

International Law FORUM du droit international

Volume 4, 2002



KLUWER LAW INTERNATIONAL
THE HAGUE / LONDON / NEW YORK

International Law FORUM du droit international

Volume 4, No. 1, February 2002

| | |
|---|----|
| Editorial | 3 |
| | |
| In the News / Actualité | |
| CATHERINE KESSEDJIAN / Une nouvelle convention adoptée sous l'égide de l'Unidroit | 4 |
| CATHERINE CISSÉ / Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone | 7 |
| | |
| Recurring Themes / Thèmes récurrents | |
| <i>Globalisation / Mondialisation</i> | |
| ELLEN HEY / Introduction: Globalisation and International Law | 12 |
| KEEBET VON BENDA-BECKMANN / Globalisation and Legal Pluralism | 19 |
| LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES / Mondialisation et règlement des différends: défis et réponses | 26 |
| | |
| Profile / Profil | |
| NORBERT WÜHLER / Karl-Heinz Böckstiegel | 32 |
| | |
| Work in Progress / Travaux en cours | |
| MATH NOORTMANN / Globalisation, Global Governance and Non-State Actors: Researching beyond the State | 36 |
| | |
| Conference Scene / Le tour des conférences | |
| CATHERINE KESSEDJIAN / Une journée de réflexion sur la tragédie de Srebrenica | 41 |
| | |
| The Bookshelf / La bibliothèque | |
| Of PATRICIA BIRNIE / The Sovereignty of the Sea | 45 |

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

Editorial

Volume 4, No. 1

Beaucoup de sujets d'actualité ne manquent pas en ce début de l'an 2002 de nous interpeller.

Bien sûr le passage à l'Euro marque un tournant décisif dans la construction de l'Europe, mais cet heureux événement est vite éclipsé par les tragédies humaines qui ne cessent de hanter chacun d'entre nous.

Si un espoir de paix et de reconstruction est désormais permis en Afghanistan, le conflit récurrent entre l'Inde et le Pakistan au sujet du Cachemire, l'escalade de la violence au Proche-Orient, les dérives totalitaires du Président Mugabe du Zimbabwe laissent planer un doute sur les capacités de la communauté internationale à imposer la paix.

La faillite de l'Etat argentin, qui a fait basculer un peuple entier dans une précarité économique et sociale sans précédent, souligne aussi la défaillance du système financier international dénoncée dans les enceintes anti-globalisation. Ces dérives polymorphes nous renvoient directement à la question centrale de la « global governance » qui sera prochainement traitée dans FORUM.

Le thème récurrent de ce numéro consacré aux synergies entre le droit international et la mondialisation offre une analyse originale qui a enthousiasmé la rédaction.

Le sujet de la paix à travers le prisme de la vérité parlementaire et judiciaire est illustré dans la rubrique actualité par un article sur le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et par un commentaire de la Conférence de Paris sur les massacres de Srebrenica.

Norbert Wühler nous livre un profil espiègle d'une grande figure de l'arbitrage international: Karl-Heinz Böckstiegel.

Enfin, la bibliothèque de Patricia Birnie nous transporte dans l'univers maritime fascinant de Thomas Wemyss Fulton.

Le numéro suivant de FORUM, comme promis, se concentrera sur les conséquences du 11 septembre 2001 en droit public et privé international. D'éminents praticiens du droit livreront un témoignage très personnel sur l'influence de la tragédie du World Trade Center dans leur sphère d'activité.

In the News / Actualité

Une nouvelle convention adoptée sous l'égide de l'Unidroit

Lors d'une conférence diplomatique qui s'est tenue à Cape Town en Afrique du Sud du 29 octobre au 16 novembre 2001, a été adoptée une convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention on international interests in mobile equipment)¹. L'intérêt très important que ce projet a suscité dans les milieux des affaires partout dans le monde est démontré par le grand nombre d'Etats qui ont d'ores et déjà signé la convention (21 à la date du 7 décembre 2001)². Pour que la convention entre en vigueur, il suffit que trois instruments de ratification aient été déposés. Gageons que ceci ne devrait pas prendre beaucoup de temps.

Cette convention est la suite directe d'une proposition faite par le gouvernement canadien en juin 1988 qui avait à cœur de proposer une plus grande sécurité pour les bailleurs de fonds dans le cadre d'opérations internationales. Cette convention crée une nouvelle garantie internationale, une nouvelle sûreté. Cette question, parce qu'elle porte sur des équipements mobiles, de tous temps, a posé le plus de difficultés dans la pratique des opérations internationales du fait même de la mobilité spatiale des objets sur lesquels portent les sûretés accordées aux créanciers par les entreprises qui cherchent des financements. Il est clair qu'une telle convention rend plus sûrs les financements internationaux et, partant, en diminuera le coût. C'est donc une évolution souhaitable et attendue avec une certaine impatience à laquelle nous assistons aujourd'hui.

Le texte qui vient d'être adopté au Cap comporte un certain nombre de

¹ 68 Etats et 14 organisations internationales ont participé à la conférence diplomatique. Les 53 Etats suivants ont signé l'acte final : Argentina, Australia, Bahrain, Belgium, Botswana, Brazil, Burundi, Cameroon, Canada, Chile, China, Republic of the Congo, Costa Rica, Cuba, Czech Republic, Egypt, Ethiopia, Finland, France, Germany, Ghana, Greece, India, Islamic Republic of Iran, Ireland, Italy, Jamaica, Japan, Jordan, Kenya, Lebanon, Lesotho, Libyan Arab Jamahiriya, Malawi, Netherlands, Nigeria, Oman, Pakistan, Republic of Korea, Russian Federation, Singapore, South Africa, Spain, Sudan, Sweden, Switzerland, Tanzania, Tonga, Turkey, Uganda, United Arab Emirates, United Kingdom, United States of America.

² La liste des Etats peut être consultée à l'adresse <http://www.unidroit.org/english/implement/i-2001-convention.htm>. Toutes les informations utiles sur cette convention peuvent être trouvées sur le site de l'Unidroit à l'adresse suivante : <http://www.unidroit.org/english/internationalinterests/main.htm>.

dispositions fort intéressantes à la fois du point de vue du droit international privé et du droit international public³.

Du point de vue du droit privé, on constate à nouveau⁴ la nécessité de mettre en place un mécanisme d'enregistrement international dans un registre accessible à toutes les personnes intéressées. De ce point de vue, l'informatique et les nouveaux moyens techniques, notamment électroniques, à la disposition du plus grand nombre, facilitent grandement l'accès aux informations utiles en un temps très bref, difficilement imaginable il y a quelques années encore. On constate également l'importance majeure de mettre à disposition des opérateurs des recours rapides (mesures provisoires) selon des modalités relativement simples et dans des conditions de reconnaissance transfrontière facilitées. En ce sens, le texte ne va pas aussi loin que l'on aurait pu le souhaiter. Mais il est clair que c'est le premier texte, à vocation universelle⁵, qui adopte des règles sur la compétence juridictionnelle pour les mesures provisoires. Par ailleurs, la sûreté est assortie de mesures concrètes qui peuvent être prises par le créancier lorsque son débiteur n'exécute pas ses obligations (voir le chapitre III de la convention de base). Ces mesures sont détaillées et claires. Elles devraient être efficaces en pratique. Doivent également être notées les dispositions en matière d'insolvabilité qui viennent confirmer certaines tendances que l'on avait déjà remarquées dans d'autres textes internationaux sur l'insolvabilité⁶ mais s'en départissent par certains aspects. Là encore une analyse détaillée ne peut être faite ici mais nos lecteurs doivent être attentifs à la coordination des normes internationales assez nombreuses qui existent en cette matière.

Du point de vue du droit international public, l'aspect le plus marquant de la convention Unidroit sur la garantie internationale relève de la forme de l'instrumentum. Il se présente en deux documents distincts : une convention de base et les protocoles spécifiques à chaque catégorie d'équipement mobile (matériel aéronautique, équipements spatiaux, matériel ferroviaire, etc. ...). Pour le moment, seul le protocole sur les matériels d'équipement aéronautiques a été adopté en même temps

³ Dans le cadre de ce bref commentaire d'actualité, il ne peut être question de proposer un commentaire complet du texte qui est relativement complexe. Nous renvoyons pour ce faire nos lecteurs à des revues plus spécialisées qui ne manqueront pas de publier des études pertinentes sur ce texte.

⁴ C'est déjà le cas dans les travaux de la CNUDCI sur les cessions de créances. Cf. le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international accessible à l'adresse <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>.

⁵ On a déjà constaté dans le cadre des accords sur la propriété intellectuelle adoptés sous l'égide de l'OMC que les Etats sont conscients de l'importance des mesures provisoires.

⁶ Voir par exemple, le texte de la CNUDCI et le Règlement européen.

que la convention et a été signé par les mêmes 21 Etats que nous signalions ci-dessus. Le point le plus important sur lequel nous souhaitons attirer l'attention des lecteurs concerne l'impossibilité pour les Etats de mettre en œuvre la convention de base indépendamment d'un protocole spécifique. En d'autres termes, à aucun moment, la convention n'est opérationnelle par elle-même, si bien que, par exemple, tant que le protocole pour les équipements spatiaux ne sera pas adopté, la convention, même si elle est entrée en vigueur, ne sera d'aucune utilité pour ces équipements. Nous pensons que ceci est regrettable car tous les équipements mobiles ne nécessitent pas un traitement différent des règles qui ont été adoptées dans la convention. De plus, cela rend encore plus complexe l'application des règles de droit nouvelles ce qui ne facilite pas la vie des opérateurs eux-mêmes, destinataires de la règle.

Notons également l'article 48 de la convention qui porte sur la possibilité offerte aux organisations régionales d'intégration économique de devenir partie à la convention. On pense bien entendu à l'Union européenne pour laquelle une partie au moins des matières traitées par la convention sont de la compétence exclusive de la Communauté. Ce texte constitue, au moins implicitement, une reconnaissance internationale des pouvoirs internes organisés au sein d'une union régionale.

Enfin, signalons l'article 61 qui prévoit la tenue périodique de conférences d'évaluation permettant de proposer des amendements au texte. Cette disposition est fort bien venue. Elle montre à quel point, aujourd'hui, les organisations internationales doivent assurer le suivi des textes qui sont adoptés sous leur égide. C'est une nouvelle étape dans la responsabilisation croissante des acteurs internationaux contribuant à la création normative.

CK

Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone

Entre 1991 et 1999, la Sierra Leone a été le terrain de tueries, amputations, viols, enlèvements de milliers de civils otages d'une lutte fratricide entre les forces armées et paramilitaires gouvernementales et celles de la rébellion du Front Révolutionnaire Uni (FRU) menée par Foday Sankoh. On estime qu'environ 200 000 personnes ont péri au cours de ce conflit. En juin 2000, le gouvernement de la Sierra Leone a demandé aux Nations Unies de l'assister dans l'établissement d'un tribunal pénal spécial pour juger les auteurs des atrocités commises sur son territoire au cours de la guerre civile et des enlèvements des soldats de maintien de la paix. Le Conseil de Sécurité dans sa résolution 1315 du 14 août 2000 a mandaté le Secrétaire général de l'Onu de négocier un accord en vue de créer cette juridiction spéciale. Ce n'est que 16 mois plus tard pour des motifs d'ordre budgétaire, que le gouvernement de la Sierra Leone et les Nations Unies ont signé le 16 janvier 2002 à Freetown l'accord portant établissement d'un Tribunal spécial dont le Statut figure en annexe de l'accord.

La procédure choisie dans la création de ce Tribunal spécial se démarque nettement de celle retenue dans le cas des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda établis suivant des résolutions du Conseil de Sécurité et constitués comme organes subsidiaires de l'ONU. Elle se différencie également du mécanisme des poursuites établi dans le cadre de l'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo et au Timor Oriental.

Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone est une institution hybride *sui generis* dont le cadre juridique est défini par son instrument constitutif: l'accord signé entre la Sierra Leone et le Secrétaire général de l'ONU. C'est la deuxième fois qu'un tribunal est établi sur la base d'un Traité entre un Etat et les Nations Unies. Cette procédure s'apparente à celle choisie pour le Tribunal pour le Cambodge.

L'originalité de ce Tribunal spécial tient à son caractère mixte qui se manifeste au niveau de la composition du Tribunal et de sa juridiction.

Le Statut prévoit une participation internationale et sierra léonaise dans les trois différents organes du Tribunal. La Chambre de première instance compte trois juges dont deux juges internationaux nommés par le Secrétaire général et un juge sierra léonais nommé par le gouvernement. La Chambre d'Appel compte cinq juges dont trois juges internationaux et deux juges sierra léonais nommés par le gouvernement. Cette prérogative du gouvernement a été dénoncée par des associations de droits humains comme constituant une véritable interférence politique qui risque d'exonérer toutes personnes proches du gouvernement des poursuites judiciaires. Cette crainte est aggravée par le fait que l'accord prévoit le

recours à la négociation en cas de litige entre les Nations Unies et la Sierra Leone. Ce qui pourrait entraîner une paralysie de l'institution.

L'ancrage du Tribunal spécial dans la tradition juridique africaine est renforcé par les dispositions de l'Accord entre les Nations Unies et la Sierra Leone qui encouragent expressément les nominations de juges du Commonwealth ou de la CEDEAO (Communauté Economique de l'Afrique de l'Ouest).

Le Parquet est dirigé par un Procureur international nommé par le Secrétaire général de l'ONU et assisté d'un Adjoint sierra léonais. Le Statut précise que les enquêteurs et les procureurs devraient avoir des compétences particulières en matière d'enfants victimes de crimes sexuels. L'Unité des victimes et des témoins rattachée au Greffe devra également inclure des experts qualifiés notamment dans le domaine des traumatismes des victimes de violences sexuelles. En revanche, hormis le cas du Greffier, ni l'accord ni le gouvernement ne précise si le personnel bénéficiera du statut de fonctionnaire des Nations Unies. Dans l'hypothèse où un système ad hoc régirait le statut administratif du personnel du Tribunal spécial, la qualité du recrutement pourrait s'en trouver affectée.

La mixité du Tribunal se retrouve aussi au niveau de sa compétence matérielle. En vertu du Statut, le Tribunal spécial n'est pas seulement compétent pour juger des crimes du droit coutumier international mais aussi des crimes relevant du droit interne de la Sierra Leone. Il n'est pas sans intérêt de noter que l'article 4 du Statut, à l'instar du Statut de la Cour permanente internationale(CPI), incrimine l'enlèvement et le recrutement forcé d'enfants de moins de 15 ans. Cette disposition s'explique par la participation massive des enfants soldats dans les hostilités. Certains crimes commis au regard du droit sierra léonais relèvent également de la compétence de la juridiction spéciale en raison du fait qu'ils ne sont pas suffisamment réglementés en droit international tels que les sévices exercés contre des fillettes aux termes de la loi de 1926 et la destruction délibérée de biens, en particulier les incendies criminels, au regard de la loi de 1861 sur le vandalisme.

La coexistence de deux systèmes juridiques se retrouve dans les dispositions relatives à la procédure et à la preuve. Il est prévu que le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda est applicable *mutatis mutandis* mais que les juges pourront toujours l'amender en se référant, si nécessaire, à la législation sierra léonaise de 1965.

Cette juxtaposition du droit international et du droit interne présente beaucoup de similitudes avec le Tribunal pour le Cambodge chargé de juger les Khmers rouges. Elle respecte davantage que les juridictions internationales les spécificités culturelles et juridiques d'un pays ; toutefois certaines difficultés peuvent se poser en pratique, en particulier dans le domaine de la preuve et du prononcé de la sentence en cas de cumul de charges mixtes.

La compétence temporelle du Tribunal est en conflit avec l'amnistie générale prévue par l'accord de paix de Lomé signé le 7 juin 1999. Le Secrétaire général avait au moment de la signature émis une réserve à cette clause rappelant que l'amnistie est inapplicable aux crimes internationaux, crimes contre l'humanité, crimes de guerre ou autres violations graves du droit international humanitaire. Le Gouvernement sierra léonais s'est rallié par la suite à cette position en acceptant qu'aux termes de l'article 10 du Statut du Tribunal spécial « la grâce accordée à une personne relevant de la compétence du Tribunal spécial pour ce qui est des crimes visés aux articles 2 à 4 du présent Statut ne fait pas obstacle à l'exercice des poursuites. » La compétence du Tribunal couvre la période après le 30 novembre 1996, date choisie en raison de la signature le même jour de l'accord de paix « manqué » d'Abidjan.

Le choix de cette date reste controversé car les massacres commis entre mars 1991 et le 30 novembre 1996 ne pourront pas être poursuivis. Par ailleurs la clause d'amnistie des accords de Lomé de juillet 1999 qui est inapplicable aux crimes de droit sierra léonais produira tous ses effets juridiques pour les crimes de droit interne perpétrés avant juillet 1999. Le Rapport du Secrétaire général (S/2000/915) justifie le choix de la date du 30 novembre 1996 par le fait que le Tribunal en raison de la faiblesse de ses moyens budgétaires ne pourra que juger un nombre limité de personnes. Au-delà de cet argument pratique, cette limitation confirme la thèse dominante suivant laquelle le mandat des tribunaux spéciaux, ad hoc et de la CPI devrait se limiter à poursuivre des leaders et non des seconds couteaux.

Cette volonté est renforcée par l'étendue de la compétence personnelle de la juridiction spéciale et le principe de complémentarité des tribunaux de l'Etat d'origine des soldats des missions de la paix. En vertu de l'article 1 du Statut, le Tribunal n'est compétent que pour poursuivre les personnes qui portent la responsabilité « la plus lourde » à l'égard des crimes commis y inclus les leaders qui en se livrant à des massacres ont menacé le processus de paix. Cette double limitation de l'article 1 a été vivement dénoncée par les ONG pour ses implications politiques dans la mesure où seuls les responsables du Front Révolutionnaire Uni pourraient être traduits devant la cour spéciale. Cependant cette crainte est atténuée par le fait que le Procureur dispose de toutes les garanties nécessaires d'indépendance en vertu de l'article 15 du Statut. L'expression « la plus lourde responsabilité » fait plus référence à la gravité des crimes qu'à la position hiérarchique des auteurs.

L'article 7, véritable point saillant du Statut, prévoit par ailleurs la responsabilité pénale individuelle des enfants soldats âgés entre 15 et 17 ans qui, vu leur âge, ne pouvaient occuper de hautes responsabilités dans l'armée ! Cette disposition a fait couler beaucoup d'encre car elle soulève la question complexe du conflit entre la notion d'intérêt de l'enfant et la volonté de la société sierra léonaise de voir juger

les atrocités commises par des enfants soldats.

L'article 7 reflète ce dilemme en évoquant l'obligation, en cas de mise en accusation d'un mineur, pour le Tribunal d'ordonner diverses mesures de réhabilitation sociale telles que des programmes éducatifs, de désarmement. L'article 15 (5) du Statut met également l'accent sur l'obligation pour le Procureur de « s'assurer que le programme de réhabilitation de l'enfant n'est pas mis en péril » par les poursuites. Le Statut prescrit des peines de substitution à l'emprisonnement dans le cas d'un mineur reconnu coupable.

L'une des principales faiblesses du Statut touche à la compétence subsidiaire du Tribunal spécial pour les crimes commis par les soldats et le personnel associé des missions de maintien de la paix. L'Etat « fournisseur » a la primauté de juridiction sur le Tribunal spécial excepté dans le cas où l'État en question refuserait d'engager des poursuites ou s'en révèle incapable. Outre la nécessité d'obtenir l'autorisation du Conseil de Sécurité, le Procureur devra démontrer cette incapacité ce qui le place dans une situation fort délicate au regard de la coopération de cet Etat. Excepté pour la Sierra Leone, il n'existe en effet, à la différence des tribunaux ad hoc et de la CPI aucune obligation pour les Etats tiers de coopérer avec le Tribunal spécial. L'Accord entre les Nations Unies et la Sierra Leone étant assimilé à un Traité purement bilatéral, ne comporte aucune obligation juridique pour les Etats tiers. Le Statut du Tribunal spécial ne prévoit ainsi la primauté de juridiction que sur les juridictions sierra léonaises, le principe de compétences concurrentes s'appliquant à l'égard des autres juridictions.

L'efficacité du Tribunal risque d'être sérieusement réduite par une telle lacune. Par exemple, l'arrestation d'un suspect réfugié et la collecte de la preuve dans un pays tiers dépendront du bon vouloir de ses autorités! L'obstacle pourrait être contourné par une demande d'extradition de la Sierra Leone à l'Etat de résidence du suspect qui, une fois extradé, serait déféré au Tribunal spécial. Toutefois, les chances sont assez faibles d'extrader un suspect vers la Sierra Leone où la peine capitale est en vigueur. L'état actuel de la législation de beaucoup de pays prohibe en effet l'extradition vers un pays appliquant la peine de mort.

Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone selon les estimations des Nations Unies ne jugera qu'une vingtaine de personnes, dont le leader Foday Sankoh. Ce chiffre paraît bien dérisoire au regard de la masse des individus impliqués dans les massacres. Certes il incombera aux juridictions de droit commun de les poursuivre, à la Commission de vérité et de réconciliation de mettre au grand jour la décennie la plus sanglante de l'histoire de l'humanité. La communauté internationale une fois de plus ne semble pas se donner les moyens de ses ambitions. Un budget prévisionnel pour trois ans n'a toujours pas à ce jour été adopté alors que le Tribunal spécial représente une chance historique de réconcilier un peuple meurtri. Un autre sujet

d'inquiétude réside dans le caractère souvent flou des dispositions du Statut; s'agit-il là d'une stratégie délibérée pour permettre une certaine flexibilité indispensable à cette juridiction nouvelle ?

CC

Recurring Themes / Thèmes récurrents

Introduction – Globalisation and International Law

ELLEN HEY

In 2000 the *International Law FORUM du Droit International* turned its attention to the topic of globalisation, and more specifically to the consequences of the process of globalisation for international organisations.¹ On that occasion, in the final paragraph of my introductory remarks, I suggested that the real challenge that globalisation poses might be how to find a balance between the economic model offered by the United States, referred to by Gilbert Guillaume in his contribution to that issue, and the diverse social and cultural values that are a reality at local level. Having further considered the topic, and in light of the contributions to this issue, I now come to the conclusion that further precision is merited, starting with a more precise definition of what the term *globalisation* means.

Globalisation means different things to different people

The term *globalisation* is problematic in an international context. The reason being that, for example, the terms *globaliserend* in Dutch, *globalisation* in French, *globalisierung* in German and *globalización* in Spanish all have connotations of the ‘non-detailed and superficial’, albeit sometimes in their second or later definitions or in the definition of the related adjective.² In these languages when one provides a ‘global overview’ of something one provides a general overview, without considering details. This as opposed to the adjective ‘global’ in the English language, which refers to ‘covering or relating to the whole world, comprehensive, total’.³ A ‘global overview’ in the English language thus has connotations of being a comprehensive or total overview and in an international context of providing an overview covering the world.

¹ *International Law FORUM du Droit International*, no 2, 2000, p 200.

² *Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, Van Dale Lexicografie, 1992; *Le Grand Robert de La Langue Française, Dictionnaire Alphabétique et Analogique de la Langue Française de Paul Robert*, 2^e édition revue, Vol. IV and VI, Edition Gril, 1985; *Duden, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache*, Dudenverlag, 1999; *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda edición, available at <http://www.rae.es>.

³ *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed., Clarendon press, Oxford, 1989.

The term *globalisation* in many languages, other than the English language, thus brings with it connotations of generalisation and superficiality. Nevertheless, in at least the Dutch and French languages, the terms *globalisering* and *mondialisering*, *globalisation* and *mondialisation* are increasingly used interchangeably, with disagreement over their correct usage. In addition, at least in the Dutch language, the adjective 'globaal' is increasingly used in the sense of the English adjective 'global'.

One might be inclined to think 'what is in a word?'; languages after all are dynamic systems that change over time. While I cannot but agree with this characterisation of languages, I am also convinced that an understanding of language and, in particular, meaning, enables us to better understand our own perceptions and those of others. An anecdote from real life may serve to illustrate my point.

A little over a year ago a student and I were discussing her plans to write a final thesis on the ongoing debate regarding the reform of the of the United Nations Security Council (UNSC). She mentioned that she wished to treat this topic because of its 'globale belang' (... importance). She also proposed that in one of the chapters of the thesis she would provide a 'globaal overzicht' (... overview) of the decision making process in the Security Council on those occasions on which it had authorised the use of force. She, furthermore, suggested that she start by researching and writing this chapter as it would provide important background information for her thesis. I agreed to the proposed approach. When she submitted a first draft of part of the chapter in question, my reaction was that her approach was much too detailed and that if she continued in this fashion, she would never reach the core of her topic – the debate about the reform of the UNSC. She reacted by remarking that she had proceeded as we had agreed. After a while, I realised that what she had intended to communicate to me initially was that she wished to treat the topic because of its significance for the world, instead of because of its 'globale belang' (general significance), and that in the specific chapter she was going to give a comprehensive, as opposed to a general, overview.

A student who is the victim of lack of attention to the correct usage of her own, the Dutch, language and the overriding worldwide influence of the English language? A misunderstanding that could have been avoided, had I listened more carefully? I do not think that either of these explanations, on its own or together, gives the full story. My reasoning is also based on questions about the usage of the term *globalisation* in the English language that I have received from several non-native English speakers who have a general interest in the topic. I was struck by the following question. 'Why do English speakers not use the equivalent of the term *mondialisation* and when they use the term *globalisation* do they really mean to imply the spreading of superficiality across the world?'

What is the anti-globalisation movement about, or against? Is it against the *mondialisation* of society, of which it is itself part and parcel? Or is it against the *globalisation* of society in terms of the dominance of practices, rules and norms that hamper the expression of cultural and other diversities? Another anecdote follows.

If eating places that belong to a fast food chain are the norm and determine the demand for meat, which they can guarantee to buy over a long period of time and in bulk and thus more cheaply, individual restaurants face a meat market that is not attuned to their needs. Individual restaurants require a market attuned to varying demands. If the market is dominated by fast food-chains, individual restaurants face the dilemma of either paying higher meat prices or joining forces in chain-like operations. The term *globalisation*, as opposed to *mondialisation*, is in fact, associated by many non-English speakers with the ‘McDonaldisation’ of society.

In an international and bilingual journal, such as the *International Law FORUM du Droit International*, there is thus good reason to consider what we are discussing when we propose to discuss the topic of *globalisation*.⁴

What we are interested in discussing is the phenomenon of *mondialisation* and its possible consequences, one of which may well be *globalisation*. The central question that is of interest to us is what implications the *mondialisation* process may have for law. If *globalisation* is one of the consequences of *mondialisation*, as it appears to be, we are of course also interested in considering the implications of that development for law. The primary focus of this *Recurring themes* column, however, is on legal aspects of the processes of *mondialisation*.

Mondialisation is inevitable, globalisation is a matter of choice

Considering the issues at stake in terms of the two concepts used in, at least, some non-English languages, *mondialisation* is inevitable,⁵ while its effects, including *globalisation*, are a matter of choice. The inevitability of the process of *mondialisation* seems to reside in the non-centralised, uncoordinated and chaotic, manner in which it proceeds: whether we like it or not we all participate in the process of *mondialisation*, albeit in different ways and to different degrees. If *globalisation* is a matter of

⁴ I will hereinafter use the term *globalisation*, in its American spelling, when I am referring to the usage of the term in the English language. Given the bilingual character, in English and French, of *FORUM*, I will use the French terms *mondialisation* and *globalisation* when referring to what I consider to be two distinct phenomena.

⁵ On the inevitability of globalisation, in the sense of *mondialisation*, see Ulrich Beck, *What is Globalisation?*, Polity Press, 2000, p. 11.

choice, it implies that at least, in principle, the consequences or effects of *mondialisation* can be regulated.

Law, as well as other norm based systems, may serve as the instrument through which societies can make choices about the effects of *mondialisation*. In order to be able to make these choices, attention to both the unifying and the diverging elements of *mondialisation* seems to be essential. The unifying element would seem to be the inevitability of the process of *mondialisation* and the transnational forces that give rise to it and in which we all participate. The diverging element would seem to be the different local contexts through which and in which the effects of *mondialisation* materialise. Such local contexts are not necessarily local in the sense of a particular geographical location, they may also be local in the sense of individuals or groups that share certain traits but that exist at various geographical locations, or individuals or groups that interact only in cyberspace. Relevant examples that come to mind are religious communities, individuals and groups that share a history of having endured slavery, and businesses and clients who interact solely by way of the internet. Unless these local contexts are recognised and valued as a means of preserving diversity, and ultimately some form of transnational coherence, under conditions of *mondialisation*, then *mondialisation* and *globalisation* may indeed turn out to be one and the same thing, *i.e.* the dominance of practices, rules and norms that hamper the expression of diversity.

Mondialisation in the inter-state legal system results in relationships that are not subject to the rule of law

Mondialisation, if understood as the increasing inter-connectedness between persons and institutions in various places of the world, implies that, if we desire a society governed by the rule of law, including participatory and democratic processes, a legal system needs to be developed that governs those interactions. That such a system is at present lacking is evident from, for example, the activities of multinational corporations whose activities are often not easily subjected either to the legal system of their home nor that of their host state, with international legal rules not easily applied to them either. The same argument also applies to many international NGO's. Who do they represent, and who can hold them accountable and how? Discussions as to what rules apply and who could be held accountable for possible wrongs committed within the course of operations authorised by the UNSC, for example, in Sebrenica, also illustrate the problem. Is the United Nations, the Security Council, NATO, the country of nationality of a given commander, the country of nationality of the troops in question, or the individuals themselves responsible? It is, furthermore, becoming increasingly clear that international organisations, while they exercise significant powers, are not easily subjected to

rules of international or national law. Do rules of international environmental and human rights law apply to the activities of the World Bank and the International Monetary Fund? And, if they apply, to what extent and how can such rules be made to apply to relevant activities? What rules apply to the current situation in Argentina? Moreover, what legal system should be applied to international terrorists? That of their host state, their state of nationality, the state in which they deploy their actions? If the answer is any of these options, should international standards be developed to determine how they are to be dealt with? Or, should international terrorists be dealt with directly under international law? Furthermore, in a transnational world, how do we distinguish international terrorists from national terrorists? Lastly, what processes can be developed so that basic values related to participation and democratic control can be upheld in a transnational society?

While these questions are relatively simple to ask, finding appropriate answers is exceedingly difficult. And even if answers are found, as Keebet von Benda-Beckmann illustrates in her contribution, having a formal legal system in place does not of itself mean that it is going to be applied. Other legal or other norm-based systems, in practice, may override the formal legal system. It is therefore necessary to deepen our understanding of the legal and normative aspects of the process of *mondialisation*.

Mondialisation of law as a polycentric and pluralistic process

A large number of different types of actors and processes are involved in the transmission of legal and other norms across the globe and thus in the process of the *mondialisation* of law and norms. As illustrated by von Benda-Beckmann, the notion of legal pluralism contributes to our understanding of what is actually happening: the emergence of worldwide interconnected and overlapping legal and normative systems. These networks are generated by the activities of worldwide networks of various sorts, which more often than not are unconscious of their role in the *mondialisation* of law and norms. As with the process of *mondialisation* itself, the process of the *mondialisation* of law and norms is also to a large degree uncoordinated, non-centralised, chaotic, and inevitable. As von Benda-Beckmann also argues, the processes involved in the *mondialisation* of law and norms are in many cases non-democratic. To which I add, so as to be explicit, that this implies that they are not subject to the rule of law in a more general sense.

The most salient characteristic of the process of the *mondialisation of law and other norms* is probably that it is polycentric in character, including states and non-state actors, which in turn include localities that cannot be defined in terms of a specific geographical location. Legal pluralism in a transnational context – the international penetrating what was hitherto considered to be national and the

national, local, regional and sectoral penetrating what was hitherto considered to be international – may thus be regarded as part of the process of *mondialisation*.

Relating the global and the local or the glocalisation of law

The ongoing process of the *mondialisation* of law and normative systems, requires a re-conceptualisation of what was hitherto considered to be national law and international law. Such a re-conceptualisation should aim to encompass both the global and the local. In a more general sense the term *glocalisation* has been used by some to refer to this notion of relating the global and the local.⁶ In this conception the global incorporates the local – in the polycentric sense discussed above – and the local, including the national, includes the global – in the sense of the transnational relationships that the process of *mondialisation* is giving rise to. In this model the state and international organisations play a fundamental role as facilitators of transnational, as opposed to inter-state, cooperation. The *glocalisation* of law also implies that consideration needs to be given to what is best regulated at the local level, in the sense of what can best be dealt with within localities or between two or more localities that make up the polycentric transnational world, and what issues or parts of issues require the involvement of over-arching institutions or processes.

As to the role of the state and other authorities there may be lessons to be learned from the medieval world where citizens owed allegiance to several authorities and these authorities exercised control each within their own domain, which often existed in the same geographical space.⁷ There also may be lessons to be learned by considering emerging processes and institutions, such as the role of secretariats of international treaties, the World Bank Inspection Panel and non-compliance procedures incorporated in international environmental regimes, in terms of emerging international administrative law in a polycentric world. The medieval world and administrative law: strange bed-fellows, to say the least. However, if the process of *mondialisation* is to be regulated and the emerging transnational relationships are to be subjected to the rule of law, including participatory processes and democratic control, we should allow ourselves to think in terms of these types of analogies and embrace concepts such as *glocalisation*. These and other concepts and ideas may be of aid in enabling us to transform and re-conceptualise existing legal concepts and doctrines.

Laurence Boisson de Chazournes, in her contribution on *mondialisation* and

⁶ See Beck, *id.*, at various places.

⁷ Also see, e.g., Beck, *id.* p. 113.

dispute settlement, engages in precisely the re-conceptualisation and transformation referred to above. She places dispute settlement procedures in the context of the demands or challenges that the process of *mondialisation* makes upon or poses for these procedures, in terms of complexity, pluralism and transparency. In order to meet these challenges Boisson de Chazournes proposes a re-conceptualisation of international law in terms of 'inter-normative law'. Which, as suggested by Boisson de Chazournes, consists of interlinked norms coming from different legal orders (*un tissu de normes issues d'ordres juridiques différents*) as well as social, technical, economic, ecological and political norms. Indeed the concept of inter-normative law may well provide a means of relating the global and the local, in the sense of recognising the polycentric nature of transnational relations and of the ensuing law.

The central role attributed to different legal orders as well as to other normative systems in the concept of inter-normative law, moreover, also establish a link between the contributions of von Benda-Beckmann and Boisson de Chazournes. If the judge is to fulfill the role attributed to her by Boisson de Chazournes – that of determining a normative equilibrium based on the integration of different norms and not only on those rules resulting from inter-state interactions – the concept of legal pluralism can offer a useful tool in deepening her understanding of that task. Legal pluralism, furthermore, provides a means of explaining normative systems in general and not just the official legal system – in our case the international legal system – and enables us to better understand the inter-connections between such systems. Legal pluralism as a concept for *describing what is*, may offer a context for *developing what might be desirable*: inter-normative law.

These and other aspects of the discourse about *mondialisation*, and also *globalisation*, clearly require further consideration in both practice and in research. *Work in Progress* in this issue of *FORUM* provides insight into what the research agenda might look like. Math Noortmann sets out some of the prerequisites of a research agenda that focuses on transnational legal issues and in particular on the consequences of a polycentric world consisting, in addition to states, of a variety of so-called non-state actors.

Globalisation and legal pluralism

KEEBET von BENDA-BECKMANN*

For a long time the concept of legal pluralism was strictly rejected by legal theorists who insisted that the law of the nation state was the only relevant kind of law in modern society. But with the recognition that international law does not merge seamlessly with national laws and that a body of transnational law is emerging that has little to do with the law of nation states, the term has become acceptable. Legal pluralism is not a new phenomenon and includes far more than just national, international and transnational law. Research in legal anthropology has long since dealt with constellations of legal pluralism involving also customary legal orders, various types of religious law, and newly created local law. Legal pluralism resulted to a great extent from colonial expansions, missionary movements and migration. More recently, research has shown that legal pluralism is also common in industrial societies, where local communities and industrial and commercial offshoots create their own law. The transnational law that is emerging under the processes of globalisation of the second half of the 20th century therefore does not create legal pluralism, but adds to the already existing constellations of legal pluralism.

Globalisation is a complex set of processes of increasing global connectedness differing in extent, intensity, velocity, and impact. Globalisation of law achieved quite high degrees of extension and intensity in earlier periods, especially during the period of colonisation since the late eighteenth century. The colonial empires introduced their laws in regions that stretched over all continents. New in the present process of globalisation is its velocity, made possible by modern transport and communication technology. New also is that far more mediating participants are involved than before. There is, however, no one universal development towards ever more connectedness. The process is full of contradictory developments, and as Held *et al.* warned, it is not possible to conclude from globalising developments in one domain that the same developments take place in other domains of social

* Keebet von Benda-Beckmann is head of the Project Group Legal Pluralism at the Max Planck Institute for Social Anthropology in Halle, Germany. She teaches anthropology of law at the Faculty of law at Erasmus University Rotterdam. Her empirical work in Indonesia, the Netherlands and Nepal focuses on dispute management, management of natural resources and local forms of social security under conditions of legal pluralism. She is president of the Commission on Folk Law and Legal Pluralism and a member of the Advisory Council on International Affairs in the Netherlands and vice-chairperson of its Committee on Human Rights.

life. Nor, I should add, is there only a development towards more connectedness. After the demise of the Soviet regime, for instance, connectedness between many regions in the north of Siberia reached such a low degree of intensity as to virtually disappear.

The aim of this comment is to take a closer look at the emerging complex legal landscapes under processes of globalisation from a perspective of legal pluralism. Globalisation creates and changes complex legal configurations. These complex constellations of legal pluralism are typically contested, hierarchical, unequal and ambivalent. I shall also argue that there is a growing, highly diverse institutional framework mediating the globalisation of law and complicating the constellations of legal pluralism. These institutional networks have their own hegemonic and counter-hegemonic impact on the globalisation of law. This poses questions about democracy and democratic control of legislation.

Actors and institutions of globalisation

Law does not globalise by itself, it needs actors that use law and institutions through which law is mediated. There has been an immense increase in the institutions involved in the globalising processes, extremely diverse and differing widely according to social and economic domain. I shall briefly discuss four types of actors: commercial corporations, law firms and legal counsel; state agencies; international organisations; NGOs and social movements.

As Gessner points out, there are a large variety of institutions involved in the globalisation of commercial law. Transnationalisation in commercial law seems to occur in the first place by means of contracts between companies themselves. There is much evidence that these transnationally operating companies only rarely turn to either national or transnational institutes of dispute management. They create their own law. Instead, the fear of losing one's reputation and the wish to stay in business are quite effective sanctioning mechanisms. Large transnationally operating law firms have been important agents of globalisation of commercial law as providers of legal advice. They have also become active in the development of new modes of conflict management through arbitration and mediation. This field is growing, diversifying and expanding throughout the world. Law firms are also expanding into the field of private damage claims. Here transnationalisation takes the form of expanding jurisdiction, especially that of the US, far beyond its territory. In response, the national law of the countries in which damages occur is often changed.

Many national states themselves actively contribute to the globalisation of law. Western states have been and continue to be very active in exporting their law to post socialist and developing countries alike. They also globalise law through development cooperation. As development cooperation is directed at changing the

conditions of the poor and underprivileged, the explicit aim of much development cooperation is to change existing structures of rights and obligations. But even primarily technical development cooperation introduces modes of decision making and procedures that are alien. International organisations such as the IMF, World Bank and the Regional Development Banks also play an important globalising role in development cooperation. Development cooperation often introduces legal elements of the international organisation, a bi-lateral development agency and the implementing consultancy at the same time. Together these networks of organisations are influential agencies of globalisation that contribute to legal pluralism through implementation of development projects. Such project law, the rules, procedures, and criteria for in- and exclusion and all sorts of rights to resources, is a source of legal pluralism in itself that has as yet received little attention. Local communities trying to defend their interests against this influential coalition, have to organise and to mobilise NGOs in order to obtain the political influence necessary to be heard. This is in itself an effect of the globalisation of law. Such organisation also has an impact on their internal relationships and their customary law.

International organisations such as the UN and its specialised organisations, but also the numerous specialised treaty organisations play a crucial role in the globalisation of law. Transnational human rights law is one such legal field. This is not to say that the human rights catalogue is equally accepted everywhere, let alone effective. But its influence is widespread, and extends to where alternative modes of human rights are being developed. The debates about African, Asian, or Islamic human rights are a direct response to the expansion of the UN human rights. Globalisation is made possible because of the expanding institutional set up of international human rights law, especially within the UN structure, in particular the Commission on Human Rights and its committees and the working group on indigenous peoples. These institutional conditions have been conducive to the spread of human rights. But the extent, intensity and impact have also been a result of the active involvement of extensive networks of local, national, regional and transnational human rights NGOs. Networks of international academic and activist lawyers play a crucial role here. The constellations of these networks develop over time. While globalising in the earlier years occurred mainly through European and American networks of lawyers and institutions of development cooperation, there has been an impressive increase of South-South networks that directly exchange information and support. In contrast to the networks of corporate lawyers, these networks are explicitly emancipatory in character. They have, e.g., created more room for indigenous groups in many countries. But this has changed the internal structure of these same indigenous groups, in a way that resembles the changes in traditional leadership due to the colonial experience. New brokers of power,

information and of considerable financial flows have come to exist side by side with traditional authorities. This has in turn affected the customary laws of these indigenous groups. Not all human rights institutions are sufficiently aware of these effects of their involvement. As a result, the constellation of legal pluralism has become more complex, diffuse, and at times also contested.

The field of environmental protection is another vastly expanding domain in which law is globalising rapidly. Again, international organisations are important and here, too, the NGO world plays an important role. But there are important differences in the ways in which it affects local populations and has an impact on local law. While human rights law in general seeks to limit state control and creates additional rights vis à vis the national state, environmental law expands administrative control and in many ways curtails the rights of local people. International environmental organisations have established a new property regime to goods that have been created by that same regime (environment, natural reserves, ecological hot spots, emission rights, etc.). Under that regime local populations have been effectively expropriated in that it severely limits the use of land, forest, or water resources. Many environmental NGOs and other agencies have come into conflict with local populations because they have not paid attention to existing legal structures. Local people often mobilise human rights NGOs to protect their interests. The hegemonic aspirations of environmental law have not only forced changes on national legislators. They have also forced local populations to change their customary law to cope with the environmental intrusion.

What is loosely labelled “the world of NGOs” is extremely complex and diverse. It involves specialised internationally operating organisations, regional, national and local organisations both secular and religious. But it also includes more loosely structured social movements. Levels of professionalisation are extremely diverse. Globalisation in important ways occurs through networks of such organisations, in which the specialised and professional international agencies are linked to local NGOs and indigenous organisations. Through these networks substantive transnational law is widely spread. But in its wake decision making procedures, rules for accounting, and legal concepts are also globalised. Modern communication technology has greatly intensified these networks and the speed with which information is exchanged is quite remarkable. Moreover, the network structure seems to be changing. While many local NGOs still depend financially on national and transnational NGOs based in industrial societies, international south-south linkages are becoming more prominent.

Extent and impact

Despite the institutional expansion, the spatial extent of the globalisation of law has been uneven. From the normative claim that a law is valid throughout a country it is concluded that it is actually used throughout that territory. This is problematic as anthropological research has established. In the first place, much law is directed at specific sectors of social and economic life. Laws regulating international trade, for example, are effectively relevant in specific places only, usually in industrial areas near the large cities and seaports, with or without a special legal and fiscal status. Secondly, law has to be known throughout the territory. While in industrial societies most people are only vaguely aware of most of the state legislation, this is all the more the case in other countries, where the majority of the population is totally unaware of most laws. The claim that law is valid throughout the country is not even potentially a basis for social behaviour unless actors somehow are aware of its existence. Thirdly, law has to be used in actual practice. There are many instances in which local populations choose not to use state legislation, even though or because they know it exists, but continue to use, for example, customary law. This is very often the case for land transactions in rural areas. Reasons for not following state law may be unfamiliarity with or incapacity to employ the procedures, the expense involved, religious or other moral convictions, or, most importantly, scepticism about the advantages legislation may bring. Here state law does offer a potential normative structure that exists next to other normative orders.

A long tradition of research in legal anthropology has shown that constellations of legal pluralism are highly dynamic. Not only may the relative importance of each of the available normative structures change over time, but the normative structures themselves change in response to each other. It has been well documented that the involvement of the colonial administration fundamentally changed the traditional leadership in former colonies. And this had an effect on the content of customary land law as well. Thus, though in land law, state legislation often was not used, state law nevertheless had an important more indirect impact on customary land law. So much so, that many scholars have claimed that what is called customary law in fact is a product of colonial rule. Conversely, colonial law was in many ways affected by customary laws.

These issues are not problems of the past. Customary law continues to play an important role in present day rural societies in developing countries. Many African countries are experimenting with new roles for traditional leadership. And indigenous groups are more and more successful in claiming some kind of self-determination. Two developments are of special interest. One is that the internal relationships among members of these indigenous groups is strongly changed in the process, as a response both to the national legal system and international human

rights law, but especially in response to all the organisations and institutes involved in the process. The other important development is that these processes typically involve a scaling up of the spatial jurisdiction of customary law. Small local communities that each had similar, though separate normative orders now embark on the process of forming one customary law for the common territory. The process is going on in Latin America, New Zealand, Papua New Guinea, Indonesia and Namibia, to name only a few regions. Though this scaling up is internally contested and as yet incomplete, the process is in full swing. These developments have been induced by transnational law and can only be understood by the involvement of networks of NGOs. The effect is that customary law is gaining importance, but in the process it is changed and with it, the landscape of legal pluralism is changed.

Religious law

In similar ways the relationship between customary law and religious law, especially the laws of the global religions, has been dynamic and diverse. The history of religious expansion shows remarkable similarities with the expansion of colonial law. Religious law also adjusted to customary law it found on its way, and in turn had an impact on customary laws. The degrees of adjustment and change differ widely and are subject to a dynamic process. In some regions and at certain periods, religious law remained a body of law that was clearly demarcated from customary law, while in other regions the two were merged.

The situation is not quite the same for each of the “global” religions. This has to do with the internal institutional structure of these religions. The Roman Catholic Church has kept legislation and interpretation strictly under hierarchical control, though this has not prevented it from adjusting to local customary law. Protestant Christianity has no central authority. This also goes for Hinduism and Buddhism. And what is officially called Hindu law in India is a code made by the British colonial government. Islamic law has been canonised since the 13th century, but authority is not centralised. There have always been authoritative centres in the Arab world and regional centres elsewhere, where the learned versions of religious law were developed and from where this learned religious law was disseminated. Students from all over the world have come to these centres of learning and have brought back the interpretations to their home country. These centres have been important nodes in networks through which religious law has been globalised. Travelling to the religious centres is an old tradition, but the intensity has varied, depending on wealth and political circumstances. Indonesia, for example, has repeatedly known waves of intensified fundamentalisation as well as modernisation induced by people who had trained in academic and religious centres in Cairo or Baghdad or in Saudi Arabia. Modern transport and communication technology

have increased the intensity and velocity to an unprecedented level. Especially powerful devices in the process of globalisation are audio and video cassettes containing preachings in which among other things interpretations of religious law are provided. These cassettes are widely sold. Likewise, centres of religious learning of other religions attract students who carry the messages and interpretations back home. Video and audio cassettes are sold and spread among the community of believers.

The landscape of religious law has from early on been pluralistic, consisting of official, authoritative versions and local varieties that may exist side by side, influencing each other, but also subject to change in response to local customary law and to the law of national states. The recent intensification of globalisation has undermined the hierarchy of authority, since the centres have no control over these communication chains. As a result, religious legal pluralism has become even more complex.

Concluding remarks

The process of globalising of law thus involves both secular and religious laws of widely diverse kind. A good understanding of this process requires us to look not only at law of nation states and the newly emerging transnational law. The analysis also has to deal with customary laws, newly emerging local law, law created and maintained by industrial branches. Practising lawyers may ignore these legal orders in so far as they are not recognised under state or international law and focus on what is called lawyers' legal pluralism; analysts of globalisation of law have to look at the full landscape of strong legal pluralism. The globalisation of law has certainly speeded up and intensified, but the extent, intensity, velocity and impact are not at all uniform. The emerging constellations of legal pluralism are uneven, and while the institutional networks are expanding rapidly, the constellations differ widely. The most important institutions through which law is being globalised, national and international agencies, transnational law firms, or NGOs establish chains and networks of hegemonic and counter- hegemonic power. While some may herald the expansion of civil society, a close look at these institutional constellations shows that important issues of equality and democracy are at stake. These institutions not only spread law; they are all in one way or another involved in law making. But this production of law is typically not democratically controlled. Globalisation of law therefore only comes about to a limited extent through democratic procedures. And the emerging fields of legal pluralism therefore consist only to a limited extent of law that is made by democratic procedures.

Mondialisation et règlement des différends: défis et réponses

LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES*

Introduction

La lexicologie unitaire qu'appelle le concept de mondialisation en privilégiant les stratégies d'"harmonisation" et d'"uniformisation"¹ apparaît de prime abord étrangère au domaine du droit international qui s'est traditionnellement intéressé aux relations de bon voisinage entre souverainetés juxtaposées.

En effet, le droit international est avant tout un droit "internationalisé" c'est-à-dire un droit dont le socle fondamental repose sur la souveraineté de chaque Etat dans le processus d'acceptation et d'exécution d'obligations juridiques. Cela lui confère une nature *sui generis*.

Dans cet ordre d'idées, évoquer la mondialisation du droit dans le cadre des mécanismes de règlement des différends prévus par le droit international pose des défis en premier lieu sur le plan du droit procédural.

Le droit procédural en tant qu'ensemble de règles organisationnelles et fonctionnelles relatives au règlement des différends entre sujets de droit international pourrait-il se "mondialiser"? Autrement-dit est-il possible de concevoir un système juridique international de règlement des différends qui se baserait sur des règles de procédures communes pour ne pas dire uniformes? L'arbitrage international fait déjà l'objet d'une certaine "modélisation"² procédurale à travers l'émergence d'un modèle de procédure mondiale³.

La mondialisation du droit invite à repenser le système procédural *inter partes* à travers un prisme qui serait celui de règles et d'obligations communes à tous.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Directrice du département de droit international public et organisation internationale.

¹ M. Delmas-Marty, "La mondialisation du droit: chances et risques", *Recueil Dalloz* 1999, chron. 49.

² C. Kessedjian, "La modélisation procédurale", in *La mondialisation du droit* (sous la direction de Eric Loquin et Catherine Kessedjian), Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 19, Litec, 2000, pp. 237-255.

³ Le Règlement d'arbitrage élaboré par la CNUCDI, le Règlement d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), le Règlement du Centre international de règlement des différends en matière d'investissements (CIRDI) sont des exemples qui laissent entrevoir l'émergence d'une procédure mondiale d'arbitrage.

Y a-t-il alors risque de choc de cultures en matière de traitement du règlement des différends dans l'ordre international? L'impact de la mondialisation sur les procédures de règlement des différends pose plus de questions qu'il n'offre de réponses. Il y a essentiellement trois types de problématiques: celle du "quoi", celle du "comment" et celle du "qui" et du "pourquoi".

La problématique du "quoi" renvoie à la question de l'impact de la mondialisation sur la nature du "différend" ou des "différends". S'achemine-t-on vers une logique de la complexification ou *a contrario* demeurera-t-on dans une logique de fragmentation des différends entre Etats (I) ?

La problématique du "comment" soulève à la question de l'impact de la mondialisation sur la nature du "règlement" des différends. Quelle voie est à suivre? Est-ce celle de l'unité ou celle de la pluralité (II) ?

La problématique du qui et du "pourquoi" renvoie à la question de l'impact de la mondialisation sur la nature des "procédures" de règlement des différends. Faut-il préconiser l'imperméabilité ou la perméabilité (III) ?

I. Le différend: fragmentation vs. complexification

La mondialisation fait appel à la complexité du droit. Celle-ci induit à l'idée de récursivité et d'enchevêtrements de relations d'un ordre juridique à un autre⁴. L'affaire du Lotus⁵ relève dans ce contexte de l'archéologie juridique. Le juge international (compris au sens de tiers partie dans un règlement) est tenu dans le contexte de mondialisation d'opérer une rupture épistémologique sur sa perception du différend, et ce en amont et en aval.

En amont, c'est la question du droit applicable qui est en jeu. Le juge ne saurait se limiter de manière fragmentée ou isolée à un corpus de règles particulières pour trancher certains différends, bref à un droit monolithique. La matière des différends portés devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC témoigne de la transversalité des questions juridiques qui peuvent se poser. Par exemple, les organes de règlement des différends de l'OMC ne peuvent ignorer les Accords multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement. En ce sens, les groupes spéciaux et l'organe d'appel doivent procéder à une lecture combinée ou du moins compatible de ces deux ordres juridiques pour garantir l'efficacité de leurs décisions.

En outre, la complexification ne relève pas seulement de la multiplication *de jure* des normes d'origine étatique dans la sphère internationale. Elle découle aussi

⁴ A.-J. Arnaud, "Du jeu fini au jeu ouvert: vers un Droit post-moderne", in *Le jeu: un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. Ost et de M. van de Kerchove, LGDJ, Paris, 1992, p. 119.

⁵ *Affaire du Lotus*, CPJI, Séries A, No. 10, 1927.

de facto de la privatisation du droit international auquel le juge ne saurait rester insensible. Ainsi, par exemple, le droit international économique ne peut ignorer la *lex mercatoria*, la *lex sportiva* et les avancées de la régulation d'Internet, avec la *lex electronica*.

En aval, c'est la question de la portée juridique des décisions du juge international qui est interpellée. La *res judicata* est appelée à s'ouvrir à une nouvelle dimension. Il ne s'agit plus pour le juge de se cramponner au dogme de "l'économie jurisprudentielle". La mondialisation fait appel à une *res judicata* anticipative et non plus seulement curative. Le juge doit être apte à mettre le doigt sur certains problèmes juridiques et à identifier les paramètres de résolution afin de limiter les différends pouvant porter sur ces problèmes à moyen ou long terme⁶.

II. Le règlement: unité vs. pluralité

La mondialisation remet en cause le système de juridictions oligopolisées et balkanisées. La transversalité normative ou matérielle à laquelle fait référence un différend donné implique *a fortiori* une transversalité du règlement de ce différend. La nature du règlement n'est plus seulement unitaire mais plutôt plurielle, et ce à deux niveaux.

D'une part, la question du "pluralisme organique" du règlement suscite deux questions majeures. Premièrement, faudrait-il créer un espace judiciaire mondial, par l'institution de "CIJX" (Cours ou tribunaux internationaux de Justice X) qui seraient compétentes pour connaître de toutes sortes de différends internationaux au risque d'écarter le principe de spécialité propre à certains mécanismes internationaux de règlement des différends⁷? Ou *a contrario* et au nom de la spécialité, faudrait-il impulser une nouvelle coopération inter-juridictionnelle ou entre juridictions internationales et organisations internationales, voire même institutionnaliser un sursis à statuer lorsqu'est soulevée une question technique relevant de la compétence d'une autre juridiction ou d'une autre organisation internationale et partant de créer des conflits potentiels de compétence⁸?

⁶ Le statut du principe de précaution est l'une des questions cruciales faisant l'objet de controverses et de différends entre Etats. Il aurait été important pour le juge international d'apporter des éclaircissements sur le statut de ce principe. Pourtant tant la CIJ (Affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*) que l'Organe d'appel de l'OMC (Affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*) se sont refusés de prendre position sur le principe de précaution.

⁷ P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, D. Strauss-Kahn, "La mondialisation et les procédures d'arbitrage possibles", in *Cahiers Français, La crise des organisations internationales*, mai-juin 2001, pp. 72-73.

⁸ E. Hey, *Reflections on an International Environmental Court*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

D'autre part, dans le cadre de la mondialisation, les instances de règlement des différends ont tendance à opérer une "territorialisation" en prenant appui sur les juridictions nationales. C'est sans doute une voie à consolider pour assurer une intégration des ordres juridiques international et nationaux. Le statut de la Cour pénale internationale (CPI) esquisse un système juridictionnel global, fondé sur le principe de complémentarité entre la CPI et les juridictions nationales⁹.

III. Les procédures: imperméabilité vs. perméabilité

La mondialisation impose de repenser les procédures de règlement des différends. La globalité et la complexité des enjeux liés à un différend particulier exigent de l'instance de règlement des différends une démarche ouverte sur la société. En outre, les individus et les acteurs non-étatiques demandent de plus en plus à être entendus à l'échelon international. Le juge ne peut rester sourd à ces demandes. Deux méthodes pourraient être mises en œuvre.

On peut penser tout d'abord à une méthode qui privilégie l'acceptation de communications d'individus, d'ONG ou d'entreprises privées comme éléments de preuve dans le règlement d'un différend entre Etats. La voie des *amicus curiae* pourrait également leur être plus largement ouverte. De plus, la société civile internationale devra de plus en plus être associée à la résolution des conflits.

Il y a dès lors nécessité d'une plus grande transparence des procédures de règlement des différends proprement dites. Celles-ci dans le cadre de l'OMC sont caractérisées par un déficit réel de publicité. Par contre, le Panel d'inspection de la Banque Mondiale a connu des améliorations en ce sens¹⁰.

Ensuite, la méthode de la souplesse doit aussi avoir son rôle à jouer. Elle consiste en la création d'instances de règlement des différends à structure ouverte. Ainsi, le juge *stricto sensu* ne doit pas être le seul acteur dans la résolution des différends. La sphère juridictionnelle doit s'élargir afin de permettre à des acteurs tels que les experts, les scientifiques, les sociologues entre autres de contribuer à la *res judicata*. Il n'est pas là question de prôner la disparition de mécanismes juridictionnels de règlement des différends, mais de prendre en compte la complexité du contentieux. Par exemple, la télé-informatique et l'essor de la communication numérique permettent avec l'Internet, l'apparition d'un véritable commerce international élec-

⁹ Les affaires portées devant la CPI ne seront recevables que si les Etats ne poursuivent pas eux-mêmes les individus responsables, soit que le système judiciaire interne est paralysé, soit que les Etats ne souhaitent pas poursuivre eux-mêmes, soit enfin que les procès internes menés visent en réalité à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale.

¹⁰ L. Boisson de Chazournes, "Le Panel d'inspection de la Banque Mondiale: à propos de la complexification de l'espace international", *RGDIP*, 2001, no. 1, pp. 145-162.

tronique. Il ne serait dès lors pas étonnant qu'en vue de la résolution des litiges nés du commerce international électronique, que l'on cherche à mettre en place un arbitrage international lui-même électronique, qui fonctionnera par communication électronique¹¹. Les problèmes qu'un tel système d'arbitrage électronique peut poser en matière de preuve de la convention d'arbitrage et de respect du principe du contradictoire dans une procédure électronique et devant un tribunal virtuel, exigent de l'arbitre traditionnel qu'il fasse également recours à des spécialistes du cyberspace pour trancher les différends¹².

On peut se demander si la "soft law", marque d'un droit qui se moule plus facilement aux exigences de la mondialisation, n'est pas en train de déteindre sur les mécanismes de règlement des différends pour donner lieu à un contentieux plus "soft".

Conclusion: Quel droit pour quel règlement des différends dans le contexte de mondialisation?

La mondialisation invite à repenser la structure et la fonction de l'ordre juridique international. L'effectivité et l'efficacité de ce dernier sont conditionnées par une logique adaptative. La voie est celle d'un droit international "internormatif"¹³ pour un règlement "systémique" ou "holistique" des différends. Un droit mondial uniformisé n'existe pas à l'heure actuelle. Le droit internormatif quant à lui fait référence à un tissu de normes issues d'ordres juridiques différents ainsi qu'à des normes sociales, techniques, économiques, écologiques et politiques. Son utilisation par le juge sera la gageure d'un équilibre normatif dans les procédures de règlement des différends et partant d'un droit plus systémique basé sur l'intégration de normes diverses et non exclusivement de règles résultant de la production juridique interétatique¹⁴.

Comme l'a affirmé le Juge Weeramantry, "nous sommes entrés dans une ère du droit international où celui-ci ne se contente pas de servir les intérêts des Etats à

¹¹ P. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie", in *Philosophie du droit et droit économique: Quel dialogue?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Editions Frison-Roche, 1999, p. 386.

¹² M. Shneider et Ch. Kuner, "Dispute Resolution in International Electronic Commerce", (14) *J. Int. Arb.* Septembre 1997, p. 5.

¹³ L. Boisson de Chazournes, "Le principe de précaution: Nature, contenu et limites", Institut de Hautes études internationales de Paris II, Pedone, Paris, 2002 (à paraître).

¹⁴ J. Chevallier, "Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique", *RDP*, 1998, No. 3, pp. 659-690; L. Boisson de Chazournes, P. Sands, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, pp. 13-16.

titre individuel, mais projette son regard au-delà de ceux-ci et de leurs querelles de clocher pour considérer les intérêts majeurs de la planète. Pour examiner de tels problèmes [...], le droit international devra voir plus loin que les règles de procédure élaborées aux seules fins du contentieux *inter partes*¹⁵.

Le droit international “internormatif” dans cette perspective permettra de transcender la dimension *inter partes* du règlement des différends par le biais de procédures légitimant l’imbrication d’ordres juridiques divers (national et international/public et privé) pour un droit “pluriel”, “négocié” et somme toute plus “démocratique”. Ce sont là quelques uns des défis posés par la mondialisation à la question du règlement des différends.

¹⁵ *Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, CIJ, Recueil 1997, p. 118.

Profile / Profil

Professor Karl-Heinz Böckstiegel

NORBERT WÜHLER

Having had the privilege of sharing many hours and days with Professor Böckstiegel during more than fifteen years of professional collaboration, the work on this profile did not start in the typical manner over a cup of tea or during a visit arranged for the purpose. Rather, it is mostly based on a recollection of numerous occasions when I could observe Professor Böckstiegel both “at work” and “away from work”. In that sense, the story is very much a personal one, but since it traces encounters in a number of settings, it touches on a variety of features that make up a Böckstiegel portrait.

I first met Professor Böckstiegel at the Iran-US Claims Tribunal in The Hague in 1984 when he joined the Tribunal as its president at a particularly difficult point in the Tribunal’s life. At that time, he was already a renowned scholar, teacher and international arbitrator. He had started his career in a law firm in Germany. In 1971, he became Professor at the University of Cologne where he has remained affiliated ever since. From his early university days, the positions he occupied in Cologne showed his main academic interests: he held the Chair for International Business Law and was Director of the Institute of Air and Space Law. In addition, the offices he held and the functions he performed outside the university reflected his position as an outstanding international lawyer and as the most prominent German member of the international arbitration community: President of the German Association for International Law, Director of the International Institute of Space Law, Chairman of the Space Law Committee of the International Law Association, Chairman of the German Institution of Arbitration (DIS), and member and chairman of numerous arbitral tribunals in national and in international proceedings of the International Chamber of Commerce (ICC), the London Court of International Arbitration (LCIA), UNCITRAL and many others.

When Professor Böckstiegel arrived at the Iran-US Claims Tribunal, the most comprehensive survey ever undertaken of the law and practice in the area of arbitration and state enterprises had just been completed under his direction – a study that proved to be highly relevant to the work of the Tribunal in view of the legal status of many of the Iranian respondent parties to the claims. The atmosphere at the Tribunal was quite tense when Professor Böckstiegel arrived: the working relationship between the Iranian, American and third country members had

collapsed after an incident in which a third country member had been physically attacked by an Iranian member. The proceedings had been suspended and the first President of the Tribunal had resigned. Having worked as the legal assistant for that first President, it was my job to assist the incoming President – President Böckstiegel – in his difficult task of leading the Tribunal out of its deadlock and back into a functioning institution. I could observe from close quarters how Professor Böckstiegel managed to do precisely that: he got the Tribunal back to work again and kept it working in a business-like manner. He did so by steering a course between equal treatment of the parties and full consideration of their case, and firm control of the procedure and organised management of the proceedings. Abilities that distinguish the skilled and experienced arbitrator, but which were even more difficult to achieve in the politically loaded context of the Tribunal with its thousands of claims by individuals, companies and the two Governments. Professor Böckstiegel combined fairness to both sides with clarity of the procedure, not only with respect to the parties but also vis-à-vis his fellow arbitrators, both party-appointed and third country – features that have been his trademark far beyond the Tribunal. Thus, for instance, the initial frowning of some at the precise time-keeping at hearings soon gave way to supportive understanding and compliance when they realised that this was only a consistent application of the previously laid-down “rules of the game” and yet another feature of equal treatment that was to everybody’s benefit.

To the staff of the Tribunal and his immediate collaborators, Professor Böckstiegel was an ideal boss: demanding the highest professional standards, giving maximum freedom on how the job was to be done, and supporting “his people” inside and outside the workplace. He was always a great sport – which he showed not only when playing at the Tribunal’s annual table tennis tournament. I found out, though, what his favourite sport of thirty-five years really was when, having been invited with my family to the Böckstiegel’s apartment in The Hague, Professor Böckstiegel spent half an hour showing our five-year old son how to putt on a practice green in the living room between the main course and dessert. Further on sports, while everybody is aware that Professor Böckstiegel has a handicap that would allow him to play professional golf, not many people know that he is a former hurdles champion – an achievement that adds another meaning to the title “Turbo Prof” which has been used by some since he stepped out of his Porsche on his first day at the Tribunal. That Professor Böckstiegel’s wife Ali is an equally great sport could be witnessed by everyone attending his farewell reception in The Hague where she made it through two hours of standing with a broken leg in a fresh cast from a skiing accident, losing neither her smile nor her good humour.

After his departure from the Iran-US Claims Tribunal, and still with his base at

the University of Cologne, Professor Böckstiegel gained further fame in the worlds of arbitration and air and space law. He was Chairman of the Council of the German National Space Agency (DARA) and of the INTELSAT Panel of Legal Experts and a member of the Board of the European Centre for Space Law. For four years, he was the first non-English President of the London Court of International Arbitration (LCIA), and among many high-profile arbitrations he chaired the first NAFTA arbitration and the first ICSID arbitration involving an Eastern European state. As secretary in a complicated ICC arbitration that Professor Böckstiegel chaired, I could witness how even (the late) Berthold Goldman converted to the Böckstiegel method of scheduling and time-keeping. Deliberations in this arbitration in their home near Cologne provided another opportunity to experience the famous Böckstiegel hospitality, to meet the four cats that live in and around the house and to have a glimpse of the collection of works of James Joyce and Arno Schmidt that the host has treasured for many years. While seeing him on his home ground readily shows how Professor Böckstiegel became Honorary Chairman of the “Bürgergemeinschaft Alt-Frankenforst” (the town where he lives), one has to rely on the initiated few for an explanation of what his membership in the “Society for the Promotion of the Diagonally Cut Sandwich” entails.

Our next professional encounter was in 1994 at the United Nations Compensation Commission where I was heading the legal service when Professor Böckstiegel became chairman of one of the panels of Commissioners. Under his chairmanship, this panel applied a unique mixture of arbitration type procedures and mass claims techniques to resolve over one million individual claims arising out of Iraq’s 1990 invasion of Kuwait. In a first stage of bifurcated proceedings, the panel dealt with complicated issues of directness of damages under international law when it determined its jurisdiction, followed by the use of computer-supported verification methods in a second stage to assess the amount of compensation due to more than 200,000 claimants.

Professor Böckstiegel has edited 31 books, and has authored twelve books and more than 280 articles, in addition to being the editor of a legal journal and of twelve series of publications. The impact he has had both in academic life in Germany and abroad and in the practice of law became visible in a special way during the last several years, when 50 or more former students and collaborators joined him in Cologne at bi-annual meetings of Böckstiegel alumni, representing all strata of the legal profession at national and international levels. These gatherings will surely continue after Professor Böckstiegel’s retirement from his university functions this year, as will his many other activities outside the university. While the massive “Project 2001. Legal Framework for the Commercial Use of Outer Space” that he is currently directing will be completed this year, no one who knows

him would ever think that Professor Böckstiegel would, from 2002 on, spend his time only on the golf course – unless there was this sudden unprecedented and most complicated international golf arbitration requiring a chairman with the greatest experience and with a penchant for the new and the unusual ...

Work in Progress / Travaux en cours

Globalisation, Global Governance and Non-State Actors: Researching beyond the State

MATH NOORTMANN¹

In 1948 the International Court of Justice observed that “the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”.² The Court’s observation, however, pales into insignificance in view of the contemporary development, known as *globalisation*. The rise and proliferation of *non-state actors* have developed beyond the Court’s imagination. Beside international organisations, NGOs, as well as multinationals, armed opposition groups; transnational criminal organisations and individuals are involved in global socio-economic, political and legal processes. “Collective action” at the global level has turned into *global governance*, which is no longer a matter solely administered and managed by states.

Globalisation, non-state actors and *global governance* have definitely come to punctuate the vocabulary of scholars of international law, but have these phenomena also affected our research agendas and legal concepts? While it is clear that ‘globalisation’ ... has particular relevance for the prospects of international law ...³, the question is how we characterise this relevance. According to Giddens “globalisation, is [not only] changing the way the world looks [but also] the way we look at the world”.⁴ From this perspective, the significance of globalisation, global governance and non-state actors is not only to be found in the importance of these phenomena

¹ Math Noortmann is Associate Professor in International Law at the School of Law of Erasmus University Rotterdam and Deputy Director of the Institute of Globalisation, International Law and Dispute Settlement. He is the co-editor of the Ashgate series on Non-State Actors in International Law, Politics and Governance. Previous publications in the field of globalisation and non-state actors address *inter alia*, the role of NGOs in international politics and transboundary public-participation.

² Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, International Court of Justice, Advisory Opinion, 11 April 1949, (I.C.J. Rep. 1949 at 174).

³ Sands, Ph., “Turtles and Torturers: The Transformation of International Law”, Inaugural Public lecture as professor of Public International Law, University of London, June 6, 2000.

⁴ Giddens, A., *Sociology*, 4th ed. 2001 at 51.

as objects of research. If our understanding is to be furthered, these phenomena increasingly should be taken as frames of reference for studying international law and global legal issues.

As the discourse on globalisation, global governance and non-state actors is characterised by empirical and conceptual complexity, a variety of research questions and research themes will appear. However, it is likely that these questions and themes will have common features such as the demystification of the state.

As globalisation is characterised as a process of socio-economic, political, cultural and legal homogenisation and interdependence, the need for interdisciplinary research forces itself upon the interested scholar. First of all, the process of globalisation cannot be conceptualised by a single theory or discipline.

With respect to our theoretical perspective on international law, we should not consider globalisation as a completely new or different development, which calls for the development of totally new theoretical approaches and the setting aside of everything that exists. While there is good cause to question the conventional (neo) positivist outlook on international law, the deconstruction of its major assumptions like the dominance of the state also should be purposeful. Moreover, relevant starting points might be found in existing 'alternative' theories such as functionalism, (legal) pluralism, the policy oriented approach, feminism and post-modern or critical theories. These theories, as opposed to positivism in law and realism in political science, are not by definition confined to one single discipline and thereby contribute to the development of a multidisciplinary research framework.

In order to establish such an interdisciplinary research framework a series of round table discussions have been organised in which scholars in international law, political science and governance studies participated. The resulting co-operation led to the establishment of the series entitled *Non State Actors in International Law, Politics and Governance*.⁵ The first publication in the series, *Non-State Actors in International Relations*, reflects both the multitude of relevant theoretical and disciplinary approaches as well as the conceptual and empirical complexity of the topic. Discussions with colleagues from academic disciplines other than law made it clear that we are in need of a new set of references. The role and position of international organisations in contemporary international relations, for example, cannot be understood if defined in legal terms only. The power of international organisations cannot be equated with their legal personality, as conceived in international law.

⁵ The series is published by Ashgate.

Secondly, as the process of globalisation involves a variety of non-state actors, our research focus should lay beyond the state. As stated above, non-state actors should not only constitute the subject of research but the framework of reference.

Contemporary research with respect to (non-state) actors in international law should not be confined to defining their position in terms of international legal personality. Acknowledging the presence and status of non-state actors in terms of 'special cases' or 'anomalies' prevents students in international law from focussing on their impact and role with respect to the formation, implementation and enforcement of international law.

Taking the sources of international law as an example, it is striking that paragraph B of article 38 of the Statute of the ICJ is still easily interpreted as *state* practice, which inherently excludes the practice of 'non-state actors'. At the global level the practice and opinion of international organisations, NGOs, multinationals and armed opposition groups should be included in the determination of the relevant global norms. There is no inherent reason why the practice and opinion of states should be considered to be more important in the determination of the rules of armed combat than those of armed opposition groups, NGOs or international organisations, such as the Kosovan Liberation Armee, the PLO, the ICRC, MSF, or the UNHCR. International agreements are no longer the exclusive instruments through which states establish mutual rights and obligations. As international organisations, liberation movements, multinationals and NGOs become parties to international treaties, their interpretations of relevant instruments are equally valid.⁶ The process of globalisation and the proliferation of actors on the global scene makes the differentiation between states and other non-state actors obscure and obsolete. We should be studying NGOs and international law rather than NGOs in international law. The framework of article 71 of the UN Charter should be abandoned as the point of reference for the determination of establishing the position of NGOs. In fact, "Who Needs Article 71?" is a question that should be raised.⁷

Thirdly, contrary to the predominant trend, we should expand our inquiries to include questions that address institutions and legal frameworks in general. Engaging in this approach will lead to the development of regime overarching approaches to the role of law in present day international relations. The work of the International Law Commission on the law of treaties and state responsibility may serve to illustrate

⁶ See Noortmann, M., "Non-State Actors in International Law", in Arts, Noortmann & Reinalda (eds.) *Non-State Actors in International Relations*, Ashgate, 2001, pp. 59-76.

⁷ Noortmann, *Who Needs Article 71? A critical approach to the relationship between the UN and NGOs*, (forthcoming).

the limitations of the predominant trend. While from a conceptual point of view, there is no reason to differentiate between the responsibility of states and the responsibilities of other actors at the global level like international organisations or liberation movements, or between a law of treaties for states and a law of treaties for international organisations, the ILC has continued to apply the segmented paradigm that is at the core of the traditional inter-state approach to international law. The result of this approach is that a large portion of existing international relations are left beyond the scope of the regulations proposed by the ILC, and beyond international regulations of any kind.

In order to understand global governance processes we need to develop concepts, on for example international administrative law or international legal procedure, which supersede contemporary descriptions and analyses of the legal framework of the UN or the ICJ or any other international organisation or judicial body. It requires the identification and development of a comprehensive set of rules of reference, which will enable us to consider the relationship between what are now often treated as separate legal frameworks. The lack of appropriate concepts to consider the relationships between different bodies of international law can be illustrated with reference to the rather shallow debate about the relationship between international trade law on the one hand and international labour and environmental law on the other hand. Traditional approaches to international law do not offer the concepts required for engaging in a meaningful debate on this topic, if we broaden our research agenda to include other disciplines we may well be in a position to identify and develop legally relevant concepts and frameworks that will enable us to capture contemporary international relations in terms of law.

The above-mentioned ideas have served as the basis for my own research agenda. In addition to close collaboration with scholars from other disciplines, a research proposal on non-state actors has been submitted to the Netherlands Organisation of Scientific Research. The central research question in the proposal is as follows: *What is the role and position of non-state actors in the promotion and development of global governance and the rule of law in a global society?* The proposal is based on the assumption the global legal process is no longer the prerogative of states. In order to understand the legal process at the global plane a new set of terms and concepts is necessary to replace the idea of *international law*, *i.e.* the law of nations.

In order to familiarise students with the consequences of globalisation, non-state actors and global governance for their perception of international law, a research seminar on the topic has been included in their curriculum. During the seminar, students focus on traditional issues in international law (e.g. sources, dispute settlement, responsibility, and immunities) from the perspective of non-state actors. Students are required to write a research proposal in which they use and combine

various theories as well as different disciplinary and methodological approaches.

Last but not least, I would like to mention the upcoming ASIL/NVIR Joint Conference on Contemporary Issues of International Law⁸ as an opportunity to discuss and further develop a research agenda on the above mentioned topics. The theme of the conference will be the impact of non-state actors on the international legal system and international governance.

⁸ *From Government to Governance? The Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System*, 4, 5 and 6 July 2002, The Hague, The Netherlands.

Conference Scene / Le tour des conférences

Une journée de réflexion sur la tragédie de Srebrenica Colloque à Paris le 15 décembre 2001

A l'occasion de la publication par le Parlement français de son rapport de mission d'information sur les responsabilités des massacres de Srebrenica¹, un colloque était organisé le 15 décembre 2001 à Paris par le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), la Fédération internationale des droits de l'homme, la Ligue des droits de l'homme, France, et Médecins sans frontière (MSF). Le colloque était intitulé « La tragédie de Srebrenica, quelles responsabilités, quels enseignements ? ».

Il n'est pas inutile de rappeler quelques dates clés qui sont comme les jalons d'une tragédie annoncée². Les 11-13 avril 1993, face à la gravité de la situation humanitaire dans l'enclave assiégée, le général Morillon, commandant la Forpronu, se rend à Srebrenica avec un groupe de militaires des Nations Unies, une équipe du HCR et de MSF. Après avoir été retenu par une partie des habitants de Srebrenica, il déclare à la population avant son départ : « Vous êtes maintenant sous la protection des Nations Unies, Je ne vous abandonnerai jamais ». Le Conseil de sécurité adopte le 16 avril 1993 la résolution 819 créant la « zone de sécurité » de Srebrenica. La résolution exige notamment la cessation immédiate des attaques armées contre Srebrenica par les unités paramilitaires serbes de Bosnie, le retrait immédiat de ces unités des environs de Srebrenica et le libre acheminement de l'aide humanitaire.

Le 6 mai 1993, le Conseil de sécurité adopte la résolution 824 élargissant les « zones de sécurité » à Sarajevo, Tuzla, Zepa, Ghorazde et Bihac. Cette résolution reprend les principales exigences posées par la résolution 819. Le 4 juin de la même année, le Conseil de sécurité adopte la résolution 836 qui autorise le recours à la force pour protéger les « zones de sécurité ». La forpronu peut ainsi utiliser la force soit pour se défendre, soit en riposte à des bombardements par toute partie contre

¹ On peut trouver le verbatim des auditions de la Mission d'information parlementaire sur le site dédié par MSF aux massacres de Srebrenica www.paris.msf.org/srebrenica. Pour toute information sur la Mission d'information parlementaire, consulter le site du Parlement français à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/srebrenica.asp>.

² La chronologie qui suit a été distribuée aux participants du colloque par les organisateurs. Nous reproduisons en grande partie ce texte.

les zones de sécurité et à des incursions armées ou si des obstacles délibérés sont mis à l'intérieur des zones ou dans leurs environs, à la libre circulation de la Forpronu ou des convois humanitaires. Parallèlement, les Etats membres, agissant à titre national ou dans le cadre d'organisations ou d'arrangements régionaux, sont également autorisés à recourir à la force aérienne pour soutenir la Forpronu dans l'accomplissement de son mandat.

Le 9 août 1993, à la suite de l'offensive serbe contre Sarajevo intervenue le 30 juillet, l'ONU et l'OTAN adoptent officiellement le mécanisme de décision des frappes aériennes, c'est-à-dire la mise en œuvre pratique d'une partie importante de la résolution 836.

L'événement qui va précipiter la tragédie se situe du 26 au 30 mai 1995 lorsque, à la suite de deux séries de frappes aériennes effectuées, à la demande de l'ONU, par l'OTAN contre Pale, les forces serbes prennent en otage près de 400 membres du personnel militaire des Nations Unies. Ils seront libérés en plusieurs groupes entre le 2 et le 18 juin 1995. Le 3 juin 1995, les forces serbes attaquent le poste d'observation Echo situé au sud de la « zone de sécurité » de Srebrenica. Le commandant de bataillon néerlandais basé dans l'enclave demande en vain un appui aérien rapproché. Le poste d'observation est donc abandonné. Les 4, 17 et 29 juin 1995, le Général Janvier rencontre le général Mladic. Lors de la première rencontre, ce dernier a préparé un accord qui établit un lien entre les libération des otages et le non emploi de la force aérienne. Le général de Lapresle, envoyé par Paris pour négocier la libération des otages français, participe aux rencontres du 17 et du 29 juin 1995.

Du 6 au 11 juillet 1995, on assiste à une offensive des forces serbes contre Srebrenica et à la chute de la « zone de sécurité ». Plusieurs demandes de frappes aériennes sont formulées par le bataillon néerlandais basé à Srebrenica (cinq ou six demandes selon le rapport de l'ONU sur la tragédie de Srebrenica publié en novembre 1999) et dès le premier jour de l'attaque serbe. Pourtant les frappes aériennes ne seront déclenchées que le 11 juillet à 14h40, après la chute de Srebrenica.

Du 12 au 16 juillet 1995, les forces serbes procèdent au massacre de 7000 personnes et à la déportation de 40 000 autres. Ces chiffres sont ceux communément admis par le CICR et les Nations Unies.

Tout au long de la journée du colloque, riche en information, on a eu la confirmation de l'immense responsabilité d'un grand nombre d'intervenants sur la scène yougoslave, à commencer par les forces des Nations Unies et les pays dont les forces armées participaient sur le terrain à une mission dont la définition était « biaisée » ainsi que l'a dit un intervenant. La mission était biaisée car, ainsi qu'il a été dit, la communauté internationale a fait semblant de croire que l'on pouvait faire la paix et de l'humanitaire alors que la guerre faisait rage. Par ailleurs, la com-

munauté internationale a pêché par omission. Elle crée six « zones de sécurité » mais ne met que 200 hommes par zone alors qu'il aurait été nécessaire d'en disposer d'un beaucoup plus grand nombre. « Tout est hypocrisie » dit ce même intervenant. Ce constat très dur est confirmé par un autre intervenant qui parle de l'incohérence de la mission de maintien de la paix par rapport à la situation sur place. Pour lui, la chute de Srebrenica est la suite logique de cette incohérence.

Les parlementaires français ont eu beaucoup de difficulté à réunir les informations nécessaires à l'établissement des faits et la détermination des responsabilités. Les militaires sont interdits de parole alors qu'ils étaient eux-même en première ligne. Par ailleurs, les personnes qui, au sein des cabinets ministériels, étaient susceptibles d'apporter les informations pertinentes sur les prises de décision du personnel politique, jusqu'aux plus hautes fonctions de l'Etat, n'ont pas non plus participé à la recherche d'information parlementaire avec beaucoup de bonne volonté. Ceci a fait dire à un autre intervenant lors du colloque, que, dans cette affaire, on a assisté à un grave déficit démocratique qui perdure encore aujourd'hui, notamment compte tenu du rôle extrêmement réduit, voire inexistant, des parlementaires durant la crise. Cependant, d'un autre côté, la parlementaire présente le 15 décembre pour parler du rapport de la mission d'information, reconnaissait elle-même qu'il est très difficile de trouver des parlementaires désireux de participer à de telles missions d'information. Si elle a raison, le déficit démocratique n'est pas prêt d'être comblé !

Les avis exprimés sur le résultat de la mission d'information parlementaire ont été assez convergents. Beaucoup se sont exprimés pour dire qu'il s'agissait d'un travail sérieux et rigoureux montrant bien la complexité de la situation et de la place particulière de la France. Par ailleurs, le rapport met en cause à la fois les Etats (dont la France), les structures (l'ONU, notamment) et les individus. Le rapport établit, par exemple, qu'aucun plan de défense n'avait été prévu pour Srebrenica. Le Général Janvier est le seul nommé et individuellement mis en cause par le rapport, ce qui a été critiqué. Ceci a fait dire à un autre intervenant qu'à la place du général Janvier, il demanderait la réunion d'un jury d'honneur pour être lavé de cette responsabilité qui lui est imputé. Ce serait d'autant plus nécessaire qu'il a été fait référence à une dépêche de l'AFP du 24 mai 1995 dans laquelle il était rapporté que le général Janvier s'est lui-même déplacé à New York pour dire que les enclaves n'étaient pas défendables en l'état et demander des mesures complémentaires.

Quant à l'ONU, les intervenants étaient d'accord pour dire que le rapport parlementaire français est équilibré à son égard, certains reconnaissant que cette organisation a joué un rôle réussi de « diluant des responsabilités » ; d'autres n'hésitant pas à parler de « pacifisme bêlant », l'ONU n'étant pas capable de se donner la force de son droit. On a rappelé d'ailleurs, qu'à l'époque, le Secrétaire général des NU était

opposé à l'envoi de la Forpronu avant qu'un cessez-le-feu ne soit acquis. D'autres encore ont parlé de « faute notoire » des Nations Unies et des Etats membres qui connaissaient depuis 1991 la politique serbe et devaient donc s'attendre à ce que, à la première occasion, elle se poursuive. On a d'ailleurs mentionné à cet égard le rapport de Lakdar Brahimi sur la réforme des Nations Unies, mais il a été dit par un intervenant, contrairement aux conclusions du rapport lui-même, que l'ONU n'a aucun avenir dans le domaine des missions opérationnelles.

Mais c'est finalement le rôle des politiques qui a été le plus au centre des débats, même si, la plupart du temps ce fut de manière implicite. Tout d'abord, il a été clairement dit que les politiques préparaient le plan de paix (qui deviendra le plan de Dayton) et que durant toute cette période, il était clair qu'il n'y avait pas d'avenir pour les enclaves. De plus, l'analyse juridique et politique des résolutions des Nations Unies a montré que les procès-verbaux du Conseil de sécurité sur les trois résolutions votées ont été critiques d'autant plus que le rapport du Secrétaire général qui prépare les résolutions n'était pas repris par les résolutions contrairement à ce qui se fait habituellement. Par ailleurs, dans tous les documents qui ont été rendu publics il manque le mandat lui-même que le Secrétaire général et son Secrétaire adjoint adressent aux personnels sur place. Jusqu'à aujourd'hui, semble-t-il, ce document manque. Tout cela montre que les résolutions sont ambiguës et qu'en réalité, elles étaient dépendantes des négociations du plan de paix. Il ne fallait pas « gêner » celles-ci.

Il apparaît relativement clairement que de telles tragédies mettent en cause très nettement les responsabilités collectives. Mais les juristes présents lors de cette journée de réflexion n'ont guère permis d'avancer sur deux notions qui paraissent indispensables dans des hypothèses telles que celles de la tragédie de Srebrenica : la responsabilité par omission (reconnue dans un grand nombre de systèmes juridiques) et cette notion de « responsabilité collective » qui, certes, pose des difficultés, mais dont les éléments commencent à être développés par les juristes pénalistes et en philosophie pénale. Le droit international sera peut-être, encore une fois, le dernier à reconnaître un développement juridique déjà présent dans un certain nombre de systèmes juridiques de la planète.

CK

The Bookshelf / La bibliothèque

Of Patricia Birnie*

The Sovereignty of the Sea

This seminal work by Thomas Wemyss Fulton, which first came to my attention in 1969, was published in 1911 by William Blackwood and Sons of Edinburgh and London. As its subtitle indicates, it is “An Historical Account of the Claims of England to the Dominion of the British Seas, and of the Evolution of the Territorial Waters: with special reference to the Rights of Fishing and the Naval Salute”. Fulton was not a lawyer but a lecturer on the Scientific Study of Fishery Problems at the University of Aberdeen in Scotland. He brought to his research not only the perspective of the need for scientific research on fisheries, but for regulation based on international agreements and a grasp of the political problems encountered over the centuries in negotiating these, especially in relation to fisheries competed for by the English, Scots, Dutch and French. He originally embarked upon the work intending to deal with these issues only in so far as they concerned sea fisheries, but soon realised, as do all involved in these issues today, that such a limited focus would result in only a partial view since even then, although fisheries was a main issue in determining maritime sovereignty, it was by no means the only one. Freedom of commerce and the limits of a state’s jurisdiction over the waters washing its shores were closely involved as then was the payment of homage to the flag. Fulton’s treatise was thus divided into two sections, one providing an historical account of “pretensions to the dominion of the sea” and the other addressing “the relic of such pretensions” namely “territorial waters”, in the context of the Law of Nations and fishing rights.

I first came across this work when, following my husband’s career, I moved to Scotland in the 1960s, found myself living in Edinburgh and was, *faute de mieux*, employed as a tutor in international law in the Department of Law at the ancient University of Edinburgh. Having qualified as an English barrister, intending to practice, I had never contemplated an academic career, certainly not in international law, still less with a specialisation in the law of the sea. I soon realised, however,

* BA Jurisprudence (Oxon) 1947; PhD Edinburgh 1979; non practising barrister. Formerly lecturer in public International Law, University of Edinburgh, 1973-83; Senior Lecturer in Law, London School of Economics (LSE) 1983-1989; first director/Professor, IMO International Maritime Law Institute, Malta, 1989-1992; currently Visiting Fellow, LSE.

that this move was the happiest of accidents, not least in leading to my discovery of Fulton and his erudite historical perspective on the development of international law pertaining to fisheries.

I found international law an absorbing field and decided to embark on a PhD with the aim of verifying myself as an international lawyer. This decision coincided with Malta's proposal to the UN General Assembly that it should establish a common heritage regime for exploitation of the resources of the deep sea-bed, whereupon, I registered this as my PhD topic.

The first port of call for the required literature search was naturally the Edinburgh Law library. I began to read relevant works available there. Amongst them was Fulton's book which at once engendered in me a scholarly approach and interest in the intractable problems which developing a legal regime for fisheries had presented from Roman times to the "present day" of 1911. Just as I completed my first reading of Fulton, an eminent Edinburgh friend who had been involved in its operations, suggested that the International Whaling Commission (IWC) might provide a useful case history of the problems involved in managing, at the international level, the exploitation of a shared resource. He offered to send me the papers held by Salvesen's – formerly Britain's leading whaling company – relating the establishment and operation of the IWC. I readily accepted. Fulton had examined many original documents: seventeenth-century fishing licences, James I's Proclamation of King's Chambers and the Trinity House Jury's Declaration Thereon, Instructions of the Scottish Privy Council for the "Levy of Assise Herrings from Foreign Fishermen", and Tromp's "Memorandum on the Striking of the Flag". Fulton's own writing reflected the mellifluous vocabulary and dignified tone of these communications. He also drew my attention to the seminal significance of the rival Grotius/Selden views on the freedoms of the high seas and territorial limits and the 1882 North Sea Convention on the policing of fisheries in the extraterritorial waters of the North Sea, as well as the wide-ranging and still contemporary arguments concerning the legal status of migratory species ventilated in the 1893 Bering Sea Fur Seal Arbitration.

Having read Fulton and studied the vast amount of original documentation made available to me by him and Salvesen's, the romance of the original historical records and Fulton's style and approach so charmed me that I changed the topic of my PhD to "the International Regulation of Whaling". Thus *ipso facto*, I was launched on a happy and rewarding career as the UN Conference on the LOS progressed, covering not only the legal aspects of marine resource exploitation but related aspects of the law of the sea in general.

Fulton's fluent and felicitously expressed historical account of the development of the sovereignty approach to control of uses of the sea, retains contemporary

resonance and his conclusions remain valid. They are constantly echoed in my own publications. The politics of pre-twentieth-century international negotiations, and the frustrations engendered in those who cared about conservation have not greatly changed. Fulton's conclusions have remained influential for me, *viz.* that there is no reason why a maritime boundary for one purpose should serve for all; a simple limit is inadequate for protection of fisheries which must involve all concerned states, if remedies are not timeously applied, the measures eventually necessitated will transcend those originally proposed; unrestrained fishing will reduce productivity; protective measures benefit the permanent interests of coastal populations as well as the fishing industry; regulation must correspond to advances in technology.

Fulton's insights, backed by scrupulous scholarship, influenced not only my change of direction but provided the model for my subsequent research, my approach to its conclusions and my appreciation of the multifaceted nature of the problems of marine conservation. I experienced a strong sense of *déjà vu* in following the negotiation of the UN Conferences on the Human Environment, the Law of the Sea, Environment and Development and related conventions – many delegations' positions reflected those so meticulously outlined by Fulton. Fulton, however, made me appreciate that international negotiations are a continuing process, dramatic changes are slow to emerge. Luckily for me he also incubated the patience required to continue the pursuit of conservation of the sea's resources and the marine environment.

International Law FORUM du droit international

Subscription Rates

Institutional subscription prices, per volume for 2002: EUR 139 / USD 138 (including postage and handling). Individual ILA Members and students may subscribe at the reduced rate of EUR 43 / USD 43 (including postage and handling) per volume. ILA Members and students must send written proof along with their subscription order. These subscriptions may not be put at the disposal of any library. Payment can be made by bank, draft, personal check, credit card, international money order, or UNESCO coupons.

Subscription orders and requests for sample copies should be sent to:

Kluwer Law International Distribution Centre
P.O. Box 322
3300 AH DORDRECHT
The Netherlands
(or to any subscription agent)

For advertisement rates, prices of back volumes, and other information, apply to Kluwer Law International, Sales Department, PO Box 85889, 2508 CN The Hague, The Netherlands.

Photocopying

In the USA: This journal is registered at the Copyright Clearance Center, Inc., 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923. Authorization to photocopy its items for internal or personal use, or the internal or personal use of specific clients, is granted by Kluwer Law International for users registered with the Copyright Clearance Center (CCC). The "services" for users can be found on the internet at: www.copyright.com. For those organisations that have been granted a photocopy licence by CCC, a separate system of payment has been arranged. Authorization does not extend to other kinds of copying, such as that for general distribution, for advertising or promotional purposes, for creating new collective works, or for resale.

In the rest of the world: Permission to photocopy must be obtained from the copyright owner. Please apply to Kluwer Law International, P.O. Box 85889, 2508 CN The Hague, The Netherlands.

The Kluwer Law International Electronic Catalogue. This free Internet service is available at the following url: <http://www.kluwerlaw.com>

Consent to publish in this journal entails the author's irrevocable and exclusive authorisation of the publisher to collect any sums or considerations for copying or reproduction payable by third parties (as mentioned in article 17, paragraph 2, of the Dutch Copyright Act of 1912 and in the Royal Decree of June 20, 1974 (S.351) pursuant to article 16b of the Dutch Copyright Act of 1912) and/or to act in or out of the court in connection herewith.

Microfilm and microfiche editions of this journal are available from University Microfilms International, 300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106, USA.

