international

Volume 2, 2000



KLUWER LAW INTERNATIONAL
THE HAGUE / LONDON / BOSTON

International Law FORUM du droit international

Volume 2, No. 1, Février 2000

Editorial	1
In the News / Actualité	
HELENE RUIZ FABRI / Seattle, bogue de l'an 2000 pour l'OMC ?	3
P.M.M MOSTERMANS / A New Hague Convention on the International Protection of Adults	10
PHILIPPE LORTIE / La Convention de La Haye du 2 octobre 1999 sur la protection internationale des adultes	14
Recurring Themes / Thèmes récurrents	
<i>United Nations Intervention in East Timor / L'intervention des Nations Unies au Timor-Oriental</i>	
CHRISTOPH SCHREUER / East Timor and the United Nations	18
NICO SCHRIJVER / Some aspects of UN involvement with Indonesia, West Irian and East Timor	26
GENEVIEVE BURDEAU / Quelle voie pour le Conseil de sécurité après l'affaire du Kosovo ? Le ban d'essai du Timor-Oriental	32
Profile / Profil	
BETTE SHIFMAN / Professor Pieter Sanders	41
Work in Progress / Travaux en cours	
JAMES CRAWFORD and PIERRE BODEAU / Second Reading of the ILC Draft Articles on State Responsibility: Further Progress	45
Conference Scene / Le tour des conférences	
LAURENCE RAVILLON / European Center for Space Law: 8e Forum des Praticiens	55
The Bookshelf / La bibliothèque	
of HOWARD M. HOLTZMANN / International Arbitrator and Consultant	60

*The opinions expressed herein are those of the authors and do not necessarily reflect
the views of the International Law Association.*

Editorial

Volume 2, No. 1

Vous découvrez le premier numéro du volume 2 de FORUM du droit international avec une nouvelle oeuvre d'art pour illustrer sa couverture. Intitulée « La Paix » (voir l'explication en page 3 de couverture), elle se veut un défi alors que le comité de rédaction a dû, une fois encore, consacrer une partie des contributions de ce numéro à des événements sanglants accompagnant une nouvelle intervention des Nations Unies au Timor-Oriental, dont Christoph Schreuer nous rappelle opportunément qu'elle ne date pas d'hier.

Il n'était pas possible, dans le délai imparti pour publication, de traiter de manière approfondie et critique des diverses interventions de l'ONU et du rôle de cette Organisation, notamment dans ses fonctions de maintien de la paix. Nous sommes particulièrement reconnaissantes à Nico Schrijver d'avoir lancé la discussion dans ses observations en guise de conclusion et à Geneviève Burdeau pour les premières pistes qu'elle ouvre dans un débat difficile. FORUM envisage de poursuivre sa réflexion sur ce thème et souhaite recevoir vos opinions sur cette question.

La vie du droit international est ainsi faite que le chaos cohabite avec des avancées indéniablement utiles pour les citoyens que nous sommes. Le projet de Convention sur la protection des adultes adopté par la Conférence de La Haye, devenu entre-temps la Convention du 13 janvier 2000 grâce à la signature du Royaume des Pays-Bas, en est un exemple topique. Grâce à Philippe Lortie et Ellen Mostermans, vous découvrirez les principales caractéristiques de cette nouvelle convention qui, un jour peut-être, pourrait s'appliquer à chacun d'entre nous.

Le Comité de rédaction est également heureux de vous offrir quelques petits bijoux supplémentaires et nous n'en dirons rien de plus ici pour vous en laisser la surprise et le bonheur de la découverte. Qu'ils vous disent, en tout cas, tout le plaisir qui a été le nôtre dans la préparation de ce numéro, bon augure pour une année 2000 fastueuse. Année du dragon pour les Chinois, qu'elle vous apporte la plénitude symbolisée par cet animal mythique, sans les débordements qui lui sont si souvent associés.

In The News / Actualité

Seattle, bogu de l'an 2000 pour l'OMC ?

HELENE RUIZ FABRI*

Doit-on oser dire, au risque d'encourir le reproche de facilité, que la chronique du sommet de Seattle fut celle d'un échec annoncé ? Encore faut-il préciser de quel échec on parle. Car ce terme a été abondamment employé, tout comme celui de victoire. Et si ceux qui ont parlé de victoire s'en sont réjouis au plus haut point, ceux qui ont parlé d'échec ne s'en sont pas tant désolés, si bien qu'on finirait par avoir l'impression d'un consensus paradoxal et d'un échec en définitive fonctionnel. Il est vrai qu'il est riche d'enseignements, à la fois sur la méthode et sur le fond. Mais il a aussi été, au passage, l'occasion de fortes critiques adressées à l'organisation elle-même qui est alors apparue comme un exutoire commode, même s'il ne s'agit pas de dénier tout fondement aux dites critiques. A celles des uns décrivant l'OMC comme une sorte de Léviathan au service d'une mondialisation dépourvue de toute dimension humaine ont répondu celles des autres incriminant un fonctionnement inadapté, des modes de gestion et de décision dépassés. Il est en tout cas évident que la détermination des contestataires s'est conjuguée aux dilemmes des décideurs et à la fragilité de l'institution.

1 – L'aspect le plus spectaculaire a été évidemment l'ampleur de la contestation externe. Elle est à rattacher à un mouvement plus global, amorcé dans les années 80 et développé dans les années 90, de présence active de ce que, par commodité, on appellera les ONG. On l'a observé lors de toutes les grandes conférences multilatérales organisées notamment sous l'égide des Nations Unies avec les exemples particulièrement spectaculaires de la Conférence de Rio sur l'environnement en 1992, de celle de Vienne sur les droits de l'homme en 1993 ou de celle de Rome parachevant la convention sur la Cour pénale internationale en 1998. La mise en place de l'OMC y avait échappé en 1995, peut-être parce qu'il s'agissait de l'aboutissement d'un processus au long cours et effectivement mal connu, mais le rattrapage a été rapide et on n'oubliera pas que la précédente Conférence ministérielle, à Genève en mai 1998, avait déjà été l'occasion de manifestations parfois violentes, alors même qu'elle n'avait pour programme que de célébrer le

* Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne, membre de l'Institut universitaire de France.

cinquantenaire du GATT. Enfin, il faut évoquer les avatars du projet d'Accord multilatéral sur les investissements il y a deux ans, même si les négociations se déroulaient dans un cercle plus restreint. La parenté est en effet encore plus nette, en raison de la teneur de la contestation et de l'échec final de la négociation. Seattle n'a donc pas marqué un début de ce point de vue.

Les ONG s'étaient mobilisées depuis de nombreux mois déjà, en particulier dans les pays développés, même s'il y a eu la volonté de développer des réseaux de solidarité à l'échelle mondiale (en particulier grâce au Web), et les quelques efforts faits par l'OMC pour s'ouvrir dans leur direction n'avaient pas désamorcé (et ne le pouvaient sans doute pas) les craintes que les négociations à venir soient menées de façon opaque et n'aient pour objet que de poursuivre et approfondir une mondialisation perçue comme univoque dans les intérêts qu'elle satisfait, alors qu'elle révèle des interdépendances de plus en plus aiguës.

Cette mobilisation est par elle-même révélatrice d'une autre face de la mondialisation, certes construite sur un mode réactif, mais qui existe. Elle est l'expression d'une aspiration démocratique même si elle n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Il y a en effet une logique à considérer que puisqu'il s'agit, d'une manière ou d'une autre, d'accroître le décloisonnement, les points de vue de tous ceux qui sont concernés ou touchés doivent être pris en compte. A tout le moins, on peut considérer cela comme légitime. L'ambiguïté vient du caractère diffus de l'organisation de la protestation qui repose sur l'auto-élection, avec le problème afférent de représentativité et, surtout, de clarté des objectifs. Ceux-ci sont en effet bien loin d'être uniformes et l'on peut d'autant moins écarter toute suspicion de défense prioritaire d'intérêts catégoriels que les mouvements les plus actifs sont, au-delà de leur diversité, issus des mêmes lieux, suscitant logiquement une méfiance globale des pays en développement alors que les pays industrialisés, en particulier occidentaux, ont une approche plus ambivalente n'excluant pas toute tentation d'instrumentalisation. Pour l'instant, le fonctionnement ou les effets ont été essentiellement négatifs, exprimant avant tout une faculté d'empêcher, encore qu'on puisse douter que la contestation externe aurait suffi à arrêter des Etats bien décidés. Mais, parce qu'ils ne l'étaient pas, ou sur un mode contradictoire, il est évident que les relais habituels de préparation et d'annonce de la décision politique n'ont pas fonctionné, laissant d'une certaine manière le champ libre à la contestation. Et, à celle-ci, on a en définitive opposé le fait qu'elle se trompait de cible, que l'échec de Seattle n'arrêterait pas la mondialisation mais en freinerait au contraire l'encadrement et la régulation, dans un effet finalement pervers, mais l'argument est lui-même pervers, tout comme celui consistant à se demander s'il sera encore possible de mener de grandes négociations multilatérales. C'est sans doute une fausse question. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'on ne pourra plus les mener comme cela. Mais

trop d'éléments conjoncturels ou spécifiques ont interféré pour autoriser une conclusion plus radicale. Car il faut bien reconnaître que la détermination des manifestants a rencontré l'indétermination des négociateurs.

2 – L'indétermination des négociateurs s'est nourrie de plusieurs éléments. Elle s'enracine dans un certain nombre de dilemmes perçus bien avant le sommet de Seattle, et irrésolus, auxquels se sont ajoutées des contraintes conjoncturelles, dont certaines largement évoquées comme le calendrier politique américain qui paraît peser sur le cycle du Millénaire comme il avait pesé sur le cycle de Tokyo, retardant alors de trois ans le démarrage réel des négociations. Mais, indépendamment de ces données mises en avant par les protagonistes au gré de leurs intérêts, le débat est ouvert depuis assez longtemps sur ce qu'il faudrait intégrer dans le droit de l'OMC, voire sur les modalités de cette intégration, parallèlement à la poursuite de la libéralisation des échanges en particulier dans le domaine des services. L'attraction de l'OMC vient de ce qu'elle regroupe aussi bien des pays développés que des pays en développement mais aussi de la prise de conscience que le fait de lier la négociation de certaines questions à la libéralisation du commerce peut permettre d'obtenir des accords qui seraient autrement hors de portée. L'exemple des règles en matière de propriété intellectuelle l'illustre parfaitement. Cela tient bien sûr à l'adoption du principe de l'accord unique, qui a introduit une rupture avec la pratique antérieure des engagements à la carte. A cette perspective d'accords inenvisageables par ailleurs, s'ajoutent les effets de la structuration juridique de l'ordre commercial et, en particulier, le constat que l'OMC a, notamment grâce au mécanisme de règlement des différends, les moyens d'obtenir le respect des règles déterminées en son sein. Et, bien sûr, les limites actuelles du système ont été perçues comme en témoigne le débat sur les « clauses », dont la plus connue est la clause sociale, c'est-à-dire la conscience que l'approche actuelle ne permet pas suffisamment la prise en considération de préoccupations non commerciales.

Le dilemme vient alors de la crainte d'un « tropisme commercial » et, les mêmes causes produisant des effets contraires, que les objectifs non commerciaux soient vite perdus de vue dans une négociation commerciale et que le jeu du principe de l'accord unique n'entraîne des concessions trop importantes les concernant. Il vient aussi, et surtout, du fait que les débats en cause sont des débats sur les valeurs qu'il s'agirait de transformer en intérêts communs. On pourrait s'étonner qu'il n'y ait pas de consensus pour préserver l'environnement, protéger les hommes, rendre la concurrence loyale... Mais ce serait oublier que cela met en cause la raison même pour laquelle les Etats participent au mouvement de libéralisation du commerce, à savoir la perspective ou du moins l'espoir d'y tirer profit de leurs avantages comparatifs, alors que la prise en compte de ces valeurs impliquerait nécessairement

la réduction d'un certain nombre d'entre eux. Si l'on ajoute que ce serait principalement ceux des pays en développement, l'ambiguïté devient évidente, d'autant qu'on possède là encore l'expérience du précédent de la propriété intellectuelle dont il est clair qu'elle bénéficie essentiellement aux pays développés. Quoi qu'il en soit, il s'agit de s'intéresser, au-delà des produits, aux procédés de fabrication, ce qui nécessite une harmonisation minimale, avec la crainte alternative de standards trop élevés, donc faisant perdre les avantages comparatifs, ou trop bas. Et, dans l'ensemble des perspectives, il y avait aussi des interrogations sur le degré de spécialisation qu'il fallait éventuellement conserver à l'OMC.

L'indétermination des négociateurs s'est également nourrie de ce qu'ils n'avaient pas tous le même intérêt à la négociation et, en toute hypothèse, de ce qu'ils n'avaient pas intérêt à la même négociation. Le sommet de Seattle, qui représentait d'un point de vue institutionnel la réunion de la Conférence ministérielle, organe le plus élevé de l'OMC, avait pour objectif principal l'adoption d'un programme pour le prochain cycle de négociations multilatérales que certains souhaitaient symboliquement voir démarrer en l'an 2000, d'où l'évocation du fameux Cycle du Millénaire. On savait d'assez longue date que la détermination de ce programme était en soi devenu un enjeu, alors que dans cette négociation, comme dans toute autre, l'engagement de négocier n'est pas un engagement de conclure. Mais accepter de discuter est manifestement considéré comme déjà faire un pas, comme en atteste la réaction assez vive de certains ministres européens après que le Commissaire européen en charge de la négociation au nom de la Communauté se fût avancé en acceptant le principe d'un groupe de travail sur les biotechnologies (ce qui concernait au premier chef la question des OGM) ou comme en témoigne le refus virulent de la plupart des pays en développement de voir abordée la question des normes sociales. Or, pendant longtemps, le travail de préparation du programme a été piloté par le Secrétariat. Si la technique consistant à affiner progressivement un texte en y faisant figurer l'ensemble des options même parfaitement contradictoires entre crochets peut se comprendre (elle est même très courante), il arrive un moment où la question doit être prise en charge par ceux qui sont en situation de surmonter ces contradictions. Et il est trop facile de mettre en cause la responsabilité du Secrétariat alors que ce moment est venu bien tard, essentiellement parce que différentes conceptions de l'approche, des principes directeurs et de l'objet de la négociation s'affrontaient entre eux, comme les européens, qui souhaitaient une négociation ambitieuse structurée par le principe de l'accord unique, ceux, comme les américains, qui envisageaient une négociation de portée plus limitée essentiellement aux services et à l'agriculture, et enfin ceux qui doutaient de (voire niaient) l'intérêt d'un nouveau cycle de négociations tant que les engagements issus du précédent ne sont pas intégralement appliqués, en particulier en matière agricole et textile. Les lignes de

fracture étaient même encore plus complexes et nombreuses. En toute hypothèse, il n'existait pas, d'emblée, de consensus sur le fait que tout le monde avait à gagner au déroulement de ce nouveau cycle de négociations. Si les Etats-Unis ont à y gagner, ils ne sont pas pressés et les incidences d'un retard sont moindres pour eux que pour des pays dont l'économie est infiniment plus extravertie. Les contraintes de calendrier sont plus fortes pour les européens. L'échéance à laquelle il sera obligatoire de renégocier l'accord sur l'agriculture s'approchant, il est de leur intérêt de ne pas se laisser acculer et de lier cette négociation à d'autres. Mais il est aussi de leur intérêt de présenter un front vraiment uni. Quant aux pays en développement, ils ont d'une certaine manière fait leur apprentissage du système, et de leur situation réelle faite à la fois de marginalité et de majorité. Il a ainsi été frappant de constater la réunion d'un groupe qui, pour être plus nombreux, était néanmoins la transposition pure et simple dans le domaine commercial du Groupe de 77 dont l'évocation renvoie à une certaine époque de l'Assemblée générale des Nations-Unies. Les pays en développement ont montré qu'ils avaient une faculté de blocage, à défaut d'avoir une grande marge de négociation, tout à la fois du fait de leur part dans le commerce mondial et de l'acquisition dans de nombreux domaines d'un traitement spécial et différencié. Mais il serait simpliste de réduire les résultats du sommet de Seattle à une résurgence de la fracture Nord-Sud. Ce serait prêter au Nord comme au Sud une homogénéité qu'ils n'ont pas, ou du moins pas dans le même sens, la convergence fondamentale d'intérêts s'avérant quand même très forte entre pays développés au-delà de leurs affrontements. Le cycle d'Uruguay avait sans doute déjà sonné le glas des négociations multilatérales dont l'aboutissement était lié au seul accord entre grands, assorti de concessions aux autres. L'enseignement est donc sensiblement le même que celui concernant la « mobilisation citoyenne » : on ne peut plus négocier comme cela quand on est 135, l'indétermination des négociateurs se conjuguant à la fragilité institutionnelle.

3 – On a dénoncé à l'envi le manque de transparence, l'inadaptation du fonctionnement de l'OMC, ce qui peut paraître paradoxal concernant une organisation qui a connu une novation institutionnelle importante il y a cinq ans à peine. Mais il ne faut pas oublier que le chapeau institutionnel qui est venu coiffer l'ensemble de l'édifice pour aboutir à la Charte de l'OMC était lui-même un acquis de fin de négociation, la majeure partie des accords substantiels étant déjà conclus. Or, derrière une façade de renouvellement, on a conservé l'essentiel des modes de fonctionnement antérieurs, mais aussi les comportements et les modes de raisonnement qui vont avec. On dit parfois que le GATT était une sorte de club au fonctionnement élitiste. Il est vrai qu'il a toujours plus servi d'enceinte pour multilatéraliser les résultats de négociations particulières que pour multilatéraliser réellement la

négociation elle-même. En réalité, plusieurs ordres de considérations doivent sans doute être distingués, en particulier celui des termes de la négociation, celui du cercle de négociation et celui de la « transparence » de la négociation.

Concernant les termes de la négociation, les Etats sont certainement devenus plus attentifs à ce qu'ils négocient dans la mesure où le droit de l'OMC devient de plus en plus normatif, par l'effet du fonctionnement du règlement des différends, et où les Etats perdent de ce fait, au moins en partie, la marge que leur conférait cette articulation très particulière des principes et des exceptions qui se pratiquait sous l'empire du GATT.

Concernant le cercle de négociation, on a abondamment parlé, avant et pendant le sommet de Seattle, de « chambres vertes » ou « salons verts », symboles d'une négociation élitiste d'où étaient en définitive exclus ceux qui ne comptent pas ou seulement pour quantité réduite dans le commerce mondial ou, pour le dire positivement, qui impliquait ceux qui comptent le plus dans le commerce mondial. La méthode n'est pas nouvelle. Elle est au contraire inscrite dans l'histoire du GATT au travers de la pratique consistant à resserrer la négociation autour des Etats les plus intéressés, avant d'en proposer le résultat à tous. Mais elle devient problématique dès lors que, déterminée en fonction de la place dans le commerce, la qualité d'Etat intéressé devient systématiquement réservée aux plus puissants ou aux plus grands et que, conjuguée au principe de l'accord unique, elle ne laisse quasiment aucune marge à ceux qui ne furent pas les élus de la négociation. Cela accrédite évidemment l'image d'une OMC dans la main des puissants. Cette captation de la négociation dans sa phase finale (ou qui aurait pu l'être) se conjugue avec le constat que, dans sa phase préparatoire, elle est déjà réservée à ceux qui ont les moyens d'une présence permanente à Genève, ce qui n'est pas le cas d'une trentaine de pays et le budget de l'OMC destiné à les aider à ce faire n'a pas été voté. Rien n'a été fait pour qu'ils aient au moins l'illusion d'une participation ne serait-ce que par l'information, alors qu'ils étaient en train de tirer les enseignements du précédent cycle de négociation et de la mise en œuvre de ses résultats, constatant en particulier que les pays développés, très prompts à agir pour les contraindre à mettre en œuvre leurs engagements notamment en matière de propriété intellectuelle, n'avaient de cesse de différer les leurs, notamment en matière de textiles. Mais l'illusion était aussi celle des anciens membres qui n'ont pas perçu, ou du moins tiré les conséquences, des signes avant-coureurs du blocage, par exemple le mauvais compromis qui avait présidé à la désignation du nouveau Directeur de l'organisation.

S'il ne peut sans doute être question de déplacer la négociation sur la place publique, il est néanmoins évident que sa préparation doit être davantage relayée, que ce soit par l'organisation ou par les Etats. On a alors affirmé que l'organisation avait l'obligation de se réformer, affirmation un peu curieuse en termes juridiques

puisqu'elle suppose un pouvoir normatif d'auto-organisation dont l'OMC ne dispose évidemment pas. C'est aux Etats que revient cette tâche et donc la prise en charge d'un impératif de cohérence jusque-là différé ou différemment situé. En effet, l'OMC est une toute petite organisation internationale qui non seulement n'a que peu de moyens matériels et en personnel, mais est dépourvue d'un mandat institutionnel comme celui de la Banque mondiale et du FMI et de la possibilité de fabriquer du droit dérivé. Ce minimalisme institutionnel est le fruit d'un choix délibéré en faveur d'une organisation simplement accompagnatrice d'un processus de libéralisation et non dotée d'une capacité réelle d'autonomie et d'intervention. Si les objectifs changent, il faut ajuster les moyens et c'est d'abord aux Etats que cette tâche incombe. Encore faut-il qu'il y ait, au-delà des discours, une réelle volonté de faire évoluer les objectifs. Mais il est encore difficile d'apprécier le sens de la présente crise de ce point de vue.

Il reste que, pendant l'échec de la négociation, la négociation continue et que Seattle n'a pas été une révolution, tout au plus un coup de semonce. Et chacun sachant que, si l'An 2000 a bien commencé malgré un bogue incertain mais coûteux, le millénaire est encore à venir, le cycle du Millénium peut commencer dans les temps, encore que la vanité de cette coïncidence historique, si elle reste un symbole dépourvu de substrat, soit aussi un des enseignements du sommet de Seattle.

A New Hague Convention on the International Protection of Adults

P.M.M. MOSTERMANS*

The need for a Convention

Nowadays the legal protection of incapacitated and other vulnerable adults has become an important issue on account of demographic changes, medical developments, changes in lifestyles and an increased overall interest in the protection of human rights. As a result of the greater mobility of the population and the rather high number of elderly people deciding to spend their lives after retirement in a milder climate, private international law questions on this subject have also acquired greater significance. On 2 October 1999 the Hague Conference on Private International Law opened for signature a Convention on the protection, in international situations, of adults who, by reason of an impairment or insufficiency of their personal faculties, are not in a position to protect their interests. The Convention regulates four different questions. First, it contains provisions as to which authorities have jurisdiction to take protective measures regarding the person and the property of the adult. Second, the Convention determines which law the competent authorities have to apply. Third, it regulates the recognition and enforcement of protective measures in all contracting States. Finally, it establishes a system of co-operation between the authorities of the contracting States in respect to the protection of adults. Although up until now, in most countries, there has only been an insignificant number of reported cases on the protection of adults in international situations, I consider fully justified the Hague Conference in having already drafted a Convention on the subject. It should be kept in mind that the number of published court decisions may not be fully representative on account of the fact that not only the judiciary, but also practising notaries are confronted with problems in this field. In addition, it is only to be expected that the need for co-ordination and co-operation on an international level will substantially increase in the near future, due to the rapid growth of cross-border legal problems. This Convention, drafted at an early stage, could provide guidance to national courts and promote the willingness of a large number of States to eventually accede to it.

Jurisdiction

As in the 1996 Hague Convention on the protection of children, the Convention on the protection of adults gives primary jurisdiction to the forum of the habitual residence of the person to be protected (Article 5). It is beyond doubt that this

* Lecturer in private international law, Faculty of Law, University of Utrecht

forum with its local knowledge and powers of supervision is usually the most suitable. Article 8 provides some complementary heads of jurisdiction which, however, are subject to the consent of the judicial or administrative authorities of the adult's habitual residence. If the authorities of the adult's habitual residence consider that such is in the interests of the adult, they may, on their own motion or on an application by the authority of another contracting State, request the authorities of one of the States mentioned in Article 8(2) to take measures for the protection of the person or property of the adult. Chapter V of the Convention creates a formal structure for the exchange of those requests through Central Authorities appointed for each contracting State. Two additional heads of jurisdiction are provided for in Article 9 (the location of the adult's property in the case of measures to protect such property) and Article 10 (the place where the adult or his property is present in the case of urgent measures). The system of jurisdiction contained in Articles 5 and 8 is well-organized, because it aims at avoiding incompatible decisions regarding the adult's welfare. For, if there are any authorities other than those of the habitual residence who are well-placed to assess the interests of the adult in a particular case, they can only take a protective measure after the consent of the latter authorities has been obtained (leaving aside Articles 9 and 10). However, the efficacy of the system will stand or fall on the functioning of the communication system, which enables a reliable exchange of information between the different authorities within a reasonable time. Article 7 grants a sort of residuary jurisdiction to the authorities of the State of the adult's nationality as long as the authorities of the habitual residence (or those mentioned in Article 8) have not decided the question. Under Article 7 the national authorities can take protective measures, if they consider that they are in a better position to assess the interests of the adult, and after advising the authorities of the habitual residence. However, this jurisdiction shall not be exercised if the authorities of the habitual residence (or those which take their place by virtue of Article 8) have informed the national authorities that they have taken the necessary measures in a given situation or have decided that no measures should be taken or that proceedings are pending before them. The measures taken by the national authorities shall lapse as soon as the authorities of the habitual residence (or those which take their place under Article 8) have taken the necessary measures or have decided that no measures are to be taken. One might ask whether there is a real need for this jurisdictional rule, since the jurisdictions provided by Article 8 (transferred jurisdiction), Article 9 (jurisdiction based on the property of the adult) and Article 10 (jurisdiction based on urgency) seem to be sufficient to meet any possible need for protective measures in the *forum patriae*. A further point concerning Article 7 is that – as with Article 8 – the efficacy of this article depends on the reliable exchange of information between the different authorities within a reasonable time.

Applicable law

The Convention considers the issue of the protection of adults to be mainly one of jurisdiction: by virtue of Article 13 the competent authorities will normally apply their own domestic law. This principle of *lex fori in foro proprio* makes sense as it promotes the administration of justice in different aspects. Moreover, since the authorities of the habitual residence of the adult have primary jurisdiction, this principle will often in practice result in the application of the law of the adult's habitual residence. Thus, the adult is submitted to the law of his familiar environment and he is treated equally with other adults living in that same environment.

One of the merits of the Convention is Article 15, concerning the mandate in case of incapacity. This provision covers the situation in which the adult, in the event that he can no longer protect his own interests, himself organises his protection in advance. In that case he can assign powers of representation to a person of his own choice by agreement or by unilateral act. Such a mandate seems to be quite normal in the common law tradition, but is unknown in a number of European civil law countries where the mandate necessarily ends with the onset of the adult's incapacity or on the determination that he is incapable of protecting his interests. Under Article 15, this mandate is governed by the law of the (contracting or non-contracting) State of the adult's habitual residence at the time of the agreement or the unilateral act (unless the adult himself has designated another law to govern it). Thus, the mandate is given equal effect in other States involved in the case where this institution might not exist in domestic law. This greatly facilitates the protection of adults across national borders. At the same time, the provision goes a long way to respect the wishes of the adult in question.

Recognition and enforcement

According to Article 22, the measures taken by the authorities of other contracting States having jurisdiction under Chapter II, shall be recognised and, if they require enforcement, shall be enforced in all contracting States (with some exceptions). Under Article 38, the authorities of the State where a measure has been taken or a power of representation confirmed, 'may' deliver to the person entrusted with the protection of the adult's person or property, on request, a certificate indicating the capacity in which that person is entitled to act and the powers conferred. It goes without saying that this provision is of great use to practitioners. Such a certificate, which has probative force and must be recognized in the other contracting States, fulfils the need for security and avoids disputes and costs. In this respect it is to be regretted that the delivery of the certificate is merely discretionary for the requested authority. A lost opportunity, I would say.

Co-operation

Chapter V establishes a mechanism for co-operation between contracting States through Central Authorities appointed in each State. An important function for those Central Authorities is to facilitate communication between the competent authorities of the different States. The latter is a prerequisite for a properly functioning system of distribution of jurisdiction, which in turn promotes the recognition of protective measures abroad. This mechanism of judicial and administrative co-operation in particular, can eliminate some of the obstacles that stand in the way of the legal protection of adults across national borders.

One can conclude that, mostly because of the mechanism of judicial and administrative co-operation, the Convention has the potential to become successful, as experiences with the other Hague Conventions based on international co-operation have shown. Much will depend, however, on the extent to which this co-operation mechanism will be adequately implemented in the member States. (The text of the Convention is available on: <http://www.hcch.net/e/conventions/text35e.html>).

La Convention de La Haye du 2 octobre 1999 sur la protection internationale des adultes

PHILIPPE LORTIE *

En cette Année internationale des personnes âgées 1999,¹ la Conférence de La Haye de droit international privé a adopté une *Convention sur la protection internationale des adultes*² (ci-après, la *Convention des adultes*). C'était le 2 octobre 1999. Ce faisant, la Conférence de La Haye a intégré dans cette *Convention* plusieurs des *Principes des Nations Unies pour les personnes âgées* adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies.³ Ainsi, grâce à la *Convention*, les personnes âgées devraient pouvoir vivre dans des environnements plus sûrs qui peuvent s'adapter à leurs préférences personnelles et à la modification de leurs capacités. De même, les personnes âgées devraient avoir accès à des services sociaux et juridiques capables de renforcer leur capacité d'autonomie et de les protéger. Finalement, la *Convention des adultes* met en place un cadre juridique permettant d'assurer le respect entier de la dignité des personnes âgées et leur traitement équitable.

Le projet de *Convention des adultes* a été développé alors qu'un grand nombre d'États procédaient à une refonte complète de leurs systèmes juridiques sur la protection des adultes souffrant d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles. La refonte était devenue inévitable, compte tenu de l'espérance de vie humaine sans cesse croissante dans les États développés. Par ailleurs, dans la mesure où certaines codifications récentes de droit international privé se préoccupaient de l'aspect international de ces questions, il était propice, par souci d'harmonisation du droit, de développer une Convention de droit international privé à ce sujet. En effet, les mouvements naturels internationaux des personnes à la retraite voulant profiter d'un climat plus clément constituent un phénomène contemporain en pleine expansion, soulevant de nombreux défis juridiques. En particulier, la situation de ces personnes fortunées est souvent sujette à des difficultés

* Philippe Lortie était le chef de la délégation canadienne à la Commission spéciale à caractère diplomatique sur la protection des adultes tenue à La Haye du 20 septembre au 2 octobre 1999. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne sauraient en aucune manière être attribuées au Ministère de la Justice du Canada.

¹ Rés. AG 47/5, 16 octobre 1992 à <<http://www.un.org/esa/socdev/iyop/iyoppo.htm>>

² On retrouve le texte de la *Convention des adultes* à <<http://www.hcch.net/f/conventions/text35f.html>>

³ Rés. AG 46/91, 16 décembre 1991 à <<http://www.un.org/esa/socdev/iyop/friyoppo.htm>>

de droit international privé concernant la vente ou la gestion de leurs biens, le règlement des successions dont elles sont bénéficiaires ou les tutelles ou curatelles dont elles sont l'objet. La *Convention des adultes* traite donc de ces questions. Elle porte aussi sur la détermination de l'incapacité et l'institution d'un régime de protection, la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'adulte ou encore le placement de l'adulte.

Bien que la *Convention des adultes* s'inscrive dans les réalisations de l'année internationale des personnes âgées, elle en dépasse le cadre puisque la *Convention* s'adresse aux adultes définis comme personnes ayant atteint l'âge de 18 ans. En fait, la *Convention des adultes* constitue la suite logique de la *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (ci-après, la *Convention des enfants*) qui s'applique aux enfants, de leur naissance à l'âge de 18 ans. Ainsi, la combinaison des deux conventions permettra de protéger la personne de sa naissance à sa mort. De plus, une disposition transitoire entre les deux conventions permettra l'application de la *Convention des adultes* aux mesures concernant un adulte qui n'avait pas atteint l'âge de 18 ans lorsque ces mesures ont été prises.

De même que la *Convention des enfants*, la *Convention des adultes* a pour objet :

- a) de déterminer l'État dont les autorités ont compétence pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de la personne;
- b) de déterminer la loi applicable par les autorités de l'État dans l'exercice de leur compétence;
- c) de déterminer la loi applicable à la représentation de l'adulte – en l'espèce, l'institution analogue à la responsabilité parentale de la *Convention des enfants*;
- d) d'assurer la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection dans tous les États contractants; et
- e) d'établir entre les autorités des États contractants la coopération nécessaire à la réalisation des objectifs de la *Convention*.

Bien que les objets des deux conventions soient semblables, on note quelques différences. Premièrement, contrairement à la *Convention des enfants*, la *Convention des adultes* ne centralise pas la compétence au profit des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'adulte. Ainsi, dans certains cas, l'État de la nationalité de l'adulte ou encore l'État sur le territoire duquel l'adulte est présent pourront avoir compétence. Cette ouverture est souhaitable puisque l'adulte, contrairement à

l'enfant que les parents se disputent, n'est généralement pas le sujet de différends entre les personnes voulant assurer sa protection. En fait, cette ouverture permettra à un plus grand nombre de personnes d'assumer la protection de l'adulte. La deuxième grande différence est celle entre le principe de la responsabilité parentale et celui des pouvoirs de représentation. Aux fins de la *Convention des enfants*, l'expression « responsabilité parentale » comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou tout autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant. De son côté, la *Convention des adultes* traite du pouvoir de représentation. Ce pouvoir permettra à l'adulte de prévoir lui-même à l'avance sa protection pour le moment où il ne pourra plus pourvoir à ses intérêts en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles. À l'inverse de l'enfant qui ne peut consentir à la responsabilité parentale, l'adulte peut, du moment qu'il a les capacités requises, prévoir de son propre chef des pouvoirs de représentation qui pourront être exercés à son égard. Ce principe de *common law* qui a été repris dans le Code civil du Québec mérite une attention particulière.

Le Code civil du Québec, comme la *common law* dans les autres provinces du Canada, prévoit que toute personne majeure peut, alors qu'elle est pleinement capable d'exercer ses droits civils, donner, en prévision de son inaptitude, mandat à une autre personne de prendre charge de sa personne et de l'administration de ses biens. Contrairement au mandat qui, en principe, prend fin à la survenance de l'incapacité, le pouvoir de représentation prend effet au moment de l'inaptitude. Au Québec, la prise d'effet du pouvoir de représentation requiert l'intervention de l'autorité judiciaire qui a charge de vérifier sa validité et l'inaptitude du mandant. Finalement, la révocation du pouvoir de représentation sera prononcée par l'autorité judiciaire sur demande du mandant et sur preuve de son retour à l'aptitude ou sur demande d'un intéressé, y compris le curateur public, au cas de négligence du mandataire à accomplir correctement ses tâches.

Au Québec, le curateur public est nommé par le Gouvernement. Il assume la responsabilité des régimes de protection des personnes majeures mises sous régime de tutelle (incapacité partielle) et de curatelle (incapacité totale) dans tous les cas où il est impossible de trouver un parent ou un proche qui accepte et qui soit en mesure d'assumer la charge. Le curateur public exerce par ailleurs la surveillance de l'ensemble des tutelles et curatelles privées. Le curateur public possède un pouvoir d'enquête qu'il peut exercer d'office ou sur demande relativement à la situation de toute personne sous régime de protection ou qui a conféré à un tiers un pouvoir de représentation. Enfin, l'autorité judiciaire peut désigner le curateur public pour agir provisoirement comme tuteur ou curateur d'une personne qui se trouve au Québec sans y avoir sa résidence habituelle et le curateur public assume alors cette

tâche jusqu'à ce que la personne soit prise en charge conformément aux lois de sa résidence habituelle. Le « *Public Trustee* » est l'autorité équivalente au curateur public dans les régimes de *common law* des autres provinces du Canada.

En conclusion, il semble que la similitude de structure des deux conventions puisse conduire les États à les ratifier simultanément. Ainsi, un régime de protection de la personne de sa naissance à sa mort pourra être disponible dans ces États. Finalement, comme la *Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* a permis de faire connaître cette institution des pays de *common law* à d'autres pays, la *Convention des adultes* pourra faire connaître à ces mêmes pays l'institution du pouvoir de représentation. À cet effet, ces pays pourront suivre l'exemple de la province de Québec dans son adaptation et son intégration du pouvoir de représentation dans un régime de droit civil.

Recurring Themes / Thèmes récurrent

East Timor and the United Nations

CHRISTOPH SCHREUER*

Chronicle of Events

United Nations involvement with East Timor is several decades old. In 1960, while East Timor was still under Portuguese rule, the General Assembly decided¹ that Timor and dependencies were a non-self-governing territory in the sense of the Charter's Chapter XI to which its Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples² applied.

In 1974 Portugal made preparations for the independence of East Timor. Civil war broke out between groups that favoured independence and groups that wanted integration into Indonesia. Portugal withdrew in 1975. Indonesia occupied East Timor and in 1976 incorporated it into its territory.

In a series of resolutions from 1975 to 1982, the General Assembly criticized Indonesia's military intervention, invoked the self-determination of the East Timorese people, called for Indonesia's withdrawal and recommended action by the Security Council³. The Security Council, in Resolutions 384 (1975) and 389 (1976), also relied on self-determination and on East Timor's territorial integrity, and called upon Indonesia to withdraw from the territory without delay. Some of these resolutions also reminded Portugal of its duties as the former administering power. No further action was taken by the Security Council when Indonesia did not comply.

In 1991 Portugal instituted proceedings against Australia before the International Court of Justice complaining that, in concluding a treaty with Indonesia in 1989 concerning the continental shelf between Australia and East Timor, Australia had failed to respect the duties and powers of Portugal as the administering power of East Timor. The Court found that it was unable to exercise jurisdiction in this case since, in doing so, it would necessarily have to rule upon the lawfulness of Indonesia's

* Edward B. Burling Professor of International Law and Organization, School of Advanced International Studies, Johns Hopkins University; Professor of International Law, University of Salzburg, Austria.

¹ GA Res. 1542 (XV).

² GA Res. 1514 (XV).

³ GA Res. 3485 (XXX), 31/53, 32/34, 33/39, 34/40, 35/27, 36/50 and 37/30.

conduct. In the absence of Indonesia's consent to the Court's jurisdiction, a decision on Portugal's application was not possible⁴.

Beginning in 1983, talks were held between Indonesia, Portugal and successive Secretaries-General of the United Nations. These led to the conclusion of a series of agreements on 5 May 1999. Under these agreements a "popular consultation" (i.e. a referendum) was to be held in East Timor. The population was to vote on a constitutional framework for special autonomy within Indonesia. In the event of rejection of this constitutional framework, arrangements were to be made for Indonesia's withdrawal and transfer of authority in East Timor to the United Nations. This, in turn, was to lead to the territory's independence. A United Nations mission in East Timor was to administer the popular consultation. Indonesia was to remain responsible for peace and security. The result of the popular consultation was to be determined by the Secretary-General⁵.

On 7 May 1999 the Security Council, in Res. 1236 (1999), welcomed these agreements, including the suggested UN presence in East Timor. On the basis of a plan by the Secretary-General⁶, the Security Council, on 11 June in Res. 1246 (1999) decided to establish UNAMET (United Nations Mission in East Timor) until 31 August 1999 to organize and conduct the popular consultation scheduled for 8 August 1999. UNAMET was designed as a relatively small operation with internationally-recruited personnel numbering less than 1000 and consisting of a political component, an electoral component and an information component. The Security Council stressed that responsibility for peace and security remained with the government of Indonesia. A number of civilian police officers and military liaison officers attached to UNAMET were to advise and maintain contact with the Indonesian side.

UNAMET was duly deployed in the subsequent weeks⁷, but concerns about the security situation in East Timor persisted. In particular, violent militias, advocating integration with Indonesia, were seen to affect the freedom and universality of the planned ballot⁸. Despite these obstacles, preparations for the popular consultation, especially voter registration, continued⁹. On 28 July 1999,

⁴ ICJ Reports 1995, p. 89.

⁵ Report of the Secretary-General to the General Assembly and to the Security Council, 5 May 1999, A/53/951, S/1999/513, Annexes I-III.

⁶ Report of the Secretary-General to the Security Council, 22 May 1999, S/1999/595.

⁷ Letters from the Secretary-General to the President of the Security Council (11, 21, 25 June, 2 July, S/1999/679, 709, 735, 750).

⁸ Report of the Secretary-General to the Security Council, 22 June 1999, S/1999/705.

⁹ Letters from the Secretary-General to the President of the Security Council, 10, 14, 26

the Secretary-General informed the Security Council that he had decided to postpone the consultation from 8 to 30 August 1999. He also requested the extension of UNAMET's mandate until 30 September 1999, and subsequently until 30 November 1999¹⁰. The underlying idea was that the United Nations would also be required to play a substantive role in the post-ballot period to aid in the implementation of the result. The Security Council complied with these requests¹¹.

The popular consultation took place on 30 August 1999, under relatively orderly circumstances. Participation was high. The result was made public by the Secretary-General on 3 September: only 21.5 per cent of the votes were cast in favour of autonomy within Indonesia. 78.5 per cent were cast against. This meant a transfer of authority in East Timor to the United Nations, introducing the process of transition towards independence¹².

The publication of the electoral result led to an explosion of violence. Pro-Indonesian militias went on a rampage of massacres, arson, looting and mass expulsions. Over half of the civilian population (more than 500,000 persons) was displaced. About 250,000 persons fled to or were forcibly relocated to West Timor. Intellectuals were singled out and executed. The infrastructure of the territory broke down and the humanitarian situation for most of the population was desperate. The atrocities by the militias were not merely tolerated but actively supported by the Indonesian military and police. UNAMET was pinned down in its headquarters and unable to intervene. Most of its staff were evacuated¹³.

On 6 September 1999 the Security Council dispatched a mission to Indonesia to confront the Government with its obligation to maintain peace and security¹⁴. The mission lasted from 8-12 September. Its result was Indonesia's acceptance, on 12 September, of international peacekeeping forces from friendly nations through the United Nations to restore peace and security and to implement the result of

July 1999, S/1999/773, 788, 822. Report of the Secretary-General to the Security Council, 20 July 1999, S/1999/803.

¹⁰ Letter from the Secretary-General to the President of the Security Council, 28 July 1999, S/1999/830. Report of the Secretary-General to the Security Council, 9 August 1999, S/1999/862.

¹¹ SC Res. 1257 (1999) of 3 August and 1262 (1999) of 27 August 1999.

¹² Letter from the Secretary-General to the President of the Security Council, 3 September 1999, S/1999/944.

¹³ The destruction of East Timor since 4 September 1999. Report prepared by UNAMET on 11 September 1999. Annex to S/1999/976.

¹⁴ Letters from the President of the Security Council to the Secretary-General 5 and 6 September 1999, S/1999/946, 972.

the popular consultation¹⁵.

On 15 September, the Security Council passed Resolution 1264 (1999), in which it determined, in accordance with Art. 39 of the United Nations Charter, that the situation in East Timor constituted a threat to peace and security. Acting under Chapter VII, it authorized the establishment of a multinational force under a unified command structure, pursuant to Indonesia's "request" of 12 September. The role of the force was to restore peace and security in East Timor, to protect and support UNAMET and to facilitate humanitarian assistance operations. States participating in the multinational force were authorized "to take all necessary measures to fulfil this mandate". The Security Council, without mentioning Australia explicitly, refers to a "unified command structure" and to the "leadership of the multinational force". The expenses of the force are to be borne by the participating Member States, but the Secretary-General was directed to establish a trust fund through which contributions may be made available. The Security Council also stated that the multinational force should be deployed until replaced, as soon as possible, by a United Nations peacekeeping operation. The Secretary-General was invited to prepare for a United Nations transitional administration in East Timor incorporating this peacekeeping operation.

Deployment of INTERFET (International Force, East Timor) started on 20 September 1999. The force consisted initially of 14 countries and was projected at 8,000 troops. Its presence allowed UNAMET personnel to return. But the situation remained critical, with no civilian administration, no functioning courts, and essential services on the verge of collapse¹⁶. Indonesian military and police withdrew completely by 1 November.

On 25 October, the Security Council, in Resolution 1272 (1999), established UNTAET (United Nations Transitional Administration in East Timor). This decision too, was taken under Chapter VII and was based on a determination under Art. 39 that the situation in East Timor constitutes a threat to peace and security. UNTAET is based on a detailed plan of the Secretary-General¹⁷. It is established for an initial period until 31 January 2001. UNTAET is endowed with the overall responsibility for the administration of East Timor and is empowered to exercise all legislative and executive authority including the administration of justice. UNTAET consists of three main components:

¹⁵ Report of the Security Council Mission to Jakarta and Dili, 14 September 1999, S/1999/976.

¹⁶ Letter from the Permanent Representative of Australia to the Secretary-General, 29 September 1999, S/1999/1025.

¹⁷ Report of the Secretary-General on the situation in East Timor, 4 October 1999, S/1999/1024.

- a) a governance and public administration component consisting of five divisions: judicial affairs, civilian police with a total strength of some 1,640 police officers, economic, financial and development affairs, public services and electoral operations. In addition, there will be district administrators;
- b) a humanitarian assistance and emergency rehabilitation component; and
- c) a military component with a strength of up to 8,950 troops and up to 200 military observers.

UNTAET is headed by a Special Representative of the Secretary-General and Chief of Mission who acts as Transitional Administrator. Sergio Vieira de Mello, a Brazilian national, took up this position on 17 November 1999. UNTAET is to replace INTERFET as soon as possible. Actual handover is planned for February 2000.

UNTAET has issued a number of Regulations in the exercise of its mandate. A first Regulation on the Authority of the Transitional Administration in East Timor¹⁸ outlines the basic framework for the territory's administration, including the modalities for exercising the authority of the interim administration, observance of internationally recognized standards in the field of human rights, applicable law in East Timor, entry into force and promulgation of regulations issued by UNTAET, and administration of property of Indonesia. A second Regulation establishes a National Consultative Council¹⁹, to provide advice to the Transitional Administrator on all matters relating to the exercise of his executive and legislative functions. A third Regulation establishes a Transitional Judicial Service Commission²⁰, to recommend to the Transitional Administrator candidates for provisional judicial or prosecutorial office, provide advice on the removal of judges and prosecutors, and prepare a Code of Ethics for judges and prosecutors.

By late December 1999, the two most urgent issues were the repatriation of refugees and an inquiry into human rights abuses. Despite continuing militia harassment, a large number of refugees have been repatriated to East Timor, mostly from West Timor, which is part of Indonesia. Repatriation is coordinated by the UNHCR. But many refugees remain in camps outside East Timor. A UN Commission of Inquiry was dispatched to East Timor with the task of investigating human rights violations.

Comment

The events in East Timor highlight some of the weaknesses inherent in the work of the Security Council. For decades the Security Council had been unable to take

¹⁸ UNTAET/REG/1999/1 of 27 November 1999.

¹⁹ UNTAET/REG/1999/2 of 2 December 1999.

²⁰ UNTAET/REG/1999/3 of 3 December 1999.

action against Indonesia's illegal occupation of East Timor. The violent excesses of September 1999 are all the more tragic in view of the fact that the Council had East Timor on its agenda, that there was a United Nations presence in the territory, and that the Council had received repeated warnings about the volatile security situation there.

UNAMET was neither designed to nor able to contain the violence. In accordance with the agreements of 5 May 1999, the responsibility for peace and security was left with Indonesia. But Indonesia's forces were probably unable and certainly unwilling to contain the violent militias. The available information would have called for the preventive deployment of international security forces around the time of the referendum. Such preventive deployment could have saved numerous lives and would have prevented the extensive destruction of property. Even in purely monetary terms, the bill that will now be footed by the international community is much larger than the cost of preventive action would have been.

After the violence erupted, the Security Council reacted with all due alacrity. But the catastrophic events unfolded so rapidly that even the speedy intervention of INTERFET, just over two weeks after the dramatic escalation of violence, arrived too late for most of the population.

In East Timor, the Security Council was in a much better position to act than in the comparable situation in Kosovo earlier that year. Unlike in Kosovo, international operations in East Timor in 1999 were conducted at all times under the Security Council's authority. In Kosovo too, the Security Council found that it was acting under Chapter VII of the United Nations Charter and that the situation constituted a threat to peace and to security²¹. But the Security Council was unable to agree on effective measures and did not authorize the air operations by NATO against Yugoslavia in the spring of 1999. Only in Resolution 1244 (1999) of 10 June, did it decide "on the deployment in Kosovo, under United Nations auspices, of international, civil and security presences" and authorize Member States and relevant international organizations to establish this presence.

The characterization of grave human rights abuses and humanitarian emergencies inside a country or territory as a threat to the peace in the sense of Art. 39 of the Charter, follows a pattern that the Security Council has applied on several occasions since 1991. Prior examples relate to the oppression of the Kurdish population in Northern Iraq²², to the situation in Liberia²³, to the human tragedy caused by the

²¹ See SC Res. 1160 (1998), 1199 (1998), 1203 (1998) and 1244 (1999).

²² SC Res. 688 (1991).

²³ SC Res. 788 (1992).

conflict in Somalia²⁴, to the violation of international humanitarian law in Bosnia and Herzegovina²⁵, to the situation in Haiti²⁶, to the humanitarian crisis in Rwanda²⁷ and to the crisis in Albania²⁸. A finding by the Security Council that there is a threat to the peace makes it clear that the matter is not within a State's domestic jurisdiction within the meaning of Art. 2 (7) of the Charter.

In the case of East Timor, having made a determination under Art. 39, the Security Council was unable to take the next step, namely action necessary to maintain or restore peace and security. Art. 42 foresees such action by the Security Council. But no special agreements under Art. 43 to make armed forces available to the Security Council for this purpose have ever been concluded. Stand-by-arrangements for peacekeeping operations are an inadequate substitute. Member States retain control over whether or not they wish to participate in a particular operation. In addition, deployment under these arrangements, typically, is too slow to deal with a situation of extreme urgency. Therefore, even if the Security Council is not paralysed by the veto of a permanent Member, it lacks the operational means to carry out its own decisions. It remains dependent on the willingness of individual Members or groups of Members to take military action. In actual practice, the initiative is often with the State or States that wish to intervene militarily. The Security Council, rather than acting in its own name, is relegated to the role of a gate-keeper for States willing to intervene.

Since 1990, the Security Council has developed the technique of authorizing States or groups of States to take military action. This method was first used to create a basis for military action against Iraq after its aggression against Kuwait.²⁹ The method has been used on several subsequent occasions, notably in Somalia³⁰, Rwanda³¹, and in Bosnia-Herzegovina³². The formula authorizing such operations "to take all necessary measures" is designed to legitimate the use of military force, if necessary.

In the case of INTERFET, the initiative, the military command and most of the military forces came from a regional power. Not only did Australia bear the

²⁴ SC Res. 794 (1992).

²⁵ SC Res. 827 (1993).

²⁶ SC Res. 841 (1993).

²⁷ SC Res. 929 (1994).

²⁸ SC Res. 1101 (1997).

²⁹ SC Res. 678 (1990).

³⁰ SC Res. 794 (1992).

³¹ SC Res. 929 (1994).

³² SC Res. 1031 (1995).

military risk of the operation but, in accordance with the Security Council Resolution authorizing it, will also bear most of the costs. These costs will be met by imposition of a special tax on the Australian population.

Australia has received well-deserved praise in the Security Council for its role in East Timor.³³ But the authorization of willing regional or global powers or alliances is not a panacea for the handling of international crises. Such an authorization is not a satisfactory substitute to action by the Security Council. The authorization method depends on the willingness of States or groups of States to commit military forces and to incur considerable expense. This willingness may exist in some cases but will be absent in others. The lack of interest on the part of States to send forces to Rwanda in 1994 is a case in point. In addition, the authorization method means that the Security Council largely loses control over the actual operation. In the case of INTERFET, cooperation with the UN is exemplary, but there is no guarantee that in other instances authorization to use military force will not be used to further the interests of the intervening States.

UNTAET is likely to become one of the United Nations' largest operations ever. Even though the territory to be administered is relatively small, the comprehensiveness of the task is comparable to UNTAC in Cambodia in 1992 and 1993. But UNTAET is likely to last longer than the one and a half years of UNTAC. The costs of UNTAET will be considerable.

³³ See press release SC/6776.

Some aspects of UN involvement with Indonesia, West Irian and East Timor

NICO SCHRIJVER*

At various times, the United Nations has been involved in international efforts to restore peace and security in Indonesia. An early example is Indonesia's decolonisation process from 1945-49, following more than three centuries of Dutch colonial rule.¹ Shortly after the withdrawal of the Japanese occupying forces from the Netherlands East Indies, Indonesian nationalists led by Sukarno and Hatta succeeded in gaining *de facto* control over part of the main island, Java, and over Sumatra and Madura. On 17 August 1945, the independence of the Republic of Indonesia was proclaimed. The Dutch, however, who sought a federal state closely associated with the Netherlands, heavily opposed this unilateral declaration of independence. Various military confrontations followed, notwithstanding the UK-brokered "Linggadjati Agreement" to establish a federation comprising the whole of the Netherlands Indies. On 20 June 1947, the Dutch launched a "police action" in an effort to suppress the nationalist movement and to maintain control.²

Following separate requests by Australia and India, dated 30 July 1947, the UN Security Council called upon the parties to cease hostilities forthwith and to settle their dispute "by arbitration or by other peaceful means".³ When hostilities nevertheless continued, the Security Council took the notable step of requesting the members of the Council with career consuls in Batavia to establish a Consular Mission to prepare reports on the situation in Indonesia and to offer its good offices to the conflicting parties through a Council Committee.⁴ In various reports during the fall of 1947, the Consular Commission, which shortly after its establishment was supplemented by the first-ever "military observers", noted the ineffectiveness of the cease-fire order of the Council. In its Resolution 36 of

* Professor of International Law at the *Vrije Universiteit*, Amsterdam and the Institute of Social Studies, The Hague.

¹ For a full and admirable account of the UN role in Indonesia 1947-50, R. Higgins, *United Nations Peacekeeping 1946-1967. Documents and Commentary*, vol. II (Asia), London: OUP, 1970, pp. 3-90.

² For an objective analysis, see A.J.S. Reid, *Indonesian National Revolution 1945-50*, Longman Australia, 1974.

³ S/RES/27, 1 August 1947.

1 November 1947, the Council noted that “no attempt was made by either side to come to an agreement with the other” about the means of giving effect to the cease-fire resolution. The Council then requested its Committee of Good Offices to exercise its functions. On 17 January 1948, the parties concluded the so-called Renville Agreement, entailing a truce and a substantive agreement on political principles as a basis for discussions for settlement of the dispute. However, the truce was short-lived and soon hostilities were resumed. On 19 December 1948, the Dutch initiated a second “police action” and took political prisoners, including the President of the Republic of Indonesia. Subsequently, the Council called upon the Netherlands on various occasions to immediately release all political prisoners. On 28 January 1949, the Council adopted a substantive and relatively lengthy resolution,⁵ in which it repeated its call for an immediate cease-fire and for release of all political prisoners, and spelled out substantive and procedural terms of settlement for the immediate future, with a view to ensuring that transfer of sovereignty would take place no later than 1 July 1950. The Council also reconstituted its Committee of Good Offices as the “UN Commission for Indonesia” and vested it with extensive powers, including assisting the parties during negotiations; consulting with representatives of all areas of Indonesia; monitoring elections and assisting in restoring civil administration of the Republic. Following a Round Table Conference in The Hague from 23 August to 2 November 1949 to which the Security Council Commission for Indonesia successfully contributed, sovereignty was at last formally transferred on 27 December 1949. The UN Commission for Indonesia was not immediately dismantled, but rather requested to play a role in observing the implementation of the Round Table Conference Agreements, including facilitating the repatriation of the Dutch armed forces. By April 1951 the UN Commission’s activities had come to an end.

Status of Dutch West New Guinea

During the Round Table Conference in 1949, it proved impossible to reach an agreement on the status of West New Guinea. Hence, it was decided to maintain the status quo for a period of one year and subsequently to continue negotiations between the Netherlands and Indonesia to determine the legal status of the territory. During the 1950s, however relations between Indonesia and the Netherlands deteriorated significantly, culminating in a rupture of diplomatic relations in 1960. In 1954 Indonesia took the matter to the UN General Assembly, but failed to obtain a majority in a paragraph-by-paragraph vote.⁶ Following mediation by US

⁴ S/RES/31 and 32, 25 and 26 August 1947, respectively.

⁵ S/RES/67, 28 January 1949.

Ambassador Bunker, acting as representative of UN Secretary-General U Thant (“the Bunker plan”), the Netherlands and Indonesia reached an agreement in 1962 to transfer Dutch administration to a UN Temporary Executive Authority (UNTEA) which would subsequently transfer it to the Republic of Indonesia by 1 May 1963. Although endorsed by the UN General Assembly, UNTEA was “established by and under the jurisdiction of the Secretary-General” and was headed by a UN administrator. In addition, two peacekeeping units were established: UN Military Observers in West Irian and the UN Security Force (UNSF).⁷ Furthermore, the United Nations was to assist in preparing the population of the territory for self-determination and to supervise a kind of referendum, which was to take place before the end of 1969, as an “act of self-determination” and “free choice”. The referendum ultimately took place in July-August 1969, in a somewhat peculiar and indirect way by which local representatives organized in regional councils consulted their populations. They then met among themselves and had discussions with Indonesian representatives. It was decided that through this process the population of West New Guinea had opted to become an integral part (*Irian Barat*) of the Republic of Indonesia.

East Timor

The Portuguese were present at Timor from the early sixteenth century. A boundary treaty of 1860 divided the island between the Netherlands and Portugal; the western part of the island was allocated to the Dutch and the eastern part to the Portuguese. The specific boundary line was further demarcated through arbitration in the 1920s.⁸ The western half of the island became a part of newly-independent Indonesia in 1949, while East Timor remained under Portuguese administration but with the status of a non-self governing territory under Chapter XI of the UN Charter. Initially, Indonesia exerted no territorial claims to East Timor and expressed sympathy for the cause of the Fretilin (*Frente Revolucionaria de Timor Leste Independente*). When, in the early 1970s, the Anjer revolution put an end to dictatorial rule in Portugal, Fretilin succeeded in taking control over most of East Timor and proclaimed independence on 28 November 1975. However, just a few weeks later Indonesia invaded East Timor and established its rule.⁹ Initially, the UN General Assembly and the Security Council strongly deplored the military intervention of the armed

⁶ See Higgins, op. cit., p. 94.

⁷ UNGA Res. 1752 (XVII), 21 September 1962.

⁸ See J.H. Kaiser, *Timor Island Arbitration*, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2 (1981), pp. 274-275.

⁹ See for details the excellent book of J.G. Taylor, *East Timor. The Price of Freedom*, London: Zed books, 1999.

forces of Indonesia. Both organs called for an immediate withdrawal of these forces and for respect for the principle of self-determination of the people of East Timor.¹⁰ Indonesia extended an invitation to members of the Security Council to visit East Timor and to assess the situation on site, but this was turned down by the Council in a message dated 21 June 1976.¹¹ In subsequent years the majority for such resolutions proved to languish and the legal status of East Timor was no longer addressed in substantive terms in the UN after 1983. During the 1980s there were frequent reports of serious human rights violations by Indonesian armed forces and civil administrators on East Timor, which were discussed in the context of the UN Commission on Human Rights. When, during the late 1990s, a wave of democratization occurred in Indonesia, the self-determination movement in East Timor also gained momentum. On 5 May 1999, agreements between Indonesia, Portugal and the United Nations were concluded regarding a popular consultation of the East Timorese through a direct ballot facilitated by a UN Mission in East Timor (UNAMET). This referendum took place on 30 August 1999, and resulted in an unambiguous vote for independence. This outcome was vigorously opposed by Indonesian armed forces and para-militias, causing the security situation in East Timor to deteriorate seriously and resulting in mass killings and large-scale displacement of East Timorese people. This time the Security Council accepted an invitation to visit Jakarta and East Timor, which resulted, among other things, after initial reluctance, in a readiness on the Indonesian side to accept an international peacekeeping force through the United Nations in East Timor. In the resolution authorizing the establishment of a multinational force led by Australia, the Council determined, for the first time ever, that the situation in East Timor constituted a threat to peace and security, thus placing its involvement with the situation in East Timor squarely under the mandatory Chapter VII of the UN Charter.¹² In addition to allocating the tasks of restoring peace and security and facilitating humanitarian assistance operations in East Timor, the Council authorized the States participating in the multinational force “to take all necessary measures to fulfil the mandate”, thus euphemistically permitting the use of military force when necessary. The intention was to replace this multinational force as soon as possible with a UN peacekeeping operation, and to provide for a transitional administration, as in Dutch West New Guinea but most likely of a much longer duration.

¹⁰ See UNGA res. 3485 (XXX) of 12 December 1975 and S/RES/384 (1975) and S/RES/389 (1976).

¹¹ Text in K.C. Wellens, *Resolutions and Statements of the United Nations Security Council (1946-1992). A Thematic Guide*, Dordrecht: Nijhoff, 2 nd ed., 1993, p. 437.

¹² S/RES/1264 (1999), 15 September 1999.

Concluding observations

Notwithstanding their different contexts, the three cases briefly described above all reflect important developments in contemporary international law. Their core relates to decolonisation and the right of self-determination, and the role of the United Nations in this. The independence process of Indonesia itself served, as had that of India and Pakistan earlier, as a profound signal that “Charter colonialism”, i.e. the continuation of colonial rule under international supervision, was to be challenged from the moment that the ink with which the new Charter was written had only just dried. Soon self-determination of peoples, which in 1945 was included in the UN Charter as a principle, was upgraded to a right. This progressive development occurred most noticeably through the 1960 Decolonisation Declaration¹³ and common Article 1 of the International Human Rights Covenants of 1966, which read: “All peoples have the right of self-determination”. Furthermore, the particular experiences of Dutch West New Guinea and East Timor illustrate that the obligations under Article 73.e of the UN Charter were hardly taken seriously by administering powers. In a similar vein, one can only be skeptical of the way newly-independent States in their turn implemented the right of peoples to self-determination when one assesses the circumstances of the 1969 plebiscite in West Irian. However, times had obviously changed thirty years later when in 1999 the international supervision of a referendum in East Timor and its result could not politically be pushed aside despite rigorous attempts by the Indonesian army to do so. Obviously, self-determination now also puts restraints on the discretion of newly-independent states.

The three cases under review further illustrate a relevant, if not indispensable, role of the political organs of the United Nations: first of all, in terms of standard-setting; second, for letting off political steam and providing a platform for dialogue between opponents; and last but not least for operational assistance in conflict management. As to the latter, the United Nations observers in Indonesia 1947-50 were an early exercise in UN peace-keeping, as were the Committee of Good Offices and later the UN Commission for Indonesia in preventive diplomacy. The extensive UN operation in West New Guinea (1962-63) introduced the novelty of temporary UN administration (UNTEA), next to the successful peace-keeping role of the United Nations Security Force. In a way, the current UN management of the East Timor situation builds on these early experiences, while the Australia-led security force and especially the authorization “to use all means necessary” reflect more recent trends to give teeth to international security operations. The three cases

¹³ Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, GA Res. 1514 (XV), 14 December 1960.

show variations in the primacy of the particular role of UN organs role in maintaining or restoring peace and security at a given time. During 1947-1950, the Security Council was fully in charge. In the early 1960s there was a notable leading role by the UN Secretary-General (Arts. 99 and 97 of the Charter), while the focus of action turned back to the Security Council in the UN management of the East Timor crisis in 1999 but supplemented by a non-UN multinational force of “the able and the willing”. Lastly, these three cases of UN involvement with maintaining or restoring peace and security in Indonesia illustrate the changing nature of state sovereignty and the more flexible interpretation of the UN Charter concept of “threat to peace”. During the late 1940s, the Dutch stood more or less alone in their claim that the way they handled the Indonesian question was an Article 2.7 matter of “domestic jurisdiction”. They got a similar bitter lesson with respect to Dutch West New Guinea in the 1950s and early 1960s. When, especially after the end of the Cold War, the cult of sovereignty became increasingly challenged, Indonesia also fell under more close international scrutiny as regards respect for human rights. The East Timor case illustrates that serious human rights violations within a territory can amount to a threat to peace. Yet, most important is that Indonesia itself managed to replace the dictatorial Suharto regime by a democratically-elected government led by President Abdurrahman Wahid and Vice-President Megawati Sukarnoputri, which genuinely aims to live up to the UN standard of being “representing the whole population belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour”.¹⁴

¹⁴ UN Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970, fifth principle.

Quelle voie pour le Conseil de sécurité après l'affaire du Kosovo? Le ban d'essai du Timor-Oriental.

GENEVIÈVE BURDEAU*

L'affaire du Kosovo puis l'affaire de Timor apparaissent comme des révélateurs des efforts entrepris par les Nations Unies et le Conseil de sécurité pour ajuster progressivement leur action en tenant compte à la fois des critiques adressées aux opérations précédentes, des exigences de l'opinion publique internationale, des contingences politiques de chaque affaire et des moyens limités qui sont les leurs. L'intervention des Nations Unies au Timor-Oriental en septembre 1999 apparaît, quelques mois après le traumatisme majeur causé au système onusien de sécurité collective par l'intervention de l'OTAN à propos de l'affaire du Kosovo, comme la manifestation d'un effort du Conseil de sécurité pour retrouver ses marques et pour prouver que son rôle n'est pas dépassé, même si de nombreuses critiques ont pu lui être adressées tant sur le manque d'anticipation de violences aisément prévisibles que sur le retard à prendre les mesures adéquates une fois la catastrophe déclenchée et sur l'insuffisance des moyens mis au service de la reconstruction, une fois passé le paroxysme de la crise. Au delà de ces critiques qui concernent autant les Etats que l'institution elle-même, il est curieux de constater qu'agissant après le contournement complet de son rôle lors de l'intervention armée de l'OTAN contre la Yougoslavie au printemps de 1999, le Conseil de sécurité n'ait pas utilisé les moyens qui sont les siens dans une situation juridiquement beaucoup plus nette et où il aurait pu montrer que la parenthèse du Kosovo était refermée.

Sur le plan factuel, il n'y a pas lieu de revenir en détail sur les jalons de la douloureuse histoire du Timor-Oriental : le départ du colonisateur portugais suivi de l'annexion par l'Indonésie en 1975, les nombreuses résolutions votées tant par l'Assemblée générale que par le Conseil de sécurité rappelant l'obligation pour tous les Etats de respecter l'intégrité territoriale du Timor-Oriental ainsi que le droit de son peuple à l'autodétermination, la requête portugaise et l'arrêt du 30 juin 1995 dans lequel la Cour internationale de Justice précise (no. 29) que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes*. L'évolution de la situation, qui semblait politiquement figée, a été rendue possible à la suite du changement de régime intervenu en Indonésie en mai 1998 avec la chute du Président Suharto et l'annonce faite le 27 janvier 1999 par son successeur Jusuf Habibie, sous la pression croissante de l'opinion publique internationale et des

* Professeur à l'Université de Paris I; Associée de l'Institut de Droit International

Nations Unies, d'organiser une consultation libre de la population du Timor-Oriental sur un statut d'autonomie.

Cette annonce fut le point de départ d'une action soutenue et cohérente des Nations Unies auprès des autorités indonésiennes pour faire de cette consultation un véritable référendum d'autodétermination organisé et contrôlé par l'Organisation et pour envisager les conséquences du vote. Des accords furent conclus le 5 mai 1999 à New York entre le gouvernement indonésien, le gouvernement portugais et l'ONU. Ces accords comprenaient trois volets. Le premier prévoyait la tenue d'un référendum et la mise en place d'une mission de l'ONU pour l'organisation du scrutin, la responsabilité du gouvernement indonésien pour le maintien de l'ordre et de la sécurité jusqu'à l'issue du référendum et les dispositions à prendre selon l'option exercée par la population. Le statut d'autonomie spéciale figurait en annexe à cet accord et il était prévu qu'en cas de rejet de ce statut, les trois parties s'entendraient sur "les dispositions à prendre pour assurer le transfert pacifique et en bon ordre à l'Organisation des Nations Unies de l'autorité au Timor-Oriental". L'éventualité d'une administration temporaire du territoire par l'ONU afin de mettre en train "la procédure requise pour permettre au Timor-Oriental de s'engager sur la voie de l'indépendance" était donc expressément envisagée et, compte tenu des prévisions, devenait la plus vraisemblable.

Un accord sur la sécurité prévoyait la coopération de l'ONU avec la police indonésienne afin d'assurer la sécurité jusqu'au lendemain de la consultation. Enfin, un troisième accord relatif aux "modalités de consultation populaire des Timorais au scrutin direct" prévoyait que la question posée ouvrirait aux Timorais deux options : soit le choix d'un statut d'autonomie spéciale dans le cadre indonésien, soit l'indépendance.

Approuvés par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1236 (1999) du 7 mai 1999, ces accords supposaient la mise en place d'une mission des Nations Unies chargée d'organiser le scrutin et d'assurer, en coopération avec les forces de police indonésiennes la sécurité des opérations électorales. La Mission des Nations Unies au Timor-Oriental (MINUTO) fut créée par la résolution 1246 (1999) du 11 juin 1999, alors que la situation restait extrêmement tendue et instable en raison notamment du recrutement à partir d'avril, sur l'initiative du commandant militaire du Timor-Oriental, de 50 000 civils comme "gardes de sécurité", en réalité comme milices payées, entraînées et armées par les forces armées hostiles au référendum et à l'indépendance. Le massacre de Dili, le 6 avril, fut particulièrement révélateur du climat de terreur et de persécution entretenu par ces deux forces conjuguées.

Averti de ce climat, le Conseil de sécurité décidait d'inclure dans la MINUTO, mandatée pour organiser la consultation populaire, un élément de police civile composé de 280 personnes chargées d'aider la police indonésienne à superviser le

déroulement du scrutin et de 50 officiers de liaison en contact avec les forces armées indonésiennes et demandait que tous les groupes armés au Timor-Oriental déposent les armes. Le référendum d'autodétermination du 30 août fit apparaître une majorité de 78,5% des voix en faveur de l'indépendance, déclenchant immédiatement de la part de l'armée et des milices un déferlement de terreur et de violence sur la population et l'exode de près de la moitié des habitants du Timor-Oriental.

Après deux semaines de tergiversations et de négociations avec les autorités locales, le Conseil de sécurité, agissant dans le cadre du chapitre VII, autorisait le 15 septembre par la résolution 1264 (1999) l'envoi, "à la demande du gouvernement indonésien", d'une force multinationale chargée de rétablir la paix et la sécurité au Timor-Oriental, de protéger la MINUTO et de faciliter les opérations d'aide humanitaire et autorisait les Etats participants à la force internationale, selon une formule consacrée, "à prendre toutes les mesures nécessaires pour exécuter ce mandat". Cette annonce provoqua immédiatement le début du retrait des milices. La constitution de cette force (Interfet), dont l'Australie prit l'initiative, souleva de nombreuses controverses dans la région, en raison de la direction et du rôle essentiel confiés pour des raisons d'efficacité et de logistique à l'Australie, Etat "blanc", dont le premier ministre affirma au surplus dans une interview que son pays avait une responsabilité particulière d'intervenir au-delà de ses frontières dans cette partie du monde, et, par ailleurs en raison de la réticence des membres de l'ASEAN à participer à une force de rétablissement de la paix envoyée chez un des leurs.

Par la résolution 1272 du 25 octobre 1999, le Conseil de sécurité complétait le dispositif par la création de l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor-Oriental (ATNUTO/UNTAET), à laquelle était confiée la responsabilité de l'administration générale et l'ensemble des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, d'assurer le maintien de l'ordre et de mettre en place les institutions en vue de l'accession à l'indépendance. Avec la désignation d'un représentant spécial habilité à promulguer les lois et règlements le schéma rappelle celui mis en place pour le Kosovo avec une différence essentielle qui est l'existence d'un objectif clair à savoir l'accession à la souveraineté dans un délai assez bref. Le remplacement des éléments de l'Interfet par des casques bleus s'est réalisé progressivement à partir de novembre 1999.

D'un point de vue juridique, le rôle joué par le Conseil de sécurité dans cette affaire attire l'attention par deux traits marquants : la recherche, s'agissant d'une opération du chapitre VII de l'accord de l'Indonésie, et la mise en place d'un régime d'administration internationale directe du territoire du même type que celui mis en place au Kosovo. Il conduit à s'interroger aussi sur les dérives actuelles du système institutionnel onusien.

I. L'intervention du Conseil de sécurité : un mode d'utilisation inédit du chapitre VII

L'affaire de Timor se situe dans la lignée des interventions du Conseil de sécurité destinées à faire respecter le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à mettre fin à des violations massives et répétées des droits de l'homme. On remarquera que les deux motivations sont très souvent liées et l'on peut se demander si, en dehors des hypothèses d'atteintes au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le Conseil de sécurité pourrait être amené à prendre des mesures uniquement destinées à obliger un gouvernement à mettre fin à une situation de violations massives des droits de l'homme. Il y a certes le précédent de la Somalie. On peut penser aussi qu'en présence d'une situation comme celle du Kampuchea des années 1975 à 1979, l'attitude du Conseil de sécurité ne serait plus aujourd'hui l'abstention. Il n'est pas douteux en tout cas que le respect du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, affirmé solennellement dans l'article 1 de la Charte, est considéré comme un facteur essentiel de la paix et de la sécurité internationale dont le Conseil de sécurité est le gardien. Ceci permet de comprendre pourquoi le Conseil de sécurité s'est montré en général moins enclin à agir dans des situations de violations pourtant massives des droits de l'homme mais qui sont la conséquence d'une lutte interne pour le maintien ou l'obtention du pouvoir que dans celles où ces violations allaient de pair avec la négation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, si tant est qu'il soit toujours aisé de distinguer les deux situations.

Il reste que dans l'affaire du Timor-Oriental la situation juridique était des plus claire puisque l'ONU avait depuis 1975 condamné l'annexion indonésienne comme contraire au droit international. On notera au passage que l'évolution récente de la situation au Timor-Oriental paraît confirmer, après celle des Etats baltes et du Koweït que les annexions déclarées contraires au droit par la communauté internationale représentée par un nombre assez élevé d'Etats ou par l'ONU ne sont pas susceptibles de consolidation juridique par le biais d'une effectivité même prolongée. L'attitude des autorités indonésiennes depuis 1998 montre, en dépit d'un certain nombre d'ambiguïtés voire de contradictions, que cette leçon semble maintenant en cours d'assimilation par les dirigeants politiques. La tendance paraît suffisamment forte pour que l'on puisse voir là un progrès du droit international en dépit de la lenteur et des difficultés de réalisation.

Au-delà de ces réflexions d'ordre général, les développements récents de l'affaire de Timor depuis l'été 1999 illustrent la manière dont le Conseil de sécurité s'ingénie à affiner l'utilisation des moyens mis à sa disposition par la Charte, faute d'une révision de la Charte totalement hypothétique, pour tenir compte de la donne actuelle des relations internationales. Les éléments de cette donne sont bien connus:

- exigence accrue de la part de l'opinion publique internationale du respect égal des droits fondamentaux par tous les Etats et de l'égalité de traitement par la communauté internationale des violations équivalentes du droit international : si l'on intervient au Koweït, pourquoi tolérer l'annexion du Timor-Oriental ?
- difficulté d'agir préventivement dès lors que la responsabilité de la prise de décision et du moment de l'action sont concentrés sur le Conseil de sécurité: le rappel réitéré par l'Assemblée générale ou par la CIJ de la teneur du droit ou la dénonciation dans les rapports du Secrétaire général de violations des droits de l'homme ou d'une situation d'insécurité ne suffisent pas à déclencher préventivement une action qui ne sera décidée que dans l'urgence en face d'une crise ouverte.
- existence et prégnance d'une situation de veto latent au sein du Conseil de sécurité dont il convient d'éviter la cristallisation : dans l'affaire du Kosovo, face à une situation de violation massive des droits de l'homme et de méconnaissance des droits d'une minorité condamnées par le Conseil de sécurité, situation dans laquelle ce dernier n'a pu ou pas voulu se décider à agir en raison d'une situation de veto latent, c'est finalement en dehors des Nations Unies, avec l'intervention de l'OTAN, que la crise a été abordée. Cet exemple apparaît désormais comme un repoussoir : directement contraire tant au droit international qu'aux règles de la Charte, menée par une alliance militaire puissante et en situation de position dominante, bien que parée d'une "légitimité" que les investigations conduites sous l'autorité du TPIY ne font que renforcer a posteriori, cette action sera de celles que l'on cherchera sans doute à éviter à l'avenir.
- méfiance persistante d'un grand nombre d'Etats à l'égard de la théorie des interventions d'humanité.
- impossibilité pour l'ONU d'obtenir les moyens matériels de nature à répondre aux besoins.

Les développements de l'affaire du Timor-Oriental dans les jours qui ont suivi le référendum montrent comment, tout en reprenant la main, le Conseil de sécurité se trouve en réalité contraint par les contradictions entre les éléments rappelés ci-dessus et par l'incidence des remous provoqués par l'affaire du Kosovo.

Alors que le Conseil de sécurité se trouvait au lendemain du référendum du 30 août devant une situation grave et urgente dont la netteté juridique n'était contestée par personne et qui justifiait à l'évidence le recours immédiat aux moyens du chapitre VII, à savoir une action coercitive, il a fallu attendre deux semaines et l'indignation croissante de l'opinion publique internationale pour que le Conseil de sécurité adopte la résolution 1264. Au surplus, alors qu'à l'évidence la Charte aurait permis une action ne nécessitant pas l'accord de l'Etat concerné, une négociation a été

engagée avec l'Indonésie, d'où il résulte que, pour la première fois sans doute, une opération du chapitre VII a été décidée "à la demande" de l'Etat en question.

Certes on peut comprendre toutes les considérations politiques qui ont entouré la préparation de cette résolution, les difficultés concrètes de la mise en place d'une intervention armée et les précautions indispensables à prendre à propos d'une intervention décidée par le Conseil de sécurité sur la base du chapitre VII qui était la première en Asie depuis la guerre de Corée. Il n'en demeure pas moins que le "self restraint" du Conseil de sécurité venant quelques mois seulement après son éviction complète dans l'intervention contre la Yougoslavie à propos du Kosovo augure mal d'une restauration des mécanismes de la Charte. Sans doute la résolution 1264 est-elle de nature à rassurer les nombreux Etats qui, à l'occasion du débat général à l'Assemblée générale en octobre 1999 ou ailleurs, ont exprimé leur rejet de toute forme d'intervention d'humanité. Pourtant la situation du Timor-Oriental n'était pas de celles qui pouvaient constituer un précédent dans ce domaine puisqu'il s'agissait de l'achèvement d'un processus de décolonisation et de la fin d'une annexion contraire au droit international et non pas d'une situation purement interne.

On a déjà souvent souligné en doctrine l'effacement des limites entre le chapitre VI et le chapitre VII de la Charte. On avait parlé, à propos de l'extension considérable des opérations de maintien de la paix, de "chapitre VI bis", voire de "chapitre VI ter", mais néanmoins il semblait subsister un critère de distinction clair tiré du consentement de l'Etat, nécessaire pour les opérations du chapitre VI mais pas pour celles du chapitre VII. Ce dernier critère s'évanouit et la résolution 1264 confirme le franchissement des frontières mais cette fois-ci en sens inverse puisqu'une opération du chapitre VII est décidée avec le consentement de l'Etat intéressé. Cette résolution pourrait donc ouvrir la voie à un "chapitre VII moins" dont la signification, pour l'avenir du rôle du Conseil de sécurité, paraît nettement plus inquiétante que le chapitre VI bis. En effet, en subordonnant des opérations du chapitre VII au consentement de l'Etat concerné, n'est-ce pas tout simplement l'autorité propre du Conseil de sécurité, en tant que détenteur du pouvoir d'agir en vue du rétablissement de la paix qui se trouve menacée? Si non seulement il est nécessaire d'obtenir le consentement des membres permanents mais également celui des Etats qui menacent la paix, on se demande ce qu'il reste de l'autorité du Conseil de sécurité. Ainsi, bien loin de marquer une fermeture de la parenthèse ouverte par l'affaire du Kosovo, la résolution 1246 risque de constituer une étape supplémentaire dans la détérioration des mécanismes de la Charte.

Pour le reste, la résolution 1264 confirme la tendance qu'a le Conseil de sécurité de confier, faute de disposer des moyens militaires nécessaires, la responsabilité des opérations de rétablissement de la paix à un ou plusieurs Etats agissant collectivement, en les autorisant, selon une formule devenue rituelle à "prendre toutes les

mesures nécessaires” en adressant des rapports réguliers au Conseil. Il est clair que seule la constitution d’une force de réaction rapide mise à la disposition du Conseil comme cela a été proposé à plusieurs reprises, offrirait une alternative à ce système qui, selon toute probabilité, perdurera encore longtemps.

Ainsi, tant dans la décision que dans l’exécution, les missions de rétablissement de la paix paraissent donc s’éloigner chaque fois davantage des règles prévues par la Charte.

II. La mise en place d’une administration internationale : une extension nouvelle du rôle du Conseil de sécurité

Selon des modalités qui rappellent très fortement celles utilisées dans l’affaire du Kosovo, la résolution 1272 prévoit l’instauration d’une administration provisoire du territoire par les Nations Unies. Comme on l’a déjà souligné, le mandat est ici plus clair puisqu’il s’agit de jeter les bases institutionnelles du nouvel Etat.

Ce rôle, dans lequel l’ONU, à l’instigation du Conseil de sécurité, s’est lancée à deux reprises en 1999, constitue, par sa nature et son ampleur, une innovation dans la pratique de l’organisation. Certes on peut évoquer le précédent de l’Irian occidental¹ (Nouvelle-Guinée occidentale) dont l’administration fut confiée aux Nations Unies par un accord du 15 août 1962 conclu entre l’Indonésie et les Pays-Bas et approuvé par l’Assemblée générale en vue de faciliter le libre exercice du droit de la population à l’autodétermination. Les compétences confiées à l’ONU pendant dix mois, entre le retrait de l’administration néerlandaise et la mise en place de l’administration indonésienne étaient tout à fait comparables par leur nature et leur étendue à celles prévues par la résolution 1244 pour le Kosovo et par la résolution 1272 pour le Timor-Oriental. Néanmoins elles étaient destinées à préparer le passage à l’administration indonésienne, à dater du 1er mai 1963 et l’exercice d’un acte de libre disposition qui devait intervenir en 1969 en faveur du rattachement à l’Indonésie. Si un autre rapprochement peut être fait entre l’affaire de l’Irian et celle du Timor, il tient au fait que, dans les deux cas, le sort futur du territoire concerné est connu, ce qui évite l’ambiguïté fondamentale qui pèse sur le système d’administration du Kosovo dont on ne sait pas précisément à quel avenir politique il prépare, l’indépendance ou le retour complet dans la fédération yougoslave.

¹ C’est le seul exemple dont la comparaison soit pertinente car les autres projets d’administration internationale avancés pour Trieste ou pour Jérusalem sont restés à l’état de projets. Quant au Conseil des Nations Unies pour la Namibie, créé par la résolution de l’Assemblée générale 2248 du 19 mai 1967, il n’a pas été en mesure d’exercer une autorité effective sur le terrain.

Lorsqu'on se reporte au précédent de l'Irian occidental, on peut se demander pourquoi un processus comme celui qui avait été suivi à l'époque n'est plus envisageable aujourd'hui, c'est à dire celui d'un accord entre les Etats facilité par les bons offices du Secrétaire général et approuvé par l'Assemblée générale. Lorsque les accords du 5 mai 1999 ont été conclus, la situation au Timor-Oriental était certes tendue, mais aucune référence n'est faite dans la résolution 1236 à une quelconque menace pour la paix ou à une situation rentrant à proprement parler dans le cadre du chapitre VI. La résolution n'indique d'ailleurs pas à quel titre le Conseil agit. Or la situation était à ce moment là celle d'une question de décolonisation en voie de solution, question qui traditionnellement était plutôt considérée comme étant du ressort de l'Assemblée générale. On aurait pu imaginer que l'Assemblée générale soit amenée, comme dans l'affaire de l'Irian, à approuver les accords entre les Etats concernés. Cette solution n'a apparemment pas été envisagée.

On peut certes avancer que, compte tenu de la tension extrême et des menaces perceptibles d'atteinte aux droits de l'homme, il était plus efficace de faire intervenir le Conseil de sécurité. Cet argument serait convaincant si le Conseil de sécurité avait pris des mesures destinées à prévenir les risques de violence signalés. Or, en l'espèce, le Conseil de sécurité n'a rien fait que l'Assemblée générale n'aurait été en mesure de décider : approuver les accords, créer la MINUTO selon le projet établi par le Secrétaire général. Pas plus que la précédente, la résolution 1246 ne fait référence au chapitre VI ni ne mentionne l'existence d'une des situations correspondantes, si ce n'est pour évoquer les craintes exprimées par le Secrétaire général dans son rapport au sujet de la sécurité au Timor-Oriental. L'intervention du Conseil n'a retrouvé sa véritable justification juridique qu'après le 30 août et, comme on l'a vu, elle s'est alors fait attendre.

Sous cet angle comme sous le précédent, le fonctionnement du système institutionnel onusien paraît critiquable : est-il utile et efficace que le Conseil de sécurité s'empare de questions qui ne sont pas de sa compétence évidente? Ceci pourrait se justifier si l'intervention du Conseil s'était traduite par le recours à des moyens de prévention dont ne disposait pas l'Assemblée générale. Or telle n'était manifestement pas l'intention de celui-ci.

La question se pose aussi de savoir quelle est la marge d'appréciation du Secrétaire général quant à la saisine de l'un ou de l'autre organe. Dans l'affaire de l'Irian, dans un contexte non moins tendu né d'un litige entre deux Etats, il avait estimé devoir saisir l'Assemblée générale. Aujourd'hui cette solution paraît exclue.

Ainsi le déroulement de l'affaire du Timor-Oriental au cours de l'année 1999 paraît-elle révélatrice des dérives institutionnelles et juridiques importantes qui se manifestent dans le cadre de l'ONU depuis quelques années et qui conduisent à

une approximation croissante dans le rôle joué par les organes principaux de l'organisation. L'empirisme n'a pas forcément que du mauvais et l'on ne peut que souhaiter que le système d'administration internationale mis en place au Timor-Oriental réussisse dans sa mission d'accompagnement de la création du futur Etat. On peut se demander néanmoins si l'extension sans limite des domaines d'intervention du Conseil de sécurité parallèlement à la réduction de son rôle ou de son autorité dans sa mission essentielle de rétablissement de la paix ne risque pas de conduire à une dilution de son rôle et ne constitue pas une évolution dangereuse et non pas seulement une adaptation pragmatique et habile à des contingences politiques dont il faut bien s'accommoder.

Profile / Profil

Professor Pieter Sanders

The quickness of his step and the twinkle in his eye belie his age: at 87, Professor Pieter Sanders still puts in more than a full days' work. He is at his desk, in his well-equipped home office, by 8:30 each morning, and a typical working day ends at around 10:00 p.m. (with brief breaks for coffee and meals with his wife, Ida, to whom he has been married for nearly 63 years). His house on the outskirts of Rotterdam, built by his architect father in 1928, overflows with modern and African art – mirroring the juxtaposition of the traditional and the innovative that can also be found in his legal *oeuvre*. He radiates an infectious enthusiasm for the law in general, and in particular for the international and comparative aspects of his two major fields of specialization: corporate law and commercial arbitration.

I knew Pieter Sanders primarily as the “father” of modern international commercial arbitration: one of the principal drafters of the 1958 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (commonly referred to as the “New York Convention”) and the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules; co-founder of the International Council for Commercial Arbitration (ICCA); initiator, and for many years, General Editor of ICCA's publications: the Yearbook Commercial Arbitration, International Handbook on Commercial Arbitration and Congress Series, which constitute invaluable contributions to the development of this field. I was delighted to discover the many other facets of his life in the law.

Professor Sanders describes his decision to study law as a “conscious” one. In secondary school, he showed a talent for Latin and Greek, leading to the recommendation that he study classical languages. Despite his interest in antiquity, he did not welcome an intellectual framework grounded in the ancient past. Pieter Sanders was more interested in the present, and convinced that law had an immediate impact and influence on most aspects of day-to-day life. (Years later, as Dean and founder of the Law Faculty of the Erasmus University of Rotterdam, he would implement an innovative curriculum that included a first-year course, “*Res Cotidianae*”, based entirely on newspaper articles and current events.)

His interest in arbitration emerged early in his career. After receiving his law degree, he began work on a Ph.D. thesis entitled “Recourse against Arbitral Awards”. The context was purely domestic, as befitted his ambition, at the time, to pursue a general legal practice in the Netherlands. He began as junior lawyer in Amsterdam, where, he recalls, there was no remuneration at all in the first year. The opportunity

to learn the profession from an experienced lawyer was considered its own reward! In Amsterdam, and subsequently, with a law firm in Rotterdam, Pieter Sanders developed his skills as a litigator and advisor, as well as a particular interest and expertise in corporate law.

The advent of the Second World War caused a dramatic shift in his life and legal career. The offices of his law firm, including the library and all client files, were completely destroyed in the massive bombing of Rotterdam in May 1940. He was forced to begin a solo practice from an office in his childhood home in Schiedam, a suburb of Rotterdam. The defense of his Ph.D. thesis in Leiden, scheduled for November 1940, was postponed indefinitely, the university having been shut down following the arrest of his thesis advisor, Professor Cleveringa. (Thus Pieter Sanders has the distinction of being the first person to receive a Ph.D. in Leiden after the war, on July 9, 1945). In 1942, he was taken into custody by the Germans. The rationale was to hold prominent citizens of various localities as hostages against Resistance activities and attacks. Along with the mayor of Schiedam and over six hundred prominent professional persons, businessmen, clergymen, and artists from throughout the Netherlands, Pieter Sanders was incarcerated, for nearly two years, in a former seminary near Den Bosch. At only 29, he was one of four hostages given responsibility for the day-to-day operation and organization of the hostage camp. Despite very real danger – a number of hostages were indeed executed in reprisal for Resistance attacks – the hostages spent their time constructively, organizing over 100 different courses, as well as lectures, discussion groups and concerts, in which they shared their various professional skills, talents and hobbies. The relationships formed there with several fellow hostages would ultimately alter the course of Pieter Sanders' life and career.

His friendship, for example, with Professor Willem Schermerhorn, Minister-President of the first post-war Dutch government, led to a position as Secretary-General of Schermerhorn's Department. The post-war reconstruction of the Netherlands involved challenging issues of public and administrative law, and the declaration of independence by the former Dutch colony, Indonesia, in 1945 raised fundamental questions of public international law. This subsequently led Sanders to play a key role in the negotiation and drafting, in Indonesia, of the Linggadjati Agreement, concerning the future relationship between Indonesia and the Netherlands. Pieter Sanders was a creative and tireless negotiator, with a commitment to gaining the confidence of his Indonesian counterparts and to finding mutually-agreeable solutions and formulations. This approach ran counter to the prevailing political climate in the Netherlands. The Dutch Government proceeded to take military action in Indonesia, forcing Sanders and the other negotiators and drafters of the Linggadjati Agreement to return to the Netherlands, where they were viewed

by some “traitors”, who had sold out Dutch interests in the Far East.

This proved damaging to Sanders’ law practice, as many former clients failed to return. To the ultimate benefit of the international legal community, he was forced to change his focus, and to build a different type of practice. Sanders’ involvement with the resolution of post-war “intercustodial conflicts” involving “enemy” capital, led to positions on numerous corporate boards, including that of the German Thyssen and Stinnes concerns, and to a life-long interest in transnational and comparative aspects of corporate law. Years later, in drafting proposals for the establishment of a Europe-wide system of incorporation, he would draw, inter alia, on his first-hand experience with early attempts at implementing employee co-determination in German companies. Pieter Sanders’ many contributions to the field of corporate law were recognized in 1972, on the occasion of his 60th birthday, in a *Liber Amicorum* entitled “*Quo Vadis Ius Societatum*”.

After the Second World War, Sanders’ arbitration activities also began to shift from the purely domestic (he was a co-founder of the Netherlands Arbitration Institute in 1949) to the international arena. The immediate post-war period was one of increasing internationalization of trade and commerce, with a concomitant need for effective means of resolving international commercial disputes. This was greatly facilitated by the adoption, in 1958, of the New York Convention, which eliminated many of the barriers to enforcement of arbitral awards rendered in other States. Most notable are the Convention’s provisions on enforcement of arbitration agreements, the elimination of the “double exequatur”, and the limitation of the grounds for refusing enforcement of an arbitral award. As pointed out by a recent reviewer of Professor Sanders’ 1999 comparative study “*Quo Vadis Arbitration: Sixty Years of Arbitration Practice*”, Sanders “has worked at the coal-face of every development in the field of international commercial arbitration.” Although it is unusual for a single scholar to receive two *Libri Amicorum*, Professor Sanders’ arbitration colleagues feted him in 1982 with “The Art of Arbitration”, the cover of which reproduced an original painting presented by the Dutch artist Karel Appel, in recognition of Sanders’ passion for modern art.

Professor Sanders continues to believe that arbitration, while certainly a “service industry”, is at the same time, an “art.” Recalling the adage “*l’arbitrage vaut l’arbitre*”, he is a proponent of arbitrator training, and of increasing the size and diversity of the pool of potential international arbitrators. He considers the harmonization of arbitration law and the increasing use of conciliation the most significant trends in his sixty years of practice. While he views conciliation as the most promising means of alternative dispute resolution, he does not feel this will affect the future of arbitration, as there will always be a need for binding decisions. Sanders favors greater integration of conciliation and arbitration, and suggests that this be addressed

by UNCITRAL in the form of a Model Law on Conciliation and amendments to the 1985 UNCITRAL Model Law on Arbitration. One important aspect of such an exercise would be to balance considerations of confidentiality and impartiality against the desirability of a settlement based primarily on the consent of the parties, and arrived at in a perhaps less adversarial manner.

As pointed out above, Pieter Sanders' vast art collection reflects the extremes of the primitive and the innovative. His legal career has been marked not only by innovation, but by a dedication to the implementation of innovative solutions. In 1959, he proposed, in his inaugural lecture as a new Professor in Rotterdam, the establishment of a "*Societas Europea*", and was asked almost immediately to prepare a draft, under auspices of the European Commission, for the creation of a type of legal personality that would be recognized in all Member States of the European Community. His farewell lecture at the Erasmus University, in 1981, argued for a significant revision of Dutch arbitration law. This led to him to collaborate in the drafting of the new law, which entered into effect in 1986, and to publish a treatise on the new law the following year. Thirteen years later, as I interviewed him for this Profile, the materials for the fourth edition of this treatise were on his desk! Professor Sanders jests that, on occasion, his wife has been known to beseech him to "stop having new ideas!" But she certainly realizes, as does the entire international legal community, that that would be tantamount to asking him to stop being Pieter Sanders.

BES

Work in Progress / Travaux en cours

Second Reading of the ILC Draft Articles on State Responsibility: Further Progress

JAMES CRAWFORD* and PIERRE BODEAU**

Introduction

At its 51st session, held in Geneva from May to July 1999, the International Law Commission resumed its work on the topic of State responsibility with the view to completing the second reading of the Draft articles at the end of its current quinquennial mandate (2001). Basing itself on a Second Report by the present Special Rapporteur, the ILC continued the task of systematically considering the draft articles in the light of the comments of Governments and developments in State practice, judicial decisions and in the literature. The remaining chapters in Part One, namely Chapters III (“Breach of an International Obligation”), IV (“Implication of a State in the Internationally Wrongful Act of Another State”) and V (“Circumstances Precluding Wrongfulness”), were reviewed by the Commission and further considered by the Drafting Committee. The question of the treatment to be reserved to counter-measures, and other remaining strategic issues concerning the following parts of the draft articles, was also considered.

In this note, we review the issues discussed in 1999 and give some preliminary idea of the range of issues remaining to be decided as to Parts 2 and following of the Draft articles.¹

Consideration of Chapters III, IV and V of Part One (Articles 16-35)

Chapter III

Chapter III deals with the element of breach, the second constituent of State responsibility identified in Article 3 (b). It devotes no less than 11 articles to the

* Whewell Professor of International Law, University of Cambridge; Member, ILC and Special Rapporteur on State Responsibility.

** Research Fellow, State Responsibility Project, Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge. Work on the Project is supported by the Leverhulme Trust. For the First and Second Reports, State comments and other material relating to the Draft Articles, see the State Responsibility website at www.law.cam.ac.uk/rcil/home.htm

¹ For a review of the work achieved on the topic by the ILC in 1998, see J. Crawford & P. Bodeau, “Second Reading of the Draft Articles on State Responsibility: A Progress Report”, *International Law Forum*, Vol. I, No. 1, 1999, pp. 44-46. And see generally the symposium in *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, pp. 339-460.

question of breach, dealing with a range of issues such as the intertemporal factor, the distinction between obligations of conduct and result, the exhaustion of local remedies and the notions of continuing, complex and composite wrongful acts.

There is however a conceptual difficulty with Chapter III. The draft articles on State responsibility are concerned with the codification and progressive development of secondary rules, but the existence of a breach of an international obligation largely relies upon the specific content of the primary rule in question. This is not to say that the whole of this Chapter has no relevance to the Draft articles. But as a number of Governments pointed out, some of the fine distinctions drawn in Chapter III (e.g. between obligations of conduct and obligations of result) lacked consequences within the framework of the Draft articles, while others (e.g. the distinction between composite and complex wrongful acts) were of doubtful validity. Thus the Chapter needed to be reviewed as a whole, to ensure that the treatment of breach was consistent with the basis of the text as whole (i.e. that it did not unduly trespass into the field of the primary rules), and also that it dealt with the issues in a practical and satisfactory way.

As a consequence of this re-examination, Chapter III underwent substantial modification and compression. The basic provision of Chapter III, article 16, was retained but redrafted. It is now proposed that it read:

“There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.”²

The last words were added in order to include clarifications previously made in article 17 (1) and 19 (1), which have been deleted. Of course it is the case that, if an international obligation has been breached, the fact that the origin of the obligation was to be found in a treaty as distinct from, say a unilateral act or a rule of general international law does not affect the matter. Moreover the secondary rules of state responsibility apply quite generally, and do not draw distinctions based on the customary or conventional nature of the primary obligation alleged to have been breached. These propositions, which are in the nature of axioms, were affirmed by the Arbitral Tribunal in the *Rainbow Warrior Case*³ and by the International Court in the *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*.⁴ They

² It should be recalled that the structure of the Draft and the location and content of the articles remain provisional until final adoption by the Commission of the whole text on second reading.

³ (1990) 20 *UNRIIAA* 217 at p. 251.

⁴ *I.C.J. Reports 1997*, p. 7 at pp. 38-39 (para. 47).

were more conveniently affirmed in article 16 than as a separate proposition of a somewhat elementary character.

The word “character” in article 16 is intended to refer to the distinction formerly drawn between obligations of conduct, obligations of result and obligations of prevention, previously embodied in articles 20, 21, and 23 respectively. A number of reasons militated in favour of a mere deletion of these provisions. Although deriving from certain civil law systems (in particular the French), the distinction between obligations of conduct and result as formulated in these articles was based on different, if not opposite, grounds, and this was liable to lead to confusion. According to the first reading text, an obligation of means was actually more onerous than an obligation of result, since the latter gave the State a choice of means; whereas in the French law understanding, an obligation of means or conduct is in the nature of a best efforts obligation, providing no actual guarantee of the outcome. It is thus a less onerous obligation than an obligation of result.⁵ Whether an obligation of prevention involves an obligation of means or of result is not clear, and depends rather on the interpretation of the particular obligation than on any *a priori* category. For these reasons, the classification of primary obligations provided by articles 20, 21 and 23 was not firmly based on State practice, and appeared to have no direct bearing in terms of the secondary rules as formulated in the Draft articles. Because the terms “obligations of conduct” and “obligations of result” have much currency in international law, however, a residual reference to the “character” of international obligations has been retained; it will act as a hook upon which can be hung a more detailed explanation of the issues in the commentary.

Another issue raised by Chapter III is the adoption of a “substantial” approach to the exhaustion of local remedies rule in article 22. This view has been criticized by Governments and is not supported in jurisprudence as a general solution to the problem.⁶ Its application to standard human rights obligations is particularly problematic: a State does not have a choice between complying with a human right and paying compensation, and article 22, to the extent that it suggested the contrary, was unsatisfactory. As a procedural device however, the exhaustion of local remedies rule remains extremely important, and it clearly has a useful role in the Draft articles. Further discussion of the formulation and location of article 22

⁵ This and related points had already been clearly made in the French language literature: see J. Combacau, “Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse”, in *Mélanges Reuter*, (Pedone, Paris, 1981), pp. 181-204; P. M. Dupuy, “Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats”, (1984), vol. 188, *Recueil des Cours*, pp. 43-54.

⁶ See e. g. the *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *I.C.J. Reports 1989*, p. 15 at pp. 46-48.

has been reserved. For example it may possibly be placed in a new projected Part Two *bis*, on the implementation of responsibility.

Chapter III dealt with the important issue of the effect of the temporal element on the origins of State responsibility. Article 18 (1) stated the basic principle that, for a breach to exist, the obligation must be in force for the State at the time of the conduct giving rise to the breach. This intertemporal principle has been retained, with minor drafting changes so as to express it in the form of a guarantee. Article 18 (2), by contrast, dealt with the very unlikely hypothesis of an act wrongful when committed but subsequently required by a peremptory norm of international law. It was deemed unnecessary in the context of Chapter III, but related issues raised by *jus cogens* are tackled in other parts of the draft, particularly in Chapter V of Part One.

Finally, articles 18 (3) to (5) and 24 to 26 dealt with the notions of continuing, composite and complex wrongful acts. The distinction between continuing and completed wrongful acts is of vital importance, and is frequently adopted in the caselaw.⁷ Although the *incidence* of the distinction in any given case depends on the precise factual situation and in particular on the content of the primary rule in question, it should clearly be referred to in Chapter III. So too the notion of a composite wrongful act (one consisting of a series of individual breaches, e.g. committed against individuals, which considered together take on a composite character even more serious than the acts considered alone) exists in practice. This is the case, *inter alia*, with genocide or crimes against humanity. By contrast the notion of a “complex act” (a series of acts committed in relation to a particular “case”) lacks precision and has been convincingly criticised in the literature.⁸ It was difficult to see a justification for its inclusion, once the “substantivist” understanding of the exhaustion of local remedies rule had been discarded. It has accordingly been provisionally deleted, and the other elements combined in two simplified provisions (articles 24 and 25). In particular, the notion of “composite acts”, while retained, is now understood in a narrower and more focused meaning as acts “defined in aggregate as wrongful”. In other words, the gist of the wrongful act in terms of the obligation in question is its systematic character, and there are good grounds for treating such cases specifically in terms of the incidence and timing of their breach.

⁷ See e. g. ECHR, *Loizidou v. Turkei*, judgement of 18 December 1996, pars. 41-47, 63-64.

⁸ See especially J. J. A. Salmon, “Le fait étatique complexe: une notion contestable”, *AFDI*, vol. 28, 1982, pp. 709-738; J. Pauwelyn, “The Concept of a ‘Continuing Violation’ of an International Obligation: Selected Problems”, *BYIL*, vol. 66, 1995, pp. 415-450; E. Wylter, *L’illécite et la condition des personnes privées*, (Pedone, Paris, 1995), pp. 74-81.

Chapter IV

Chapter IV was originally entitled “Implication of a State in the Internationally Wrongful Act of Another State”.⁹ It dealt with the range of questions associated with notions of complicity in and incitement and coercion of internationally wrongful acts. The two rather compressed provisions that made up Chapter IV as adopted on first reading did not contain “secondary” rules in quite the same sense as those rules in Chapters I-III. Rather they were concerned with a form of derivative or “secondary” responsibility, in cases where the conduct in question is attributable to another State and not to the complicit State. On a strict view of the scope of secondary rules, they were perhaps not necessary to the Draft, but provisions dealing with this range of problems are common in general statements of the law of obligations, and no Government had suggested the deletion of Chapter IV as a whole.

The better view seems to be that incitements or attempts to commit an internationally wrongful act are not, as such, internationally wrongful.¹⁰ It is true that some provisions (for example Article III (c) and (d) of the Genocide Convention) prohibit certain cases of attempt or incitement. But these are to be seen as a *lex specialis*, not as emanations of a more general rule about complicity and attempt in international law. On the other hand deliberate coercion of an internationally wrongful act could hardly be lawful, *vis-à-vis* the State injured by that act, and the same could be said about direction and control over such an act. The question of aid and assistance in the commission of a wrongful act is more difficult, since it can raise difficult questions both of degree, of intention and indeed or privity: why should State A, not bound by a particular rule, be held to have acted unlawfully in aiding another State to breach that rule?

These observations called for certain refinements of the general rules stated in Chapter IV, but they also suggested that Chapter IV as a whole should be retained, and the Commission so decided.¹¹ In the version provisionally approved by the Drafting Committee, it was agreed expressly to include in all three cases the element of intention or awareness of the wrongfulness of the act in question. The relevant provisions also provide clearly that the assisting or directing State can be held responsible only if “the act would be internationally wrongful if committed by that State”. It is true that in many domestic legal systems, inducing breach of contract

⁹ It now reads: “Responsibility of a State in Respect of the Act of Another State” (see *Titles and Texts of Draft Articles Adopted by the Drafting Committee*, Doc. A/CN.4/L.574).

¹⁰ See Second Report, A/CN.4/498/Add.1, paras. 210-211.

¹¹ See *ILC Report ... 1999*, Doc. A/54/10, Suppl. No 10, paras. 249-252.

by another person is a wrong *per se*.¹² But this principle is subject to important qualifications and could not be applied in international law without difficulties and exceptions. There was also a need to narrow the scope of the first reading provisions with respect to aid or assistance. Again, an assisting State cannot be responsible but if it was itself bound by the obligation in question: this makes the question of the extent or materiality of the assistance given much less problematic than it would otherwise have been.

This condition also applies in the case of direction and control. Despite the paucity of practice in the field of responsibility, relationships of dependence can still exist and this justifies making specific provision for them in the Draft articles. However, responsibility cannot arise from the mere *power* of a State to direct and control the acts of another State, i.e. from a mere potentiality. The dominant State must actually exercise direction and control over the conduct of the “dependent” State.

As far as coercion is concerned, by contrast, it is not necessary that the coercing State be bound by the obligation it forces the coerced State to breach. The crucial point is the actual and deliberate exercise of coercion, whether lawful or not, in the commission of the act. Where this is the case, the wrongfulness of the conduct of the coerced State is likely to be precluded, as the coercion will normally amount to *force majeure*; thus if the coercing State were not responsible the injured State might be left without an effective remedy.

Chapter V

Chapter V deals with the availability of general excuses or defences which mean that the non-performance of an international obligation is for the time being not wrongful. As the International Court made clear in the *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, such excuses or defences are not concerned with the continued existence of the primary obligation, solely with its performance at the relevant time.¹³

Chapter V originally covered six “circumstances precluding wrongfulness”: consent, countermeasures, *force majeure*, distress, state of necessity and self-defence. All of these have been retained on second reading, although in a different order and subject to drafting and other more substantial modifications. Whether or not this list was intended to be exhaustive was not clear and, in the course of the review of Chapter V, consideration has been given to the possible addition of other circumstances.

¹² See in the Second Report the comparative survey on interference with contractual rights (Doc. A/CN.4/498/Add.3).

¹³ *ICJ Reports 1997*, p. 7, at p. 39, para. 48 and p. 63, para. 101.

A first problem with Chapter V is whether it is possible to distinguish circumstances which preclude the wrongfulness of an act (consent, self-defence and perhaps countermeasures) from those which only preclude responsibility for the act (*force majeure*, distress or necessity). In the latter case, the initial “failure” would subsist in theory but, given the circumstances, the State concerned could not be held responsible. Such a clear-cut distinction, with the consequences it would necessarily entail,¹⁴ is not however supported by State practice, and it seems too categorical to serve a useful purpose in the context of the Draft articles.

With respect to the circumstances included in Chapter V on first reading, there was a case for deleting article 29, that is consent validly given by a State to the commission of an act by another State. As pointed out by the Special Rapporteur, if consent is properly given in advance of the act, then that act cannot be internationally wrongful in the first place; conversely, if consent is given *a posteriori*, it may under certain conditions be considered as a waiver of responsibility and thus be relevant, but in another part of the Draft (loss of the right to invoke responsibility). The Commission nevertheless favoured the retention of consent as a well-established circumstance, the deletion of which would create confusion and uncertainty.

This was a manifestation of a general tendency in regard to the already existing articles, viz., to retain the general approach taken on first reading, making changes only if and to the extent necessary. Another example concerned the provision on self-defence, which is substantially identical to the 1996 draft. It is true that, as the International Court held in the *Advisory Opinion on Threat or Use of Nuclear Weapons*, the plea of self-defence cannot apply to preclude the wrongfulness of breaches of “obligations of total restraint” such as those in the field of humanitarian or, possibly, environmental law.¹⁵ The Special Rapporteur had proposed to add a clarification to that effect to the article, but the Commission took the view that the point could be adequately covered in the commentary.

Except for the deletion of the words “fortuitous event” in the title, which did not add anything to the substance of the provision, article 31 on *force majeure* remains unchanged. It has only been deemed necessary to exclude the confusing subjective reference to knowledge of wrongfulness, and to specify the possibility that the State may have assumed the risk of *force majeure*.

¹⁴ See in that respect the new drafting of article 35 (“Consequences of Invoking a Circumstance Precluding Wrongfulness”) which does not reserve the question of compensation for any material harm or loss caused by the act to some of the circumstances only.

¹⁵ As expressed by the Court in the *Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226 at p. 242 (para. 30).

By contrast, the objective standard applying in case of distress (the author of the act “had no other means... of saving his life or that of persons entrusted to his care”) has been tempered with language taking into account the urgency inherent to distress (the author “had no other reasonable way...”). Article 32 remains otherwise essentially the same as that adopted on first reading.

A few drafting amendments have also been made to article 33 on state of necessity. The negative form of the provision has however been retained, since it is only under very exceptional and specific conditions that a State can invoke necessity. Moreover, as it is now stated, necessity cannot be relied upon if the act concerned seriously impairs “an essential interest... of the international community as a whole”.

The Special Rapporteur proposed to complete the set of circumstances precluding wrongfulness with two other provisions. The first would deal with the rare – but nonetheless conceivable – case where compliance with an international obligation would contradict a peremptory norm of general international law. If an act of the State is specifically required by a *jus cogens* norm, then it cannot be considered as wrongful even if it is not in conformity with another obligation of that State. To give an example, a State bound by a treaty to deliver arms to another State should not comply with its obligation if, to its knowledge, the arms are to be used for the commission of genocide. That does not mean that the agreement itself is invalid but that its non-performance for the time being may be justifiable in the circumstances. As adopted by the Drafting Committee, the relevant article reads as follows:

“The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act is required in the circumstances by a peremptory norm of general international law.”

The second proposal made by the Special Rapporteur related to the *exceptio inadimplenti non est adimplendum*. By virtue of this principle, understood in its narrower sense, when a State has, by its wrongful conduct, directly prevented another State from acting in conformity with the same or a related obligation, the latter State cannot be said to have breached that obligation.¹⁶ As a circumstance precluding wrongfulness, the *exceptio* arguably bears a certain relationship with countermeasures but it is more limited in scope and seems less problematic. However, its inclusion in Chapter V of Part One has not been decided on yet, pending further consideration of the treatment to be reserved to countermeasures in the Draft articles.

¹⁶ See *P.C.I.J., Case Concerning the Factory at Chorzów (Jurisdiction)*, Series A, No. 9 (1927), p. 31.

Treatment of Countermeasures in the Draft Articles

The Commission decided to retain a provision on countermeasures in Chapter V of Part One (article 30 on first reading) since it is clear that the wrongfulness of a particular conduct of a State towards another State is precluded if that conduct constitutes a legitimate measure in consequence of a wrongful act of that latter State. However the Commission thought it more consistent to discuss the content of that article once consideration had been given to the proper treatment of countermeasures in the Draft articles, especially in Chapter III of Part Two. In his Second Report, the Special Rapporteur noted that several different options were open:¹⁷

- (1) to retain article 30 in essentially its present form, but to delete the treatment of countermeasures in Part Two;
- (2) not to deal with countermeasures in Part Two, but to incorporate substantial elements of the legal regime of countermeasures in article 30;
- (3) to engage in a substantial treatment of countermeasures in the Draft articles, along the lines of the present text, including the linkage with dispute settlement (but without prejudice to other issues which have been raised as to specific articles);
- (4) to deal with countermeasures in Part Two, dealing with the various criticisms that have been made of articles 47-50, but avoiding any specific linkage with dispute settlement.

As shown by Governments comments, the treatment of countermeasures is a key issue for the Draft articles. Whatever their general opinion on the issue, Governments have expressed particular concerns for such questions as the eventuality of collective countermeasures, their possible punitive function, their impact on the equality of States and their relationship with dispute settlement mechanisms. This interest has been echoed in the *Gabcikovo-Nagymaros Case*,¹⁸ where the Court considered for the first time the question of countermeasures and conceived of them as falling properly within the scope of State responsibility.

As they stand, the Draft articles serve a necessary purpose in stating rules on a controversial but widespread practice. A number of issues, such as the link with dispute settlement procedures (which depends largely upon the final form of the Draft articles) or the balance to strike between “injured” and “target” States, should however be further considered. Among the four options presented by the Special

¹⁷ See Doc. A/CN.4/498/Add. 4, para. 33.

¹⁸ *I.C.J. Reports 1997*, p. 3 at paras. 82-87.

Rapporteur, the Commission agreed with the Special Rapporteur in preferring the fourth,¹⁹ that is, to engage in a substantial treatment of countermeasures in Part Two, or possibly in a new Part dealing with the implementation of responsibility. This treatment should avoid the linkage with dispute settlement as proposed in the first reading draft but should take into account other issues that have been raised by Governments and commentators as to specific provisions.

Other Strategic Issues

The debate on countermeasures prefigured a range of issues which will now arise more generally with respect to Parts 2 and 3 of the Draft articles. Special Rapporteur Ago was responsible only for Part 1; different elements in Parts 2 and 3 were completed under Mr Riphagen, his successor Mr Arangio-Ruiz, and finally in the period after the latter's resignation as Special Rapporteur. There is much of value in the treatment of reparation and of countermeasures in the existing text, but the relationships between the different elements in Parts 2 and 3 and with the earlier-adopted provisions of Part 1 have not been fully considered. Of particular significance is the definition of "injured State" in article 40. At present this operates in an undifferentiated way, that is to say, a State which is injured in some specific respect has the full range of legal consequences available to it, irrespective of the position of any other State and of the degree of its injury. This has particular significance for those cases, including what article 19 calls "international crimes of State", where all States in the world must be regarded as injured. At present Part 2 appears to individualise injuries to the international community as a whole at an early stage – in effect as soon as a breach occurs. It is doubtful whether this fragmentation of responsibilities *erga omnes* is tenable. These and other issues remain to be dealt with in the two years the ILC has set itself for completing the second reading process.

¹⁹ See *ILC Report ... 1999*, paras. 441-447, 450-452.

Conference Scene / Le tour des conférences

European Centre for Space Law (ECSL); 8e Forum des Praticiens, 26 novembre 1999; Agence spatiale européenne (ESA), Paris

LAURENCE RAVILLON*

L'ECSL a été créé en 1989 par l'Agence spatiale européenne dans le but de promouvoir le droit des activités spatiales, d'encourager la recherche universitaire et les échanges entre juristes, ingénieurs, économistes et scientifiques, et de contribuer à l'échange d'informations et d'idées grâce à l'organisation de colloques. L'ECSL publie chaque année *ECSL News*, qui contient des articles en droit des activités spatiales et donne des informations relatives aux dernières publications en la matière et aux colloques à venir. L'ECSL exploite également ESALEX, la base de données électronique mise en place par l'Agence spatiale européenne.

Tous les ans, en novembre, l'ECSL organise le Forum des Praticiens, qui a pour objectif de faire le point sur la riche actualité du droit des activités spatiales. Cette année, au cours du 8e Forum des Praticiens, toutes les interventions ont permis de faire ressortir le rôle croissant joué par les entreprises privées dans le domaine des activités spatiales.

La matinée, présidée par M. le *Professeur K.-H. Böckstiegel*, était consacrée aux développements récents du droit des activités spatiales. Le premier intervenant, *M. R. Roelandt*, avocat à Luxembourg, a exposé la réglementation de l'Union européenne en matière de communications par satellite, à travers l'étude de la « Directive Licence » (Directive 97/13/CE du 10 avril 1997 établissant un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le domaine des services de télécommunications). M. Roelandt a examiné les conditions posées par la Directive pour l'attribution des autorisations et des licences, les différentes procédures d'autorisation, et les moyens utilisés par l'Etat afin d'assurer une gestion efficace du spectre des fréquences. Il a relevé les grandes disparités entre les Etats, puisque les services par satellite sont soumis à quinze procédures d'attribution de licences différentes, devant quinze autorités de régulation différentes, appliquant chacune des règles qui leur sont propres. Sur tous ces points, le besoin d'harmonisation est patent. Cette harmonisation, qui n'est pas atteinte par la Directive

* Maître de conférences à la Faculté de Droit de Dijon, membre du Centre de recherches en droit des marchés et des investissements internationaux

Licence, est encouragée par le Groupe de travail SAP-RWG, qui a rendu un rapport sur l'accès au marché des satellites de télécommunications le 22 octobre 1999, dont M. Roelandt a évoqué les conclusions.

Le second intervenant, M. M. *Ferrazzani*, membre du service juridique de l'Agence spatiale européenne, a exposé l'actualité des systèmes de navigation globale par satellite en Europe. Après avoir mentionné le développement du projet EGNOS, et souligné son importance pour le monde de l'aviation civile, il a consacré l'essentiel de son rapport au système Galiléo. Il a ainsi décrit les mesures à adopter pour la mise en place de ce système, à savoir l'obtention de fréquences à la prochaine Conférence de l'Union internationale des télécommunications, le développement de la coopération dans le cadre de ce programme, le financement du système – Public Private Partnership –, et l'établissement d'un régime de responsabilité – en révisant la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux, en créant un fonds d'indemnisation international, en prévoyant des aménagements contractuels-. Il a ensuite présenté certains principes gouvernant la fourniture des services de navigation par satellite : la fourniture d'un service continu, d'une qualité continue, universellement accessible sur une base non-discriminatoire, et gratuit pour les utilisateurs concernant les services liés à la sécurité.

M. C. *Roisse*, conseiller juridique d'Eutelsat, a fait le point sur la privatisation de l'Organisation européenne de télécommunications par satellite. Il a rappelé quel était le statut initial d'Eutelsat, organisation intergouvernementale, avant d'expliquer qu'après plusieurs années de discussion, la décision de transformer Eutelsat en une société de droit privé français, Eutelsat S.A., avait été prise en mai 1999. Eutelsat a choisi de conserver un noyau dur, de service public, entre les mains de la structure intergouvernementale, qui demeure, et de confier à l'entreprise privée nouvellement créée la commercialisation des services concurrentiels (services de télédiffusion directe par satellite...). Ce choix a également été fait pour Intelsat et pour Inmarsat – M. Sagar, présent dans la salle, l'a confirmé concernant cette dernière organisation.

M. A. *Farand*, membre du service juridique de l'Agence spatiale européenne, a fait le point sur l'environnement juridique de l'exploitation de la Station spatiale internationale (SSI). Il a insisté sur le programme d'exploitation de la SSI par l'ESA et a mentionné la mission confiée à l'ESA de soumettre des propositions, avant mars 2000, sur l'industrialisation et la commercialisation de la SSI, afin de réduire les charges financières pesant sur les Etats participants. M. Farand s'est ensuite interrogé sur la manière dont cette commercialisation affecterait la Convention ESA et sur sa compatibilité avec les règles de l'OMC et avec les Règlements et Directives de l'Union européenne.

Enfin, M. le *Professeur H. Kronke*, représentant d'Unidroit, a présenté l'avant-projet de Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. Il a exposé les problèmes actuellement posés par la reconnaissance internationale des sûretés, problèmes extrêmement complexes en cas de liquidation judiciaire. C'est pourquoi Unidroit s'est attelé à la rédaction d'un avant-projet de Convention sur les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de grande valeur, Convention complétée par des Protocoles. L'un des Protocoles s'applique à l'objet spatial. Il a été rédigé par le *Space Working Group*, présidé par M. P. Nesgos, et composé de représentants de banques, de constructeurs, d'organisations internationales telles que l'ESA, l'UIT, l'OMPI, Eutelsat, ... Cette présentation était attendue et a suscité l'intérêt des participants au Forum. La discussion qui a suivi a montré que les juristes devaient travailler en coopération avec les experts techniques. En effet, pour que l'efficacité de la Convention soit assurée, il faut au préalable savoir s'il est techniquement possible de prendre possession du satellite, afin de mettre en œuvre les sûretés. La discussion a également permis de souligner l'importance des registres d'immatriculation et d'étudier leur articulation (registres nationaux, registre ONU, registre Unidroit). L'étude de cette Convention figurait pour la première fois au programme du Forum des Praticiens. On peut penser qu'elle fera les beaux jours des prochaines journées de ce type organisées par l'ECSL. A suivre donc...

La session de l'après-midi, présidée par M. M. *Duran*, membre du Département des contrats de l'ESA, avait pour objectif de présenter les pratiques contractuelles de l'industrie spatiale. M. Duran a exposé brièvement le système ESA, reprenant la distinction fondamentale entre les programmes obligatoires (les programmes scientifiques) et les programmes optionnels – M. A. *Steele Nicholson*, de Trenité van Doorne, a également consacré son exposé à l'ESA. Il a ensuite passé la parole à M. J.-P. *Ellisaldes*, de Matra Marconi Space, lequel a décrit les tendances du marché c'est-à-dire une concurrence internationale de plus en plus sévère, le développement de programmes commerciaux, et une recherche accrue de qualité à un moindre coût. Il a axé sa démonstration sur le changement de culture perceptible dans les rapports entre le constructeur du satellite et ses sous-traitants, changement se traduisant par un partage des mêmes objectifs, une communication plus poussée et une discussion véritable concernant les amendements apportés au contrat et l'exécution du contrat. M. H. *Ersfeld*, de DASA, a complété ce tableau des pratiques contractuelles en décrivant la situation en Allemagne, au regard des nouvelles Conditions générales applicables aux contrats publics de R-D (BEBF 98). Ces Conditions diffèrent sensiblement des précédentes (BEFT 92) : elles exigent des performances accrues du contractant, et elles ont fait le choix d'abandonner la référence à la clause des meilleurs efforts.

Une discussion s'est ensuite engagée sur le point de savoir comment les pays européens faisaient face aux difficultés engendrées par la loi américaine sur les contrôles d'exportations -retards de lancement, problèmes de production-, dans la mesure où l'Europe dépend en partie des Etats-Unis.

Pour finir, on peut faire remarquer que la formule retenue par le Forum des Praticiens présente l'avantage de faire un tour d'horizon, en une journée, de l'actualité du droit spatial, même si on peut regretter le fait que les interventions soient courtes et que les thèmes traités ne soient pas suffisamment renouvelés d'une année sur l'autre. Cette année, une constante s'est dégagée d'une manière très nette des différents sujets abordés au cours de ce 8e Forum des Praticiens : elle est liée au rôle majeur désormais joué par les entreprises privées dans l'espace et au fait que le droit de l'espace n'est plus seulement un droit public de l'espace, mais est de plus en plus un droit privé des activités spatiales. En effet, ce sont des textes de droit international public qui ont régi, dès 1967, le droit spatial : le Traité de 1967 sur l'espace, la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux, la Convention de 1975 sur l'immatriculation, ... Ces Traités ont été pensés et négociés à une époque où les Etats étaient les uniques opérateurs des activités spatiales, et où des missions presque exclusivement militaires et scientifiques étaient menées dans l'espace. On était très loin, dans ces textes, des contraintes industrielles, ceux-ci se référant à des concepts tels que le patrimoine commun de l'humanité, le partage des bénéfices tirés de l'espace, le refus d'appropriation de l'espace... Malgré tout, ces textes laissaient la porte ouverte aux entreprises privées, porte qu'elles empruntent aujourd'hui plus que jamais, attirées par le potentiel commercial de l'espace. On assiste donc peu à peu à une diminution du rôle de l'Etat et à l'émergence de nouveaux opérateurs – entreprises privées, entreprises privatisées, organisations internationales en cours de privatisation –, qui ne sont pas les destinataires naturels des instruments traditionnels du droit de l'espace.

Cette place prise par les entreprises privées est significative dans le secteur des télécommunications, au niveau national mais aussi au niveau international, puisque la structure d'organisation internationale d'Intelsat, d'Eutelsat et d'Inmarsat était devenue inadaptée face à un marché redoutablement concurrentiel. De même, l'Accord relatif à la Station spatiale internationale précise que les activités de la Station doivent, entre autres, intensifier l'utilisation commerciale de l'espace (en louant de l'espace à bord de la Station pour des utilisations industrielles, en obtenant le soutien financier de partenaires privés, ...). Le travail d'Unidroit en matière de garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles est lui aussi destiné aux entreprises privées afin qu'elles puissent obtenir plus facilement le financement des systèmes à exploiter.

Ces incursions du secteur privé dans le domaine spatial marquent le début de l'évolution du cadre juridique international des activités spatiales. Les phénomènes de privatisation et de commercialisation des activités spatiales sont aujourd'hui incontournables. Il s'agira de savoir comment le droit international public les appréhendera : ainsi, les traités sur l'espace tels que rédigés depuis 1967 pourront-ils résister encore longtemps à l'évolution des enjeux de l'espace ? Parions qu'il y aura là matière à réflexion au cours des prochains Forums de Praticiens organisés par l'ECSL.

The Bookshelf / La bibliothèque

of Howard M. Holtzmann*

Occasionally someone seeking to learn, or learn more, about international arbitration asks me what to read. When that happens, the first thing that comes into my mind is my father's ready prescription for what a lawyer needs to know.

My father began his law practice in the first decade of the 20th Century and continued for sixty years. He always recommended that every lawyer should read, and re-read, "the Bible, Shakespeare, and land title documents." These, in his view, provided the basic skills a lawyer requires. The Bible was needed as a source of moral values; Shakespeare to teach us to express ourselves clearly and felicitously. But why should we read land title documents? His answer was that reading legal documents, such as the deeds and easements necessary to trace ownership and encumbrances, teaches us to concentrate on details that, while dull, can profoundly affect what our clients get, or do not get, for their money. A consummate common law practitioner, he did not exclude court decisions, and his desk and brief bag were crammed with so-called "advance sheets," paper bound periodicals that provided the latest decisions before their publication in the hard cover volumes that dominated his bookshelf (in contrast to the electronic means available today). Nor did he overlook treatises; indeed, he wrote one himself.¹ But, during his long practice he considered the first three sources to be the vital foundations of legal skill.

My father has not been alone in these views. While I was writing this column, news came of the death of a great lawyer, Eliot Richardson. In his obituary, *The New York Times* recounted that when at the start of his career he was being employed as a law clerk by Justice Felix Frankfurter of the United States Supreme Court, "Richardson negotiated with Justice Frankfurter to be allowed to have an hour to himself each morning to read Shakespeare."²

Although I believe that the three sources cited by my father continue to be of fundamental importance today for arbitrators and those who practice before them,

* Former judge, Iran-U.S. Claims Tribunal; hon. chmn. American Arb. Assn; hon vice-chmn. ICCA; vice chmn. ICC Arb. Commission; international arbitrator and consultant.

¹ Jacob L. Holtzmann, *Municipal Court Practice under the New York City Municipal Court Code of 1915* (New York: Matthew Bender, 1915).

² *The New York Times*, January 1, 2000, page B7.

I recognize the need to identify books that relate directly to arbitration. When asked to do that, I turn to my bookshelf, particularly the shelf immediately behind my desk that I can reach by stretching out my arm. If a book is kept there, it is one I use regularly. When I look at that shelf, I realize how different it is than it would have been twenty-five years ago. Then there were almost no books on arbitration. For English speakers, Domke³ on United States law and Russell on English⁴ law were about all that was available, and they each concentrated on domestic arbitration. Today, there are scores of books on international arbitration and they are accompanied by a vast literature of articles.

It is well to begin with a broad overview of the landscape of international arbitration. The book I suggest for that purpose is *Law and Practice of International Commercial Arbitration* by Alan Redfern and Martin Hunter, first published in 1986 and now in its Third Edition.⁵ As I wrote in the Foreword to the Second Edition, these authors “have wide experience as arbitrators, as lawyers in arbitration cases, and as leaders of institutions that administer arbitral proceedings. Moreover, they have been in the forefront in drafting new rules and laws.”⁶ Their book “is not only a welcome compendium of law, it also provides sound advice on ‘lawyering’ – the fine art of solving practical problems and avoiding pitfalls [and] it will be welcomed by lawyers engaged in drafting arbitration clauses and arbitrating cases, by arbitrators engaged in international proceedings and by national court judges deciding cases related to arbitration.”⁷ The recent Third Edition maintains that standard while providing the updating needed to reflect swift developments in the field.

Summaries, even excellent summaries, are not enough, however. For as Chairman Mao is reported to have said, one cannot fully appreciate a landscape seen from the back of a galloping horse. One must dismount and take the time to look closely at the individual plants and flowers. Reflecting that need, my bookshelf includes not only galloping summaries like Redfern and Hunter, but also indispensable source materials such as texts of national laws, treaties and court decisions relating to arbitration, synopses of arbitral awards (usually sanitized by the removal of the names of parties and other identifying information that would violate the privacy

³ Martin Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration* (Mundelein, Illinois: Callaghan, 1968).

⁴ Anthony Walton, *Russell on the Law of Arbitration*, 18th Ed. (London: Stevens, 1970).

⁵ Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd Ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999).

⁶ Howard M. Holtzmann, “Foreword to the Second Edition,” page v (London: Sweet & Maxwell, 1991).

⁷ *Ibid.*

expected in arbitration), and reprints of new procedural rules. The amount of such material is massive and the worldwide task of gathering it and keeping it up-to-date is daunting. It is fortunate that the International Council of Commercial Arbitration (ICCA), began that task in 1976 and is still going strong. As a result, when one dismounts from the galloping horse to look at the details of the terrain, one does not find a confusing jungle, but rather a lush garden, neatly organized by the ICCA editors into two parts. The first part of the garden consists of the *Yearbook Commercial Arbitration*,⁸ which, as its name indicates, includes annual compilations of laws, rules, court decisions, and arbitral awards, as well as descriptions of recent developments. The pace of these developments can be measured by the fact that each of the annual volumes now exceeds 1,200 pages – and this despite strenuous efforts by the editors to weed and prune. There are now twenty-three annual volumes.

The second part of the ICCA garden is its *International Handbook on Commercial Arbitration*,⁹ a four volume loose-leaf service containing national reports describing arbitration in about fifty different countries. Each report follows the same useful outline, which is a rigorously enforced editorial discipline to assure that the reports are comprehensive and to facilitate comparative research. The loose-leaf notebook format permits welcome updating. The more recent national reports also include information on the growing use of conciliation. Each national report is written by a respected local expert which gives the *Handbook* authenticity and authoritative force. A new CD Rom facilitates access to the contents of the *Yearbook* and the *Handbook*, and eases the crowding on our bookshelves.

In addition, specialized treatises are valuable for understanding particular problems. Those on my bookshelf include Albert Jan van den Berg's book on recognition and enforcement under the New York Convention of 1958,¹⁰ Julian Lew's treatise on applicable law,¹¹ and Jacomijn van Hof's study on the use of the

⁸ *Yearbook Commercial Arbitration* Vols. I-XXIII (The Hague: Kluwer, 1976-1998.) Pieter Sanders was the first and founding General Editor. Albert Jan van den Berg has been General Editor beginning with vol. XI (1986), and Judith Freedberg performs the indispensable functions of Managing Editor.

⁹ *International Handbook on Commercial Arbitration*, Vols. I-IV (The Hague: Kluwer). Pieter Sanders was the first and founding General Editor, followed by Albert Jan van den Berg and Jan Paulsson.

¹⁰ Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Deventer: Kluwer, 1981). Although almost twenty years old, this treatise is kept current by case notes and comments in the *Yearbook Commercial Arbitration*.

¹¹ Julian D.M. Lew, *Applicable Law of International Arbitration* (Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana, 1978).

UNCITRAL Arbitration Rules.¹² It is interesting to note that each of these books began as a doctoral dissertation. Each has stood the test of time, and each of the authors has gone on to a position of leadership in the field.

Finally, my bookshelf is not just a utilitarian repository for the tools of my trade. It also consists of books that are there because they make me smile by providing wit and elegance or by reminding me of friendship with the author. Among those books that delight me, none surpasses the seminal study of commercial arbitration by my mentor, Martin Domke.¹³ In the more than thirty years since he first led the way, no book has organized the subject of arbitration more adroitly or identified the key issues more completely. Perhaps, I may be permitted to add to my father's advice: A lawyer interested in arbitration should know the Bible, Shakespeare, how to read detailed documents – and Domke.

¹² Jacomijn J. van Hof, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules* (Deventer: Kluwer, 1991).

¹³ Domke, fn. 3 *supra*.