

## **International Law FORUM du droit international**

---

### **Volume 4, No. 3, August 2002**

|   |     |
|---|-----|
| <b>Editorial</b>  | 97  |
| <b>In the News / Actualité</b>  |     |
| SIR ROBERT JENNINGS / Jurisdiction and Immunity in the ICJ<br>Decision in the Yerodia Case  | 99  |
| BRIGITTE STERN / Les dits et les non dits de la Cour internationale de<br>Justice dans l'affaire RDC contre Belgique  | 104 |
| CHRISTOPH SCHREUER and STEPHAN WITTICH / Immunity v.<br>Accountability: the ICJ's Judgment in the Yerodia case  | 117 |
| <b>Recurring Themes / Thèmes récurrents</b>   |     |
| <i>I. Governance / Gouvernance</i>  |     |
| CATHERINE KESSEDJIAN / Introduction   | 121 |
| GEORGES NAVET / Gouvernance: un concept ambigu  | 128 |
| DEIRDRE CURTIN and IGE DEKKER / Governance as a Legal<br>Concept within the European Union. Purpose and Principles  | 134 |
| FRANCISCO NAISHTAT / Argentine aujourd'hui : la réification<br>symbolique de la gouvernance et le désenchantement de la<br>démocratie représentative  | 149 |
| <i>II. Follow up to The Aftermath of 11th September / Les conséquences du 11<br/>septembre: suite</i>   |     |
| SURYA P. SUBEDI / The UN Response to International Terrorism<br>in the Aftermath of the Terrorist Attacks in America and the<br>Problem of the Definition of Terrorism in International Law | 159 |
| <b>Profile / Profil</b>   |     |
| ROSABEL E. GOODMAN-EVERARD / Arthur Rovine  | 170 |
| <b>Work in Progress / Travaux en cours</b>  |     |
| CATHERINE KESSEDJIAN / Table ronde sur « Governance and<br>international legal theory »   | 176 |

*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. 3

Une fois encore, la publication de FORUM se retrouve à l'intersection des voies multiples prises par l'actualité du droit international.

Le Haut commissaire aux droits de l'homme, Mary Robinson, a mis en garde récemment la communauté internationale contre les dangers de la tendance actuelle de sacrifier les droits de l'homme sur l'autel de la lutte contre le terrorisme. La tentation des politiques de traiter des sujets tels que l'immigration et le droit d'asile à travers le prisme réducteur de la lutte contre le terrorisme gagne peu à peu du terrain, comme en témoignent les tentatives avortées du Royaume-Uni et de l'Espagne, lors du dernier sommet du Conseil européen de Seville. Le gouvernement Bush, fer de lance de cette *realpolitik*, ne cesse de vouloir remettre en question ses obligations internationales, en demandant, par exemple, une révision des Conventions de Genève. A la veille de l'entrée en vigueur du traité historique de la Cour pénale internationale, les Etats-Unis multiplient également les offensives pour miner ce traité en tentant d'instrumentaliser, une fois de plus, le Conseil de Sécurité.

Toutefois, le fait que la voix des pays pauvres d'Afrique, ait été entendue pour la première fois lors du dernier sommet du G8 mérite d'être souligné. Le soutien par le G8 au Nouveau Partenariat pour l'Afrique (NEPAD) représente un espoir pour la démocratie, les droits de l'homme et le développement.

Cette reconfiguration du droit international nous interpelle directement sur un sujet d'actualité: la gouvernance. Ce numéro de FORUM, qui n'est que le premier sur ce thème, tente de cerner les contours souvent flous de la définition, de l'application et de la portée de la gouvernance. Sous la houlette de notre rédactrice en chef, Georges Navet, Deirdre Curtin, Ige Dekker et Francisco Naishtat ont accepté de relever le défi.

Le rôle marginal des Nations Unies dans la lutte contre le terrorisme est également évoqué sous la plume acérée de Surya Subedi dans cette rubrique « thèmes récurrents ».

La décision controversée de la Cour internationale de justice concernant le mandat d'arrêt contre l'ex-ministre des affaires étrangères du Congo est commentée dans la rubrique « actualité » par Sir Robert Jennings, Christoph Schreuer, Stephan Wittich et Brigitte Stern. La question de la compétence universelle vient d'ailleurs, sans surprise, d'être tranchée par la justice belge, qui a rejeté les plaintes contre Ariel Sharon, Robert Guei et Laurent Gbagbo au motif que la compétence universelle

ne s'appliquerait qu'aux individus se trouvant sur le territoire du royaume de la Belgique.

Enfin, le profil de l'éminent juriste, Arthur Rovine, dessiné par Rosabel Goodman-Everard, est un enchantement de l'esprit. Le parcours hors du commun d'Arthur Rovine est là pour nous rappeler que le droit international doit être avant tout une matière noble dominée par la créativité et l'humanisme.

## In the News / Actualité

---

### Jurisdiction and Immunity in the ICJ Decision in the Yerodia Case

SIR ROBERT Y. JENNINGS\*

The essential facts of this case are stated in two sentences of the Judgment:

‘13 On 11 April 2000 an investigating judge of the Brussels *tribunal de première instance* “issued an international arrest warrant *in absentia*” against Mr. Abdulaye Yerodia Ndobasi, charging him, as perpetrator or co-perpetrator, with offences constituting grave breaches of the Geneva Conventions of 1949 and of the Additional Protocols thereto, and with crimes against humanity.

At the time when the arrest warrant was issued Mr. Yerodia was the Minister for Foreign Affairs of the Congo.’

There arose three main kinds of questions for the Court: whether the Court had jurisdiction over the case and if it had jurisdiction whether the case was admissible; then the nature and extent of the claimed immunity; and finally, if there had been a breach of an immunity, what ought Belgium to be required to do about it? These will be looked at in that order.

#### Jurisdiction of the Court and the question of admissibility

Both the parties had made declarations under the so-called optional clause of Article 38 of the Court’s Statute. Belgium discovered four grounds upon which it hoped to persuade the Court to deny jurisdiction or to deny the admissibility of the case. The Court rejected all these pleas, with only one vote against (Judge Oda in a dissenting Opinion had his own characteristic grounds for voting against each and every decision of the Court in the case).

There is no space here to describe these decisions on the four preliminary objections (see paragraphs 23-44 of the Judgment). Comment is therefore limited to an expression of disappointment that Belgium decided, in a case of great substantive interest and importance, to indulge in these arguments about jurisdiction.

---

\* Former President and Member, International Court of Justice; former Whewell Professor of International Law, Cambridge University.

**Whether the Belgian warrant was in breach of the immunities enjoyed by the Foreign Minister of the Congo who was at the time in office**

The question is virtually answered in the first paragraph (51) of this part of the Judgment which reads:

‘51. The Court would observe at the outset that in international law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal. For the purposes of the present case, it is only the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability of an incumbent Minister for Foreign Affairs that fall for the Court to consider’

The Judgment then calls attention to certain treaty instruments (the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961; to which both Belgium and the Congo are parties; though they are not to the New York Convention on Special Missions of 1969); but although these provided useful guidance they did not deal specifically with Ministers of Foreign Affairs. Accordingly, it was on the basis of customary international law that the Court must decide.

In customary international law it was clear that the immunities granted to Foreign Ministers were not for their personal benefit, ‘but to ensure the effective performance of their functions, on behalf of their States (paragraph 53). In such performance ‘he or she is frequently required to travel internationally, and thus must be in a position freely to do so whenever the need should arise’. ‘The Court accordingly concludes (paragraph 54) that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties’. The Court also firmly rejected any qualification on the ground of a supposed distinction between ‘official capacity’ and a ‘private capacity’. An impediment to the exercise of official functions was ‘equally serious, regardless of whether the Minister for Foreign Affairs was, at the time of the arrest, present in the territory of the arresting State on an “official” visit or a “private” visit, regardless of whether the arrest relates to acts allegedly performed before the person became the Minister for Foreign Affairs or to acts performed while in office, and regardless of whether the arrest relates to alleged acts performed in an “official” capacity or a “private” capacity.’ Moreover the mere risk of arrest might deter from travelling.

The Court then turned to a Belgian argument that the immunities ‘can in no case protect’ Ministers ‘where they are suspected of having committed war crimes

or crimes against humanity'. In this connection Belgium had referred to 'certain decisions of national courts, and in particular the judgments rendered on 24 March 1999 by the House of Lords in the United Kingdom and on 13 March 2001 by the Court of Cassation in France in the *Pinochet* and *Qaaddafi* cases respectively, in which it contends that an exception to the immunity rule was accepted in the case of serious crimes under international law'. The International Court's conclusion on this argument was that, from neither in these national cases nor in the instruments setting up international criminal tribunals, had it been enabled 'to conclude that any such an exception exists in customary international law in regard to national courts'. The Belgian argument was accordingly rejected.

There follows a page (22) where the Court deals with some odd points. It is not easy to follow and looks like an attempt of the drafting committee to give some satisfaction for various worries that were no doubt emerging amongst some of the judges. First, there is an important observation that the question whether a national court has jurisdiction is an entirely different matter than the question of immunities: 'jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction'. Thus the existence of certain treaties requiring parties to extend their criminal jurisdiction 'in no way affects immunities under customary international law' (paragraph 59). Secondly, a distinction is drawn between immunity from a certain criminal jurisdiction, and criminal responsibility. Thus a Minister who enjoys immunity in a jurisdiction, may nevertheless eventually be brought to book in some other forum, e.g. in his own country, or indeed if the State he represents were to waive the immunity.

'Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity.' The Court thus leaves it open that such private acts, even those performed during the period of office, may be in a different position in regard to the immunity from those done in exercise of the ministerial function; but wisely the Court does not attempt to suggest what kinds of acts might fall within the category of those done 'in a private capacity'.

Fourthly, a Minister, despite the immunities, can still be subject to 'criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction'.

Having dealt with the matter of principle the Court then had to deal with a series of legalistic Belgian arguments: that the warrant had not been acted upon in

Belgium or abroad (though Interpol had been notified); that the warrant did not have to be acted upon and had no legal effect unless it was acted upon; and other not very impressive arguments. The Court dealt patiently but firmly with these pleas whilst deciding that 'the issue of the warrant', and its circulation, 'constituted a violation of Belgium towards the Congo, in that it failed to respect the immunity of the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Congo and, more particularly, infringed the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability then enjoyed by him under international law' (paragraph 71).

### **The remedies**

The main point under this heading was the contention of the Congo that Belgium 'shall be required to recall and cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and to inform the foreign authorities to whom the warrant was circulated that Belgium renounces its request for their co-operation in executing the unlawful warrant'.

One might reasonably have supposed that all that needed to be done, if only out of courtesy to the foreign authorities concerned. Rather surprisingly it was this marginal question that split off three Judges from the majority. So it was only by 10 votes to 6 that the Court found 'that the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and so inform the authorities to whom that warrant was circulated'. The Judges who voted against this decision, in addition to Judge Oda who was against everything, were Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh and Buergenthal. Fortunately the last three gave their views in a joint separate opinion.

The reasons given by this triumvirate are important to them. The Court had cited the well-known passage in the *Chorzow Factory* case that reparation should 'as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed'. The Joint Separate Opinion not very convincingly expresses puzzlement over the relevance of that case. But their real point is in their last paragraph and it was that the terms of the Court's decision on the illegality of the issuing of the arrest warrant 'suggests that what is at issue here is a continuing illegality'. These Judges wished therefore to emphasise that the decision of the Court 'was based on the fact that these acts took place at a time when Mr. Yerodia was Minister for Foreign Affairs. As soon as he ceased to be Minister for Foreign Affairs, the illegal consequences attaching to the warrant also ceased'. That then is their point. They wished to leave open the possibility that the immunity of a Minister will cease when he leaves office; in effect they wished to make express their desire to leave clearly open what should happen in for example the situation faced by the House of Lords in the *Pinochet* case, where the Minister had already retired.



### **Universal jurisdiction**

This leads on to another important issue which divided the Judges, though entirely on the *obiter* level. The Congo had at first challenged the Belgian warrant on the ground that it was a claim 'to exercise a universal jurisdiction' but later decided, probably wisely, to concentrate upon the alleged breach of immunities enjoyed by a Minister whilst in office. The Court, following what is the normal course for any court of law, decided then to concentrate upon the only argument that the Congo had retained. One can only suppose that the question of a universal national court jurisdiction must have led nevertheless to much discussion, for in the end some Judges, including the President, felt that something had to be said about this, even though it must be *obiter*. So, there is an elegantly argued President's Declaration of 7pp, offered as possibly 'useful', as indeed it is, on the general question 'whether the Belgian judge had jurisdiction to issue an international arrest warrant against Mr. Yerodia ...' On the other hand, there is the threefold Joint Separate Opinion of 21 pp. The general feel of the threefold Opinion which gives a different view from that of the President's Declaration, is well conveyed in one passage of the head note (and the head notes in this case are splendidly done) when it speaks of a *Trend to preclude immunity when charged with international crimes*.

It is impossible to do justice to either of these *obiter* arguments in the space that can be allowed for this Note. But perhaps the writer might be allowed simply to express his strongly held agreement with the President's view, and also to express extreme disquiet at the claim to some kind of universal national jurisdiction for the category of international law crimes. There is of course the precedent of piracy *jure gentium*, which long has been an international crime subject to a species of universal jurisdiction. But piracy takes place on the high seas or in a 'place outside the jurisdiction of any State' (Article 101 of the 1982 Convention) which situation is practically the converse of what is being proposed in some quarters for these new crimes. Where does one stop in this national jurisdiction campaign against just some of those who have undertaken the burdens and risks of office? At the time of this writing either or both Mr. Arafat or Mr. Sharon might be thought possible candidates for being subjected to some national jurisdiction after they cease to hold their present offices, which could be fairly soon in both cases. One does not need a good case against either. The universal jurisdiction idea would give the green light to any national judge equipped with a sufficient measure of self-righteousness. But what could such action contribute to the pacification of the most turbulent area of the globe?

## Les dits et les non dits de la Cour internationale de Justice dans l'affaire RDC contre Belgique

BRIGITTE STERN\*

L'arrêt de la Cour internationale de Justice (ci-après CIJ) dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, opposant la République démocratique du Congo (ci-après, Congo) à la Belgique était une décision très attendue, car y étaient posées des questions extrêmement controversées, au cœur de l'évolution contemporaine du droit pénal international. Mais la CIJ n'a répondu qu'aux questions qui lui ont *in fine* été expressément soumises par les Parties, et l'on ne saura donc pas tout, même si sur un certain nombre de points, les choses sont très claires.

### Le contexte de l'affaire

Dans le cadre de la lutte contre l'impunité au niveau universel, la Belgique a développé depuis une dizaine d'années un activisme considérable pour traquer les auteurs des crimes les plus graves où qu'ils se trouvent dans le monde, sur la base d'une compétence universelle largement octroyée par son droit interne<sup>1</sup>, qui prévoit que « les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues ... indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises ». On sait que la Belgique estimait ainsi pouvoir engager des poursuites, même lorsque la personne suspectée ne se trouvait pas sur le territoire belge<sup>2</sup>.

Sur le fondement de cette loi, un juge belge bien connu, M. Vandermeersch, a émis le 11 avril 2000 un mandat d'arrêt international contre Abdulaye Yerodia Ndombasi (ci-après M. Yerodia), alors ministre des affaires étrangères du Congo, pour crimes constituant des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et aux protocoles additionnels à ces conventions, ainsi que pour crimes contre l'humanité : il était principalement reproché à ce dernier une incitation à la haine raciale dans une émission de télévision, dont il n'existait au demeurant plus aucun enregistrement. A partir de la mi-avril, M. Yerodia a été nommé ministre de l'éducation, et a depuis lors quitté toutes ses fonctions officielles.

---

\* Brigitte Stern est Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, et Directrice du CEDIN Paris I.

<sup>1</sup> En particulier la « Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire » du 16 juin 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999.

<sup>2</sup> Mettant ainsi en œuvre ce que l'on a appelé « une compétence universelle par défaut ».

### **Pas de décision sur la compétence universelle**

Dans sa requête, déposée le 17 octobre 2000, le Congo soutenait que, par l'exercice de sa compétence universelle, la Belgique avait violé le principe selon lequel un Etat ne peut pas exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre ainsi que le principe de l'égalité souveraine des Etats, et qu'en mettant en œuvre cette compétence à l'égard d'un ministre des affaires étrangères en exercice, elle avait en outre violé les règles internationales coutumières relatives aux immunités diplomatiques. On sait que le Congo ne s'est plus fondé que sur le second moyen dans ses conclusions écrites finales et dans ses plaidoiries.

Cette stratégie du Congo, accueillie favorablement par la Belgique, qui pensait sans doute avoir tout lieu de craindre la position de la CIJ sur l'étendue de la compétence universelle que pouvaient s'attribuer les Etats dans le respect des règles internationales de répartition des compétences entre Etats, mettait la Cour quelque peu en porte à faux. Comme elle l'a souligné elle-même – et à sa suite la plupart des juges dans leurs opinions – « (d')un point de vue logique, le second moyen ne devrait pouvoir être invoqué qu'après un examen du premier, dans la mesure où ce n'est que lorsqu'un Etat dispose, en droit international, d'une compétence à l'égard d'une question particulière qu'un problème d'immunité peut se poser à l'égard de cette compétence »<sup>3</sup>.

Cela n'a cependant pas empêché les juges de donner – très longuement parfois – leur avis sur l'étendue de la compétence universelle, le Président Guillaume consacrant son opinion entière à cette seule question<sup>4</sup>.

La Cour indique ainsi la marge de manœuvre qu'elle a, une fois les conclusions du Congo modifiées :

« Si la Cour ne peut donc pas trancher des questions qui ne lui ont pas été soumises, en revanche la règle *non ultra petita* ne saurait l'empêcher d'aborder certains points de droit dans sa motivation. Aussi la Cour ne saurait-elle en l'espèce se prononcer, dans le dispositif de son arrêt, sur la question de savoir si le mandat d'arrêt litigieux, émis par le juge d'instruction belge en vertu de la compétence universelle dont il se réclame, est conforme sur ce point aux règles

---

<sup>3</sup> Arrêt du 14 février 2002, par. 46.

<sup>4</sup> Un autre article serait nécessaire pour faire le point des problèmes extrêmement délicats soulevés aujourd'hui par la compétence universelle en droit international et pour rendre compte des opinions exprimées par les juges sur la compétence universelle, bien que la Cour n'ait pas abordé cette question, même dans ses motivations.

et principes du droit international gouvernant les compétences des juridictions nationales »<sup>5</sup>.

Cependant on ne trouve pas de prise de position de la Cour sur la compétence universelle, même dans la motivation.

Tout au plus peut-on faire remarquer que par une triple référence<sup>6</sup> au fait que les Etats tiennent leurs compétences du droit international, la Cour indique que les Etats ne sont pas entièrement libres de délimiter leur sphère de compétence comme bon leur semble. On ne peut guère en inférer plus, sinon que le droit international met sans doute certaines conditions à l'exercice de la compétence universelle.

Par ailleurs, la Cour dit de façon parfaitement explicite que les deux questions de l'existence d'une compétence – même s'il s'agit d'une compétence universelle créée par un traité – d'un Etat et de l'existence d'immunités dont bénéficient les représentants d'un autre Etat devant les juridictions du premier sont deux problèmes totalement disjoints : « la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des Etats des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères »<sup>7</sup>.

C'est une façon de dire que même si le développement de la compétence universelle répond au souci de faire reculer l'impunité dans le monde, il ne résulte pas automatiquement que son existence, lorsqu'elle est avérée, s'accompagne automatiquement d'une suppression des immunités existantes.

Reste alors à déterminer l'étendue des immunités, étant entendu que la Cour aborde essentiellement la question des immunités dans le domaine pénal.

---

<sup>5</sup> Arrêt du 14 février 2002, par. 43. Souligné dans l'arrêt.

<sup>6</sup> Ce sont les citations suivantes : « ce n'est que lorsqu'un État dispose, en droit international, d'une compétence à l'égard d'une question particulière qu'un problème d'immunité peut se poser ... » (par. 46) ; « la Cour examinera d'emblée si, à supposer que la Belgique ait été compétente au plan du droit international, pour émettre et diffuser le mandat d'arrêt ... » (par. 46) ; « à condition d'être compétent selon le droit international, le tribunal d'un État peut juger un ancien ministre ... » (par. 61).

<sup>7</sup> Arrêt du 14 février 2002, par. 59.

**Les immunités du ministre des affaires étrangères en exercice calquées sur les immunités classiques du chef d'Etat en exercice**

Les positions des deux Etats divergeaient largement sur l'étendue des immunités des ministres des affaires étrangères en exercice, le Congo les estimant absolues, la Belgique relatives.

Le Congo parlant « d'une inviolabilité et d'une immunité pénale qui sont 'absolues et intégrales' » accordées aux plus hautes autorités de l'Etat, précise que sont ainsi couverts « *tous* leurs actes, y compris ceux qui auraient été commis avant leur entrée en fonction, et qu'il importe peu que les actes commis durant l'exercice de leurs fonctions puissent être ou non qualifiés d'actes de la fonction »<sup>8</sup>.

La Belgique, elle, a présenté une position plus proche de celle des ONG militant pour le recul coûte que coûte de l'immunité. Selon ce pays, « cette immunité ne s'applique qu'aux actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions officielles, et ... une telle immunité ne saurait protéger ces personnes dans leurs actions privées ou lorsqu'elles agissent autrement en dehors de l'exercice de leurs fonctions officielles »<sup>9</sup>.

Pour répondre à ce dilemme relatif aux contours de l'immunité, la Cour commence par une affirmation de principe selon laquelle « il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »<sup>10</sup>.

Puis elle se penche sur le droit conventionnel, qui est assez maigre, et sur le droit coutumier, où la Cour trouve le fondement des immunités du ministre des affaires étrangères. La Cour estime en effet que si des enseignements peuvent être tirés des conventions existantes sur tel ou tel aspect de la question des immunités, elles ne contiennent toutefois pas de disposition fixant de manière précise et générale les immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères. C'est par conséquent sur la base du droit international coutumier que la Cour va trancher les questions relatives aux immunités de ces ministres :

« En droit international coutumier, les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais

---

<sup>8</sup> *Id.*, par. 47.

<sup>9</sup> *Id.*, par. 49.

<sup>10</sup> *Id.*, par. 51.

pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat qu'il représente »<sup>11</sup>.

C'est donc la fonction qu'il s'agit de protéger. La Cour en déduit assez rapidement que le ministre des affaires étrangères en exercice « bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger »<sup>12</sup>. Immunité absolue dont la CIJ tient à préciser les contours, en mettant les points sur les « i » : « A cet égard, il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre « officiel » et ceux qui l'auraient été à titre « privé », pas plus qu'entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ces fonctions<sup>13</sup>.

La Cour consacre donc l'approche selon laquelle il existe pour les ministres des affaires étrangères en exercice une immunité absolue, tenant à leurs fonctions.

Et la Cour a refusé d'admettre que pouvait exister la moindre exception à ce principe de l'immunité absolue, qui serait fondée sur des évolutions coutumières récentes, comme l'y invitait la Belgique : cet Etat en effet soutenait que les immunités reconnues aux ministres des affaires étrangères en exercice ne peuvent en aucun cas protéger ceux-ci lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

On sait que pour les chefs d'Etats en fonction – et bien sûr a fortiori pour les anciens chefs d'Etats – aucune immunité ne peut être invoquée par eux<sup>14</sup>, s'ils sont poursuivis pour les crimes les plus graves devant les juridictions internationales : c'est le Statut du Tribunal de Nuremberg qui a inauguré ce recul de l'impunité des chefs d'Etats en fonction en énonçant dans son troisième principe que « le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité internationale ». Cette approche a ensuite été systématiquement reprise dans la convention sur le génocide, le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), celui du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) ainsi que celui de la toute jeune Cour pénale internationale.

---

<sup>11</sup> *Id.*, par. 53.

<sup>12</sup> *Id.*, par. 54.

<sup>13</sup> *Id.*, par. 55.

<sup>14</sup> *Stricto sensu*, le problème de l'immunité ne se pose pas devant une juridiction internationale, l'immunité étant par définition prévue pour protéger la souveraineté d'un Etat par rapport à celle d'un autre Etat. C'est plutôt une question de délimitation de la compétence de l'instance internationale.

Les ONG de défense des droits de l'homme, comme certains Etats au premier rang desquels la Belgique, voudraient étendre cette même approche aux tribunaux internes : mais la Cour n'a pas sauté ce pas, qui aurait été une avancée supplémentaire par rapport à la décision prise par la Chambre des lords dans l'affaire Pinochet, l'immunité absolue des chefs d'Etat en exercice ayant été explicitement réaffirmée dans les différentes opinions tant majoritaires que dissidentes<sup>15</sup>.

Au contraire, la CIJ, examinant la pratique des tribunaux étatiques, a déclaré qu'« (e)lle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité »<sup>16</sup>.

Il ne m'apparaît pas qu'une telle solution soit critiquable<sup>17</sup>. Outre que les auteurs de crimes de droit international pourront désormais être passibles de la CPI même durant leurs fonctions, il n'est en effet pas inadmissible d'attendre pour que justice soit faite devant des juridictions nationales que le chef d'Etat ou le ministre des affaires étrangères n'exerce plus sa charge. Le contraire, c'est-à-dire, la possibilité de poursuites contre un chef d'Etat ou un ministre des affaires étrangères en exercice devant n'importe quelle juridiction dans le monde contient en germe le risque d'une déstabilisation complète du système de relations internationales tissé entre les Etats, et de l'utilisation de l'arme de la justice pénale par les Etats les plus puissants – ou les autres d'ailleurs – dans des affrontements purement politiques.

**Une position en recul sur les immunités de « certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat »<sup>18</sup> une fois qu'elles ont quitté leurs fonctions**

Nul n'ignore plus qu'un tournant majeur s'est produit dans le débat sur l'étendue des immunités des anciens chefs d'Etat devant les juridictions nationales au moment des décisions de la Chambre des lords dans l'affaire Pinochet. Mais la CIJ n'a pas pris acte de cette évolution considérable.

Dans l'affaire précitée, s'était posé le problème de savoir ce qui était couvert par les immunités bénéficiant à un ancien chef d'Etat : on sait, en effet, qu'après avoir

---

<sup>15</sup> Voir jugements de la Chambre des lords, du 25 décembre 1998, 37 *ILM*, 1998, pp. 1302-1339, et du 24 mars 1999, 38 *ILM*, 1999, pp. 581-663.

<sup>16</sup> Arrêt du 14 février 2002, par. 58.

<sup>17</sup> C'est d'ailleurs la position adoptée par les juridictions françaises. Voir par exemple la décision rendue par la Cour de cassation française, le 13 mars 2001, dans l'affaire *Kadhafi*, citée par la Cour au paragraphe 56 de son arrêt.

<sup>18</sup> Selon l'expression utilisée par la Cour, arrêt du 14 février 2002, par. 51.

quitté sa charge, celui-ci continue à bénéficier des immunités pour « *les actes commis dans l'exercice de ses fonctions* ».

Cette expression peut évidemment être interprétée de différentes manières. Et elle l'a été. En particulier dans les différentes opinions exprimées dans l'affaire Pinochet devant la Chambre des lords.

Dans une lecture textuelle étroite, on peut considérer que n'importe quel acte, y compris un meurtre ou un acte de torture, qui n'est pas un acte privé, commis matériellement pendant qu'un chef d'Etat est en fonction, quelle que soit sa nature même particulièrement révoltante, est un acte relevant des fonctions du chef de l'Etat et donc non susceptible de donner lieu à une responsabilité pénale. Le critère de l'acte bénéficiant de l'immunité se réfère donc à *la période* de commission de l'acte.

Mais une autre lecture plus téléologique, prenant en considération la finalité de la règle, est possible : selon cette seconde interprétation, certains actes, *par leur nature même*, ne pourront jamais être considérés comme entrant dans les fonctions d'un chef d'Etat : des crimes contre l'humanité, des actes de torture, des actes de génocide contre ses propres sujets ou contre des étrangers ne relèvent pas des « fonctions » d'un chef d'Etat.

La première lecture fait la part belle à l'immunité : menée à son terme logique, elle implique que lorsque Hitler a ordonné que soit mise en œuvre la « solution finale », il bénéficiait d'une immunité parce qu'il agissait dans l'exercice de ses fonctions de chef de l'Etat allemand<sup>19</sup>.

C'est l'interprétation finaliste qui a été adoptée par les lords anglais d'abord dans la décision du 25 novembre 1998 par trois juges contre deux, puis à nouveau dans celle du 24 mars 1999 par six juges sur sept : elle dessine les nouveaux contours de ce qui est aujourd'hui considéré comme « inacceptable » de la part d'un chef d'Etat : tout n'est pas permis derrière le mur protecteur des immunités, il y a une ligne rouge à ne pas franchir, sous peine de perdre cette protection.

La CIJ n'a pas entériné cette évolution, et s'en tient, comme il sera indiqué plus loin, à la lecture textuelle étroite, qui est la lecture classique pré-Pinochet.

### **Une distinction subtile, mais aussi un nouvel équilibre, entre impunité et immunité**

Il semble que la CIJ tente de se dédouaner de sa décision, qui peut sembler un coup d'arrêt aux évolutions vers un recul de l'impunité, en s'efforçant de distinguer

---

<sup>19</sup> Comme l'a souligné Lord Steyn, dans son opinion du 25 novembre 1998, *op. cit.* note 15.



clairement l'immunité et l'impunité. Selon les termes de la Cour, « l'*immunité* de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une *impunité* au titre des crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité touche au fond du droit »<sup>20</sup>. Certes, il n'y a là rien à redire au plan des principes, mais il est difficile de nier qu'en pratique, la conception des immunités ici présentée ne fait guère reculer l'impunité<sup>21</sup>.

Et la Cour d'énoncer dans le paragraphe 61 de l'arrêt d'improbables hypothèses dans lesquelles une personne bénéficiant des immunités pourrait tout de même être poursuivie : il y a quatre circonstances dans lesquelles l'immunité ne fait pas obstacle, selon la Cour, à des poursuites pénales.

On mentionnera en premier celle que la Cour énonce en dernier : il s'agit des poursuites devant une juridiction pénale internationale. S'il est vrai qu'il y a là une exception de principe générale, elle n'est en tout cas pas pertinente pour le cas de M. Yerodia, puisqu'il n'est pas passible des juridictions spéciales – TPIY et TPIR – qui existent, ni de la Cour pénale internationale, qui existe depuis le 11 avril 2002 mais n'est compétente que pour des actes commis après sa mise en place.

Les deux premières exceptions sont mentionnées pour la bonne forme, mais comme l'ont souligné certains juges, paraissent vraiment assez peu crédibles. En premier lieu, la Cour déclare en effet que les ministres des affaires étrangères ne bénéficient « en droit international d'aucune immunité de juridiction pénale dans leur propre pays »<sup>22</sup> ; si cela est parfaitement exact, il y a cependant fort à parier que le droit interne, lui, prévoira le plus souvent une telle immunité<sup>23</sup>. En second lieu, la Cour évoque la situation où un Etat décide de lever l'immunité de son ministre, ce qui nous semble plutôt relever de l'hypothèse d'école, même si l'on peut imaginer une levée de l'immunité après que le ministre ait quitté ses fonctions et qu'un nouveau régime se soit installé.

---

<sup>20</sup> Arrêt du 14 février 2002, par. 60. Souligné par la Cour.

<sup>21</sup> Voir dans le même sens ce qu'écrit le Juge Van den Wingert dans son opinion dissidente, par. 34 : « La Cour a peut-être raison en théorie : immunité et impunité ne sont pas synonymes et les deux notions ne sauraient donc être confondues. En pratique toutefois, l'immunité conduit à une impunité de fait. Les quatre cas relevés par la Cour revêtent tous un caractère largement hypothétique ».

<sup>22</sup> Arrêt du 14 février 2002, par. 61.

<sup>23</sup> Il suffit de rappeler l'immunité sénatoriale dont le général Pinochet bénéficiait au Chili.

Mais c'est dans son énoncé de la troisième exception aux immunités que la Cour déçoit le plus. La CIJ en effet va dessiner les contours des immunités accordées aux anciens ministres des affaires étrangères :

« ... un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre Etat au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ses fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé »<sup>24</sup>.

Pas un mot sur des actes qui par leur nature n'entreraient pas dans ce que l'on peut considérer comme les fonctions d'un ministre des affaires étrangères. D'un trait de plume, la Cour efface l'avancée spectaculaire qui s'était produite dans l'affaire Pinochet, ne mentionnant même pas dans le dispositif de son arrêt, comme le souligne le Juge ad hoc belge Van den Wngaert, que le mandat d'arrêt concernait des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité<sup>25</sup>.

On ne peut donc que partager les regrets de cette dernière qui estime que « (l)a conclusion de la Cour ne tient aucun compte de la tendance générale à restreindre l'immunité des représentants de l'Etat (y compris les chefs d'Etat), non seulement dans la sphère du droit privé et commercial ... mais également en droit pénal, lorsque sont allégués des crimes graves au regard du droit international »<sup>26</sup>.

### **Les ambiguïtés de la position belge à l'égard du mandat d'arrêt et de la compétence universelle**

La Cour estime qu'aussi bien l'émission du mandat en Belgique que sa diffusion internationale portaient atteinte à l'immunité dont bénéficiait M. Yerodia en tant que ministre des affaires étrangères en exercice. Elle précise bien que toute interférence avec les activités d'un ministre des affaires étrangères représentant son Etat est interdite : « Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre *tout acte d'autorité* de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions »<sup>27</sup>.

Un acte d'autorité, c'est bien sûr un acte de contrainte comme une arrestation, mais c'est bien plus que cela, c'est aussi tout obstacle à l'exercice des fonctions d'un haut représentant de l'Etat, comme le lancement de poursuites : en effet, «le simple fait qu'en se rendant dans un autre Etat ou qu'en traversant celui-ci un ministre des

---

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> Opinion dissidente, par. 5.

<sup>26</sup> *Id.*, par. 23.

<sup>27</sup> Arrêt du 14 février 2002, par. 54. Souligné par nous.

affaires étrangères puisse être exposé à une procédure judiciaire peut le dissuader de se déplacer à l'étranger lorsqu'il est dans l'obligation de le faire pour s'acquitter de ses fonctions officielles »<sup>28</sup>.

La Cour répond ainsi clairement à l'argumentation de la Belgique qui avait tenté de soutenir qu'elle n'avait exercé aucun acte de contrainte à l'égard de M. Yerodia, car elle ne l'avait pas arrêté.

En réalité, la Belgique en lançant un mandat d'arrêt international contre M. Yerodia, ministre en exercice du Congo, demandait théoriquement aux autres Etats de l'arrêter, sinon on ne voit guère le but de ce mandat, sauf à imaginer qu'il avait une portée purement symbolique. La Belgique cependant demandait en réalité aux autres Etats quelque chose qu'elle s'était interdit de faire elle-même, puisqu'elle estimait qu'un ministre en exercice en visite officielle en Belgique bénéficiait d'une immunité d'exécution. La position belge telle qu'explicitée par le juge d'instruction qui a lancé le mandat d'arrêt est reprise dans l'arrêt de la Cour et ne manque pas de laisser perplexe :

« En vertu du principe général de loyauté de l'action de la justice, une immunité d'exécution doit être, à notre sens, reconnue à tout représentant d'un Etat qui est accueilli sur le territoire belge en tant que tel (« en visite officielle »). L'accueil d'une telle personnalité étrangère en tant que représentant officiel d'un Etat souverain met en jeu non seulement des relations entre individus mais également des relations entre Etats. Dans cet ordre d'idées, il inclut l'engagement de l'Etat accueillant et de ses différentes composantes de ne prendre aucune mesure coercitive à l'égard de son hôte et cette invitation ne pourrait devenir le prétexte pour faire tomber l'intéressé dans ce qui devrait être qualifié de guet-apens. Dans l'hypothèse contraire, le non-respect de cet engagement pourrait entraîner la responsabilité de l'hôte sur le plan international »<sup>29</sup>.

Si l'on comprend bien, le mandat d'arrêt n'était censé pouvoir être mis en œuvre qu'au cours d'une visite privée d'un ministre en exercice, que ce soit en Belgique ou ailleurs ...

Un autre développement qui mérite d'être signalé est relatif à l'évolution de l'interprétation par les juridictions belges de l'étendue de la compétence universelle reconnue par ses lois pénales. Le 16 avril 2002, la chambre des mises en accusation devant laquelle des réfugiés tutsis avaient engagé des poursuites contre M. Yerodia, a inauguré une interprétation inédite de la loi belge sur la compétence universelle,

---

<sup>28</sup> *Id.*, par. 55.

<sup>29</sup> Cité dans l'arrêt du 14 février 2002, par. 68.

puisque'elle s'est déclarée incompétence pour poursuivre un accusé s'il ne se trouvait pas sur le territoire belge. Comme souligné dans un article du journal *Le Monde* rendant compte de cette décision : « Le présent jugement bruxellois, s'il n'est pas cassé, réduirait très fortement le champ d'application d'une loi à l'origine d'une trentaine d'instructions contre des dirigeants, en exercice ou non »<sup>30</sup>.

Est-ce la prise de conscience que la Belgique ne peut jouer le rôle de procureur pour le monde entier ? Est-ce une retombée de l'affaire devant la CIJ, dans laquelle nombreux furent les juges à avoir une analyse très négative de la loi belge, même si la Cour n'a pas pris position sur cette question ? Quelle que soit la réponse, il est certain que des interrogations complexes sont posées sur les contours exacts de la compétence universelle que les Etats sont autorisés à exercer en vertu du droit international.

#### **La réparation accordée au Congo**

Ayant constaté que l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt contre M. Yerodia avait méconnu son immunité de ministre des affaires étrangères *en exercice*, la Cour estime qu'un tel préjudice que l'on peut qualifier de préjudice moral résultant de l'atteinte portée à la souveraineté du Congo, peut être réparé par la simple reconnaissance par la Cour dans son arrêt de la violation du droit international et de la responsabilité de la Belgique qui en résulte :

« La Cour estime que les conclusions auxquelles elle est ainsi parvenue constituent une forme de satisfaction permettant de réparer le dommage moral dont se plaint le Congo »<sup>31</sup>.

Il peut cependant sembler surprenant qu'outre la satisfaction donnée au Congo par la déclaration du caractère illicite du mandat d'arrêt international lancé contre M. Yerodia, en méconnaissance de ses immunités, la Cour ait cru devoir non pas ordonner à la Belgique d'annuler ce mandat mais déclarer qu'elle « estime que la Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat en question »<sup>32</sup> ; alors que, comme le souligne le Juge Van den Wyngaert, « (l)e mandat

---

<sup>30</sup> « Belgique : retour sur la 'compétence universelle', *Le Monde*, 18 avril 2002. Parmi les personnalités actuellement poursuivies, on peut citer Fidel Castro, Saddam Hussein, Hachemi Rasfandjani ou encore Ariel Sharon. Le 26 juin 2002, la chambre des mises en accusation de la cour de l'appel de Bruxelles a confirmé cette nouvelle interprétation, en déclarant irrecevables les plaintes contre Laurent Ggago et Ariel Sharon, voir *le Monde*, 26 juin 2002, « La justice universelle belge en échec ».

<sup>31</sup> Arrêt du 14 février 2002, par.75.

<sup>32</sup> *Id.*, par. 76.

décerné pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité ne saurait à l'évidence contrevenir aujourd'hui aux règles relatives à l'immunité : M. Yerodia a cessé d'exercer les fonctions de ministre des affaires étrangères et n'est plus qu'un simple citoyen »<sup>33</sup>.

La déclaration sur la responsabilité des Etats adoptée à la suite des travaux de la CDI précise bien dans son article 14. 2 que « (l) a violation d'une obligation internationale par le fait d'un Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale »<sup>34</sup>.

La violation de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en exercice – qui est la seule question sur laquelle se soit prononcée la Cour – n'existait par définition même qu'aussi longtemps que ce ministre était en exercice, et cessait avec la fin des fonctions de ministre des affaires étrangères de M. Yerodia. En particulier, une fois devenu ministre de l'éducation nationale, puis simple citoyen, était posée la question des immunités qui perdurent au delà des fonctions de ministre des affaires étrangères. Peut-être y avait-il ensuite, en vertu des règles internationales, une autre violation des immunités du ministre de l'éducation ou de l'ancien ministre, mais la Cour ne s'est pas prononcée sur ce point et la seule violation qu'elle a reconnue prenait automatiquement fin avec la cessation de la charge.

Faut-il comprendre que la Cour a considéré que la violation continuait, c'est-à-dire a décidé, sans le dire dans son dispositif<sup>35</sup>, que le mandat qui existait alors que M. Yerodia n'avait plus aucune fonction officielle, continuait à être contraire au droit international, car il concerne « des actes commis dans l'exercice de ses fonctions » ? Certes, la Cour n'a pas dit cela, mais l'obligation d'annuler le mandat contient implicitement le constat qu'il est toujours contraire au droit.

---

<sup>33</sup> Opinion dissidente, par. 1. Dans le même sens, opinion individuelle commune des Juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal : « *As soon as he ceased to be Minister for Foreign Affairs, the illegal consequences attaching to the warrant also ceased* », par. 89.

<sup>34</sup> Rapport de la CDI à l'Assemblée générale, 2001, AG, Doc. off. Suppl. N° 10, A/56/10 ;

<sup>35</sup> C'est cependant la solution à laquelle la Cour serait parvenue si elle avait poursuivi son raisonnement jusqu'au bout, pour analyser non seulement la situation juridique au moment où M. Yerodia était ministre des affaires étrangères, mais aussi au moment où il était ministre de l'éducation et enfin alors qu'il n'avait plus aucune fonction officielle, si elle avait appliqué les « exceptions » à l'immunité telles qu'elle les avait définies dans sa motivation. Mais elle préférerait peut-être atteindre cette conclusion et en tirer les conséquences, sans avoir à l'explicitier.

**Conclusion**

L'arrêt rendu par la Cour donne quelque peu le sentiment que dans le domaine – celui des crimes de droit international commis par une ancienne autorité étatique – où se dessinent aujourd'hui certaines évolutions possibles, la Cour a adopté la solution la plus éloignée de la lutte contre l'impunité. Non qu'il faille au nom de cette lutte, créer le chaos. C'est bien pour cette raison que l'immunité absolue des chefs d'Etats, diplomates, ministres des affaires étrangères *en exercice* peut être approuvée.

Mais il y a des inflexions possibles pour les *anciens* chefs d'Etat ou autres autorités de haut niveau. Après tout, ne l'oublions pas, ils bénéficient d'immunités pour protéger leurs fonctions. Une fois celles-ci quittées, leur protection devrait s'effacer devant l'impérieuse nécessité de faire reculer l'impunité dans le monde. De ce point de vue, il est regrettable que les anciens chefs d'Etat et autres autorités étatiques de haut rang, dont les ministres des affaires étrangères, bénéficient d'une plus large impunité après la décision de la CIJ qu'avant cette décision.

Les enjeux étaient pourtant de taille : ainsi que l'a parfaitement résumé le Juge Van den Wngaert, « (i)l s'agissait de faire la part entre deux intérêts divergents du point de vue du droit international (pénal) moderne, à savoir la nécessité de faire respecter l'obligation internationale de rendre compte d'infractions telles que les actes de torture, les actes de terrorisme, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, et le principe de l'égalité souveraine des Etats, qui suppose un système d'immunités »<sup>36</sup>.

Il n'est pas sûr que le fléau de la balance (de la justice) ait été immobilisé au bon endroit.

---

<sup>36</sup> Opinion dissidente, par. 5.

## **Immunity v. Accountability: the ICJ's Judgment in the *Yerodia* case**

CHRISTOPH SCHREUER and STEPHAN WITTICH\*

The Judgment of the ICJ in the *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (DR Congo v. Belgium) is more notable for what it does not say than for what it says. The Judgment does not address the legality of the exercise of universal jurisdiction claimed by Belgian law over the crimes of which Mr Yerodia is accused. The Congo had originally claimed that such an extensive exercise of jurisdiction constituted a violation of international law. But in its final submission it restricted itself to the issue of immunity. The Court holds that this does not preclude it from dealing with certain aspects of universal jurisdiction in the reasoning if this is necessary or desirable (para. 43 of the Judgment). Also, the Court recognizes that, as a matter of logic, the question of immunity can only arise if there is jurisdiction (para. 46). Nevertheless, the Court bypasses jurisdiction and deals with immunity only.

One may regret that the Court missed this opportunity to make a pronouncement on the extent of jurisdiction to prosecute war crimes and crimes against humanity, an issue that has been the subject of some new practice and much discussion in recent years. The question of the extent of national jurisdiction over certain international crimes is in a state of flux and far from settled. But an authoritative statement by the Court on this point may well have done more damage than good. Statements in several individual and separate opinions to the Judgment indicate that a rejection of these new developments by a majority was a distinct possibility. A finding that universal jurisdiction over these crimes was not authorised by international law might have created impediments for the new developments in this area. Therefore, on balance, the Court's silence on this point is to be welcomed.

The Court reaches the result that, in the absence of pertinent treaty provisions, a Minister of Foreign Affairs enjoys full immunity from criminal jurisdiction as a matter of customary international law. The Court does not cite any authority to support this finding. It merely states that immunity for high-ranking officers is "firmly established" (para. 51). The Court simply postulates this purported rule of international law without any reference to State practice and *opinio juris*. Accord-

---

\* Both authors are Professors at the Department of International Law and International Relations at the University of Vienna, Austria.

ing to the Court, the purpose of this immunity is to ensure the effective performance of the Minister's functions (para. 53). Therefore, need for inductive proof of a rule of customary international law is replaced by a reference to its usefulness or necessity.

The Court then turns to the question of whether there is an exception to the rule of immunity for an incumbent Minister of Foreign Affairs where he is suspected of having committed war crimes or crimes against humanity. The Court states that, after carefully examining State practice, it has been unable to establish such an exception (para. 58). It is remarkable that the Court relies on State practice for purposes of establishing the exception but not to demonstrate the existence of the basic rule of immunity. Moreover, it is regrettable that the Court does not disclose in more detail the State practice that it has examined.

No actual arrest ever took place under the warrant of 11 April 2000. The warrant itself contained a reference to immunity from enforcement for State representatives on official visits. It appears that Mr Yerodia actually visited Belgium in June 2000 but was not arrested. The arrest warrant was circulated internationally but actual arrest in a country other than Belgium would have required two additional steps: the issuance of a so-called Interpol Red Notice and a decision by the authorities of the State requested that the arrest was to be carried out. Therefore, actual arrest not only did not take place but was a somewhat remote possibility, at any rate while Mr Yerodia still held the office of Minister of Foreign Affairs.

The Court does not accept the distinction between actual arrest and the circulation of a document that may lead to an arrest. It finds that the mere issue of the warrant violated the immunity which Mr Yerodia enjoyed. Similarly, the Court finds that the international circulation of the arrest warrant impeded Mr Yerodia's travels and violated international law (paras. 70, 71).

The remoteness of the probability of actual arrest and the marginal nature of the impediment to the exercise of Mr Yerodia's official functions would indicate that the Court's primary concern is with the indignity directed at the Foreign Minister and hence at the State he represented. The grievance for which the Court provides a remedy is not an actual violation of the Minister's immunity but merely an act preparatory thereto. The fact that the arrest warrant could have resulted in an arrest is enough for the Court to reach the finding of a violation of the immunity.

By the time the Judgment was rendered Mr Yerodia had ceased to hold any ministerial office. Yet, in paragraph (3) of the *dispositif*, the Court finds that "Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant [...] and so inform the authorities to whom that warrant was circulated". Since the Court previously invoked the *Factory at Chorzów* case (para. 76), it would seem that it



considers the cancellation as a form of restitution rather than a cessation of the wrongful act. While it is true that cessation and restitution often coincide and that it is therefore often difficult or even impossible to distinguish between the two, that distinction is nevertheless important. Restitution of the *status quo ante* is only required if and to the extent it is materially possible. By contrast, cessation not being a form of reparation strictly speaking differs from restitution in that it may be called for even in cases where restitution is materially impossible.<sup>1</sup> While the cancellation of the warrant no doubt is possible under Belgian law, this in itself does not lead to a restitution of the *status quo ante*. Since Mr. Yerodia is no longer Foreign Minister, it would seem that due to the changed circumstances the restoration of the situation that had existed prior to the breach is no longer possible.

On the other hand, the Court points out that “[t]he warrant is still extant, and remains unlawful” (para. 76), which indicates that it considers the cancellation of the warrant as cessation. However, cessation only arises in cases of a continuing wrongful act and on condition that the primary obligation breached is still in force at the time when cessation is requested or “ordered”.<sup>2</sup> It is very doubtful whether these two requirements are met in the present case. Assuming that the issue of the warrant violated international law, this breach may well have continuing effects which are to be remedied by way of reparation. Moreover, it may be argued that the breach itself is of a continuing character, since the warrant is still in force under municipal law in Belgium.<sup>3</sup> Yet again, at the latest when Mr. Yerodia ceased to hold office as Foreign Minister the alleged wrongful act ceased.

It was argued by the Congo that the purpose of its request for the cancellation and withdrawal of the warrant was reparation for the injury caused (para. 73). Therefore, it is more convincing to regard the cancellation and withdrawal of the warrant as a form of satisfaction for the non-material (so called moral) injury suffered by the Congo. In this sense and in line with its own judicial practice as well as that of other international tribunals, the Court holds that its declaration of the

---

<sup>1</sup> See the International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Doc. A/56/10, commentary to article 30, para. 7.

<sup>2</sup> *Ibid.*, at para. 3. This was also stressed by the Tribunal in the *Rainbow Warrior* case (*New Zealand v. France*), 20 RIAA 217, at 270, para. 113.

<sup>3</sup> *E.g.*, in the *Diplomatic and Consular Staff* case the Court held that the seizure of the US Embassy, the detention of the staff and the failure by Iran to protect the US Chargé d’affaires and members of his staff were continuing breaches by Iran of its obligations under international law. *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, ICJ Reports 1980, 3, at 37-38, paras. 78 and 80.

wrongfulness of the Belgian conduct constitutes a form of satisfaction for the moral injury complained of by the Congo, but that such a finding would not suffice to remedy the injury. Therefore, the Court finds that Belgium has to cancel the arrest warrant and so inform the authorities to whom that warrant was circulated. In other words, the cancellation and the corresponding information serve the purpose of an apology or an expression of regret.

In any event, in view of the fact that Belgium may re-issue an arrest warrant now that Mr. Yerodia is no longer in office, the Court's order to cancel it appears rather artificial and moot.

The Judgment's most disappointing aspect, however, is the total absence of an attempt to balance the interests or values underlying the dispute. On the one side there is the interest in combating the most heinous crimes – crimes against humanity and war crimes. On the other side is the interest in maintaining the smooth operation of the traditional system of official contacts between States.

Much has been done in recent years to combat international crimes but much remains to be done. Making individuals accountable for such crimes and enlarging the possibilities for their prosecution is a very important aspect of these efforts. It is obvious that steps to widen jurisdiction, criminal or otherwise, will run into difficulties where immunities exist. Therefore, any attempt to widen accountability will have to be accompanied by a critical scrutiny of immunities.

The Court makes no attempt to weigh the interests and values thus involved. Its mechanical application of immunity leaves no room for other considerations. The Court's priorities in terms of the competing values at stake seem clearly expressed in the Judgment: the smooth operation of the foreign affairs of States is more important than checking crimes against humanity. In fact, the Court only deals with the former without even mentioning the latter.

History is replete with scenes of known criminals of the worst kind holding high government office being welcomed and courted by dignitaries of other States. Is this the sort of standard that we want to perpetuate by giving it the imprimatur of international law?

## Recurring Themes / Thèmes récurrents

---

### *I. Governance / La gouvernance*

#### **Introduction**

Qui, aujourd'hui, dans le cadre des relations locales, nationales, régionales ou internationales peut prétendre n'avoir jamais utilisé le terme « gouvernance » ou « governance » ? Ce terme a surgi comme un feu d'artifice dans une nuit claire d'été. Que l'on en juge : une simple interrogation dans l'un des moteurs électroniques de recherche donne une liste de plusieurs dizaines de sites traitant directement ou indirectement de gouvernance. Mais de quoi s'agit-il au juste ?

Lorsque l'on recherche l'origine du terme « gouvernance » en langue française, on peut imaginer que, comme souvent dans les dernières décennies, plutôt que de réfléchir à l'équivalent conceptuel dans les autres langues d'un terme issu de la langue anglaise, on se contente de « franciser » le mot, si bien que loin de parler de « gouvernement » qui aurait pu être la traduction normale du concept de « governance », l'usage s'est forgé très rapidement de parler en français de « gouvernance ». Aux dires de certains, ce supposé néologisme ne serait pas fortuit. Ils y voient une manière de rendre plus « soft » le terme de « gouvernement ». S'ils ont raison, ce serait bien dans les goûts de l'époque que nous vivons. A tel point d'ailleurs que les critiques de ce nouveau concept considèrent qu'il incorpore un bagage important reflété par une série de mots tous plus vagues les uns que les autres (flexibilité, régulation, complexité, projet, coordination, variété, prospective, négociation, contrat, polycentrisme, privé-public, réflexif, substantiel, intelligence collective, transparence) qui cherchent à remplacer, nous disent-ils les mots simples et significatifs : intérêt général, autorité, citoyen. Son but serait d'abâtardir les capacités du pouvoir républicain<sup>1</sup>. En cela, la gouvernance se placerait donc nettement dans le courant dominant actuel du droit tendre, de la « soft law ».

Le commentateur est dès lors étonné de constater que loin d'être une simple traduction de l'anglais, le terme gouvernance est une vieille notion remontant au 13<sup>ème</sup> siècle (voir le début de l'article de Francisco Naishtat), du verbe « gouverner »<sup>2</sup> qui s'appliquait au gouvernement des baillages de l'Artois et de la Flandre.

---

<sup>1</sup> Jean G. Padioleau, « Les gogos de la Gouvernance », *Libération*, 1<sup>er</sup> juin 2000.

<sup>2</sup> C'est Platon qui, pour la première fois, utilise le verbe grec *kubernân* (piloter un navire ou un char) pour signifier, de manière métaphorique le fait de gouverner les hommes.

Mais cette notion était tombée en désuétude si bien que l'origine de la signification actuelle du terme « gouvernance » doit vraisemblablement être trouvée dans les travaux des économistes américains, notamment Ronald Coase qui, dans un article publié en 1937 « The nature of the firm » explique que l'entreprise (the firm) met en place des modes de coordination interne qui lui permettent de réduire les coûts transactionnels afin d'être plus efficace sur le marché. C'est la crise économique de 29 qui avait suscité des recherches dans ce domaine et le travail de Coase en est directement issu.

Dans les années 70, les travaux des économistes débouchent sur un canevas d'analyse que l'on appellera alors « corporate governance » qui recouvre « les dispositifs mis en œuvre par l'entreprise pour mener des coordinations efficaces qui relèvent de deux registres : protocoles internes lorsque l'entreprise est intégrée (hiérarchisée) ou contrats, partenariat, usage de normes lorsqu'elle traite avec des sous-traitants »<sup>3</sup>. Ce cadre d'analyse sera traduit en français par « gouvernement d'entreprise »<sup>4</sup>. Les Etats-Unis ont été les leaders en la matière. En 1992, l'American Law Institute (ALI) adopte définitivement les principes qui s'appliquent à la corporate governance et en 1995, le comité International Capital Market (ICMG) de l'International Bar Association (IBA) propose une analyse du corporate governance international sous le titre « Who holds the reins ? »<sup>5</sup>. Trois principes essentiels

---

Ce verbe a donné le latin *gubernare* qui possède la même signification double et a engendré en français, anglais, espagnol et portugais les termes gouvernance, governance, gobernanza, gobernança. Seul l'italien n'a pas créé un autre terme que governmento. Le concept de gouvernance est également inconnu en allemand, néerlandais, danois, suédois et finnois, si bien que c'est le terme anglais qui a été adopté dans ces langues (Voir la brève étude de Corinne Huynh-Quan-Suu, du service de traduction de la Commission européenne, disponible sur le site de cette dernière).

<sup>3</sup> Voir Dominique Lorrain, « administrer, gouverner, réguler » in *Gouvernances, Les Annales de la recherche urbaine* n°80-81, dec 1998 pp. 85. Il n'est pas innocent de rappeler que la *corporate governance* a tiré une partie de ses règles du gouvernement de chose publique. Mais il est ironique de constater que désormais c'est le gouvernement de la chose publique qui pourrait à son tour tirer quelques profits de l'analyse de la *corporate governance*. Voir Yves Cannac et Michel Gaudet, « La 'bonne gouvernance' – l'expérience des entreprises, son utilité pour la sphère publique », *Futuribles*, juin 2001, no. 65, pp. 41-50.

<sup>4</sup> Voir la thèse de Nathalie Dion, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales*, Multigraphié, 1994. Voir aussi le travail de l'OCDE dans ce domaine [www1.oecd.org/daf/governance/principes.htm](http://www1.oecd.org/daf/governance/principes.htm).

<sup>5</sup> Publication autonome du International Capital Market Group. Ce travail a été effectué conjointement avec l'International Federation of Accountants et la Fédération internationale des bourses de valeurs.

ressortent du travail de l'ALI qui peuvent être résumés ainsi : organiser des contre-pouvoirs au sein des instances dirigeantes de l'entreprise notamment par la présence majoritaire de personnes extérieures dans le Conseil de direction qui assument des fonctions de contrôle et de définition des orientations à long terme des affaires de l'entreprise ; mettre en place une véritable communication au sein de l'entreprise entre les directeurs et les gestionnaires et les divers autres groupes pour que les échanges d'information soient réciproques et permettent de prendre en temps utile les décisions qui s'imposent ; organiser les systèmes de compensation des membres du Comité de direction de manière claire et transparente et en liaison directe avec les performances de l'entreprise. Quant au Comité de l'IBA il recommande essentiellement que les principes de transparence soient respectés par les entreprises afin que soient divulguées les principales mesures prises pour organiser la gestion des entreprises dans l'intérêt de toutes les parties en cause dans l'entreprise. Dans cette perspective, le Comité suggère que soient divulguées les mesures concernant l'organisation du Conseil de direction de l'entreprise et les divers rôles et responsabilités de ses membres ; les règles concernant la gestion quotidienne de l'entreprise, les orientations stratégiques et les contrôles internes ; les normes appliquées à la compensation des gestionnaires ; les règles de nomination, de responsabilité et de travail des auditeurs –tant internes qu'externes- ainsi que les contrôles mis en place. Contrairement à toute attente, le Comité de l'IBA ne recommandait pas en 1995 que des standards internationaux soient préparés en la matière affirmant l'importance du respect des cultures nationales à cet égard. En revanche, il favorisait une convergence souple, pragmatique et non dogmatique des approches et des comportements grâce à une coopération internationale. C'est en ce sens que le travail de l'OCDE est significatif. Cette organisation a proposé une grille de lecture pour les Etats membres afin qu'ils évaluent leurs systèmes en fonction d'une liste de critères dont l'organisation s'accorde à dire qu'ils doivent être évolutifs et doivent s'adapter aux changements constatés dans les économies nationales et les échanges internationaux. C'est pourquoi on peut d'ores et déjà dire que tous ces principes devront être revus à l'aune de la faillite d'Enron et des multiples autres entreprises qui, aux Etats-Unis et en Europe, auraient abusé d'une auto-régulation fondement essentiel de la corporate governance.

Bien loin de se limiter à l'organisation des pouvoirs dans les entreprises, la gouvernance va prendre un essor que peu d'analystes avaient prévu. C'est ainsi que dans le même temps où les économistes poursuivaient leurs recherches essentiellement centrées sur l'entreprise, le concept était redécouvert dans le champ des sciences sociales (on cite volontiers Ruggie 1975) à la fois aux Etats-Unis et en Angleterre. Dans ce dernier pays, le concept sert à caractériser une autre forme de gouvernement sous l'influence des réformes de l'ère thatchérienne visant à limiter

le pouvoir des autorités locales, jugées inefficaces et trop coûteuses, par le renforcement de la centralisation tout en lançant un programme sans précédent de privatisation.

Le terme « gouvernance » va ensuite se retrouver à la fin des années 80 dans le champ des relations internationales. Les premières institutions qui semblent l'utiliser dans l'expression « good governance » sont les institutions financières. Elle caractérise alors les critères de bonne administration publique que les pays soumis à des programmes d'ajustement structurel doivent suivre au besoin en adoptant des réformes institutionnelles.

Aujourd'hui, le terme s'est échappé de son champ initial d'influence pour imprégner l'intégralité du champ de la réflexion du droit international et des relations internationales. Il devient polymorphe, un peu passe-partout<sup>6</sup>. On n'hésite plus à parler aujourd'hui de « global governance ». L'Europe s'y est mise et a publié une communication sur la « gouvernance européenne » dont le premier paragraphe du résumé mérite d'être cité : « Les dirigeants politiques de toute l'Europe sont aujourd'hui confrontés à un véritable paradoxe. D'une part, les citoyens européens attendent d'eux qu'ils apportent des solutions aux grands problèmes de nos sociétés. D'autre part, ces mêmes citoyens ont de moins en moins confiance dans les institutions et la politique, ou tout simplement s'en désintéressent ». Sont ainsi clairement posées les prémisses de la réflexion sur la gouvernance. Il n'est pas certain, comme le montrent Deirdre Curtin et Ige Dekker dans l'analyse qu'ils ont écrite pour FORUM, que les principes énoncés dans cette communication soient aptes à répondre aux préoccupations affichées. Ces principes sont au nombre de cinq et sont énoncés ainsi : ouverture, participation, responsabilité, efficacité, cohérence. La spécificité européenne tient à ce que l'application des principes visés devraient venir renforcer les principes de proportionnalité et subsidiarité, piliers de la construction politique et juridique européenne.

Au-delà de l'Europe et des unités régionales diverses, la gouvernance est désormais directement liée à la mondialisation. Il était donc naturel que FORUM se préoccupe

---

<sup>6</sup>Par exemple, il n'est pas rare de voir le terme « gouvernance » utilisé comme un synonyme de l'État de droit. Voir par exemple, Aminata Traoré, *Le viol de l'imaginaire*, Paris, Actes Sud/Fayard, 2002 : p. 126 « Mon intervention portait sur la gouvernance globale, c'est-à-dire l'impérieuse nécessité pour la communauté internationale d'instaurer un ordre économique ainsi qu'un climat social et politique qui soient effectivement favorables au développement humain et au respect des droits de l'homme ». Voir également p. 57, le schéma d'une bonne gouvernance qui intègre la « riposte citoyenne » à la perte de sens du pouvoir politique.

de cette question après avoir publié plusieurs contributions sur la mondialisation<sup>7</sup>. Tous les efforts pour conceptualiser et concrétiser les principes qui sont contenus dans la notion de gouvernance mondiale visent à établir un nouveau canevas de gestion des problèmes liés à la mondialisation des échanges et de la vie citoyenne. Le point de départ est la constatation que les processus de mondialisation échapperaient à la régulation politique, le néolibéralisme dominant ayant tout misé sur l'autorégulation. Il n'est pas question, cependant, de remettre en cause le développement capitaliste mais d'en encadrer les effets les plus néfastes en modifiant les centres de pouvoir de décision, à la fois vers le haut (institutions mondiales) et vers le bas (plus de décisions prises au niveau local)<sup>8</sup>. Il faut repenser la collaboration des acteurs de la scène internationale, à la fois les gouvernements et les institutions, mais aussi la fameuse société civile (les non-state actors). Quant aux objectifs de cette gouvernance, ils prendraient appui sur le paradigme de l'universalité et de l'indivisibilité des droits de l'homme, dont le plus important est le développement durable.

Parmi tous les groupes qui travaillent sur la gouvernance mondiale, il n'est pas inutile de citer la « Commission on Global gouvernance »<sup>9</sup> qui s'est donné pour tâche de réfléchir et faire des propositions sur divers sujets qui lui paraissent relever de la gouvernance. Ces sujets, on le constate immédiatement à la lecture, dépassent largement tous les principes auxquels on aurait pu penser associer la gouvernance. C'est un véritable programme de gouvernement mondial qui est ainsi exploré par le groupe dont les objectifs sont énoncés de la manière suivante :

- Reform the Security Council, so that it becomes more representative and maintains its legitimacy and credibility
- Set up an Economic Security Council to have more effective – and more democratic – oversight of the world economy
- Establish a United Nations Volunteer Force so that the Security Council can act more quickly in emergencies
- Vest the custody of the global commons in the Trusteeship Council, which has completed its original work

---

<sup>7</sup> International Law FORUM du droit international, volume 4, No. 1, 2002.

<sup>8</sup> Peter Wahl, « Gouvernance mondiale », site électronique du journal Libération, nov 2001. L'auteur est très critique à l'égard de ce concept.

<sup>9</sup> [www.cgg.ch](http://www.cgg.ch).

- Treat the security of people and of the planet as being as important as the security of states
- Strengthen the rule of law worldwide
- Give civil society a greater voice in governance
- Explore ways to raise new funds for global purposes, e.g. a tax on foreign currency movements, and charges for using flight lanes, sea-lanes and other common global resources.

Cette vision programmatique de la gouvernance est directement issue de la crise qui ébranle les structures internationales telles qu'elles sont nées à la suite de la seconde guerre mondiale, accentuée par la chute du mur de Berlin et la désintégration de l'URSS. Cette crise débouche sur une remise en cause de la capacité des Etats-nations à faire face aux « nouveaux défis » lancés par la libéralisation des échanges, comme l'explique Georges Navet, qui est à l'origine de la réflexion des années 80 sur la gouvernance. Puisque les relations deviennent plus complexes, plus interdépendantes ; puisque le nombre de partenaires se démultiplie ; puisque la prise de décision se fait à un autre niveau que celui de l'Etat ; les méthodes utilisées pour parvenir à ces décisions doivent être repensées et réaménagées afin de permettre la prise en considération d'opérateurs nouveaux et de revendications renouvelées. Prise en ce sens, la gouvernance exigerait, par exemple, une obligation additionnelle nouvelle, notamment, des institutions économiques internationales<sup>10</sup>.

Ainsi que le dit Patrice Meyer-Bisch, « les acteurs de la société civile apportent une juste contestation en revendiquant une autre gouvernance. La contestation porte essentiellement sur deux objets : la compétence des Etats à comprendre et à représenter la complexité des sociétés civiles ; le manque manifeste de cohérence du système ancien, notamment à l'égard des droits humains ; cette incohérence peut elle-même apparaître comme une conséquence de l'incompétence des Etats »<sup>11</sup>. Dans cette perspective, la gouvernance serait une recette pour plus de légitimité et d'efficacité.

En proposant un tel thème à la réflexion des lecteurs de FORUM, le comité de rédaction a conscience d'ouvrir une discussion que les contributions ici rassemblées contribuent à alimenter comme l'ouverture d'une symphonie en attendant que la

---

<sup>10</sup> Voir à cet égard, un numéro complet de la revue internationale des sciences sociales consacré à « Contestation et gouvernance globale », décembre 2001, no. 170.

<sup>11</sup> Patrice Meyer-Bisch, « Acteurs sociaux et souveraineté dans les OIG », *Revue internationale des sciences sociales*, no. 170, décembre 2001, pp. 671-679.



réflexion mûrisse encore et permette d'y voir un peu plus clair. Comme par le passé, le FORUM invite ses lecteurs à lui faire part de ses réflexions, notamment sur les divers principes qui devraient être inclus dans le concept de gouvernance.

CK

**Gouvernance : un concept ambigu**

GEORGES NAVET\*

En un premier sens, qui se veut précis et quasi technique, le mot de “gouvernance” désigne une manière particulière de gouverner. En un second sens, plus large et plus vague, il tend à désigner la manière de gouverner en général. Toutefois, dans ce dernier cas, c’est souvent à l’adjectif accompagnateur que revient la charge de faire signe vers le premier sens, ou vers quelque chose qui s’en rapprocherait. Lorsqu’on parle par exemple de “nouvelle” gouvernance, on l’oppose à une “ancienne” qui, par définition, se met ainsi à relever du même concept. Il est pourtant sous-entendu que l’“ancienne” était une “malgouvernance” : une gouvernance qui n’était pas adéquate à son concept.

Nous sommes de la sorte reconduits au premier sens – qu’il s’agit donc de tenter de cerner. Il est probable que c’est par le biais de la gouvernance dite “globale” que le terme est entré dans le vocabulaire français (ou plutôt y est rentré, puisque, sous l’Ancien régime, il désignait des juridictions royales). Quoi qu’il en soit, c’est-à-dire toute question d’origine écartée, le biais mentionné fournit le meilleur angle d’approche, comme si, en se dilatant à l’échelle planétaire, la notion rendait plus visibles les manières de comprendre et d’opérer qui la caractérisent et qui restent cependant analogues à des échelles plus réduites.

Quel est l’axe commun aux divers auteurs qui, à la fin des années 1980 ou au début des années 1990, promeuvent le concept de gouvernance globale? La coïncidence avec la fin de l’opposition entre Est et Ouest qui jusque là constituait la toile de fond des rapports internationaux n’a sans aucun doute rien de fortuit. Les auteurs mentionnés partent d’un double constat: 1/ un ordre (en l’occurrence “global”) est nécessaire; 2/ les gouvernements ne suffisent pas à l’assurer.

Il ne s’agit pas pour autant de créer un nouvel ordre *ex nihilo*. Les auteurs ne se présentent surtout pas comme des utopistes, ni même pour des gens qui voudraient quelque peu bousculer ou forcer la réalité des choses. Ils se présentent plutôt comme des analystes ou des observateurs qui repèrent des lignes de force, des tendances de fond qui sont déjà à l’œuvre. En d’autres termes, ils prétendent renvoyer au monde l’image de ce qu’il est vraiment (par le détour de ce qu’on appelle aujourd’hui la “réflexibilité”). Mais ils ne s’arrêtent pas là. Ces lignes de force, ces tendances de fond, il faut, sinon les institutionnaliser, du moins les reconnaître – les faire passer de la réflexibilité à la reconnaissance. De descriptif, le discours se fait prescriptif, à

---

\* Université de Reims.

ceci près que la prescription est censée provenir, non des auteurs eux-mêmes – qui d’observateurs seraient devenus acteurs – mais de la réalité et de son devenir. Une politique, ou du moins une manière de gouverner, est suggérée de la sorte, qui consisterait moins à proposer une orientation ou une direction, qu’à percevoir les forces porteuses de ce devenir et à en faciliter l’émergence, l’expression et la rencontre. De méthode d’analyse, la gouvernance se mue insensiblement en méthode de gouvernement.

Si les gouvernements, pris au sens courant du terme, ne suffisent pas ou plus à assurer un ordre global, quelles autres instances peuvent y contribuer? Les instances, précisément, qui sont en elles-mêmes et par elles-mêmes productrices d’ordre. On entend par gouvernance, au sens le plus dur et le plus net du mot, le mécanisme par lequel une société ou une organisation quelconque secrète des règles de conduite et d’action qui lui permettent de se perpétuer et de s’accroître. La perpétuation signifie la viabilité, l’accroissement y ajoute le dynamisme ininterrompu (le “développement durable”, par exemple); les deux prouvent le bien-fondé des règles internes par la réussite qu’elles permettent. Les règles, contrairement à ce qui a lieu pour un État, n’ont pas forcément besoin d’être édictées par un législateur; elles n’ont même pas forcément besoin d’être conscientes, il suffit qu’elles informent les conduites et les actions en les menant à la réussite dans l’ordre d’activité considéré. Idéalement, l’échec devrait suffire comme sanction: la gouvernance idéale s’impose par elle-même, par la force des choses, de façon en tout cas impersonnelle. Pratiquement, on accordera la possibilité qu’existe une autorité de contrôle, à la condition qu’elle se contente de faire respecter les règles spontanément issues de la société ou de l’organisation, sans prétendre jamais en imposer d’extérieures. La gouvernance est donc, à ce niveau, l’autorégulation ou l’autocontrôle d’une sphère d’activité. Le marché et l’entreprise, tels qu’ils sont pensés par le libéralisme, en sont évidemment les modèles.

Qu’est-ce, maintenant, que la gouvernance “globale”? Le concept, à ce niveau, perd de sa dureté et de sa netteté. La gouvernance globale est, ou serait, la multiplicité mouvante et complexe des accords, arrangements ou compromis (les vocabulaires varient), implicites ou explicites, entre les diverses instances (entreprises, sociétés, organisations, États ...) ayant fait la preuve de leur viabilité et de leur capacité régulatrice à l’échelle mondiale, – en tant que ces accords, arrangements ou compromis seraient devenus assez routiniers, assez longtemps producteurs d’ordre, pour être considérés à leur tour comme ayant fait leurs preuves.

La gouvernance globale n’exige pas, on le constate, que toutes les instances participantes fonctionnent elles-mêmes selon le principe de la gouvernance prise *stricto sensu* – la simple capacité à créer de l’ordre prend ici le pas sur la capacité à créer un *certain* type d’ordre. Le principe est pourtant présent, car, s’il ne structure

pas obligatoirement chaque instance de l'intérieur, il est à l'œuvre entre elles: les règles de leurs rapport sont censées naître et s'imposer de la même manière que dans un système autorégulé. On en déduira que la gouvernance globale ne saurait déboucher sur un État mondial, ni même sur un gouvernement mondial, sauf à entendre par ces derniers mots la multiplicité des instances participantes elles-mêmes ou, à la limite, l'éventuelle autorité qui, une fois que les accords susdits auraient fait leur preuve par la durée, serait chargée d'en rappeler la teneur aux récalcitrants.

Il n'en reste pas moins vrai que toute la conception incite à considérer les États ou les gouvernements sous un certain angle. Les tenants de la gouvernance commencent généralement leur approche en opposant gouvernement et gouvernance. Le gouvernement, nous disent-ils, a une autorité formelle, c'est-à-dire qu'il a la compétence légale de commander que telle chose soit faite, alors que la gouvernance a la capacité de faire en sorte que telle chose soit faite sans avoir la compétence légale de commander qu'elle soit faite. Sans doute l'opposition tend-elle à se relativiser si l'on quitte le point de vue des affaires intérieures pour celui des affaires internationales, où le poids et la puissance prennent le pas sur l'autorité formelle. Ce n'est pourtant pas ce genre de détour qui conduit certains à faire de la gouvernance un concept qui englobe celui de gouvernement, mais plutôt la remarque selon laquelle la gouvernance peut exister sans gouvernement, alors que le gouvernement ne saurait exister sans gouvernance, sinon en étant inefficace, c'est-à-dire en n'étant pas un gouvernement digne de ce nom. En d'autres termes, l'autorité formelle n'acquiert son efficacité que si le gouvernement occupe la place de l'autorité de contrôle qui fait respecter des règles qu'elle a peut-être formulées, mais dont la substance provient des pratiques inhérentes à la société de référence qui peut ainsi (et seulement ainsi) les reconnaître pour siennes.

Si nous prenons la société correspondant à un tel gouvernement comme un tout, elle doit alors être conçue comme un système autorégulé, où les droits fondamentaux attachés aux individus doivent être pensés (ou repensés) selon la logique de la réussite et de l'efficacité qu'ils permettent. Si nous la prenons sous l'angle de la diversité des sphères d'activité qui la composent, nous retrouvons à son niveau une logique analogue à celle que nous venons de rencontrer au niveau de la gouvernance globale. Comme il est postulé en effet que chaque sphère d'activité produit son ordre interne (qu'il soit ou non pensable en termes d'autorégulation), il faut que ces sphères (ou les instances qui les représentent) s'accordent les unes avec les autres. Le gouvernement se réduit-il alors à être le lieu de rencontre où tâchent de s'accorder les représentants de cette polyarchie?

Il est sans doute éclairant d'effectuer le détour par quelqu'un qui, bien avant que l'on ne parle de gouvernance, d'autorégulation et de théorie systémique, paraît avoir pensé quelque chose d'approchant, Edmund Burke. Dans ses *Réflexions sur la*

*Révolution de France*, Burke, comme on sait, s'en prend aux interprétations du "fort éminent" Docteur Richard Price. Price voyait dans la Révolution française la continuation et l'accomplissement du mouvement de libération inaugurée par la Révolution anglaise de 1688, qu'avait déjà poursuivi la Révolution américaine. En destituant le roi Jacques II et en choisissant Guillaume d'Orange pour le remplacer, le peuple anglais avait, selon Price, conquis le droit de choisir lui-même qui le gouverne, le droit de destituer pour indignité ceux qui le gouvernement mal, et le droit d'instituer sa propre forme de gouvernement. Rien n'est plus erroné selon Burke: la Glorieuse Révolution anglaise n'a pour lui strictement rien à voir avec la Révolution française, qui crée une rupture historique, qui prétend rebâtir à partir d'une table rase, et qui suppose une souveraineté populaire. Le corps politique anglais trouve son unité dans l'accord de ces éléments que sont les puissances établies, que l'histoire a vu apparaître et s'imposer, et dont les membres sont des *gentlemen* (par opposition à la "swinish multitude", la multitude de porcs, que sont les gens du petit peuple). Les rapports entre ces *establishments* (les grands propriétaires terriens, l'Eglise anglicane, les riches commerçants, les militaires, le monarque ...) peuvent être plus ou moins tendus, ils n'en reposent pas moins sur un lien fondamental qu'aucun d'entre eux ne doit briser. C'est à ce lien que Jacques II a failli: loin d'être une rupture, son éviction et son remplacement assurent au contraire la conservation et la continuité du système.

Chaque *establishment* assure un ordre en quelque sorte naturel (par opposition à l'ordre artificiel que veulent instaurer les Français), et le lien entre eux garantit les droits (civils) du peuple. Lequel ne constitue une "swinish multitude" que dans la mesure exacte où il a des prétentions politiques, c'est-à-dire dans la mesure où il se refuse à être simplement représenté par des *gentlemen* qu'il n'élit pas. Ce que l'on pourrait appeler la polyarchie burkienne suffit à créer un gouvernement, parce que les classes populaires ne disposent pas de droits politiques.

Il est évident que la polyarchie dont nous parlions ne saurait fonctionner de cette manière, parce qu'il faut bien tenir compte des *desiderata* de citoyens disposant de droits politiques. Ce problème est pour ainsi dire neutralisé au niveau où la gouvernance a les coudées les plus franches (au moins dans ses prétentions), c'est-à-dire à l'échelon mondial, qui semble être situé hors de la portée des citoyens de base. Les théoriciens se sortent généralement d'affaire en soulignant que la gouvernance ne fonctionne que si elle est "acceptée". Le mot, que ce soit en anglais ou en français, est pour le moins ambigu, puisqu'il peut signifier aussi bien la résignation à la force des choses que la franche adhésion. Une franche adhésion est sans doute préférable, mais la résignation suffit, semble-t-il, aux dits théoriciens pour assurer la compatibilité de la gouvernance et de la démocratie.

Revenons à l'étage d'un pays supposé, justement, démocratique. Le chef du

gouvernement n'y sera-t-il qu'un élément parmi les autres de la polyarchie? Il faudra, dans ce cas, qu'il renégocie les accords avec les autres éléments en fonction de l'orientation voulue par ceux qui l'ont élu. Mais cela n'en signifie pas moins que le gouvernement effectif sera en large partie différent de ce qui se présente formellement comme tel. Il reste que, de fait, un chef de gouvernement est en général davantage qu'un élément parmi les autres. C'est ce qui permet à certains de penser la gouvernance comme un "recadrage", que négocierait un chef de gouvernement s'appuyant sur les vœux de ses électeurs et s'alliant à d'autres responsables, de ce que nous avons rencontré sous l'avatar de la gouvernance comme autorégulation d'un système. De tels auteurs peuvent sans doute s'appuyer sur le fait que même les tenants de la gouvernance "globale", prise au sens défini plus haut, intègrent des ordres qui ne sont pas pensables en termes de stricte gouvernance; sans doute aussi la limitation par un de ces ordres des effets des autres ne serait-elle pas imposée d'autorité, mais à travers une batterie d'accords et d'arrangements. Il n'empêche: une telle manière de voir (ou d'espérer) introduit un brouillage du vocabulaire, puisque est ici appelé "gouvernance" un remède (au moins relatif) à ce que d'autres appellent aussi "gouvernance".

Le brouillage en question traduit l'indétermination qui envahit le terme dès qu'il s'éloigne de son sens d'autorégulation. Le modèle, à ce premier niveau, est celui du marché, et plus généralement celui d'une société fonctionnant selon les mécanismes du marché. Quoiqu'il demeure pour les principaux tenants de la gouvernance le modèle dominant et, qu'idéalement, il s'agirait d'étendre, le modèle se heurte à des domaines d'activité ou à des réalités qui ne relèvent pas de sa logique ou qui y résistent. D'un côté (le côté idéal ou prescriptif), on peut espérer transformer cette logique; de l'autre (le côté réaliste), on fait passer au premier plan le concept d'ordre: une entité (État, Église ...) qui réussit à créer un ordre durable et qui s'avère assez puissante pour avoir une influence mondiale doit être prise en considération. Le principe de gouvernance est alors censé s'appliquer aux rapports entre ces diverses entités, mais au prix d'une perte de rigueur: le terme est alors souvent bien près de signifier simplement accord négocié, voire marchandage, entre puissances hétéroclites. Ce sont à la fois le souci d'ordre et la perte de rigueur conceptuelle qui ouvrent la porte à ceux qui rêvent d'une gouvernance comme recadrage du marché et de ses effets par les États. Envisageable certes jusqu'à un certain point sur le plan pratique, cette vision des choses contredit sur le plan théorique la logique qui a été au départ attribuée au marché. Aussi les tenants d'une gouvernance sans gouvernement, ou d'une gouvernance intégrant les gouvernements comme des éléments parmi les autres, en dépit du fait qu'eux aussi oscillent entre le prescriptif (l'idéal d'autorégulation à répandre) et le descriptif (le réalisme qui intègre les puissances productrices d'ordre), paraissent-ils plus conséquents avec leurs prémisses.

La démocratie est dans cette optique nécessairement repensée comme une manière particulière d'obtenir un ordre. Que ce soit le concept d'acceptation qui arrive sous la plume des auteurs quand ils abordent la question signifie et qu'ils prétendent ne rien imposer par la force, et que la passivité politique s'accorde bien mieux avec leur logique que n'importe quelle turbulence. Le problème est évidemment de savoir si la démocratie ainsi repensée et apaisée mérite encore son nom.

## **Governance as a Legal Concept within the European Union: Purpose and Principles**

DEIRDRE M. CURTIN and IGE F. DEKKER\*

### **1. Introduction**

Scholarly search for a governance system that works is as old as the idea of government itself. Despite considerable efforts through the ages at defining the terms “governance” and “good” they remain both elusive and contested. The past year has seen the launch at the level of the European Union of an extensive debate on the concept of “governance” in the context of EU decision-making. This process resulted in a White Paper on *European Governance* by the European Commission,<sup>1</sup> published in July 2001. The White Paper quickly triggered extensive comments from a multifarious actor set: from (third-country) governments to parliaments and from non-governmental organisations to scholars.<sup>2</sup> In general terms, one could say, these comments welcome the White Paper as such but conclude by critically saying that it is not or even far from satisfactory in terms of the depth of the analysis.<sup>3</sup> This is certainly also true for the comments from the scientific community that have in most cases been written by scholars in political science and public administration. The White Paper has, up until now, been much less the subject of discussion from a primarily legal point of view.<sup>4</sup> The main reason for the absence of lawyers in the discussion is probably that it may be questioned whether “governance” is a legal concept at all. It is almost certainly a concept that lawyers do not feel comfortable with. This vision is more or less affirmed by the White Paper in

---

\* Respectively Professor and Senior Lecturer, Law of International Organisations, Europa Institute, University of Utrecht. The authors wish to thank Dr. W. G. Werner for inspiring discussions and Martin Bak for research assistance.

<sup>1</sup> *European Governance, A White Paper*, Brussels, 25 July 2001, COM(2001) 428 final (hereinafter: White Paper).

<sup>2</sup> The European Commission established a separate web-site on the issue of Governance in the European Union: [europa.eu.int/comm/governance/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/governance/index_en.htm).

<sup>3</sup> See in particular the critical set of papers in: C. Joerges, Y. Meny and J.H.H. Weiler (eds.), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission's White Paper on Governance*, Jean Monnet Working Paper No. 6/01, full version at [www.iue.it/RSC/WP-Texts/WPGovernance.pdf](http://www.iue.it/RSC/WP-Texts/WPGovernance.pdf).

<sup>4</sup> See however G. P. Orsello, “Governance in the European Union”, 31 March 2002; RSC Harvard Law School, “Responses to the European Commission's White Paper on Governance”, 31 March 2002; LSE Study Group on European Administrative Law, “Response to the Commission's White Paper on Governance in the European Union”, 27 March 2002.



that it is almost silent on the legal dimension of “governance”, although the notion is defined in a primarily normative way, as meaning “rules, processes and behaviour that affect the way in which powers are exercised at European level, particular as regards openness, participation, accountability, effectiveness and coherence”. What is striking is the subjectivity of this definition whereby the Commission effectively incorporates its own agenda into the definition it chooses to use,<sup>5</sup> without at any stage making any reference to the many other ways the term “governance” is defined in existing literature<sup>6</sup> nor with the practice of other international organisations.<sup>7</sup>

Given the unclear legal dimension of the notion of “governance”, our aim in this article is, first, to examine whether this notion has or can have any legal significance in the legal systems of international organisations, in particular in the legal framework of the European Union. In other words, can the concept of “governance” be an autonomous element of such legal systems and, if so, in what kind of legal category or categories can it be placed? The answer to the last question cannot be other than of a very abstract and tentative nature, due to the fact that the content of the concept of “governance” is not only rather indeterminable but strongly varies in different contexts as well. However, this feature might at the same time constitute the most promising aspect of a legal concept of “governance” in that it can assume the character of a so-called “interpretive” legal concept. According to Dworkin such a concept plays an important role in the legal discourse in a community by structuring different *conceptions* around a common fundamental value and thus contributing to the development of the legal system of that community.<sup>8</sup> These different conceptions are, to a large extent, expressed in the principles connected with the “interpretive” legal concept.

The second angle adopted by the present contribution relates to the principles underlying the concept of “governance”. As already mentioned, the concept of “governance” as presented by the European Commission, is defined in terms of a set of principles – regarding openness, participation, accountability, effectiveness

<sup>5</sup> See too, LSE Study Group on European Administrative Law, *op.cit.*

<sup>6</sup> See for example, R.A.W. Rhodes, who lists at least six usages: “Governance and Public Administration”, in J. Pierre (ed.), *Debating Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2000, chap. 4.

<sup>7</sup> See OECD Directorate on Public Administration and Management at [www.oecd.org/EN/about/0,,EN-about-11-nodirectorate-no-no-no-11,00.html](http://www.oecd.org/EN/about/0,,EN-about-11-nodirectorate-no-no-no-11,00.html) and World Bank Institute on Governance & Anti-Corruption, at: [www.worldbank.org/wbi/governance/index.htm](http://www.worldbank.org/wbi/governance/index.htm)

<sup>8</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, Hart, Oxford, 1998, pp. 45-86.

and coherence – related to the exercise of powers by the institutions of the European Union. These principles (and powers) have, at least to some extent, a legal connotation within the legal system of the Union. The question is, however, whether these principles are the most relevant ones for the public administration of the European Union and – more importantly – whether the legal content of these principles, also in relation to each other, is implicitly covered by the White Paper. Already a general reading of the White Paper reveals that, on the basis of existing analyses of the European legal system and its legal practices, the aforementioned principles have or should have a different meaning and significance than that attributed to them by the European Commission. Moreover when looking at the notion of “governance” more widely (in terms of its use for example by other international organisations), one is struck by the Commission’s rather limited definition of the principles which go to make it up. Within the limited space available, we will for the purposes of this contribution restrict our analysis to those principles most relevant for the legitimacy aspect of “governance”: the principles of openness and participation.

In the last paragraph we will make some concluding observations as to the potential legal significance of the concept of “governance” for the development of the legal systems of international organisations in general and the European Union in particular.

## **2. “Governance” as an institutional concept of the legal system of international organisations**

### *2.1 Legal institutions*

In earlier publications the present authors analysed the legal system of the European Union on the basis of the conceptual apparatus of the so-called “institutional theory of law”.<sup>9</sup> According to this theory the main building blocks of legal systems are “legal institutions”.<sup>10</sup> “Legal institutions” in this sense are not to be seen as a

---

<sup>9</sup> D.M. Curtin and I.F. Dekker, “The EU as a ‘Layered’ International Organisation: Institutional Unity in Disguise”, in: P. Craig and G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 83-136; D.M. Curtin and I.F. Dekker, “The Constitutional Structure of the European Union: Some Reflections on Vertical Unity-in-Diversity”, in: P. Baumont, C. Lyons, N. Walker (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, Oxford, 2002, pp. 59-78.

<sup>10</sup> See N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law, New Approaches to Legal Positivism*, Kluwer, Dordrecht, 1986; D.W.P. Ruiter, *Institutional Legal Facts, Legal Powers and Their Effects*, Kluwer, Deventer 1993; D.W.P. Ruiter, *Legal Institutions*, Kluwer, Deventer, 2002.

synonym to organisations of organs thereof but can be characterised as distinct legal systems governing specific forms of social conduct within an overall legal system of which they derive their validity. Ruiter defines a legal institution as "... a regime of legal norms purporting to effectuate a legal practice that can be interpreted as resulting from a common belief that the regime is an existent unity."<sup>11</sup> In other words, a legal institution does not refer to an existent entity, but to a presentation of a phenomenon that ought to be made true in the form of social practices. Thus, legal institutions have their counterparts in social reality, often referred to as "real" institutions. As Ruiter puts it: "... a legal institution is in the first instance a fiction that is subsequently realised by people believing in it and acting upon this belief. It follows i) that human beings must be able to visualise legal institutions and ii) that the existence of legal institutions must be conceivable as inherent in human behaviour."<sup>12</sup>

The *existence* of a legal institution is determined by a set of different so-called "institutional rules". These rules relate to the creation and termination of a specific legal institution as well as to the legal consequences the encompassing legal systems attach to such a legal institution. Apart from these institutional rules, a legal institution has its own legal system, sometimes also called its legal regime. The legal regime functions as the specific legal framework of a legal institution and is in itself in most cases a complex system of different legal rules (norms and principles). The concept "legal rules" is used in the institutional theory of law in a wide sense, encompassing all normative acts which can obtain legal validity in a legal system, such as declarative rules, prescriptive rules, permissive rules, directive rules, assertory rules and expressive rules.<sup>13</sup> As to 'layered' legal institutions – such as the European Union – the concept of legal *unity*, as used in the definition of a legal institution, becomes important. Its main purpose is to indicate that the institution and its legal subsystems can be dealt with as autonomous elements within the over-all legal system and that it can be distinguished from other legal institutions within that system.

With regard to the unity aspect of legal institutions, the so-called "interpretive concepts" form a special category of legal institutions. The main function of these types of legal institutions is to structure around a basic idea the different interpretations of that idea held by the members of a community. Ronald Dworkin

---

<sup>11</sup> D.W.P. Ruiter, *Institutional Legal Facts, Legal Powers and Their Effects*, Kluwer, Deventer 1993, p. 358.

<sup>12</sup> D.W.P. Ruiter, "A Basic Classification of Legal Institutions", 10 *Ratio Juris* 1997, p. 363.

<sup>13</sup> See, D.W.P. Ruiter, *Legal Institutions*, Kluwer, Deventer, 2002, pp. 62-65.

describes such concepts – of which the concept of “law” is a prime example – as a “treelike” structure: the members of the community “agree about the most general and abstract propositions” of the idea – the trunk of the tree – but “disagree about more concrete refinements or sub-interpretations of these abstract propositions” – the branches of the tree.<sup>14</sup> The two components of the so-called “interpretive attitude” make clear, on the one hand, that the institution has a certain *value* independent from its requirements in terms of its rules (principles and norms) and, on the other hand, that the content of these rules has to be interpreted in the light of that value.<sup>15</sup> The unity of interpretive institutional legal concepts is to a certain extent paradoxical in nature because the existence of the *concept* as such is based on the existence of different and competing *conceptions* of its meaning and content.

## 2.2 “Governance” as a legal institution

Legal institutions refer to entities – subjects and objects – to properties of these entities – qualities and status – and to connections between entities. On the basis of these distinctions, Ruiters developed a classification of seven legal institutions.<sup>16</sup> Only two of them seem to be *prima facie* relevant in analysing the notion of “governance” as an element of the legal system of international organisations. First, “governance” can be seen as a “legal quality”, defined as a kind of property of a legal person, *in casu* the property of an international organisation such as the European Union. It seems that the notion of “governance” used by the European Commission, conceived of as a normative concept, primarily falls within this category. It describes a number of basic characteristics of the functioning of the European Union (and its institutions and organs) by stating that the exercise of powers at the European level are governed by “rules, processes and behaviour” relating to “openness, participation, accountability, effectiveness and coherence”. In many cases a legal quality is at the same time also to be seen as a “personal legal relationship”, in the sense of a legal connection between two or more subjects consisting of a legal regime and thus also constituting a legal institution. For the European Commission the notion of “governance” may be primarily a quality of the European Union (with itself in the centre, of course) but for the other actors on the European front the legal institution of “governance” primarily creates a system of binding and non-binding rules and competences between them. This form of legal institution is more clearly expressed in the definition of “governance” used by the *United*

---

<sup>14</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, Hart, Oxford, 1998, p. 70.

<sup>15</sup> See *idem*, pp. 47-48.

<sup>16</sup> See D.W.P. Ruiters, *Legal Institutions*, Kluwer, Deventer, 2002, pp. 102-115.

*Nations Commission for Global Governance*: “Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interests.”<sup>17</sup> Apart from the usefulness of such an almost all-inclusive definition, it directs the attention to an essential characteristic of the legal regime of a personal legal relationship, namely the fact that one of the subjects has legal powers in relation to other subjects.

From this short analysis it can be concluded that “governance” potentially can be seen as a legal institution and therefore as a possible part of the legal system of international organisations. However, at this moment in time it is difficult to point to a legal rule *constituting* the legal concept of “governance” for international organisations. The widely available definitions of international and/or European “governance” – discussed elsewhere in this issue – are yet not part of the international legal system or its legal sub-systems as the constituting treaties of international organisations. However, it is certainly not excluded that a general legal concept of international and/or European “governance” in due time will emerge. The fact that so many analyses and discussions within international political and economic organisations nowadays are centred on the notion of “governance” may result in the coming into being of a constitutive rule of the legal concept of “governance”. Such a constitutive rule can be laid down in international treaties, but can also have an international customary character. The latter path is, to a certain extent, already discernible in the practices of several international organisations but the necessary articulation of the legal constitutive rule itself (the requirement of the *opinio iuris*) is up till now still lacking – as is, with respect to the European Union, clearly evidenced in the White Paper of the European Commission.

If the concept of “governance” were introduced in the legal system of international organisations, its most useful feature would be if the concept could function as an “interpretive concept” in the Dworkian sense stated above. This development will only take place on the condition, first, that the international and/or European community actually believes that the concept of “governance” has value or, in the words of Dworkin, “serves some interest or purpose or enforces some principle – in short, that it has some point – that it can be stated independently of

---

<sup>17</sup> Commission for Global Governance, *Our Global Neighbourhood*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 2.

just describing the rules that makes up the practice”.<sup>18</sup> And secondly, the international community must be aware that the rules which are implied from the institution of “governance” “are not necessarily or exclusively what they have always been taken to be but are instead sensitive to its point, so that the strict rules must be understood or applied or extended or modified or qualified or limited by that point”.<sup>19</sup> Whether this process of the development of an interpretive concept of “governance” on the basis of different conceptions of the meaning and content of the concept is underway is difficult to say. It implies at the very least a thorough examination of the practices of international organisations with regard to the interpretation and application of rules underlying the different conceptions of the concept of “governance”. In the next paragraph we will limit ourselves to an analysis of legal practices as to the principles directly connected with the decision-making processes of the European Union.

### **3. The principles of “governance”: openness and participation in the legal system and practices of the European Union**

#### *3.1 The meaning of “governance”*

Although the European Commission seemed at first to be interested in and receptive to a substantive discussion on the different and competing conceptions of “governance”, this initial impression is belied by the actual text of the White Paper itself. It is clear from the outset of the White Paper that the Commission is seeking to cast its “principles” of governance in the garb of renewing the traditional “Community method”.<sup>20</sup> This certainly may be one of the possible conceptions of “governance”. But what is disappointing is that the choice for this option is not explicitly founded in terms of the concept or conceptions of “governance”, although the White Paper suggests – already by its title – that that would be the case. Now one is left with the scarcely interesting suggestion that the only reason for the choice by the Commission for the “Community method” as its conception of “governance” is to protect its own interests. Furthermore the Commission, despite the broad title of its White Paper (“of the European Union”) pays no attention whatsoever to

---

<sup>18</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, Hart, Oxford, 1998, p. 47.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> White Paper, p. 4. This focus has since been reaffirmed on several occasions since the publication of the White Paper and most particularly in the recently published communication, *inter alia* addressed to the Convention on the Future of Europe, *A Project for the European Union*. See: Communication from the Commission, “A Project for the European Union” Brussels, 25 May 2002 (COM (2002) 247 final).

the newer areas of policy making in that context (security and defence policy and justice and home affairs) and the perhaps qualitatively different – or varied – nature of “governance” taking place in these critically important policy areas.

In terms of the manner in which the Commission analyses the principles of “governance” and interprets the practice of such these principles, the content of the White Paper contributes very little to the development of a legally relevant concept of “governance” as such. Towards the end of its White Paper, the Commission lets slip – almost inadvertently, one suspects – that it views these principles as “political” principles rather than in any sense legal principles already embodied in the Treaties and in the legal order of the EU. This failure to discuss and build on the normative *status quo* even with regard to the (limited) number of principles it discusses is a striking aspect of the White Paper and one that invites further reflection. In so doing we have chosen to focus on two of the five principles in particular: the principles of openness and of participation.

### 3.2 *The principle of openness*

The White Paper tries to address the (il-)legitimacy of EU decision-making by emphasising the principles of openness and of participation. It prioritises these particular principles in the solutions it purportedly brings to bear but- extraordinarily- it does so largely ignoring the existing institutionalisation of these principles. The loose rhetoric employed in the White Paper in working out some shape to these general principles are not embedded in sound legal and institutional frameworks. This is all the more surprising as they are formulated under the specific heading “proposals for *change*”.

If one looks first at the principle of “openness” the Commission short-changes the instrumentalisation of this principle. For example, it speaks of providing “up-to-date, on-line information on preparation of policy through all stages of decision-making” and in another place baldly states: “major progress has been made in 2001 with the adoption of new rules giving citizens greater access to Community documents”.<sup>21</sup> This is in terms of more openness as such of all stages of the policy-making process. This approach almost beggars belief in terms of virtually ignoring the existing hard legal framework and extensive case law of the Court of Justice on the subject.<sup>22</sup> Moreover to simply state that the new Regulation adopted in May

---

<sup>21</sup> White Paper, p. 11.

<sup>22</sup> To our knowledge at least two PH.D theses in law have been successfully defended on the subject: Madeleine de Leeuw, *Open Government on the European Union: A Legal Analysis of a Fundamental Principle*, Defended European University Institute, Florence, September 2001 and Roy Davis, *Rights and Remedies for Public Access to Documents as an Aspect of*

2001 constitutes “major progress” ignores the fact that the regulation on the whole simply consolidates the existing legal situation. Moreover, even where change has arguably taken place, these changes have proved controversial with many commentators arguing that its provisions constitute a step “backwards” not forwards in terms of the prior existing legal status quo.<sup>23</sup>

The provision of up-to-date on-line information as promised by the Commission is partially what it already does and partially what it is under a legal obligation to do upon entry into force of that part of the new regulation on access to documents on the provision of registers on-line as and from 3 June.<sup>24</sup> The Council – in contrast to the Commission – has been considerably more pro-active in this regard and its Register of its documents has proven enormously facilitative of opening up the process of Council decision-taking and rule-making. The real test for the Commission whether its actions match its rhetoric will be whether it in practice implements its legal obligation under the EC and EU Treaty and associated secondary legislation to put on-line a (complete) register of its documents which it then makes available on-line in a pro-active way. Moreover, why could the Commission not have taken the lead in making the case for provision in a comprehensive fashion for extensive digital information to be made available to the public in a pro-active and uniform fashion with co-ordination among the various actors involved?<sup>25</sup> Could further reflection not have taken place in this specific regard on the need to have objective and independent supervision in a timely and cost efficient manner in the form of more extensive powers of enforcement for the Ombudsman or the creation of a new organ in the form of an Information Commissioner or Information Tribune as has been done in certain leading-edge jurisdictions (for example Australia<sup>26</sup>)? Vague promises of more on-line information shorn of the legal context in

---

*Multidimensional Transparency within the EU*, Defended on 24 May 2002, University of Durham, as well as numerous articles in various legal (and other) journals. See, most recently, S. Peers, “The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis”, *Yearbook of European Law* 2002.

<sup>23</sup> See for example the extensive analysis made by S. Peers, *op. cit.* See too, Statewatch at [www.statewatch.org](http://www.statewatch.org)

<sup>24</sup> Article 11 (3) of Regulation No. 1049/2001 of the European Parliament and of the Council regarding Public access to European Parliament, Council and Commission documents (30 May 2001), OJ L-145/43. See too the Commission web-site for its new Register, less user-friendly than that of the Council.

<sup>25</sup> See further, D.M. Curtin, “Citizen’s Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital Passepartout”, *Common Market Law Review* 2000, p. 37.

<sup>26</sup> See R. Davies, *op. cit.*



which such “changes” must operate and the need to ensure more independent scrutiny of what is actually being placed on Internet and what is withheld and why does not advance the principle of “openness” much further.

The Commission further adopts an inaccurate approach to the principle of openness in its White Paper by simply ignoring the fact that – as the Court of Justice has explicitly ruled – the principle of access to documents applies to all the documents of the EU irrespective of policy-area (the Commission refers to “Community” documents).<sup>27</sup> Moreover, it arguably applies wider than just to the three institutions mentioned in Article 255 EC Treaty (the Commission, the Council and the European Parliament).<sup>28</sup> Be that as it may this surely would have been an area where the Commission in addressing the general problems of EU “governance” could have made a significant effort to redress and clarify the existing situation where a legal obligation is formally placed on only three institutions and not on all the other institutions, organs and bodies operating within the framework of the EU. This is especially so in the light of the provisions of the *Charter on Fundamental Human Rights* which are explicitly stated to apply to all the institutions and the organs of the EU and which already now are having effect in both legislation and case law of the Court of Justice.<sup>29</sup>

In conclusion it can be said that the Commission in its paltry discussion on the pivotal principle of openness in its White Paper adds nothing to the existing legal situation and even can be regarded as obfuscating the existing normative status and evolution of this principle. Moreover rather than developing the fact that there are many more organs, bodies and networks involved at various levels and in different policy areas in the processes of EU governance and in pushing out the parameters of the principle of openness in that regard, the Commission seeks refuge in loose rhetoric on the need for more focussed and effective “communication” with citizens so that they can properly “understand” what is happening at the EU

---

<sup>27</sup> See in particular cases T-14/98 *Hautala v Commission* [1999] ECR II-2489; C-353/99 P *Appeal against the Hautala judgement*; T-174/95 *Svenska Journalistförbundet v Council* [1998] ECR II-2289; T-194/94 *Carvel and Guardian Newspapers v Council* [1995] ECR II-2765.

<sup>28</sup> See further D.M. Curtin, “Citizen’s Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital Passepartout”, *Common Market Law Review* 2000, p. 37. See too the Ombudsman’s own inquiry into public access to documents in the EU at [www.euro-ombudsman.eu.int/recommen/en/000917.htm](http://www.euro-ombudsman.eu.int/recommen/en/000917.htm)

<sup>29</sup> See: Judgement of the ECJ of 6 December 2001 in the case C-353/99 P *Appeal against the Hautala judgement* [2001]; Opinion of Advocate General Léger in the same case C-353/99 of 10 July 2001; and Judgement of the CFI of 30 January 2002 in the case T-54/99 *Max.mobil* [2002].

level. This smacks more of a patronizing attitude towards the citizens rather than that of an administration trying to understand the manner in which the relationship between public administration and citizen is changing and evolving and how it can best respond to that change.

### *3.3 The principle of participation*

The decision by the Commission not to deal with the key issues of access to information and the linked question of the communication policies of the institutions is a major defect in the White Paper and pre-determined a fairly marginal role for “active” civil society representatives in genuinely participating in the decision-making processes of the EU. In that respect the Commission underestimates the changing relationship between public administration and citizen and the role that ICT is playing in that regard. It is a rather futile exercise to attempt to pigeonhole as part of an exclusively vertical pyramid of accountability the role of the citizen and their civil society representatives in the manner, which the Commission attempts to do.<sup>30</sup> In terms of giving shape and substance to the principle of participation in EU governance the contribution of the Commission only goes in the direction of expanding the composition of an advisory and to date fringe-organ, namely the Economic and Social Committee, to include “representatives” of civil society.<sup>31</sup>

In effect the Commission adopts shades of a corporatist approach already incorporated into the Community legal system for the social partners and insists rather monotonously on the need for civil society to be “representative” and transparent or open. The Commission’s idea is to “improve the representativity of civil society organisations and structure their debate with the institutions” by means of a code of conduct setting out minimum standards for such privileged organisations to comply with. “Participation” is in the words of the Commission “not about institutionalising protest. It is about more effective policy shaping based on early consultation and past experience.”<sup>32</sup> The Commission is prepared to commit itself to further consultations in exchange for a commitment of “civil society” to “tighten up their internal structures, furnish guarantees of openness and representativity and prove their capacity to relay information or lead debates in the Member States”. Given the Commission’s own recent history and its dubious legitimacy this sounds very much a case of the kettle calling the pot black! Moreover the White Paper entirely ignores the difficult problem of funding and financing which many NGO’s

---

<sup>30</sup> See, for example, White Paper, pp. 14 ff.

<sup>31</sup> White Paper, p. 15.

<sup>32</sup> White Paper, p. 15.

face. Many NGO's need to rely on official sources of funding inter alia by the institutions of the EU thus causing problems for their independence and ability to take a truly critical stance on important issues.<sup>33</sup> Actually the point is not only the risk that the Commission "selects" according to certain criteria a limited number of Brussels-based NGO's with sufficient capacity etc., giving it funds, buying its loyalty, but that a golden opportunity is lost to harness the energy, the interest and the engagement of a wide variety of civil society participants who are not necessarily looking for strict "participation" rights as such but rather to engage in a vigorous and dynamic fashion in public debate, where different viewpoints can be heard, deliberated upon and ultimately be decided upon by the formal decision-makers.

The Commission's view of how to give shape to a principle of participation in EU governance is static, backward-looking and infused with a dogma of the righteousness of a purely top-down approach to ordering and "organising" civil society. Viewing participation through the spectacles of ordering existing consultation practices enabled the Commission to avoid considering the option of engaging in a greater dialogue with civil society through greater deliberation and opportunity for comment and public debate as the underlying goal, capable of being operationalised by procedural mechanisms of for example "notice and comment". The Commission did not even mention in its final report the various ideas of proceduralising participation rights for civil society organisations and individuals as has been done for example with regard to the much more limited field of the environment via the United Nations Aarhus Convention (and recently implemented by the European Community)<sup>34</sup> and by analogy with for example the American Ad-

---

<sup>33</sup> See, A. Warleigh, "Europeanizing 'Civil Society': NGO's as Agents of Political Socialization", 39 *Journal of Common Market Studies* 2001, p. 619, 623.

<sup>34</sup> The UN Economic Commission for Europe "Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters" was adopted on 25 June 1998 in Aarhus, Denmark. It entered into force on 30 October 2001. The European Union has thus far adopted only Regulation 1049/2001 on public access to Parliament, Council and Commission documents (OJ L-145 2001), which does not yet guarantee full application of the Convention to European institutions. In order to do so, the Commission has proposed over the last two years the following legislative proposals: Commission Proposal of 29 June 2000 for a Directive on Public Access to Environmental Information (OJ C-339/156 of 28 November 2001), Commission Proposal of 18 January 2001 for a Directive providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending Council Directives 85/337/EEC (environmental impact assessment) and 96/61/EC (integrated pollution prevention and control) – *OJ C 154 of 29.05.2001, p.123*

ministrative Procedures Act 1964.<sup>35</sup> The latter incorporates a system of “notice and comment” which has effectively been institutionalised in the provisions of both the Aarhus Convention and the American administrative law system.<sup>36</sup> Furthermore such obligations apply widely to all arms and organs of the public administration including independent functional agencies and would have been particularly appropriate for consideration in the context of the developing institutional structures of the wider European Union.

Moreover, the principle of participation is not just a matter for civil society but must also be seen in conjunction with wider institutional factors such as the role of parliaments (national and European) and the role of scientific experts etc. in the process of decision-making. The Commissions preferred option to drop “committees” and to seek refuge in more (functional) (independent) Agencies does not reassure at all in this regard. Would the Commissions principles of openness and participation apply to them too?

Many of the aspects discussed by the Commission under the heading participation could also fall under the notion of “good administration” except that this notion focuses attention on the *behaviour* of the institutions themselves rather than their interlocutors. Article 41 of the EU Charter on Fundamental Rights explicitly included reference to such a “right”, namely for a person to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions (and organs) of the EU. This brief statement is elaborated upon further by the Ombudsman in his Code of Good Administrative Behaviour.<sup>37</sup> Despite the overlapping substance of the Commissions White Paper no mention is made either of the Charter or the Code and emphasises the highly subjective approach taken by the Commission to the issues under consideration.

In conclusion it may be said that once more with regard to the principle of participation the Commission eschews a normative approach based in the existing law and practice of the institutions and opts instead for the looser, softer approach of “minimum guidelines”. “Codes of practice” and top-down criteria for admis-

---

<sup>35</sup> Both laws referred to initially and also in background report. See the report of the working group 2a on “Consultation and participation of civil society” in preparation of the WP, at [www.europa.eu.int/comm/governance/areas/group3/report\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/governance/areas/group3/report_en.pdf)

<sup>36</sup> See, for example, F. Bignami, “The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology” 40 *Harvard International Law Journal*, nr.2, 1999, p. 452.

<sup>37</sup> Available in full on the Ombudsman’s homepage at [www.euro-ombudsman.eu.int/code/pdf/en/code\\_en.pdf](http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/pdf/en/code_en.pdf)

sion to the Commission's own web-site on "civil society". Moreover it is extraordinary that given the fact that the Commission is under a legal obligation pursuant to its ratification of the *Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters* to implement in the environmental context far-reaching rights of participation for NGO's in that domain that no consideration is given to the question of imposing similar requirements more widely, nor indeed the inevitable discrimination that results if far-reaching requirements and opportunities are provided exclusively within the field of environmental decision-making and no other in the context of the European Union as a whole. This smacks of a less than serious and whole-hearted and objective approach to the issue of how participation rights could potentially be made operational across the spectrum of EU activity (or not, as the case may be after due consideration).

#### **4. Concluding remarks**

International organisations, such as the European Union, effectively function as two – independent but related – realities, namely as a legal institution and as a social institution. When attributing certain properties to the functioning of international organisations, one cannot disregard one of the dimensions without running the risk of missing half the story. That is exactly what the Commission in our contention has done in the final version of its White Paper, by neglecting the legal dimension in its analysis of "European governance" and the requirements that can potentially be derived from that concept. Moreover the Commission should have better embedded its choice of the latter requirements or principles in existing thinking on the subject and in the pre-existing normative framework. Why no mention of the "rule of law" for example? And what about the promotion of human rights? And why was the notion of "accountability" not given a much more central place in its considerations?

It is too early to draw a firm conclusion as to whether the concept of (international and/or European) "governance" will indeed develop into a firmly based element of the legal system of international (global and/or regional) organisations. It cannot however at this stage in the debate be excluded that the notion of "governance" in the sense it is currently being used will prove no more than a convenient "catch-phrase" in vogue in a particular context whose days are numbered by zapping politicians (and bureaucrats) whose attention quickly turns to a newer, trendier, "sound-byte" to catch their fluid ideas. If this Cassandra-like interpretation is proven wrong over the course of time then the concept of "governance" has indeed as such the potential to become a fairly central concept in the legal system of international organisations (or the law of international public administration). But its potential

lies, in our view, in its function as an “interpretative” concept in the Dworkian sense, structuring (international) legal discourse on the fundamental principles of “democratic and accountable” international organisations rather than the stricter sense of constituting a fixed and rigid standard for the functioning of such organisations. It is in this sense too that principles such as openness and transparency may be developed in a dynamic fashion, taking account of the changing relationship between public administration and the citizen.

## **Argentine aujourd'hui : la réification symbolique de la gouvernance et le désenchantement de la démocratie représentative**

FRANCISCO NAISHTAT\*

Lorsque on m'a demandé d'écrire cet article sur la crise en Argentine pour le numéro du FORUM du Droit International consacré à la notion de *gouvernance* on m'a indiqué quel était l'apport que la Rédaction attendait de ma réflexion, à savoir, « d'expliquer si la crise argentine est due au fait que les principes de la gouvernance n'ont pas été appliqués (il faudrait démontrer comment et expliquer pourquoi) ou, au contraire, s'ils ont été appliqués et il s'agirait alors des effets pervers de la gouvernance qu'il conviendrait de mettre en évidence ». Je ne sais pas si je pourrai ici combler entièrement cette demande, d'une part parce que la crise en Argentine est trop récente et complexe pour pouvoir en dégager aujourd'hui les causes et une interprétation de son sens politique et historique ; d'autre part, venant de la philosophie pratique plutôt que de la science politique, je ne peux aborder la question de la gouvernance que latéralement, du lieu de la philosophie, ce qui ne manquera pas de laisser de nombreuses lacunes techniques.

Néanmoins, si j'ai accepté tout de même de traiter ce sujet, c'est que j'y trouve un enjeu conceptuel qui permet d'éclairer sinon le sens de la crise argentine, du moins un type idéal d'exercice politique dans lequel se reflète à mon avis la paralysie gouvernementale de la dernière présidence. Mon point de vue, en effet, est que nous avons assisté dans ce pays à une *réification symbolique* de la gouvernance, c'est-à-dire à une opération de valorisation axiomatique et transcendante de la gouvernance au-delà, voire contre tout projet politique particulier et toute idée de conflit politique substantiel. Je considère que cette réduction de l'exercice gouvernemental à la gouvernance a paralysé le dernier gouvernement de centre gauche de l'ex-président De la Rúa le menant au dénouement connu de sa démission précipitée en décembre dernier. Et cette même tendance d'une gouvernance réifiée dans les discours et les actes du pouvoir atteint dans le gouvernement du président Duhalde un degré de paroxysme sans précédent, où une gouvernance sans créativité politique et sans horizon de signification est devenue projet unique et règle de conduite gouvernementale, seule raison d'existence, où le seul et unique principe avoué de la

---

\* Docteur en Philosophie, Professeur de philosophie à la Faculté des Sciences Sociales de l'Université de Buenos Aires et Chercheur du Projet franco-argentin ECOS A98H03.

politique de gouvernement semble celui de durer, d'assurer une transition, sans qu'on précise ni qu'on semble savoir vers où ou vers quoi on se dirige.

Pour développer mon point de vue, je ferai d'abord une brève mise au point sur ma compréhension de la notion de gouvernance, ce qui m'amènera à des considérations historiques et sémantiques sur les concepts de gouvernance (*governance*) et de gouvernementalité (*governability*), qui n'expriment pas entièrement la même idée (I) ; en deuxième lieu je tracerai un aperçu sur les traits saillants de la crise argentine (II), ce qui me permettra ensuite de passer à la thèse énoncée de la réification symbolique de la gouvernance dans la politique argentine comme source de neutralisation politique et de paralysie gouvernementale (III).

### **I. Considérations sémantiques : Gouvernementalité (*governability*) et gouvernance (*governance*)**

Dans la mesure où d'autres articles dans ce même numéro ont abordé largement cette dimension, je me limite ici à quelques mises au point permettant de préciser ma compréhension du concept. Comme on sait, le terme *governance* est à l'origine un mot de l'ancien français (XIII<sup>e</sup> siècle) qui tirait entièrement son sens du verbe *gouverner* signifiant alors simplement l'action et l'effet de gouverner ou de *se gouverner*. C'est en ce sens qu'on pouvait parler de « gouvernance rationnelle », d'« auto-gouvernance » et c'est dans ce même sens que le mot avait été pris très tôt par l'espagnol (« *gobernanza* ») ou par l'anglais (« *governance* », « *self-governance* », etc.). Or cette ancienne expression allait tomber généralement en désuétude et le mot ne devra sa résurrection vers la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle qu'à l'apparition en langue anglaise d'un autre mot, de racine philologique identique, mais prenant un sens légèrement nouveau. Il s'agit du mot « *governability* » mis en circulation dans les années 1970 dans le jargon des sciences politiques. Ce mot, comme on sait, apparaît d'abord dans le cadre de la réaction néo conservatrice contre ce qui est considéré comme l'excès de demandes sociales adressées aux Etats et aux gouvernements. Le terme circulera initialement au sein des rapports de la Commission Trilatérale<sup>1</sup>, mais se répand rapidement à l'ensemble du jargon politologique : on considère alors que l'excès (surcharge) de demandes sociales et de protection étatique mène droit à une crise de « *governability* ». Pour pallier à cette situation on prône une réforme de l'Etat, qui doit réduire ses dépenses sociales et tendre à la liquida-

---

<sup>1</sup> Le mot « *governability* » apparaît ainsi dans un rapport élaboré en 1975 par la Commission Trilatérale sous le titre « La crise de la démocratie » (Huntington, Crozler, Wanakuti, 1975).



tion de l'Etat-providence<sup>2</sup>. Ce qui est ici nouveau avec le terme « *governability* » c'est qu'il ne sera plus un attribut personnel (comme l'ancienne « gouvernance ») mais un prédicat systémique, s'appliquant de préférence aux Etats, mais pouvant aussi se dire des gouvernements.

Cette orientation néolibérale ou néoconservatrice initiale qui avait marqué l'apparition du terme *governability* sera cependant nuancée par la rapide généralisation de son usage qui, tout en conservant une dimension systémique, commencera à s'appliquer aux vagues successives des transitions démocratiques qui auront lieu dès la fin des années 1970, d'abord en Europe Méridionale et en Amérique Latine, mais ensuite en Europe de l'Est et en Afrique du Sud. Le mot cessera alors d'être l'apanage de la droite libérale pour devenir une catégorie ordinaire du discours théorique de la transition et la consolidation démocratiques. C'est ainsi que l'adjectif « démocratique » sera adossé à la *governability* (« *democratic governability* ») pour la distinguer d'autres formes autoritaires (Cruz, 2001). Dans ce nouveau contexte démocratique le mot vise la capacité de la branche exécutive du gouvernement, et plus largement du gouvernement dans sa totalité, voire du système politique dans son ensemble pour accomplir des décisions politiques qui soient légitimes et qui ne violent pas les règles établies du jeu démocratique. Cette reformulation permet ensuite de dégager une notion de crise de gouvernementalité (*governability*) qui n'est pas nécessairement en rapport avec le programme de dégrossissage de l'Etat : ces crises seront en effet associées aux coups d'Etats, aux « *impeachments* » (ou procès politiques), au manque de mécanismes de reddition des comptes (« *accountability* ») aussi bien horizontal (c'est-à-dire le manque de mécanismes intra-institutionnels)<sup>3</sup> que vertical (fraudes électorales). Ainsi une crise de « *governability* » se produit lorsque le gouvernement est incapable de résoudre des conflits et d'appliquer institutionnellement des décisions politiques sans violenter le cadre du droit, dans un contexte de légitimité démocratique.

A ces deux notions, c'est-à-dire, celle de gouvernementalité (*governability*) liée à la critique de la surcharge de l'Etat, et celle qui est définie par les capacités du gouvernement et du système politique à gérer les conflits sans sortir du cadre démocratique, s'ajoute une troisième notion qui ne fera pas nécessairement référence à l'Etat ou au gouvernement mais, d'une manière plus générale, aux arrangements,

---

<sup>2</sup> On peut avoir un aperçu de cet emploi dans l'histoire que trace Gianfranco Pasquino dans (Bobbio, Matteucci, Pasquino, 1983 : 703-710).

<sup>3</sup> L'*accountability* horizontale est une catégorie introduite par O'Donnell et qui est de plus en plus associée à la gouvernance (*governability*) démocratique. Cfr. (Merkel, 1999) et (O'Donnell, 1998).

patrons d'action et règles de jeux par lesquels les systèmes sociaux et les institutions entretiennent des rapports réciproques et se reproduisent sans traumatisme ni discontinuité grave, en échangeant de l'information entre eux et avec l'environnement. C'est à la rigueur avec l'acception de cette troisième signification qu'est réapparu l'ancien mot anglais « governance », qui est distingué en cette langue du mot « governability ». La « governance » à différence de la « governability » ne qualifie pas un rapport hiérarchique ou de type vertical entre un centre de pouvoir explicite et des unités subordonnées, comme peut l'être la relation entre l'Etat et des sous-systèmes sociaux ; il s'agit au contraire d'un rapport d'interaction coopérative ou conflictuelle entre des unités qui gravitent sur un même plan décentralisé. En ce sens la « governance » renvoie aux régulations tacites ou explicites qui permettent la reproduction d'un tel ensemble systémique. Par exemple on parlera de « gouvernance mondiale » (*World governance*) mais non de « gouvernementalité mondiale » (*World governability*), car ce qui y est visé est la notion d'un ordre et d'un patron d'échange entre les acteurs politiques internationaux (Etats, ONGs, Organismes multilatéraux, etc.), qui n'est pas résorbé dans un cadre étatique quelconque ni subordonné de manière claire à un pouvoir central<sup>4</sup>.

Il est clair cependant que les notions de *governability* (désormais *gouvernementalité*) et celle de *governance* (désormais *gouvernance*) entretiennent des rapports significatifs, au-delà du fait trivial que les deux termes renvoient à une condition d'ordre et de reproduction réglée. Dans le cadre de la présente mondialisation économique (phénomène que nous ne pouvons pas analyser ici) la gouvernementalité d'un système politique national aura de plus en plus tendance à s'inscrire dans les limites d'une gouvernance globalisée des rapports économiques internationaux qui sera assumée comme une loi de fer du cadre social et politique national. De ce point de vue la gouvernementalité d'un arrangement institutionnel n'apparaît pas comme indépendante. La réification de la gouvernance que j'entrevois à l'origine de la paralysie politique de la dernière présidence De la Rúa renvoie alors à deux conditions ; d'une part à la croyance à une gouvernance supérieure et transcendante en tant que cadre suprême de la vie politique ; d'autre part, et

---

<sup>4</sup> Voir par exemple l'article « Gouvernance mondiale » dans le récent *Dictionnaire critique de la mondialisation*, dans lequel le mot français « gouvernance » est clairement employé au sens de l'anglais « governance » et non dans celui de « governability » (GERM, 2001 : 173-4). En toute rigueur on devrait réserver le mot français « gouvernementalité » (proposé par Foucault dans un cadre assez proche) pour traduire l'anglais « governability » et l'ancien mot français « gouvernance » pour traduire le mot anglais « governance ». Cependant il est fréquent que le contexte d'usage permette de dissiper toute ambivalence. Aussi voir (Cruz : 2001, Foucault : 1994a).

comme corollaire, à la désidéologisation et au manque de contenu de l'action politique qui résulte de résorber la gouvernementalité démocratique dans la gouvernance, en comprenant toute politique d'Etat et de gouvernement comme une adaptation sans créativité, sans liberté, et surtout privée du sens du temps opportun ou *Kairos* de la contingence.

## II. La crise en Argentine

Il est impossible de faire l'histoire du présent car pour dégager les significations des événements nous aurions besoin de voir le tableau complet des faits, comme il arrive lorsque nous voulons interpréter un roman. Or nous ne pouvons pas même savoir quels sont les faits d'aujourd'hui qui auront demain une signification décisive lorsque l'on se penchera à nouveau sur ce temps de crise radicale. Toute saisie historique est la saisie d'un intervalle fermé de temporalité, seule condition pour pouvoir lier les événements entre eux et construire un récit (Danto, 1968 ; Ricoeur, 1983). En l'absence de clôture temporelle, pas de récit mais seulement des signes, des indices provisoires de signification. Or ce sont ces indices qui pourraient nous autoriser, en l'absence d'une histoire du présent, à dégager une réflexion sur le présent comprise seulement comme conscience critique, réflexive et ouverte sur notre condition historique<sup>5</sup>. C'est à cet exercice philosophique que je me livre ici, sans prétention de fournir un récit historique quelconque.

En ce sens je reprendrai ici le mot qui, en l'absence de concepts plus déterminés, a été universellement convenu pour référer les événements d'Argentine des six derniers mois, à savoir, celui de « crise ». Aujourd'hui, en effet, l'expression « crise en Argentine » semble avoir une portée globale en tant que dénomination pour désigner la condition de ce pays. Cependant on assiste en vérité à l'accélération traumatique d'un processus déjà entamé depuis bien longtemps. Cette précipitation aux allures de véritable effondrement social unifie en un événement unique des dimensions auparavant séparées ; ainsi les crises financière, politique, démocratique, culturelle, identitaire, paraissent converger en une singularité historique qui acquiert de ce fait une entité propre comme objet de réflexion, annonçant une dimension organique et complexe. Ce phénomène est renforcé par une conscience générale de singularité historique chez les acteurs, qui ont partout l'idée qu'ils vivent à présent quelque chose de véritablement inédit et unique, bien que très douloureux et préjudiciel sur un tas d'aspects vitaux. Partout en effet cette crise est accompagnée d'un sentiment de perplexité qui renvoie soit à la complexité, soit à l'intensité et la

---

<sup>5</sup> Au dire de Foucault c'est Kant qui inaugure la philosophie du présent comme genre spécifique de la modernité illustrée (Foucault, 1994).

profondeur de l'effondrement. Sentiment de perplexité, fin d'époque, banqueroute nationale, décomposition sociale inédite y sont ainsi les représentations ordinaires et quotidiennes de la société.

Pour mettre tout ceci en chiffres il nous suffit de rappeler quelques indices significatifs<sup>6</sup>. Le P.I.B. est tombé en 2001 de 4,5% et les pronostics indiquent qu'en 2002 la chute sera de 15%, ce qui veut dire qu'entre 2001 et 2002 la chute du P.I.B. approchera de 24%, à peu près le double de la chute du P.I.B. pendant la crise russe de 1998. En même temps le P.I.B. par habitant accumule une chute de 25% entre janvier et mai de cette année. Par ailleurs le chômage est passé de 18% en octobre dernier à 24% en mai (2002), bien que les calculs non officiels signalent qu'il approche de 30%. La portion des pauvres (en incluant dans cette catégorie les gens qui ne peuvent pas dépenser au-delà du nécessaire pour vivre) dépasse aujourd'hui le chiffre de 20 millions d'habitants, c'est-à-dire 60% de la population. Dans cette frange de population, 60% des nouveaux pauvres viennent de la classe moyenne. Pour avoir un repère historique, disons qu'avant 1976, date du coup d'Etat de Videla, la pauvreté extrême atteignait deux cent mille personnes ; ce chiffre dépasse aujourd'hui 5 millions de personnes. La dette publique du pays dépasse actuellement 130 milliards de dollars, alors qu'en 1976 elle était de 7,6 milliards de dollars ; l'analphabétisme atteignait, avant 1976, 2% de la population alors qu'il atteint 12% aujourd'hui. La consommation d'aliments a baissé de 12% en avril et la chute de la consommation des médicaments a baissé de 55%.

Depuis décembre 2001 le système bancaire a commencé à s'effondrer et déjà le gouvernement De la Rúa avait interdit la sortie des dépôts financiers pour éviter une banqueroute généralisée, ce qui a fini par exacerber la colère des petits épargnants, d'autant que les gros, prévenus auparavant, ont pu généralement mettre leur argent à l'abri dans des banques à l'étranger. L'interdiction demeure encore en vigueur aujourd'hui, sous la présidence Duhalde. Il y a donc effondrement du système bancaire, chute de la consommation, de l'industrie, de la perception fiscale, une inflation à deux chiffres avec des salaires gelés, cessation de paiement de la dette extérieure publique. Ce sont là des réalités élémentaires que tout un chacun connaît. La société vit cette débâcle économique comme un échec majeur de « la classe politique » et de la représentation démocratique. Lorsque l'ancien président Alfonsín avait reconquis le pouvoir démocratique en 1983, après 8 ans de dictature militaire, il disait que la démocratie n'était pas une panacée sociale mais qu'avec elle « on mange, on soigne et on éduque ». Non seulement cette promesse minimale est loin d'avoir été tenue, mais d'autres fonctions élémentaires de l'Etat s'écroulent

---

<sup>6</sup> J'extrai ces données de (Benstein, 2002) ; (Felix, 2001) ; (Mazzorin, 2002).

avec la crise, comme la sécurité civile, très atteinte par les records de délinquance, et la probité du fonctionnaire public, atteinte par la corruption grave du personnel d'Etat, en commençant par une partie de la représentation politique et de la Justice. Dans ces conditions, la confiance de la société en la représentation politique, déjà entamée par le taux d'abstention massif aux élections législatives d'octobre dernier, atteint des niveaux records, au point que s'il y avait des élections présidentielles, personne n'aurait aujourd'hui un taux de légitimité suffisant pour assurer la charge de l'Etat.

Un symptôme souvent violent de cette colère sociétale est l'« escrache » des politiciens traditionnels, mot intraduisible qui désigne un rassemblement public autour de la personne à « escracher » pour la dénoncer au grand jour. Ce type informel de protestation, qui avait été pratiqué à l'origine par les associations des enfants des disparus (« Hijos ») pour dénoncer les criminels de la dictature qui étaient restés intouchés ou impunis par la justice, a été réapproprié par la société et transvasé mutatis mutandis pour dénoncer les politiciens que l'on juge corrompus, une frange que l'on se représente communément comme correspondant à la totalité de la représentation. Le mot d'ordre « Que se vayan todos. Que no quede ni uno solo » (« Qu'ils fichent le camp. Qu'il ne reste personne ») très populaire dans les manifestations de ces derniers temps, reflète bel et bien cet état d'âme. Dans ces conditions beaucoup de députés commencent à assister aux séances législatives protégés par des escortes. Cet effondrement de la confiance aux partis politiques s'assortit cependant de nouvelles formes créatives d'activité politique, comme les assemblées des arrondissements (« Asambleas barriales »), un phénomène urbain qui sert d'instance délibérative et de catalyseur à la colère populaire, exprimée aussi dans les nombreuses manifestations spontanées, sans encadrement politique ni syndical (« cacerolazos »), où dans les barricades des chômeurs (« piquetes »), déjà à l'œuvre sous les gouvernements précédents de Ménem et de De la Rúa.

Je ne m'arrêterai pas ici à discuter les possibles causes (économiques ou autres) de cet effondrement majuscule ni à forcer une prédiction sur ce qui pourra arriver dans les mois qui viennent. Ce qui m'intéresse dans le cadre de cet article sur la gouvernance, en revanche, est de comprendre en termes idéal-typiques l'inaction du dernier gouvernement De la Rúa, qui ayant gagné les élections de 1999 avec une majorité confortable et sur un programme d'opposition de centre gauche, est resté paralysé, malgré le fait que la crise était clairement annoncée dès que le pays entra en récession, vers le milieu de la deuxième présidence Ménem (1997), et malgré l'expectative sociale de changement social et politique qui accompagna la conformation de sa majorité électorale (l'Alliance pour le Travail, la Justice et l'Education). Pour saisir l'importance que j'attache à cette inaction du gouvernement dans la précipitation des faits, je rappelle que je ne crois pas à une nécessité

économique infaillible de la vie sociale ni ne pense que les événements historiques que je viens de décrire, pas plus que tout autre événement historique, soient déterminés en un sens unique par l'infrastructure capitaliste qui le sous-tend.

### III. La réification de la gouvernance et la neutralisation du politique

Nous avons vu plus haut que le mot français « gouvernance » est ambigu, car il renvoie simultanément au plan de l'action gouvernementale et au plan de l'inertie systémique dans laquelle coexistent les sous-systèmes sociaux, aussi bien ceux qui sont intra étatiques que ceux qui, comme les ONG ou les organismes multilatéraux, se situent au-delà des Etats. La langue anglaise distingue ces deux concepts par les mots respectifs de *governability* et *governance*, mais le risque à trop séparer ces deux concepts est aussi de faire perdre de vue un rapport réciproque que nous jugeons ici critique. En effet, je soupçonne que l'inaction et la neutralisation politique suicidaire du centre-gauche argentin pendant sa dernière période présidentielle vient d'une trop hâtive subordination de la gouvernementalité (*governability*) démocratique à la gouvernance (*governance*) sociale, qui a été réifiée dans les représentations du social comme étant une loi de fer de la modernité capitaliste. Pour comprendre ce point de vue il faut avoir à l'esprit une chose qui est devenue en Argentine le symbole à la fois de la gouvernance et de la gouvernementalité : la célèbre loi de « convertibilité » (« Convertibilidad ») qui établit l'équivalence du peso avec le dollar (1 à 1) régissant le pays depuis 1990 jusqu'à son abolition désordonnée et précipitée en décembre dernier, à la chute du gouvernement De la Rúa. Par un artifice mental cette loi, sanctionnée à l'origine dans le cadre d'une hyperinflation, a été transformée en politique d'Etat, en loi de fer et axiome économique intouchable, réifiée, hypostasiée, fétichisée aussi bien par la droite que par la gauche argentines et, par effet d'une sorte de récurrence sociale, par l'ensemble de la société civile. De cette manière au lieu que la politique monétaire ait été mise au service d'une politique économique, toute l'économie s'est mise à rouler en se subordonnant à une politique monétaire héritée. Ainsi la loi de Convertibilité était bien loin d'être pour le gouvernement De la Rúa une politique monétaire autonome ; elle était au contraire une sorte de cercle de craie caucasien hypostasié en cage de fer de l'économie entière. Hypostasiée au nom de quoi ? Précisément d'une gouvernance-gouvernementalité vidée de toute substance idéologique et de tout contenu politique.

Ce qui est ainsi perdu de vue est la contingence radicale dans laquelle se place le moment politique. Au contraire, on aura eu tendance à penser que la politique, en tant que l'art de la gouvernementalité, est la permanente adaptation à une gouvernance qui, comme le dieu de la Création, imprègne de manière immanente l'ensemble de la société. En ce sens il est intéressant de noter la question qu'un économiste américain se posait sur De la Rúa : « The center left coalition that De

la Rúa headed, which campaigned on an anti-corruption and economic recovery platform, won decisively. Could he have used this political momentum to repeal the Convertibility Law and hard-bargain successfully with Washington and IMF for transitional help in scraping the senseless policy triad ? »<sup>7</sup>. En tout cas il semble que ni De la Rúa ni ses supporters politiques ne se soient posé la question. Le sens du moment politique pour agir est ce que les grecs appelaient le *Kairos*. Cependant l'inertie d'une gouvernance assumée comme logique immanente et fatale neutralise d'avance toute saisie du *Kairos*. Sous la temporalité adaptative de la gouvernance, la politique et l'administration se confondent dans la pression liée à la recherche d'actions immédiates et d'effets rapides, qui répondent aux urgences du moment, mais jamais à ce qui, par delà l'urgence, est jugé important. Gouverner se réduit alors à gérer le mieux possible les explosions d'une société fragmentée, en essayant de gérer la crise, les frictions, les disfonctionnements, les secousses et l'instabilité (Medellín Torres, 2001). La tâche de cette gouvernamentalité-gouvernance devient alors celle de renforcer les fonctions de sécurité et contrôle qui deviennent de plus en plus lourdes, de plus en plus complexes, en un contexte où les infrastructures sont techniquement fragiles et les hommes éthiquement faibles. La corruption, l'impunité et le clientélisme émergent alors comme des mécanismes permanents d'intermédiation politique et de régulation institutionnelle. C'est d'ailleurs ce qui explique que même le volet de l'anticorruption, le seul que la plateforme de De la Rúa ait agité avec fermeté dans sa campagne électorale, n'ait pas même été respecté car, comme on le sait, il a marchandé ses lois dans un style ménemiste devenu de plus en plus flagrant.

Aujourd'hui le gouvernement argentin a élevé ces principes à un niveau de paroxysme, devant la crainte d'une ingouvernamentalité aux allures catastrophistes. Comme la physique de Descartes, qui avait horreur du vide, la politique de Duhalde a érigé la gouvernance en seul projet de gouvernement. Nous sommes précisément devant un gouvernement dont la seule fonction avouée est celle de gérer la crise sans jamais la dépasser, c'est-à-dire, transiter, durer. Jusque-là ces fonctions étaient des sortes d'externalités de la politique, sans qu'elles fassent jamais partie explicite d'un projet. Or la meilleure preuve de l'inexistence de gouvernamentalité c'est lorsque celle-ci devient projet explicite de gouvernement, et c'est ce qui arrive aujourd'hui. Et par une sorte de retournement qui produit l'effet inverse du résultat recherché, cette politique de l'horreur du vide devient la politique du vide, c'est-à-dire une politique sans horizon. C'est au contraire en réidéologisant le débat politique qu'on pourra récupérer non seulement les adversaires politiques mais aussi les in-

---

<sup>7</sup> (Felix , 2001 : 2)

stances de délibération politique et idéologique qui permettront une réinstitutionnalisation démocratique de la société. Mais cette liberté, cette vision d'horizon, cette distance arrachée par la politique à la routine de la gestion, ne peut être reconquise qu'au prix d'une deshypostatisation de la gouvernance. C'est à cette condition l'on pourra récupérer une gouvernementalité démocratique qui ait vraiment allure politique.

### **Bibliographie**

- Benstein, J. (2002) : « ¿Una etapa durable del subdesarrollo argentino? La instalación de la economía de la penuria », *Enfoques Alternativos*, Año 1, No. 3, Buenos Aires, Mayo de 2002.
- Bobbio, N., Matteucci, N., Pasquino, G., (1991) [1983], *Diccionario de política*, Siglo XXI Editores, México.
- Cruz, N., (2001), « Gobernabilidad y « governance » democráticas: El confuso y no siempre evidente vínculo conceptual e institucional », *Desarrollo Humano e Institucional en América Latina*, DHIAL, No. 23, Barcelona.
- Danto, A., (1968) : *Analytical Philosophy of History*, Cambridge University Press, 112-183.
- Foucault, M., (1994) : « Qu'est-ce que les Lumières ? », *Dits et Ecrits*, Vol. IV, Gallimard, Paris, 1994.
- Foucault, M., (1994a) : « La gouvernementalité », *Dits et Ecrits*, vol. III, 635-657, Gallimard, 1994.
- GERM, (2001), *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Le Pré aux Clercs, Paris, 2002.
- Huntington S., Crozler M., Wanakuti, J., (1975), « Democracy crisis », Rapport de la Commission Trilaterale, 1975.
- Felix, D., (2001): « After the Fall: The Argentine Crisis and Possible Repercussions », [www.foreignpolicy-infocus.org](http://www.foreignpolicy-infocus.org)
- Mazzorin, R., (2002) : « La crisis de una hija dilecta del Consenso de Washington », *La Ciudad Futura. Revista de Cultura Socialista*, Buenos Aires, 2002.
- Medellín Torres (2001) : « El difícil de la gobernabilidad democrática », en *Gobernabilidad y globalización en América Latina*, Instituto Internacional de Gobernabilidad, <http://www.iigov.org>.
- Merkel, W., (1999), « Defective Democracies », Working Paper, Center for Advanced Studies in the Social Sciences, Juan March Institute, Madrid, 1998.
- O'Donnell, G., (1998), « Horizontal Accountability in New Democracies », *Journal of Democracy* (9) 3 : 112-126.
- Ricoeur, P., (1983) : *Temps et Recit I*, Editions du Seuil, 255-311, Paris.



***II. Follow-up to the aftermath of 11 September /  
Les conséquences du 11 septembre: suite***

**The UN Response to International Terrorism in the Aftermath  
of the Terrorist Attacks in America and the Problem of the  
Definition of Terrorism in International Law**

SURYA P. SUBEDI\*

**I. Introduction**

The year 2001 was marked by the terrorist attacks in America and the ensuing war in Afghanistan to destroy the terrorist networks suspected of organising the attacks. The terrorist attacks in New York and Washington, D.C., on 11 September had a significant impact on the UN and especially the activities of the 56th session of the General Assembly. The security of the most powerful nation on the face of the earth had been breached and the city which hosted the UN had come under direct attack of the terrorists. Immediately after the attacks the Security Council of the UN came into swift action by adopting resolutions designed to curb international terrorism.

Resolutions were also adopted by the General Assembly to condemn the attacks. However, the General Assembly's approach to international terrorism was more systematic and long-term. Accordingly, attempts were made within the General Assembly to adopt a comprehensive convention on international terrorism. The aim of the comprehensive convention was to regulate many activities that are not currently regulated by international law. However, the Assembly was unable to adopt such a convention during its 56th session, between September and December 2001, due to disagreement among States mainly with regard to the definition of terrorism and the exceptions to the activities of armed forces during armed conflicts. This article makes an attempt to survey and analyse the activities of the UN in response to the 11 September 2001 terrorist attacks in America and examine the efforts made and difficulties encountered within the Sixth Committee of the UN General Assembly in adopting a comprehensive convention on international terrorism.

---

\* LL.B., M.A. (Tribhuvan), LL.M. (Hull), D.Phil. (Oxon.); Professor of International Law, Middlesex University, London. The author was a member of the Nepalese delegation to the 56th Session of the UN General Assembly and Nepal's representative to the Sixth Committee. The views expressed in this article are the personal views of the author and do not represent the views of His Majesty's Government of Nepal.

## II. The Response of the Security Council

The day after the terrorist attacks took place in America the Security Council adopted a resolution (Resolution 1368), a short one, condemning the attacks and regarding them as a threat to international peace and security, thereby making it possible to activate the provisions of Chapter VII of the Charter of the UN. Although a resolution adopted by the Council less than two months prior to the 11 September attacks had determined that the situation in Afghanistan constituted a threat to international peace and security,<sup>1</sup> the resolution of 12 September sought to open the possibility of UN action under Chapter VII in response to the 11 September attacks.

A more comprehensive resolution designed mainly to outlaw the financing of terrorist activities and terror groups was adopted by the Security Council on 28 September 2001 in which the Council stated that the terrorist attacks constituted a threat to international peace and security and reaffirmed the inherent right of States of individual or collective self-defence (Resolution 1373 (2001)). The resolution also stated that there was the need to combat “by all means” threats to international peace and security caused by terrorist acts. The adoption of such a broad resolution by the Council acting under Chapter VII of the UN Charter without any specific reference to Afghanistan was designed to curb terrorism world-wide and perhaps to clear the ground for any military attacks by the U.S. against the terrorists and their networks. The operative paragraphs of the resolution required all states, *inter alia*, to prevent and suppress the financing of terrorist acts, criminalize fundraising activities by the terrorists, and freeze funds and other assets belonging to terrorists and terrorist organisations.

Thus Resolution 1373 of 28 September 2001 of the Security Council sought to pronounce international measures to control terrorism world-wide rather than focus on a specific country or specific terrorist groups. The intention here seems to have been to provide a yardstick for all States to follow to counter terrorism in the future rather than to deal with just the immediate problem at hand. It was an attempt on the part of the Security Council to provide a set of global measures of far reaching implications for the control of terrorism.

## III. The Attempts of the General Assembly

Although the General Assembly too adopted a resolution on 12 September 2001 condemning the “heinous acts of terrorism” in America on 11 September,<sup>2</sup> the

---

<sup>1</sup> Resolution 1363 of 30 July 2001 of the Security Council.

<sup>2</sup> Resolution 56/1 of 12 September 2001 (A/RES/56/1).

Assembly was keen to take a rather long-term and systematic view of the problems caused by international terrorism. Indeed, it was way back in 1994 that the General Assembly had adopted a Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism as part of its resolution 49/60 of 9 December 1994 encouraging States to review the scope of existing international legal provisions on the prevention, repression and elimination of terrorism “with the aim of ensuring that there was a comprehensive legal framework covering all aspects of the matter”. To this end, the Assembly had established an Ad Hoc Committee in 1996<sup>3</sup> and entrusted it with the task of, *inter alia*, elaborating a comprehensive convention on international terrorism.

It was the report of this Committee that was before the General Assembly during its 56th session starting in September 2001. Among the issues on which there was no consensus in the *Ad Hoc* Committee were the scope of the draft convention, the definition of terrorism, the exceptions for the activities of armed forces during armed conflicts and the relationship of the draft comprehensive convention to other sectoral and regional anti-terrorism conventions. These were the issues that had to be discussed during the 56th session of the General Assembly before it could adopt a comprehensive convention on international terrorism.

#### **IV. The work in the Sixth Committee**

When the General Assembly convened for its 56th session in New York in September 2001 the matter relating to the adoption of a comprehensive convention on international terrorism was allocated to the Sixth Committee. In turn, the Sixth Committee established a Working Group to continue, *inter alia*, to elaborate a comprehensive convention on international terrorism and elected Rohan Perera of Sri Lanka as its Chairman. At its meeting of 8 October 2001 the Sixth Committee decided to open the Working Group to all States members of the UN. Thus, it was at the meetings of this Working Group that extensive and elaborate discussion took place on the provisions of the draft comprehensive convention on international terrorism.<sup>4</sup>

The Working Group had before it the text of a draft convention proposed by India and the deliberations focussed on this text.<sup>5</sup> The Working Group held a number of informal consultations to hammer out the differences between the members of the UN. Consequently, the Working Group made significant progress

---

<sup>3</sup> Resolution 51/210 of 17 December 1996.

<sup>4</sup> See Generally, A/C.6/56/SR 27 and 28.

<sup>5</sup> UN Doc. A/C.6/55/L/2.

towards the finalization of the draft text. The views of States were gradually converging on an acceptable formulation of draft articles 3-17 and 20-27.<sup>6</sup> The purpose of the draft convention was to require each of the contracting parties to create a clear, concrete, credible and comprehensive legal mechanism to deal with terrorism.

However, there remained a couple of most important articles on which there was no consensus in the Working Group. As stated earlier, the main points on which there was disagreement concerned the definition of terrorism (draft article 2) and the exceptions for the activities of armed forces (draft article 18). These were the sticking points which ultimately prevented the adoption of the draft comprehensive convention on international terrorism by the UN General Assembly during the year in which the host city of the UN had been bombed by the terrorists.

#### **V. The definition of terrorism**

The definition of terrorism in draft article 2 contained in a working document submitted by India on the draft comprehensive convention on international terrorism and annexed to the report of the Working Group of 2000 was one of the most hotly contested provisions. The draft article read as follows:

##### *Article 2*

Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person, by any means, unlawfully and intentionally, does an act intended to cause:

Death or serious bodily injury to any person; or

Serious damage to a State or government facility, a public transportation system, communication system or infrastructure facility with the intent to cause extensive destruction of such a place, facility or system, or where such destruction results or is likely to result in major economic loss;

when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or abstain from doing any act.

Any person also commits an offence if that person attempts to commit an offence or participates as an accomplice in an offence as set forth in paragraph 1.

Any person also commits an offence if that person:

---

<sup>6</sup> UN Doc. A/C.6/56/WG.1/CRP.3.

Organizes, directs or instigates others to commit an offence as set forth in paragraph 1 or 2; or

Aids, abets, facilitates or counsels the commission of such an offence; or

In any other way contributes to the commission of one or more offences referred to in paragraphs 1, 2 or 3 (a) by a group of persons acting with a common purpose; such contribution shall be intentional and either be made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or be made in the knowledge of the intention of the group to commit the offence or offences concerned.

The above definition of terrorism as such was not the subject of much controversy in the Sixth Committee. This article became controversial when a Malaysian proposal on behalf of the members of the Organization of Islamic Countries (OIC) sought to add the following provision to draft Article 2:

“Peoples’ struggle including armed struggle against foreign occupation, aggression, colonialism, and hegemony, aimed at liberation and self-determination in accordance with the principles of international law shall not be considered a terrorist crime.”

The text of the Malaysian proposal on behalf of the OIC Group had been lifted verbatim from the 1999 Convention of the Organization of the Islamic Conference on Combating International Terrorism (hereafter the ‘OIC Convention’).<sup>7</sup> The view held by the OIC Group was that it was important to insert such provision in a comprehensive convention of this nature. They stated that the proposal was based not only on the 1999 OIC Convention but also on the 1979 International Convention against the Taking of Hostages. The introduction of this proposal changed the nature of discussion since many States were reluctant to subscribe to the formulation of the OIC Group, stating that a terrorist activity remained a terrorist activity whether or not it was carried out in the exercise of the right of self determination.

Those States which opposed the OIC proposal stated that in their view the draft comprehensive convention on international terrorism was not the right place

---

<sup>7</sup> See Article 2 of the OIC Convention, United Nations, *International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (New York, 2001), UN Publication, sales No. E.01.V.3 (hereafter ‘*United Nations, International Instruments*’), p.187 at 190.

to reaffirm the right of self-determination since it had amply been covered by other international human rights instruments. Thus, it became a protracted issue in the Sixth Committee. In spite of several attempts it was not possible to reach a compromise on this issue. Consequently, the idea of adopting a comprehensive convention on international terrorism during the 56th session of the General Assembly became unattainable.

#### **VI. Non-applicability of the term ‘terrorism’ to the Conduct of States**

Another controversy associated with the draft comprehensive convention was the provision in draft article 18 (2) relating to the non-applicability of the term ‘terrorism’ to the conduct of States. It read:

“The activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international law, which are governed by that law, are not governed by this Convention, and the activities undertaken by the military forces of a state in the exercise of their official duties, inasmuch as they are governed by other rules of international law, are not governed by this Convention.”

Many States were unhappy with this formulation and sought to make it a much narrower exception to the term ‘terrorism’. They were of the view that the definition of terrorism should cover acts of State-sponsored terrorism as well as acts of State terrorism, especially acts of military and paramilitary personnel. However, these States lost sight of the fact that the above-cited provision of the draft comprehensive convention was identical to Article 19 of the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings of 1997. Since States had already accepted such a provision in an international convention, its inclusion in the draft comprehensive convention on international terrorism should not have been a major problem.<sup>8</sup> Nevertheless, States were divided on the inclusion of this provision and no serious attempt was made to devise a compromise formulation.

#### **VII. Melting of the two controversial provisions**

As the discussion in the preceding paragraph demonstrates, there were two main provisions of the draft comprehensive convention on which States were not prepared to compromise their position. In other words, whether the definition of terrorism should exclude (1) the activities carried out in peoples’ struggle for self-determination, and (2) the acts of armed forces during an armed conflict were the

---

<sup>8</sup> United Nations, *International Instruments*, p. 99 at 110.

main issues which blocked the progress towards the adoption of the draft comprehensive convention. While one group of States wanted to exclude the first one from the definition of terrorism and include the second one in the definition another group wished to include the first one in the definition of terrorism and exclude the second one. Many states who wished to exclude the first one from the definition stated that it was necessary to do so in order to maintain a balance within the comprehensive convention, particularly taking into account the provision on the exclusion of the activities of the armed forces.<sup>9</sup>

It would have been possible to finalize the draft comprehensive convention during the 56th session of the General Assembly if both of the exclusions had not been included in the draft text. Since both of these activities, i.e. the activities carried out in the exercise of people's struggle for self-determination and the activities of armed forces during an armed conflict, have been regulated by other rules of international law, it was not necessary to reiterate these controversial provisions in a convention designed to condemn and criminalise terrorism.

With regard to the legitimacy of the armed struggle contemplated in the proposal of the OIC Group, the right of self-determination is already a well-established right in international law and has been reaffirmed by various UN General Assembly resolutions. The right of self-determination is not an absolute right as there are limitations to the exercise of these rights prescribed by international law. The right of self-determination cannot be carried out by whatever means necessary, but only in accordance with the rules of international humanitarian law. In the hierarchy of international rules, the laws of armed conflict would prevail over the activities carried out in exercise of the right of self-determination. International humanitarian law derived mainly from the four Geneva Conventions of 1949 is so sacrosanct and so universal that no legitimate armed struggle can constitute an exception to this body of law.

The same is true of the activities of armed forces during an armed conflict. Whether or not the provision contained in draft article 18 (2) is included in the final text of the comprehensive convention on international terrorism, it cannot alter the *jus cogens* character of the laws of armed conflict. The armed forces of a State, even when they are acting against terrorists, are not allowed to harm civilians or civilian targets and undermine the principles of general international law concerning the prohibition on the use of force and non-interference. In the name of writing a new law on terrorism in the aftermath of the terrorist attacks of 11

---

<sup>9</sup> See Generally, A/C.6/56/SR 27 and 28.

September 2001 in America, States were not in a position to undo the basic principles of international law.

A pragmatic solution was possible to break this dead-lock and make it possible to adopt the draft comprehensive convention during the 56th session of the UN General Assembly had the antagonistic parties sought to arrive at alternative solutions. Basically, the draft article 2 should have been adopted without the additional paragraph suggested by the OIC Group. However, an additional paragraph could have been added to article 18 to read as follows:

“Peoples’ legitimate activities undertaken in their struggle against foreign occupation, domination and colonialism, aimed at liberation, freedom and political independence and consistent with international law are not covered by this Convention.”

The scope of the additional paragraph to be added to article 18 should have been made narrower than the additional paragraph suggested by the OIC Group in article 2. This is because, the proposal of Malaysia on behalf of the OIC group consisted of many vague terms such as ‘hegemony’ in the additional paragraph to article 2. The term ‘hegemony’ is a fluid political concept rather than a concrete legal term. Hence, its inclusion in a convention of this nature was likely to give rise to ambiguity. Similarly, the OIC proposal blurred the distinction between an act of aggression against a State and other unjustifiable acts against peoples who have not yet attained independence. The internationally accepted definition of the term ‘aggression’ implies an act of aggression by one State against another. Since the intention of the proposal of Malaysia made on behalf of the OIC Group seems to be to protect the rights of peoples, the term ‘aggression’ appeared to be out of place in this context. When an act of aggression takes place, the victim State is entitled to exercise its right of self-defence rather than the right of self-determination. There is no doubt that peoples’ right to self-determination is a very well-recognised right in international law. But it does not necessarily require a reiteration of this right in this context.

Moreover, since the right of self-determination can be exercised in different forms under both traditional international law and modern law of human rights, it was better to have a different formulation which retained the essentials of the external dimension of the right of self-determination without creating any confusion. A careful attention had to be paid to the distinction between secessionist activities and peoples’ struggle against foreign occupation, domination and colonialism. There is no denying that the external dimension of the right of self-determination is a well-established principle of international and an exception had to be made to the lawful activities carried out by peoples in the exercise of this right



against foreign domination, occupation and subjugation. Indeed, a number of regional and sectoral conventions on terrorism provide for such an exception. However, it was necessary to provide an adequate safeguard against abusive invocation of this right. For this, the paragraph proposed by the OIC Group could have been drafted in a manner which made such abusive invocation difficult. The recognition of the right of self-determination should not mean that this right could be exercised by carrying out whatever activities necessary. Respect for the rules of armed conflict is paramount and no derogation from these rules is possible even when the activities are designed to achieve self-determination for peoples living under foreign domination and occupation.

In conclusion, the proposal of the OIC Group could have been moved to draft article 18 with some modifications just suggested since such a provision would have been more in harmony with other principles of international law. Similarly, the controversial provision contained in paragraph 2 of Article 18 could have been adopted with some modifications. It could have read as follows:

“The activities undertaken by the military forces of a State acting in self-defence or in accordance with Chapter VII of the Charter of the United Nations, inasmuch as they are in conformity with other principles of international law and in particular international humanitarian law, are not governed by this Convention.”

Since States can resort to the use of force against other States only in self-defence or in accordance with Chapter VII of the Charter of the United Nations these two conditions could have been, as proposed, stated in this paragraph. Even when acting under these two conditions the activities undertaken by the military forces of a State must conform to the principles of international law, such as proportionality, and in particular international humanitarian law. This should have been made clear, as suggested above, in the formulation. While providing for exceptions to the provisions of a comprehensive convention such as this it was necessary to define the exceptions as narrowly and as clearly as possible. Since the international community is aware that the activities of armed forces during an armed conflict are governed by international humanitarian law, it was not necessary to reiterate it in this article. A concise and precise provision designed to retain the essentials of both sections of the draft article in one sentence would be sufficient.

### **VIII. Conclusion**

In the aftermath of the terrorist attacks of 11 September in America, people around the globe had expected the UN to play a major role, if not a leading one, in shaping the ensuing events. However, the role of the UN has been a marginal one.

While the Security Council had not been asked either to authorize or endorse the American military action against Afghanistan, the General Assembly had been expected to adopt a comprehensive convention on international terrorism but failed to do so. This has somewhat diminished the significance of the UN as an organization capable of managing a major world crisis. The UN was reduced to a bystander in this major international event relating to the maintenance of international peace and security.

With regard to the adoption of a comprehensive convention on international terrorism, both the Sixth Committee and the *Ad Hoc* Working Group made a good progress towards the elaboration of a comprehensive legal regime on international terrorism. Their work could have been and should have been celebrated by adopting the proposed comprehensive convention with necessary amendments during the 56th session of the General Assembly. While the Security Council had a little role to play in the military actions that followed the attacks in America, the General Assembly could have asserted a role by adopting the convention. However, States were divided largely on two camps – while one camp consisted of States adamant in their unsustainable and untenable position on the narrow definition of terrorism to exclude the activities carried out in the exercise of the right of self-determination, the other group consisted of States prepared to define terrorism as broadly as possible.

It was unfortunate that no middle way was allowed to enter the debate. Had both sides shown flexibility we would have perhaps witnessed the adoption of a comprehensive convention on international terrorism – an instrument needed to combat international terrorism in the years and decades to come. In its concluding resolution on measures to eliminate international terrorism adopted on 12 December 2001 the General Assembly has once again asked the Ad Hoc Committee “to continue the elaboration of a draft comprehensive convention on international terrorism”.<sup>10</sup> In this resolution the Assembly condemns “all acts, methods and practices of terrorism as criminal and unjustifiable, wherever and whomsoever committed”.<sup>11</sup> In stating this the Assembly makes no reference to the legitimacy of the activities carried out in peoples’ struggle for self-determination.

In the view of the Assembly, “criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstances unjustifiable, whatever the considera-

---

<sup>10</sup> Paragraph 17 of General Assembly Resolution 56/58 of 12 December 2001 (UN doc. A/RES/56/88).

<sup>11</sup> Operative paragraph 1 of the Resolution.

tions of a political, philosophical, ideological racial, ethnic, religious or other nature that may be invoked to justify them".<sup>12</sup>

Thus the General Assembly provides a lead towards the resolution of the controversy regarding the definition of terrorism by defining terrorism as broadly as possible. It remains to be seen whether and how the members of the UN would be able to hammer out their differences in the intervening period and make it possible for the 57th session of the General Assembly to adopt the draft convention on international terrorism. There is no doubt that the world needs a comprehensive legal mechanism not only to fight terrorism but also to promote the rule of law at the international level.

---

<sup>12</sup> Operative paragraph 2 of the Resolution.

## Profile / Profil

---

### Arthur W. Rovine

ROSABEL E. GOODMAN-EVERARD\*

Arthur Rovine is a tireless thinker. “I’m not so sure ...” were parental words that taught him early on to question and to think, and not to do so in a conventional way. He thinks about an impressive range of subjects, including history, politics, medicine, biology. He plays the piano and the guitar, sings, has a passion for theatre, and is a consummate storyteller, which made interviewing him a total pleasure. Teaching is another passion. From 1966 to 1972 he taught international law and organization at Cornell University, and wrote, mostly about the ICJ and the UN Secretary General. During his State Department years in Washington in the 70s he taught international law at Georgetown Law School, and more recently taught international arbitration as a Visiting Lecturer in Law at Yale Law School, with Ruth Wedgwood.

Arthur Rovine’s Manhattan office overlooks the East River, fittingly so, as his career has often required him to look in an easterly direction. At the State Department he was involved in the China recognition agreements, the Egypt-Israel Peace Treaty and the 1981 Algiers Accords that ended the Iran Hostage Crisis and created the Iran-US Claims Tribunal in The Hague. Photos in his office bear witness to these exciting years, on which he smiles along with Carter, Ford, Muskie, Kissinger and George Bush Sr., as well as members and staff of the Iran-US Claims Tribunal.

In his present international arbitration and litigation practice, complex contract issues and the interpretation of contracts and contractual relationships are his particular expertise. He joined Baker & McKenzie in 1983 and became a partner in 1985. In that capacity he returned many times to the Iran-US Claims Tribunal and appeared before other arbitration tribunals, both institutional and *ad hoc* (though rarely as arbitrator – the firm’s size mostly conflicts him out), representing claimants like *Fluor Corporation*, *Combustion Engineering*, *Rockwell International*, *General Dynamics*, *Deloitte Touche Tomhatsu International*, *Touche Ross International*, *Taiwan High Speed Rail Corporation*, *John Brown*, *Nuclear Electric Insurance Limited*. Even as recently as 2000 he appeared before the Iran Tribunal, when the *Sabet*

---

\* International Arbitration Consultant in Washington, DC, USA; Member of the Paris, France, bar; former Partner, Derains & Associés, Paris, France.

case was finally decided, almost 20 years after it was brought. He also has numerous cases before the UN Compensation Commission in Geneva, established especially to settle the claims against Iraq after Gulf War in 1991<sup>1</sup> – he notes wryly that he shares his birth date with Saddam Hussein – where in the mid 90s he represented Egypt in the *Egypt v Iraq* case, involving important humanitarian aspects. While supporting the sanctions, he emphasizes the importance of Iraq's reintegration into the international community.

His interest in international law came early. Still a child when World War II ended, its events, and later on the establishment of the United Nations, left a lasting impression. For most, interest in international law develops gradually, as an esoteric hobby, but Arthur Rovine went to Harvard Law School with no other intention than to become an international lawyer. Already in college (he majored in political science) he took as many courses as possible featuring the word “international”. He is one of the founders of the concept of international law societies and international law journals without which American law schools these days cannot be imagined; when asked who influenced him most in law school, he refers to the small group of like-minded fellow students he belonged to who established what they called the “Harvard International Law Club” and the “Harvard International Law Club Journal”.

He sees international law foremost as an instrument of peace. At first he focused on the UN – in 1966, at Columbia University, he finalized his dissertation about the UN Secretary General's Cabinet, and four years later, while teaching at Cornell, he published a major treatise on the role of the Secretary General.<sup>2</sup> At Columbia he was approached by Ernest Gross of Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle to help staff an International Court of Justice case representing Liberia and Ethiopia acting for the Organization of African Unity against South Africa. The case concerned South Africa's administration of its League of Nations Mandate over South-West Africa, today Namibia, having blatantly, in his view, failed “to promote to the utmost the material and moral well-being and social progress of the inhabitants” – after 40 years he still knows the words of the Mandate by heart. A man of quiet but unwavering directness and solid convictions, he doesn't mince words over the ICJ's refusal to deal with the merits, and its dismissal instead for the claimants' lack of “legal interest in the subject matter”.

---

<sup>1</sup> Together with Grant Hanesian, he also edits the Gulf War Claims Reporter, published by the International Law Institute at Georgetown University, Washington, DC.

<sup>2</sup> “The First Fifty Years: The Secretary-General in World Politics 1920-1970”, Sijthoff, Leiden, the Netherlands, 1970, 498pp.

Government official, professor, writer, lecturer and international attorney, Arthur Rovine loves all aspects of the legal profession. It was under the academic flag that he entered the State Department in 1972, as Editor of the *Digest of US Practice in International Law*, but after three years he switched to more policy-oriented work as Assistant Legal Adviser for Treaty Affairs. With the US riding out the waves of the Vietnam War and the Watergate debacle, a new attitude to foreign affairs and presidential power emerged. He is fascinated by these years, and his country's often testy relationship with international law, across issues like the President's authority to make executive agreements<sup>3</sup>, the authorization of such agreements,<sup>4</sup> the impact of international agreements on US domestic law,<sup>5</sup> and the US' hesitation with regard to international reciprocity.<sup>6</sup> He prepared massive and meticulously researched memoranda on such issues as whether the Algiers Accords should be a treaty or an executive agreement<sup>7</sup> (the difference being the required degree of involvement of House and Senate), and the way to terminate the Mutual Defense Treaty with Taiwan, prerequisite for recognition by the US of the People's Republic of China. To make treaties, the advice and consent of the Senate is required, but their termination, throughout American history, has been done in every imaginable way, in the 20th century increasingly by the President alone. He advised President Carter accordingly with respect to the Taiwan Mutual Defense Treaty, and Carter was promptly sued by Barry Goldwater, then Senator and a close ally of Taiwan, who

---

<sup>3</sup> In the mid-seventies the Counsel of the Senate Foreign Relations Committee wished to subject executive agreements to the legislative veto and Arthur Rovine prepared the then State Department Legal Adviser Monroe Leigh's testimony for both House and Senate hearings.

<sup>4</sup> As in the *Dames & Moore v. Regan* case, in which the constitutionality of denying US claimants access to the US court system, referring them instead to the exclusive jurisdiction of the Iran-US Claims Tribunal in The Hague, the Netherlands, under the Algiers Accords was contested.

<sup>5</sup> This question came about with regard to the human rights treaties under President Carter that lead to much criticism that the many reservations, declarations and understandings written into them by the US compromised the meaning and effect of their adoption. The role of the House of Representatives in making domestic law was a central question.

<sup>6</sup> In 1987 Senator Jesse Helms introduced legislation essentially to do away with the Vienna Convention on Diplomatic Immunity, wishing to expose foreign diplomats in the USA to prosecution and conviction in the USA, without appreciating, among many other consequences, that this would expose US diplomats abroad to prosecution and conviction there.

<sup>7</sup> See also note 4, above.

felt deprived of his vote in the matter, and who strongly suggested that the President had been the victim of some very poor legal advice and should forthwith fire the people concerned (the case went all the way to the Supreme Court, and Senator Goldwater lost).

The State Department appointed Arthur Rovine as the first liaison between the Office of the Legal Adviser and the ABA International Law Section. Once in private practice he continued this involvement and respectively became the Section's Chairman and its delegate to the ABA House of Delegates. More recently the American Society of International Law has taken most of his extracurricular time and interest. He became its first President-Elect in 1999, and was its President from 2000 until the Spring of this year. Under his leadership the ASIL decided to stay in Tillar House in Washington, DC, and funds were raised and spent for its refurbishment. One of his main presidential agenda items was to implement an educational outreach program, brainchild of Supreme Court Justice Sandra Day O'Connor, to disseminate information on international law amongst the judiciary.<sup>8</sup> This has now been accomplished in the form of a book that will be distributed to the appropriate judges and their clerks. The program now also extends to the media, who can consult designated ASIL experts whenever necessary. He furthermore felt that its narrow focus on public international law, excluding related issues like international tax law, and its reticence to take position, made the ASIL less attractive to commercial practitioners. Following the approach of the Council of Foreign Relations, of which he is a member, he created private international law interest groups to diversify the ASIL's focus, while his implementation of a task force system now allows for position taking without implicating the ASIL directly.

Arthur Rovine is defined by a rare and seemingly contradictory combination of personality attributes: immense academic solidity, moral firmness, directness, great mental agility, dignity, a totally egalitarian brand of friendliness and a wonderful sense of humor. He can make one laugh in the middle of intellectual discourse and he can educate with a joke. He can bring across his ideas in just a few brilliant words – only if necessary, though, for he rather uses a good many. He can speak at

---

<sup>8</sup> As we were talking, he received an e-mail containing an Associated Press article about Justice O'Connor addressing a meeting of the American Law Institute: "American judges, including those on the highest court, must no longer ignore international issues, Supreme Court Justice Sandra Day O'Connor said Wednesday. The September 11 attacks drove home the importance of looking outside the country's borders to shared problems and conflicts, O'Connor said. (...) "No institution of government can now afford to ignore the rest of the world."

length about his achievements, yet come across as a modest man. He can defend and work with any rule or policy without compromising his beliefs, for he can always reason his way around or through them. He analyzes and synthesizes simultaneously and with equal ease. He can remain silent about many subjects, yet seem totally transparent.

Being Arthur Rovine stood Arthur Rovine in good stead when from 1981 to 1983 he was the first US Agent to the Iran-US Claims Tribunal in The Hague, a life-changing experience. It was a place where history was being made and where he could innovate, and always full of stories – Arthur Rovine just loves stories. He seemed a friendly and flexible diplomat at the time, but now describes himself as a hard-liner, harder even than the State Department: there were big issues at stake. He had to define his job description: arguing US Government cases, assisting individual claimants, conferring and negotiating with the Dutch host government, the Dutch Central Bank, with the Iranians, with the staff, with the arbitrators, on such diverse issues as the application of Dutch law, privileges and immunities, payment mechanisms, procedure and administration. An American in a religiously skewed environment, he felt strongly about matters of religion, whether it concerned allegations that a Jewish attorney and client were lying because they were Jewish, or the refusal to hire an interpreter because of his Baha’i faith. He never compromised on his convictions and was never afraid (he isn’t often afraid) that the Iranians might walk away – he thought the Tribunal could continue without them, if necessary, and he also knew there was too much at stake for Iran, including a billion dollars plus interest in escrow, and its own very large claims against the US.

After 21 years of functioning, he feels the Tribunal is ultimately a success – tough on American claimants, but with mostly fair, though smallish, awards. It contributed much to the field of international commercial arbitration, also through the integral publication of its awards in the collection *Iran-United States Claims Tribunal Reports*.<sup>9</sup> He attaches great value to the integral, not partial or edited (he calls it “sanitized”), publication of arbitral awards. He is pleased that it has brought Iran onto the international arbitration and litigation stage.

Arthur Rovine feels that the US’ present sole-superpower status has not done it much good with regard to international law. He deplores his country’s weakening participation in international lawmaking, including its refusal to have anything to do with the International Criminal Court, also precluding any influence in its establishment and functioning and any protective effect against “rogue” states that

---

<sup>9</sup> Grotius Publications, University of Cambridge, E. Lauterpacht, ed. – since 1981, over thirty volumes have appeared.



even mere Rome Statute membership could provide. The headlines on the day of the interview concerned the treaty between the US and Russia for the cutback of nuclear weapons – he criticized the current Administration’s opposition to legally binding treaties, as well as the conservative movement’s general dislike of international law as restricting US freedom in international affairs. During his ASIL presidency he established an ASIL Task Force on International Law and Terrorism following the debates on the status and treatment of Taliban and Al-Qaeda “prisoners,” and the Government’s decision to use military tribunals for aliens accused of war crimes and violations of the laws of war. His remarks always remain practical, finding interpretations of current policy that allow doors to remain open, even when decisions are flawed. He needs neither ideological discourse nor indignation, as he firmly believes in the ultimate victory of reason, justice and equality, irrespective of the political influences of a period: the timeless, abstract and universal truth of Jefferson’s words. He thought it at the end of World War II, and he still thinks it: international law is about peace.

## Work in Progress / Travaux en cours

---

### Table ronde sur « Governance and international legal theory »

CATHERINE KESSEDJIAN

A l'invitation du département de droit international public de la Faculté de droit de l'Université d'Utrecht, Pays-Bas, vingt chercheurs venant de quelques douze pays, se sont réunis pendant deux jours à Utrecht, pour discuter de la gouvernance dans le contexte de la théorie générale du droit international.

La méthode était relativement simple. A la suite d'un appel à contribution, chaque chercheur, dont l'idée avait été acceptée par le comité d'organisation, avait envoyé à l'avance un document écrit présentant ses réflexions soit de manière approfondie et quasi définitive, soit de manière provisoire. Chaque participant étant sensé avoir lu ces contributions avant d'arriver à Utrecht, la discussion pouvait s'engager sur le fond de chacune d'elle après une brève présentation des idées forces par son auteur. La méthode fut suivie avec souplesse mais rigueur ce qui a permis une discussion très ouverte, générale, extrêmement fructueuse pour tous les participants assurant ainsi un plein succès aux travaux.

Sur le fond, le titre qui avait été choisi aurait pu faire fuir plus d'un juriste. Après tout, qui veut encore aujourd'hui parler de théorie générale du droit surtout lorsque cette « science » est accolée à un terme aussi vague encore que celui de « gouvernance ». Mais contrairement à ce que le titre laissait présager, les communications très générales de pure théorie juridique n'ont pas été les plus nombreuses mais elles ont permis une réflexion approfondie sur les phénomènes auxquels les juristes de droit international sont confrontés<sup>1</sup>. En revanche, chaque communication plus précise (rôle des ONG dans la négociation de la Cour criminelle ; la place des organisations internationales dans le processus de création du droit international ; l'essor des tribunaux et des mécanismes internationaux de règlement des différends comme celui de l'OMC ; l'ordre juridique communautaire ; la société de l'information ; la création normative en droit de l'environnement)<sup>2</sup> a permis à

---

<sup>1</sup> Andreas Paulus : « From Territoriality to Functionality ? Towards a Legal Methodology of Globalization » ; Jörg Friedrichs, « International Law in the New Middle Ages » ; Wouter Werner, « State Sovereignty as an Interpretive concept » ; Gerhard Anders, « Legal pluralism in a transnational context: Where Disciplines converge » ; Nicholas Tsagourias, « The 'will' of the 'international community' as a normative source of international law ».

<sup>2</sup> Diane Marie Amann, « Clipping Eagles' Wings : The International Criminal Court as a

son auteur de réfléchir au thème général dans le contexte particulier qui faisait l'objet de ses préoccupations.

Wouter Werner<sup>3</sup>, qui a été la cheville ouvrière de cette table ronde et à qui on doit une grande partie de son succès, s'est refusé à établir des conclusions à la fin des deux journées très riches. Ce qui suit représente donc les éléments qui nous ont paru les plus saillants mais ne se veulent pas être une synthèse complète des débats et des échanges d'idée, ce qui serait impossible.

Les participants se sont bien gardés de définir ce que l'on entend par « gouvernance » tant le concept leur semble encore aujourd'hui, vague, et peu cohérent. Mais, au fur et à mesure de l'avancée des discussions on pouvait percevoir que certains commençaient à entrevoir un début de contenu : l'acceptation du pluralisme juridique pourrait faire partie de la gouvernance ; ainsi que la participation des acteurs autres que les Etats (non-state actors) au processus de création normative ou la nécessité de permettre un recours au juge<sup>4</sup>. Il a été dit que la gouvernance veut combler un vide car on sait que les problèmes mondiaux exigent une réponse, une gestion mondiale. Mais personne ne veut de gouvernement mondial. C'est pourquoi, on a rappelé cette phrase désormais bien connue : « gouvernance sans gouvernement ».

De la même manière, aucune définition n'a été donnée de la société civile même si nous avons rappelé celle que nous donnons dans le cours que nous avons prononcé

---

Limit on State Sovereignty”; Michael Struett, “The politics of constructing an International Criminal Court”, Rod Jensen, “Sovereignty in a Global village : the role of the International Criminal Court in presenting a new concept of State”; Thomas Skouteris, “The new tribunalism”, Catherine Broëlmán, “International Organisations and Global Governance: an uneasy Union”, Ige Dekker and Ramses Wessel, “Rethinking the Normative Force of Decisions of International Integration-Organisations”, Tomer Broude, “International Judicial Bodies as Sources of Normativity: the case of the WTO dispute settlement – Is it really so special?”; Herman Voogsgeerd, “The Unique Character of the European Community Legal order and the legitimacy of its law – The EC Court of Justice as a legitimate authority in a post-national construction?”, Joyeeta Gupta, “Non-State actors and International Environmental Law: Undermining or Increasing the legitimacy and Transparency of International Treaty Making”; J.P. Misfud Bonnici & CNJ de Vey Mestdagh, “Balancing Norms in cyberspace: Non-State economic actors and international norms in cyberspace”.

<sup>3</sup> Wouter Werner peut être joint à l'adresse suivante pour toute information complémentaire sur les travaux qu'il envisage à l'avenir sur ce thème : W.Werner@law.uu.nl.

<sup>4</sup> Nous utilisons ce terme dans un sens générique pour signifier tout tiers désintéressé chargé de régler les différends qui peuvent surgir dans la vie internationale.

à l'Académie de droit international du 8 au 12 juillet<sup>5</sup> et qui n'a pas posé de difficulté ni n'a suscité de discussions même si cela ne veut pas dire qu'elle a été acceptée, telle quelle, par les participants.

Des hésitations plus grandes ont été énoncées pour savoir ce qu'il convient aujourd'hui d'entendre par « communauté internationale ». Est-elle composée seulement d'Etats ? Mais les Etats sont-ils encore des Etats ? Un participant a même énoncé l'idée que nous serions en présence de « quasi-Etats » et d' « Etats de substitution ». Et si l'on doute que l'Etat ne sorte pas intègre des bouleversements annoncés, qu'en est-il de la souveraineté ? Celle-ci aurait indéniablement un contenu différent de celle qu'elle avait au début du XX<sup>e</sup> siècle.

L'idée a été également lancée de l'éventuel besoin de la communauté internationale d'avoir un arbitre ultime qui dirait qui a tort qui a raison ; ce qui est bien et ce qui est mal. Cette perspective sonne avec une résonance particulière au vu de la Conférence prononcée quelques jours plus tôt par M. Camdessus, ancien Directeur général du FMI, qui appelait de ses vœux un arbitre politique capable, in fine, de prendre une décision et trancher les hésitations politiques se faisant jour au niveau mondial<sup>6</sup>.

La fragmentation et le pluralisme ont également occupé le centre de la scène durant les deux jours de discussion. La division fonctionnelle qui a été caractérisée comme le nouveau critère devant remplacer la division territoriale, entraîne une spécialisation des institutions et des méthodes ainsi que de la substance du droit. Tout ceci s'est retrouvé quasiment dans toutes les communications, sans pourtant que les participants parviennent à se prononcer sur les avantages et les inconvénients que ces phénomènes entraînent pour la valeur de la norme juridique.

Mais le concept qui est revenu le plus souvent est celui de « légitimité ». Légitimité des acteurs, des institutions, de la norme etc. ... C'est la crise la plus grave qui a été mise en évidence. A tel point d'ailleurs, qu'il a été impossible, tout au long des débats de dire comment la légitimité s'apprécie, selon quels critères, par qui. Tout est légitime ? Rien n'est légitime ? La légitimité, pour les acteurs, ne serait-elle après tout que le constat du partage des mêmes valeurs dans un groupe donné ? La codification pourrait-elle, à elle-seule, assurer la légitimité de la norme ? Habermas et sa « discursive legitimacy » ont été appelés à la rescousse à plusieurs reprises sans que l'on s'en soit trouvé dans une bien meilleure position de compréhension. Il est

---

<sup>5</sup> Cours à paraître au Recueil des cours de l'Académie.

<sup>6</sup> Conférence prononcée le 2 juillet 2002 à l'Académie de droit international, à paraître dans le Recueil des Cours.

indéniable, cependant, pour certains participants, que la légitimité de la norme internationale exige aujourd'hui l'intervention d'un beaucoup plus grand nombre d'acteurs dans le processus de création de la norme. Ceci engendre également un changement profond des méthodes, légitimant le consensus dans le processus décisionnel au détriment de toute autre méthode, notamment celle du vote. Mais on peut douter que cela engendre plus de clarté.

La légitimité va de pair avec la responsabilité (accountability) si bien que l'un des participants a déclaré qu'il convenait désormais de mettre en place les règles applicables aux « non-state actors » : le droit civil international ou le droit de la société civile internationale. Toutefois, il oubliait peut-être que les acteurs de la société civile sont déjà responsables dans les pays desquels ils sont des ressortissants et que l'on ne voit pas pourquoi ils deviendraient doublement responsables. N'est-ce pas suffisant d'utiliser les instruments forgés par le droit international privé et coordonner les droits nationaux plutôt que d'ajouter encore une strate de responsabilité supplémentaire ?

Tout ceci et bien d'autres idées encore seront développées dans les communications définitives qui seront rassemblées en un livre à paraître, nous l'espérons, avant la fin de l'année 2002. Les participants se sont promis de poursuivre leur réflexion à la fois de manière individuelle et collective en se donnant rendez-vous dans un an.



## **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](http://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.