

International Law FORUM du droit international

Volume 5, 2003



KLUWER LAW INTERNATIONAL
THE HAGUE / LONDON / NEW YORK

International Law FORUM du droit international

Volume 5, No. 1, February 2003

Editorial	3
Recurring Themes / Thèmes récurrents	
<i>La réparation / Reparation</i>	
CATHERINE CISSÉ et CATHERINE KESSEDJIAN / Introduction	5
PIERRE D'ARGENT / Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés)? La question des réparations en cas de violation massive des droits de l'homme	10
ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM / Toward a Universal Doctrine of Reparation for Violations of International Human Rights and Humanitarian Law	27
GEOFFREY C. HAZARD / Judicial Redress for Historical Crimes: Procedure	36
PIERRE MONNIER / Le mode de compensation de l'OMC, état des lieux et aspects prospectifs	47
SEAN D. MURPHY / Liability and the WHO Framework Convention on Tobacco Control	61
Work in Progress / Travaux en cours	
EMMANUEL DECAUX / Des crimes d'hier aux responsabilités d'aujourd'hui	71
Conference scene / Le tour des conférences	
NANCY AMOURY COMBS / Establishing the International Criminal Court	76
EDDA KRISTJÁNSDÓTTIR / Resolution of International Water Disputes	85

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

Editorial

Volume 5, numero 1

L'actualité de ce début d'année 2003 démontre une nouvelle fois que nous vivons une époque de profondes perturbations dans les relations internationales.

La pression faite sur l'Iraq au début de l'année a atteint un point culminant. Il est clair désormais que ce conflit aura des répercussions à long terme sur l'ordre juridique international.

Tout d'abord de par son impact sur les relations entre les Nations Unies et les Etats-Unis, le conflit marquera un précédent.

Si les Nations-Unies ne peuvent se passer de la puissance américaine pour la mise en oeuvre des résolutions du Conseil de sécurité, qu'en est-il de l'attitude des Etats-Unis envers l'ONU ? La prédominance internationale politico-militaire des Etats-Unis rend d'autant plus importante sa canalisation (certains commentateurs utilisent même le terme *Einbindung*) au niveau international. Les Etats-Unis sont-ils convaincus de l'importance de la coopération et de la consultation internationales, de préférence par l'intermédiaire de l'ONU ? Les membres du Gouvernement américain considèrent que les Etats-Unis sont à une période charnière de la lutte contre le terrorisme et les armes de destruction massive. La manière dont ils veulent traiter les conflits actuels (qu'il s'agisse de l'Iraq ou bien de la Corée du Nord) et la mesure dans laquelle ils se laisseront influencer par les autres membres de la communauté internationale pourraient bien servir de précédent et de base pour les années à venir.

Ensuite, la question se pose d'ores et déjà de ce qu'il est convenu d'appeler un peu trivialement "l'après Saddam". Force est cependant de constater que la question du respect des droits de l'homme en Iraq n'est pas nouvelle. Dans son rapport pour les Nations Unies il y a une dizaine d'année de cela, Max van der Stoep critiquait déjà vivement et fermement le régime de Saddam Hussein. Mais c'est désormais une solution concrète qui devra être trouvée pour juger les personnes qui se sont rendues coupables de violations graves des droits de l'homme. Il faudra choisir entre diverses possibilités, telles le recours à la CPI (à laquelle les Américains sont très hostiles)¹, la création d'un tribunal ad hoc, des poursuites dans le pays même ou encore une orientation vers la réconciliation.

¹ Cela concernerait les violations commises après le 1er juillet 2002.

Editorial

Lorsque l'on parle de violation grave de droits fondamentaux, la question se pose du droit à réparation des victimes.

Cela nous mène au thème que nous avons choisi pour ce premier numéro de l'année 2003, à savoir la question de la réparation. Dans leur introduction Catherine Cissé et Catherine Kessedjian tentent de faire le point sur les grandes lignes d'un sujet très vaste dont nous avons conscience qu'il nécessite bien d'autres contributions. Geoffrey Hazard, Pierre d'Argent et Abdullahi Ahmed An-Na'im examinent la question de la réparation en cas de violations graves des droits de l'homme, chacun sous un angle différent. Pierre Monnier met à nu le mécanisme de compensation prévu dans le règlement des différends de l'OMC tandis que Sean Murphy étudie le régime de la responsabilité en cas de dommages liés au tabagisme dans le cadre d'une convention de l'OMS.

Emmanuel Decaux commente pour "Travaux en cours" les progrès effectués au sein de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies en vue de la reconnaissance des crimes de l'histoire et de leur réparation. Enfin dans "Le tour des conférences", Nancy Combs relate la conférence de La Haye sur l'établissement de la Cour pénale internationale et Edda Kristjansdóttir résume deux conférences qui ont eu lieu aux Pays-Bas sur la résolution des différends relatifs à l'eau.

Le Comité de rédaction est heureux de retrouver ses lecteurs pour une cinquième année dans laquelle nous aborderons des thèmes aussi difficiles que la gouvernance d'entreprise et la corruption, ou l'expropriation indirecte. Comme d'habitude, nous vous encourageons à nous adresser vos réflexions sur tous les sujets auxquels FORUM s'intéresse.

Nous sommes également très heureux d'accueillir au sein du Comité de rédaction trois nouveaux membres qui sont venus rejoindre l'équipe de FORUM, Maurizio Brunetti, Edda Kristjansdóttir et Patrick Wautelet. Chacun, venant d'horizons différents apporte à l'équipe une compétence supplémentaire qui enrichira nos débats.

Recurring Themes / Thèmes récurrents

La réparation / Reparation

Introduction

Depuis l'Antiquité, la réparation pour dommage causé à autrui est considérée comme l'un des piliers du Droit. La réparation dans la plupart des systèmes juridiques revêt plusieurs formes tels que dommages-intérêts, réparation en nature, réparation morale ou symbolique.

L'essence de la réparation est quasi surnaturelle puisqu'elle est censée "replacer" la victime dans la situation antérieure au dommage. Elle a très vite remplacé, dans l'interprétation de la loi du Talion, la sanction à l'identique que cette loi était censée ordonner. Petit à petit, on a fait croire à la victime que la réparation, le plus souvent sous la forme d'une indemnité pécuniaire, constitue le remède magique à l'anéantissement de sa souffrance. Une telle fiction juridique est remise en cause par la psychanalyse qui entrevoit quelques contradictions dans la finalité même de la réparation. Accorder aux victimes des réparations pour la souffrance causée par la mort d'un proche (préjudice moral) ne ressuscite en effet le défunt que dans nos imaginaires de juristes.

Cette croyance dans les vertus "thérapeutiques" de la réparation explique en partie la place centrale voire envahissante et paralysante que cette dernière occupe dans les rapports humains, que ceux-ci soient d'ordre privé, politique ou économique. Désormais, pour qu'elle soit complète, la sanction de l'auteur du dommage doit non seulement passer par une sanction pénale mais également une sanction civile qui, si l'auteur est insolvable ou s'il ne peut être identifié, pourra être prise en charge par l'Etat ou des fonds de solidarité mis en place de manière ad hoc ou permanente. L'exemple des accidents de la circulation en droit interne est le paradigme de cette logique. En droit international, on connaît des exemples semblables en matière d'environnement ou d'activités spatiales.

Si, notre propos n'est nullement de remettre en cause le principe de la réparation qui peut être considéré comme l'expression même de la justice, il n'en demeure pas moins que les limites qu'il convient de lui apporter et les modalités de sa mise en œuvre ouvrent plusieurs pistes de réflexion.

Les crimes de l'histoire fournissent une illustration des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du principe de la réparation.

La question de la réparation pour la traite négrière et l'esclavage a suscité des débats houleux lors de la conférence de Durban sur la discrimination raciale et la

xénophobie. Pour certains, la réparation est exclue en raison du caractère licite de ces "crimes" au moment où ils ont été commis tandis que pour d'autres, la gravité et l'ampleur de tels crimes justifient la réparation. L'argument de la licéité des crimes de l'histoire est peu convaincant dans la mesure où ce sont les gouvernements de l'époque qui utilisaient le paravent de la légalité pour justifier les pires atrocités. De surcroît, admettre l'argument de la licéité, serait nier qu'il existe des normes supérieures aux normes juridiques qui peuvent donc être illégitimes. Il est par conséquent surprenant qu'un tribunal japonais ait récemment rejeté les requêtes de plaignants chinois en réparation des dommages causés par les armes biologiques utilisées pendant la seconde guerre mondiale par le Japon au motif que non seulement à l'époque des faits incriminés, le droit international ne reconnaissait pas le droit à réparation pour les victimes de tels dommages, mais que la situation restait inchangée en 2002 !¹ Certes, il faut se garder de juger au regard des principes d'aujourd'hui des actes passés, souvent loin dans le temps. Mais il existe des principes fondamentaux dont il serait étonnant d'affirmer qu'ils n'existaient pas « de tous temps ».

Evidemment, le juriste techniciste a beau jeu de poser les questions suivantes : Quid du lien de causalité entre les descendants d'esclaves et le dommage subi ? Comment quantifier le dommage ? De quelle nature peut être la réparation ? Les plaintes en actions collectives estimant le montant du préjudice à 8 milliards de dollars² sont-elles fondées ? Ne faut-il pas mettre l'accent plutôt sur des programmes sociaux et éducatifs destinés à atténuer les stigmates du racisme ? Qui doit réparer ? Est-ce l'Etat américain, les entreprises qui ont pu prospérer grâce à l'esclavage ou les Etats africains qui se sont rendus complices de ce commerce abject ?

Face à une telle complexité et aux risques d'implosion du système judiciaire et économique, le recours à des solutions négociées au cours ou en dehors d'un procès constitue une méthode plus viable et efficace, comme le montre la procédure de règlement des requêtes des victimes de l'Holocauste concernant des avoirs déposés dans les banques suisses avant et pendant la seconde guerre mondiale³.

De même des actes symboliques telle que la reconnaissance historique suivie d'un acte de repentance jouent un rôle important dans la cohésion sociale.⁴ Les

¹ Washington Post 28 August 2002

² Montant avancé par la National Coalition of Blacks for Reparation in America (N'COBRA)

³ Voir le site du Claims Resolution Tribunal www.crt-II.org

⁴ Voir les lois françaises relatives à la reconnaissance du génocide arménien (JORF no 25, 30 janvier 2001, page 1590) et à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité JORF no 119. 23 mai 2001, p.8175)

Commissions de Vérité et de Réconciliation au Chili, en Afrique du Sud et en Argentine ont reconnu à des degrés divers, le droit à réparation des victimes.

Les victimes de violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme bénéficient aujourd'hui des garanties obtenues sous la pression des ONG et d'éminents experts tels que Theo Van Boven dont le rapport sur le droit à la restitution, compensation et réhabilitation pour les victimes des violations graves des droits de l'homme est à l'origine d'avancées importantes. Ainsi en Australie, la Commission nationale d'enquête sur la séparation des enfants aborigènes de leurs familles a reconnu que cette pratique de confiscation était constitutive de génocide et a recommandé un schéma de réparation⁵ calqué sur celui proposé dans le rapport Van Boven.

La Cour pénale internationale (CPI), à la différence des tribunaux ad hoc pour l'ex Yougoslavie et le Rwanda, consacre le droit pour les victimes ou leurs ayant droits à la restitution, à l'indemnisation et à la réhabilitation⁶. Cette dernière forme de réparation est essentielle pour la reconstruction du tissu social d'un pays dévasté par des crimes contre l'humanité. Le statut de la CPI innove également en prévoyant que la Cour pourra octroyer une indemnisation à charge d'un fonds qui sera alimenté par les amendes, par le produit des biens confisqués de l'accusé et par des contributions volontaires des Etats membres.

Ces dispositions relatives à la réparation des victimes n'excluent pas les droits que le droit interne ou le droit international reconnaissent aux victimes. Cette compétence concurrente est particulièrement importante en cas, par exemple, de travail forcé où des demandes en réparation pourront être dirigées contre les multinationales ayant profité de ce travail forcé.

Une Commission des réclamations a été instaurée en vertu l'accord de paix du 12 décembre 2000 entre l'Erythrée et l'Ethiopie. Son mandat est de statuer par voie d'arbitrage obligatoire sur toutes les demandes relatives aux pertes, préjudices et dommages formulées par les Etats concernés ou par leurs ressortissants à l'encontre de l'autre gouvernement ou des entités publiques de l'autre partie qui résultent de violations des Conventions de Genève et autres violations des droit de l'homme commises dans le cadre du conflit.

L'originalité de cette Commission tient au fait qu'elle est également compétente pour déterminer la responsabilité d'un Etat auteur de violations du droit humani-

⁵ La Commission a recommandé à titre de réparation : la reconnaissance et les excuses, les garanties de non répétition, la restitution, la réhabilitation et l'indemnité pécuniaire.

⁶ Article 75 du Statut de la CPI

taire. C'est une première en droit international. Dans le cas de la Commission des réclamations pour l'Irak, la responsabilité a été préalablement déterminée par le Conseil de Sécurité.

Un droit communautaire de la réparation est actuellement à l'étude. Dans le souci d'assurer la protection des victimes d'infractions dans l'Union Européenne, une proposition de Directive du Conseil prévoit en effet une indemnisation pour les préjudices subis sur le territoire de l'Union par tous les ressortissants de l'Union et les personnes en séjour régulier⁷.

Cet objectif sera atteint par la création d'une norme minimale pour l'indemnisation publique des victimes d'infractions.

Toutes ces évolutions ne doivent pas occulter les zones d'ombre. L'adage "le mieux est l'ennemi du bien" peut être bafoué sur l'autel des intérêts trop gourmands. Nous gardons à l'esprit les conséquences sanglantes des Commissions de réparations Dawe et Young qui en imposant à l'Allemagne des réparations excessivement lourdes pour les dommages de la première guerre mondiale ont contribué à créer les conditions qui ont conduit à la seconde guerre mondiale.

Les lacunes juridiques dans le domaine de l'environnement sont inacceptables. Par exemple, l'absence d'un régime de responsabilité internationale pour les dommages causés par la pollution au milieu marin combinée aux difficultés rencontrées pour identifier l'auteur de l'acte, établir le lien de causalité entre le dommage et l'acte ou encore chiffrer le dommage rend la réparation impossible.

La réparation en droit international et en droit interne, comme nous venons de l'esquisser dans cette introduction, régit de plus en plus notre quotidien. La victime a plusieurs visages: qu'elle soit une personne physique ou une personne morale, une victime de génocide, de la pollution causée par un tanker, d'une erreur médicale, du cancer causé par le tabagisme, le préjudice qu'elle a subi nous renvoie à une myriade de mécanismes de réparation de plus en plus sophistiqués et confus pour le juge. Parce que, souvent, les victimes d'un même acte dommageable seront fort nombreuses, il faudra mettre en place des mécanismes complexes de justice de masse dans lesquels chaque victime individuelle pourrait ne pas trouver la catharsis dont nous parlions au début de cette introduction. Les Etats pourraient aussi succomber à la tentation de « privatiser » ce volet de la justice encourageant des modes de transaction privée. Ceci peut être insatisfaisant pour la protection des personnes faibles.

⁷ COM(2002) 562 final

Les contributions que nous avons réunies, et pour lesquelles nous remercions bien vivement les auteurs, montrent la diversité des approches que l'on peut prendre sur la question en discussion. Nous ne prétendons pas avoir donné une vision complète, loin de là. Nous sommes donc particulièrement intéressées de recevoir vos contributions ou réflexions sur un thème qui, gageons le, occupera encore de nombreux juristes dans les prochaines décennies.

CC et CK

Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés) ?

La question des réparations en cas de violation massive des droits de l'homme.

PIERRE D'ARGENT*

L'importance des droits de l'homme dans les discours politique et juridique n'est plus à souligner. Après une période d'affirmation de ces droits, et de construction de structures permettant d'en constater de manière autorisée la violation, le temps semble venu d'en assurer plus concrètement encore l'effectivité. Cette exigence d'effectivité se traduit par le développement de nouveaux instruments de sanction et de surveillance, mais aussi par un souci accru de protection des victimes. Cette sollicitude à l'égard des victimes, et le souci de leur assurer la jouissance effective de leurs droits fondamentaux, explique notamment que l'accent soit de plus en plus mis sur la réparation des préjudices qu'elles ont subis consécutivement à la violation des droits élémentaires qui leur sont reconnus.

Il serait toutefois erroné de penser que cette sollicitude serait absolument nouvelle, et qu'elle n'a jamais habité les États. Leur tâche, après tout, est aussi de représenter et faire valoir les intérêts de leurs ressortissants. Le mécanisme bien connu de la protection diplomatique rappelle, avec les fictions que l'on sait, cette donnée élémentaire, même s'il est clair qu'il ne permet pas, à lui seul, de garantir aux particuliers une réparation. C'est toutefois par son entremise que l'on peut expliquer certains règlements collectifs bénéficiant indirectement aux individus, et notamment ceux convenus après les guerres. Dans la pratique contemporaine, deux développements nouveaux sont à cet égard particulièrement significatifs. C'est, d'une part, la remise en cause – parfois des dizaines d'années après leur conclusion – d'accords interétatiques globaux et forfaitaires, pour le motif qu'ils auraient fait la part trop belle aux nécessités de la politique internationale au détriment des victimes laissées pour compte. Les actions menées par d'anciens prisonniers de guerre alliés devant les juridictions japonaises, qui contestent le caractère limité des indemnisations qui leur ont été versées suite au traité de paix de San Francisco de 1951, ou celles dirigées contre les autorités et les sociétés allemandes par des groupements représentatifs des survivants des persécutions nazies, sont tout à fait remarquables de ce point de vue. D'autre part, le second développement contemporain tient au fait que certaines réclamations sont directement adressées par des victimes aux

* Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain

autorités étatiques nationales dont elles dépendent ou dont elles ont dépendu – et non plus à des autorités qui leur ont toujours été étrangères – dès lors que ce sont ces dernières qui ont causé les torts dont souffrent les premières. De telles réclamations, reliées par des organisations non gouvernementales et un fort mouvement d'opinion international, ont notamment vu le jour dans des pays encore récemment plongés dans des situations d'insurrection ou de guerre civile, singulièrement en Amérique latine, ou sont dirigées contre d'anciennes métropoles par des groupes ethniques ayant particulièrement souffert lors de situations coloniales. L'un et l'autre de ces développements contemporains, ainsi que les situations qui les illustrent, ont pour trait commun d'adosser les réclamations formulées à l'ordre juridique international, en affirmant l'existence d'un droit des particuliers à obtenir réparation des préjudices qu'ils ont subis en cas de violation flagrante et massive de droits humains élémentaires. Ces derniers étant protégés par l'ordre juridique international, au titre parfois de règles indérogeables, le droit à la réparation naissant de leur violation préjudiciable serait lui aussi consacré par l'ordre juridique international.

Il ne pourrait être question ici d'examiner toutes les difficultés juridiques que ces différentes situations posent. On se limitera à rapporter ici les principales d'entre elles¹, en tentant de donner à ce propos un cadre global de référence, afin de débroussailler une problématique encore souvent empreinte d'un certain flou, notamment entretenu par une complexité factuelle laissant rarement apparaître dans leur simplicité les questions de droit qu'elle suscite. Après avoir examiné la question de l'existence d'un droit des particuliers à obtenir réparation, consacré par l'ordre juridique international (I), et s'être penché brièvement sur le droit applicable à son exercice (II), il faudra rapporter les principaux obstacles à sa mise en œuvre concrète (III).

Le droit des particuliers à obtenir réparation

Lorsque des individus entendent obtenir réparation de leurs dommages consécutifs à des violations de règles du droit des gens devant des juridictions internes, leur droit à la réparation peut être consacré soit en droit interne, soit en droit international. Lorsqu'il est consacré en droit interne, le droit des particuliers à la réparation consécutivement à une violation préjudiciable d'une règle de droit international peut exister soit en tant que résultat d'une faute civile – le droit commun de la responsabilité considérant comme constitutif d'une « faute », au sens par exemple

¹ Pour plus de développements, le lecteur voudra bien se reporter à notre ouvrage, P. d'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 902.

de l'article 1382 du Code civil, la violation du droit des gens –, soit en tant qu'exécution par l'État d'une obligation internationale – l'ordre juridique international intimant à l'État de reconnaître, dans son ordre interne, un droit à la réparation en cas de fait internationalement illicite².

Hors ces cas où le droit des individus à la réparation est consacré en droit interne, il n'est pas rare que le droit international consacre au bénéficiaire direct des particuliers un droit à la réparation de leurs préjudices en cas de violation de traités leur bénéficiant. Il en est ainsi de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dont il est admis que le droit à un recours effectif qu'il consacre emporte au bénéfice des victimes des violations de la convention non seulement le droit d'en obtenir la cessation, mais encore le droit à la réparation des dommages qui en découlent³. L'article 5, paragraphe 5, de la même convention consacre encore le droit individuel à obtenir réparation en cas d'arrestation ou de détention contraire au droit à la sûreté et à la liberté⁴. On sait par ailleurs que la Cour de Justice des Communautés européennes a reconnu « au profit des particuliers » un « droit à obtenir réparation, qui trouve directement son fondement en droit communautaire » en cas de violation préjudiciable du droit communautaire par les autorités d'un des États membres⁵.

S'agissant de la violation du *jus in bello*, de nombreux auteurs⁶ considèrent que

² Voy. p. ex. l'article 14 de la convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, disposant que c'est « dans son système juridique » que tout État partie doit garantir « à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation (...) ».

³ Voy. aussi l'article 2, §3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

⁴ Voy. aussi l'article 9, §5, du Pacte de 1966.

⁵ CJCE, 19 novembre 1991, *A. Francovich c. République italienne et D. Bonifaci e.a. c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, 1991-9, p. I-5415, point 41. Voy. encore CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur S.A. c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd e.a.*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, 1996-3, p. I-1149, point 52.

⁶ Voy. p. ex. Th. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 224; J. de PREUX, « Art. 91 », in C.I.C.R. (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Martinus Nijhoff, Genève, 1986, p. 1082, no. 3656, qui indique que les « ayants droit à l'indemnité seront normalement des Parties au conflit, ou leurs ressortissants » (nous soulignons); E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 570, no. 4.27; F. KALSHOVEN, « State responsibility for warlike acts of the armed forces. From art. 3 of Hague Convention IV of 1907 to Art. 91 of Additional

l'article 3 de la Convention IV de La Haye de 1907⁷, repris en substance par l'article 91 du Protocole I de 1977, consacrerait le droit individuel des particuliers d'obtenir réparation de leurs préjudices consécutifs aux violations du droit de la guerre. Ce droit serait consacré par l'ordre juridique international et serait directement applicable dans les ordres juridiques internes. Une telle interprétation, sollicitant très largement le texte de ces dispositions, a toutefois été largement rejetée par la jurisprudence⁸, ne paraissant pas conforme à la volonté de leurs auteurs⁹.

Protocol I of 1977 and beyond », *ICLQ*, 1991, pp. 827-858; voy. encore les expertises de F. Kalshoven, E. David et C. Greenwood déposées à l'appui de cette thèse devant les juridictions japonaises saisies de réclamations introduites par d'anciens prisonniers de guerre alliés et d'autres victimes de la guerre, reproduites in H. FUJITA, I. SUZUKI & K. NAGANO (ed.), *War and the Rights of individuals, Renaissance of individual compensation*, Nippon Hyoron-sha Co., Ltd, Tokyo, 1999, pp. 162.

⁷ « La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée. »

⁸ U.S. Supreme Court, 23 January 1989, *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corporation et al.*, 81 *ILR* 658 ; U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, 16 June 1992, *Goldstar (Panama) SA v. United States*, 96 *ILR* 55 (pp. 58-59) ; U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, 1 July 1994, *Princz v. Federal Republic of Germany*, 103 *ILR* 604 (p. 611), *cert. denied*, 115 S. Ct. 923 (1995) ; U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, 3 February 1984, *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 77 *ILR* 204 (p. 239) ; U.S. District Court, Central District, California, 31 January 1985, *Handel and others v. Artukovic*, 79 *ILR* 397 (p. 400) ; U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 6 April 1976, *Dreyfus v. Von Finck an Merck, Finck and Co.*, 81 *ILR* 508 (p. 514) ; Tokyo District Court, 7.12.1963, *Ryuichi Shimoda v. Japan*, *JAIL*, 1964, pp. 212-252 ; Tokyo District Court, 27.7.1995, *X et al. v. The State*, *JAIL*, 1996, pp. 265-266, confirmé en appel par Tokyo High Court, 7.8.1996, *JAIL*, 1997, pp. 166-118 ; Tokyo District Court, 26.11.1998, *X et al. v. State of Japan*, in H. FUJITA (et al.), *op. cit.*, pp. 104-117 ; Tokyo District Court, 30.11.1998, *X et al. v. State of Japan*, *JAIL*, 1999, pp. 143-151 ; Tokyo District Court, 9.10.1998, *Maria Rosa Henson et al. v. State of Japan*, *JAIL*, 1999, pp. 170-183. Mais voy., s'agissant de ressortissantes coréennes réduites au rang de « *comfort women* », le jugement du 27 avril 1998 rendu par la *District Court* de Yamagushi, *Shimonoseki Branch*, ayant alloué des dommages sur base de l'art. 13 de la Constitution japonaise (*Hanrei Jiho*, no. 1642, pp. 24-88). Le jugement ne mentionne nullement un fondement international à la réclamation à laquelle il fait droit, et on ne saurait donc en tirer un enseignement pour la question ici posée. L'affaire est rapportée par G. J. McDOUGALL, *Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict*, United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/1998/13, § 50.

⁹ Pour une discussion détaillée de ce point, voy. P. d'ARGENT, *op. cit.*, pp. 784-788.

Cela étant, et même si l'on n'est donc pas fondé à trouver dans ces dispositions un droit général des particuliers à obtenir réparation en cas de violation du droit international humanitaire, il n'est pas impossible que, à la suite de l'évolution du droit international des droits de l'homme, le droit des gens en vienne à consacrer au bénéfice des individus le droit d'obtenir réparation de leurs préjudices causés par certaines violations particulièrement graves du *jus in bello* lorsqu'elles emportent des atteintes à certains droits humains fondamentaux universellement reconnus et en tous temps indérogeables. Sur ce point, les développements principaux les plus intéressants sont assurément contenus dans les travaux de Th. van Boven¹⁰ et C. Bassiouni¹¹ réalisés pour le compte de la Commission des droits de l'homme du Conseil économique et social de l'ONU. Bien que ces travaux aient un caractère programmatique très marqué, ils n'en constituent pas moins un effort doctrinal particulièrement remarquable qui devrait permettre à l'avenir d'asseoir une pratique réservant aux particuliers une place bien plus significative dans les règlements indemnitaires.

On mentionnera succinctement ici que, dans ses travaux, Th. van Boven considère le droit à la réparation comme un droit directement conféré par le droit des gens aux victimes des violations graves des droits de l'homme¹², tandis que le

¹⁰ Voy. principalement T. VAN BOVEN, *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms, Final report*, 3 July 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/8; *Revised set of basic principles and guidelines on the Right to reparation for victims of gross violations of human rights and international humanitarian law*, 24 May 1996, E/CN.4/1996/17, révisés le 16 janvier 1997 (E/CN.4/1997/104).

¹¹ C. BASSIOUNI, *Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms*, 8 February 1999, E/CN.4/1999/65; *The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, Final Report*, 18 January 2000, E/CN.4/2000/62. Dans ce rapport final figurent en annexe des « *Basic principles and guidelines* » que la Commission des droits de l'homme, « engage[ant] la communauté internationale à accorder l'attention qui convient au droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations graves des droits de l'homme », a demandé au Secrétaire général de diffuser auprès de tous les États membres (Résolution du 20 avril 2000, E/CN.4/RES/2000/41).

¹² *Revised set of basic principles and guidelines on the Right to reparation for victims of gross violations of human rights and international humanitarian law*, 24 May 1996, E/CN.4/1996/17:

« 6. Reparation may be claimed individually and where appropriate collectively, by the direct victims, the immediate family, dependants or other persons or groups of persons connected with the victim.

droit à un recours (« *remedy* ») serait seulement une obligation des États¹³. Selon l'auteur néerlandais, les réparations – auxquelles il donne une très large finalité de « justice » – dont les individus sont titulaires devraient revêtir différentes formes: restitution, compensation, réhabilitation, satisfaction et garanties de non-répétition. C. Bassiouni prolonge ces positions, tout en considérant que, non seulement le droit d'obtenir réparation est directement conféré par le droit international aux victimes des violations graves des droits de l'homme, mais que celles-ci sont également titulaires d'un véritable droit d'accès à la justice, ainsi que d'un droit d'accès à des informations factuelles concernant les violations¹⁴. Ces droits, dont le contenu est quelque peu défini, seraient conférés par l'ordre juridique international aux victimes de « violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Ces dernières, qui devaient dans un premier temps être en outre « massives », ne sont par contre pas autrement définies. Ceci n'est pas sans introduire une grande incertitude juridique quant à la portée des droits dont les particuliers seraient titulaires, puisque les hypothèses précises de leur consécration demeurent inconnues. Sans doute faut-il considérer que le droit individuel à la réparation n'existe que dans un certain nombre fort limité de cas, et au seul bénéfice des personnes physiques. Vu les travaux des deux experts indépendants et les affirmations contenues dans la pratique sur lesquelles ils se sont appuyés, on peut suggérer que le droit à la réparation n'existe au bénéfice des victimes ou de leurs ayants droit immédiats

7. In accordance with international law, States have the duty to adopt special measures, where necessary, to permit expeditious and fully effective reparations. Reparation shall render justice by removing or redressing the consequences of the wrongful acts and by preventing and deterring violations. Reparations shall be proportionate to the gravity of the violations and the resulting damage and shall include restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition. »

¹³ « Every State shall ensure that adequate legal or other appropriate remedies are available to any person claiming that his or her rights have been violated. The right to a remedy against violations of human rights and humanitarian norms includes the right of access to national and international procedures for their protection » (*ibid.*).

¹⁴ *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of violations of international human rights and humanitarian law*, E/CN.4/2000/62:

« 11. Remedies for violations of international human rights and humanitarian law include the victim's right to:

- (a) Access justice;
- (b) Reparation for harm suffered; and
- (c) Access the factual information concerning the violations. »

qu'en cas d'exécutions extra-judiciaires, de viols, de tortures, voire même de déplacements forcés (et massifs) de populations (« nettoyages ethniques »). Si tant est qu'un tel droit soit véritablement consacré par l'ordre positif, il est difficile d'affirmer qu'il pourrait s'étendre à toutes les autres violations du droit international humanitaire. Il semble indifférent que ces violations aient été ou non commises à l'occasion d'un conflit armé, international ou interne. Il est par contre fondamental d'établir qu'au moment de la survenance du dommage, l'ordre juridique international consacrait le droit humain auquel il fut porté atteinte, sans quoi le droit à la réparation ne pourrait en bonne logique exister¹⁵. Il faut encore souligner qu'un tel droit pourrait être affecté par des renonciations interétatiques (cfr. *infra*, III).

Quel droit régit la relation de responsabilité ?

Même si l'on admet que les particuliers bénéficient du droit, consacré par l'ordre juridique international, d'obtenir réparation de leurs préjudices en cas de violation dommageable de règles protectrices élémentaires, il faut encore déterminer quel est le droit applicable à la relation de responsabilité qu'emporte ce droit à la réparation. On ne saurait en effet confondre le droit avec le régime juridique de son exercice. Or, même si le droit à obtenir réparation est consacré par le droit des gens, la relation de créancier à débiteur qui régit son exercice ne pourrait relever du même ordre juridique dès l'instant où le créancier est un individu. Le droit de la responsabilité internationale¹⁶, on le sait, n'est en effet applicable qu'entre sujets incontestés du droit des gens (États et organisations internationales) et n'a pas pour objet de régir les relations de responsabilité qui peuvent exister entre États et particuliers. Hors les cas où le particulier fait valoir ses droits devant une juridiction internationale appliquant un régime conventionnel déterminé, de telles relations demeurent exclusivement régies par un ordre juridique interne qu'il appartient au juge compétent saisi de déterminer en application de ses règles de conflit de loi. Ainsi, dans l'ordre juridique communautaire – dont on sait qu'il constitue un ordre juridique interétatique particulièrement intégré et bénéficiant aux particuliers –, la Cour de Justice a souligné que le droit des particuliers, consacré en droit européen,

¹⁵ Cette difficulté est très présente lors de l'examen des « crimes historiques », tels ceux résultant de situations coloniales. On ne fait ici qu'attirer l'attention dessus, sans la trancher. S'agissant des réparations versées aux survivants de la Shoah, cette difficulté est également présente et a reçu des réponses permettant de la contourner: voy. P. d'ARGENT, *op. cit.*, pp. 197 et s. et 229 et s.

¹⁶ Voy. l'article 33, §2, du Projet d'articles sur la responsabilité internationale des États adopté en 2001 par la Commission du droit international (A/56/10, p. 234).

à obtenir réparation des préjudices consécutifs aux violations étatiques du droit communautaire est soumis, dans son exercice, à une loi nationale. La Cour a en outre précisé certaines exigences particulières auxquelles cette loi devait être conforme afin d'assurer une jouissance effective et uniforme du droit à la réparation consacré par l'ordre juridique communautaire¹⁷.

La construction paraît élémentaire. Elle n'est d'ailleurs nullement rejetée par les travaux de Th. van Boven et de C. Bassiouni à la Commission des droits de l'homme, qui rappellent aussi le nécessaire retour par un ordre juridique interne lors de la mise en oeuvre du droit d'obtenir réparation que conférerait directement aux particuliers l'ordre juridique international en cas de violation grave des droits fondamentaux. Ces travaux paraissent en outre préjuger de l'application du droit interne de l'État responsable¹⁸, laquelle peut ne pas être la *lex loci delicti*.

I. Obstacles à la mise en oeuvre du droit individuel à la réparation

Différents obstacles à la mise en oeuvre concrète du droit individuel à la réparation peuvent exister. Ces obstacles relèvent de l'ordre juridique international (1.), ou de l'ordre juridique interne applicable à la relation de responsabilité (2.).

1. Obstacles de droit international

En droit international, deux obstacles principaux paraissent empêcher la mise en oeuvre du droit individuel à la réparation. Il s'agit (a) des renonciations interétatiques, totales ou partielles, auxquelles les États consentent très souvent à la fin de conflits ayant fortement affecté les particuliers, et (b) de l'immunité de juridiction dont les États bénéficient en règle dans les fors étrangers.

a) Des créances indisponibles ?

Le premier obstacle à la mise en oeuvre des créances individuelles de réparation est propre aux situations interétatiques. C'est celui de savoir si les États, créanciers et

¹⁷ Voy. *supra*, note 5, et plus précisément CJCE, 19 novembre 1991, *A. Francovich*, *op. cit.*, pp. I-5415-5416, points 42 et 43. Voy. encore CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur S.A.*, *op. cit.*, p. I-1153, point 67.

¹⁸ *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of violations of international human rights and humanitarian law*, E/CN.4/2000/62:

“16. In accordance with its domestic laws and international legal obligations, a State shall provide reparation to victims for its acts or omissions constituting violations of international human rights and humanitarian law norms”.

Voy. encore le § 7 des *Revised set of basic principles and guidelines on the Right to reparation for victims of gross violations of human rights and international humanitarian law*, 24 May 1996, E/CN.4/1996/17, cité ci-dessus.

débiteurs de réparations sur le plan international, sont libres de disposer à leur guise des dommages des particuliers. En d'autres termes, les États peuvent-ils sans limites transiger à propos des conséquences indemnitaires des violations de règles internationales ayant causé des dommages aux individus ? Y a-t-il des créances indisponibles pour les États ?

Les renonciations à obtenir réparation en cas de violation des règles élémentaires du droit international ne sauraient se présumer. Les temps ne sont plus – la pratique et la logique juridique le confirment – où les traités de paix contenaient toujours, au moins implicitement et nécessairement, une clause d'*oblivio* relative à l'abandon des griefs qui servirent de causes à la guerre, et une clause d'amnistie par laquelle les belligérants, voulant rétablir des relations normales entre eux, se pardonnaient réciproquement les torts causés durant la guerre et renonçaient ainsi, sauf disposition expresse en sens contraire, à obtenir réparation de ceux-ci. C'est la logique inverse, à vrai dire, qui s'impose aujourd'hui: la guerre étant frappée d'une interdiction de principe, les créances de réparation qui naissent de la violation de l'interdiction du recours à la force, ou de toute autre activité illicite *durante bello*, sont censées survivre au rétablissement de relations pacifiques entre les anciens belligérants, aussi longtemps¹⁹ que ceux-ci ne se sont pas entendus pour y mettre fin, en les exécutant ou en y renonçant.

Se pose dès lors la question de savoir si les États peuvent s'entendre pour mettre fin à des créances de réparation, et dans quelle mesure. Cette question est double, en ce qu'il faut déterminer la portée *ratione personae* des renonciations conventionnelles interétatiques, et leur portée *ratione materiae*. *Ratione personae*, il n'est guère contesté que les États peuvent disposer des droits et créances qui sont les leurs. Lorsque l'État renonce en outre à toute réclamation « au nom de ses ressortissants », dispose-t-il de leurs droits – quelque soit l'ordre juridique consacrant ceux-ci, question que l'on examinera plus loin – ou ne fait-il que renoncer à son droit souverain de protection diplomatique de ses sujets ? Cette question fut, dans la pratique internationale, principalement débattue à propos de l'article 19 (a) du traité de paix de San Francisco de 1951 rétablissant la paix avec le Japon, et au terme duquel le Japon renonçait « en son nom et au nom de ses ressortissants, à toute réclamation contre les Puissances Alliées et leurs ressortissants provenant de la guerre (...) ». Contrairement à la position du gouvernement nippon, les cours et tribunaux japonais ont confirmé que la renonciation du Japon « en son nom »

¹⁹ Nous n'entrons pas ici dans le débat de savoir si l'ordre juridique international connaît des règles de prescription extinctive de droits : voy. à ce sujet P. d'ARGENT, *op. cit.*, pp. 817 et s.

englobait les réclamations qu'il aurait autrement pu présenter dans l'exercice de son droit de protection diplomatique, de telle manière que sa renonciation « au nom de ses ressortissants » devait vouloir signifier qu'il entendait priver ses nationaux des voies de recours qui leur auraient autrement été ouvertes en droit japonais contre les Puissances Alliées²⁰. La renonciation du Japon permettait aussi aux Puissances Alliées de priver les nationaux japonais de toute voie de recours dans leurs ordres juridiques internes, sans que le Japon puisse s'y opposer par l'exercice de son droit de protection diplomatique²¹.

Cette solution a été confirmée par d'autres jurisprudences nationales, notamment allemande²². Elle est parfaitement logique et classiquement reçue en doctrine²³. Elle est évidemment sans préjudice d'une éventuelle obligation interne de compensation qui peut en découler dans le chef de la puissance publique à l'égard des gouvernés dont elle a librement disposé des droits dans l'intérêt supérieur de l'État.

Ratione materiae, les renonciations étatiques ne sont guère plus limitées. L'État peut librement sacrifier les droits et créances des siens dans l'intérêt du rétablissement de la paix, mais il peut encore disposer de tous ces droits, sans limitations. On ne saurait en effet déduire du caractère impératif des règles du *jus ad bellum* ou de certaines normes du *jus in bello* le fait que les États ne pourraient plus renoncer aux créances de réparation qui naissent de leur violation. Ce serait confondre abusivement la violation de la norme de *jus cogens* avec sa conséquence indemnitaire que

²⁰ Tokyo High Court, 8.4.1959, *Inao Horimoto v. Japan*, *JAIL*, 1965, pp. 209-222 (pp. 217-218); Hiroshima District Court, 10.10.1960, *Kazuo Katayama v. Japan*, *JAIL*, 1963, pp. 125-132 (p. 131); Tokyo District Court, 7.12.1963, *Ryuichi Shimoda v. Japan*, *JAIL*, 1964, pp. 212-252 (p. 248); Osaka District Court, 31.8.1967, *Nihon Kensetsu Kogyo v. Japan*, *JAIL*, 1969, pp. 125-135; Japan Supreme Court, 4.7.1969, *Kazuo Katayama v. Japan*, *JAIL*, 1970, pp. 83-88.

²¹ En ce sens, K. HIROBE, «Waiver of war claims in Japan – Problems relating to art. 19 (a) of the Treaty of Peace with Japan», *JAIL*, 1978, pp. 38-53 (p. 47).

²² Voy. encore à propos du traité de San Francisco, Singapore, Original Civil Jurisdiction, 21 February 1956, *Public Trustee v. Chartered Bank of India, Australia and China*, 23 *ILR* 687 (pp. 698-699).

Pour la RFA, voy. à propos de clauses semblables contenues dans d'autres instruments *Kammergericht Berlin*, 2.6.1965, *Restitution of household effects belonging to Jews deported from Hungary (Germany) case*, 44 *ILR* 301 (pp. 315-316), citant le *Bundesgerichtshof* (BGH), II. Zivilsenat., 31.1.1955, *N. GmbH (Bekl.) w. Bankhaus (Kl.)*, 16 *BGHZ* 208 (p. 210); *Bundesverfassungsgericht*, 13.5.1996, 2 BvI 33/93, 94 *BVerfGE* 315 ; *Bundesgerichtshof* (BGH), 22.6.1960, *Austrian citizen's entitlement to compensation (Germany) case*, 32 *ILR* 153, p. 156, contre l'opinion d'expert de Verdross produite par le demandeur.

de prétendre que son caractère impératif empêcherait que l'on puisse valablement consentir à ne pas exiger la réparation de ses conséquences préjudiciables. La créance de réparation, droit nouveau naissant du fait illicite, n'emprunte donc pas à la norme violée son éventuelle impérativité. Il n'y a guère plus de créances de réparation intrinsèquement – c'est-à-dire de par leur objet – impératives. Une partie importante de la doctrine a certes déduit de l'article 51/52/131/148 commun aux conventions de Genève de 1949²⁴, en s'appuyant sur le commentaire qu'en a fait le CICR, le fait que les États seraient devenus juridiquement incapables de s'exonérer, même avec l'accord du créancier, de leur obligation de réparer les dommages résultant des infractions graves aux mêmes conventions. Une telle déduction nous paraît toutefois erronée, le but de l'article commun étant, non pas d'éviter que l'État refuse de reconnaître sa responsabilité en cas d'infractions graves parce que les auteurs de celles-ci, ses organes, auraient été punis, mais plutôt d'éviter que la mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs de ces crimes ne soit rendue impossible par l'existence d'une renonciation interétatique à toute créance de réparation naissant de la commission de ceux-ci²⁵.

²³ A. D. McNAIR, *Legal effects of war*, 3rd ed., Cambridge UP, 1948, pp. 391 et 395-396, soulignant qu'il s'agit là d'une "elementary (...) proposition of law".

On notera cependant que le statut de la CPI érige, assez étrangement selon nous, en crime de guerre le fait pour un État de « déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse » (article 8, §2, b), xiv). L'énoncé rappelle certaines formules utilisées par le Conseil de sécurité pour combattre la pratique irakienne de priver les anciens contractants étrangers de l'Irak de voies de recours juridictionnels. Aucune autre pratique ne venant conforter une telle prohibition, dont la violation est érigée en crime, on peut sérieusement douter de son caractère coutumier. Son opportunité est en outre sujette à caution, non seulement parce qu'on est bien en peine d'identifier l'auteur auquel un tel fait normatif peut être imputable (est-ce le juge qui donne effet à la norme nationale, l'autorité – parlementaire ? – qui l'édicte ... ?) mais aussi parce qu'une telle incrimination paraît contraire à la pratique rapportée relative aux fins des guerres et qu'elle risque de limiter sévèrement la liberté des États dans la négociation de futurs règlements conventionnels, dont l'utilité sociale est indéniable. On soulignera enfin que l'incrimination, si elle semble prolonger une partie de la pratique du Conseil de sécurité, en contredit une autre, aux termes de laquelle le Conseil a entendu priver les particuliers affectés par les embargos qu'il édictait de recours juridictionnels (voy. la clause « *no claims shall lie* » reprise dans les résolutions irakiennes et libyennes).

²⁴ « Aucune (Haute) Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre Partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions prévues à l'article précédent » (lequel vise les infractions graves).

²⁵ Pour une discussion détaillée de ce point et la doctrine en cause, voy. P. d'ARGENT, *op. cit.*, pp. 769-774.

b) L'immunité de juridiction dans les fors étrangers

Lorsqu'un particulier entend obtenir réparation du préjudice qu'il a subi du fait d'un État étranger devant une juridiction interne, sa réclamation se heurtera à l'obstacle que constitue l'immunité de juridiction dont jouissent en règle les sujets souverains hors de leur for national. Cette question classique de droit des gens a pris récemment dans la doctrine une tournure tout à fait singulière, certains auteurs²⁶ n'hésitant pas à affirmer que le privilège d'immunité de juridiction ne peut bénéficier à l'État auteur de faits contraires au *jus cogens*. L'argument, s'appuyant sur l'adage *ex injuria jus non oritur*, a toute l'apparence de la logique : le droit des gens ne peut pas, sans contradiction, consacrer l'existence de certaines règles indérogeables (le *jus cogens*), et dans le même moment affirmer au bénéfice des États auteurs des violations de ces règles un privilège exorbitant (l'immunité de juridiction) rendant impossibles leur constatation et leur réparation. Face à deux normes, dont l'une est impérative (le *jus cogens*) et l'autre dispositive (l'immunité), une solution hiérarchique s'imposerait et l'immunité devrait être écartée²⁷.

Pour séduisant qu'il soit, l'argument n'a à ce jour pas convaincu. Les quelques décisions nationales qui s'y rallièrent furent réformées par des juridictions supérieures²⁸, et les juridictions internationales ont refusé de s'y rallier comme

²⁶ Les écrits de A. BIANCHI sont tout à fait représentatifs de ce courant de pensée, où les affirmations *de lege lata* sont parfois difficilement distinguables de celles faites *de lege ferenda*: A. BIANCHI, «Violazioni del diritto internazionale ed immunità degli Stati dalla giurisdizione civile negli Stati Uniti: il caso *Hercules*», *Riv. it. dir. int.*, 1989, pp. 546 et s.; «Denying State Immunity to violators of human rights», *Austr. JPIL*, 1994, pp. 195-229; reproduit: «Overcoming the hurdle of State immunity in the domestic enforcement of international human rights», in B. CONFORTI & F. FRANCONI, *Enforcing international human rights in domestic courts*, Martinus Nijhoff, 1997, pp. 405-439.

²⁷ M. REIMANN, «A human rights exception to sovereign immunity: some thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*», *Mich. JIL*, 1995, pp. 403 et s. L'argument est repris en substance par la minorité des juges de la CEDH dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (CEDH, arrêt du 21 novembre 2001, Aff. no. 35763/97). Certains ont encore justifié d'écartier l'immunité sur base d'une manière de contre-mesure légitime (voy. not. les travaux de l'*International Law Association*, discutés par J. BRÖHMER, *State immunity and the violation of human rights*, Martinus Nijhoff, 1997, pp. 242 (p. 192 et s.).

²⁸ Pour la jurisprudence américaine, voy. U.S. Supreme Court, 23 March 1993, *Saudi Arabia and others v. Nelson*, 100 *ILR* 545 ; U.S. Supreme Court, 23 January 1989, *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation et al.*, 81 *ILR* 658, réformant l'arrêt de la *Court of Appeals, Second Circuit*, 11 September 1987, 79 *ILR* 8 ; U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, 1 July 1994, 103 *ILR* 604 (p. 611), *cert. denied*, 115 S. Ct. 923 (1995), réformant U.S. District Court, District of Columbia, 23 December 1992, *Princz v. Federal Republic of Germany*, 103 *ILR* 598 ; U.S. Court of Appeals, *Ninth Circuit*, 22 May

tel²⁹. Même s'il mériterait une discussion plus approfondie³⁰, l'argument paraît en effet exagérément prêter à l'immunité un effet qu'elle n'a pas. Celle-ci n'efface aucune illicéité, ne relève aucune nullité, et ne rend pas conforme au droit ce qui le contredit. Elle empêche seulement à un acteur étatique (un juge) de constater l'éventuelle contrariété au droit du comportement d'un État étranger. On ne saurait y voir le signe que l'ordre juridique international viendrait à tolérer la commission d'illicéités (graves). Il faut plutôt comprendre que les immunités témoignent de ce que ce même système entend confier leur sanction à d'autres autorités, selon d'autres mécanismes. En outre, l'argument de la hiérarchie des normes ne peut être reçu à défaut de normes contradictoires ayant le même objet³¹. L'immunité empêche

1992, *Siderman de Blake and Others v. Republic of Argentina et al.*, 103 ILR 455, *Cert. denied* 507 U.S. 1017 (1993) ; U.S. District Court, *Southern District, New York*, 8 April 1997, *Hirsch v. State of Israel and State of Germany*, 113 ILR 543.

Pour la jurisprudence britannique, voy. England, *High Court, Queen's Bench Division*, 15 March 1995, *Al-Adsani v. Government of Kuwait and others*, 103 ILR 420, réformant la décision de la *Court of Appeal* (21 January 1994, 100 ILR 465) qui autorisa – contrairement au premier juge – le demandeur à poursuivre son action contre le Koweït nonobstant les termes du SIA. La décision du 15 mars 1995 de la *High Court* fut confirmée par la *Court of Appeal* par un arrêt du 12 mars 1996 (107 ILR 536). La Cour y souligne que, bien qu'elle est contraire au droit international, la torture n'emporte pas d'elle-même l'absence d'immunité de l'État défendeur.

²⁹ Dans l'affaire *Al-Adsani* déjà mentionnée, la Cour européenne des droits de l'homme rejeta l'argument, repris par une minorité des juges, selon lequel la violation du *jus cogens* (actes de torture) emporterait *ipso facto* l'absence d'immunité, considérant au contraire que le respect des règles de droit international relatives aux immunités juridictionnelles des États étrangers était un but que les Parties à la Convention pouvaient légitimement poursuivre et que les restrictions ainsi apportées au droit d'accès à un tribunal, tel que le consacre l'article 6, §1, de la Convention, n'étaient pas disproportionnées (CEDH, arrêt du 21.11.2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, no. 35763/97, voy. §§53-56). Il est remarquable, bien que pas nécessairement convaincant, que la Cour a entendu régler une question relative à la coexistence de deux normes de droit international (les immunités de juridiction et l'article 6 de la Convention) à l'intermédiaire du test qu'elle pratique habituellement pour déterminer si une règle de droit interne est ou non compatible avec la Convention qu'elle a pour mission de sauvegarder.

Pour la Cour internationale de Justice, bien que saisie d'une question relative à l'immunité de juridiction pénale d'un haut représentant étranger, voy. CIJ, arrêt du 14 février 2002, *affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), §§58-61.

³⁰ Voy. P. d'ARGENT, *op. cit.*, pp. 795-808.

³¹ En ce sens, A. ZIMMERMAN, «Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks», *Mich. JIL*, 1995, pp. 433-440.

l'exercice d'un pouvoir juridictionnel étatique ; les règles de *jus cogens* invoquées protègent des droits humains fondamentaux (droit à la vie, prohibition de la torture, ...). Pour que l'argument de la hiérarchie des normes ait du sens, il faudrait établir que le droit au juge, auquel l'immunité porte effectivement atteinte³², est une règle de *jus cogens*. Rien dans la pratique contemporaine ne permet cependant d'accorder au droit au juge un tel statut normatif absolu³³. Même la Cour européenne des droits de l'homme, qui trouva dans l'article 6 de la convention dont elle a la garde des sens pourtant insoupçonnés, n'a jamais soutenu que le droit au juge constituait une règle de *jus cogens*. On ne saurait pas plus déduire de l'obligation faite aux États par certaines conventions internationales de mettre en jugement les auteurs de crimes de droit international, à défaut de les extraditer vers un État plus « naturellement » compétent, le signe du caractère indérogeable du droit au juge.

2. *Obstacles de droit interne*

La soumission de la créance de réparation, même affirmée par l'ordre juridique international, à un ordre juridique interne qui lui est déclaré applicable (cfr. *supra*, II) explique que certains obstacles de droit interne peuvent en limiter l'exercice. Force est de constater que le droit international général est encore en défaut, à l'heure actuelle, d'avoir développé, à l'image du droit communautaire, certains critères précis auxquels les droits nationaux devraient se conformer afin de limiter l'impact que leurs règles peuvent avoir sur la jouissance effective de l'éventuel droit à la réparation consacré par l'ordre juridique international au bénéfice des particuliers³⁴.

L'obstacle le plus fréquemment soulevé dans la pratique est celui déduit des règles de prescription extinctive des actions. La jurisprudence, notamment allemande, le confirme, qui donne effet à celles-ci³⁵. Certains auteurs paraissent con-

³² Cette atteinte n'est pas absolue cependant, puisque l'État peut renoncer à son immunité et que celle-ci n'existe que dans les fors étrangers.

³³ Voy. le projet VAN BOVEN cité *supra* en note 13, qui paraît faire du droit au juge un droit indérogeable. Encore faut-il remarquer que la disposition en projet était principalement relative au recours des particuliers contre leurs propres autorités nationales.

³⁴ On notera le renvoi très général fait à cet égard au droit international par le §16 du projet BASSIOUNI, cité *supra*, note 18. Un tel renvoi ne permet pas à lui seul de combattre les obstacles de droit interne limitant le droit à la réparation ; il semble cependant accepter ceux de droit international, dont l'immunité.

³⁵ LG Hamburg, 19.5.1999, *NJW*, 1999, p. 2825; LG Berlin, 1.2.2000, *NJW*, 2000, p. 1958; OLG Stuttgart, 20.6.2000, *NJW*, 2000, p. 2680.

tester que des créances, dont le droit international affirmerait l'existence, puissent être soumises à des règles internes de prescription extinctive³⁶. Encore faut-il constater que le droit international ne contient aucune règle précise à cet égard s'agissant des actions *civiles* en réparation, et que l'on peut au contraire tenir l'extinction de droit par écoulement du temps, voire la simple forclusion, comme un principe général commun aux droits internes. Il paraît peu convaincant de soutenir, sans autre fondement qu'un appel à une certaine « logique », que le « principe » de l'imprescriptibilité *pénale* des violations graves du droit international humanitaire doit être étendu aux actions *civiles* qui en découlent. On peut certes très légitimement suggérer que les actions civiles fondées sur des violations graves des droits de l'homme ne devraient être soumises à aucune prescription extinctive³⁷, ou du moins que celles-ci ne devraient pas indûment empêcher les victimes d'exercer leur droit à la réparation, notamment en ne commençant à s'écouler qu'à partir du moment où un recours effectif est disponible³⁸. La suggestion n'en confirme pas moins l'emprise du droit interne sur le droit d'obtenir réparation, même consacré par le droit des gens, et reconnaît les limitations temporelles auxquelles il peut, en règle, être soumis.

II. Conclusion

Ce rapide tour d'horizon a permis de montrer que la question du droit des particuliers à la réparation en cas de violation dommageable des règles protectrices de leurs droits fondamentaux n'est pas juridiquement aussi simple qu'elle en a l'air. La pratique internationale à cet égard n'en est sans doute qu'à ses débuts, et l'avenir apportera peut-être des réponses précises aux nombreuses questions concrètes qui n'ont été que sommairement abordées ici. Dans l'immédiat, les récents règlements convenus entre l'Allemagne, ses entreprises et les anciens travailleurs forcés des

³⁶ Voy. p. ex. L. T. LEE, «The right of victims of war to compensation», in R. St. J. Macdonald (ed.), *Essays in honour of Wang Tieya*, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 489-496.

³⁷ *Revised set of basic principles and guidelines ...*, E/CN.4/1996/17:

« 9. Statutes of limitations shall not apply in respect of periods during which no effective remedies exist for violations of human rights and humanitarian law. Civil claims relating to reparations for gross violations of human rights and humanitarian law shall not be subject to statutes of limitations. »

³⁸ Voy. *Basic principles ...*, E/CN.4/2000/62:

« 7. Statutes of limitations for prosecuting other violations or pursuing civil claims *should* not unduly restrict the ability of a victim to pursue a claim against the perpetrator, and should not apply with respect to periods during which no effective remedies exist for violations of human rights and international humanitarian law norms » (nous soulignons).

camps nazis, ainsi qu'entre les banques suisses et les ayants droit des victimes de la Shoah, tout légitimes qu'ils soient historiquement, ne sont toutefois pas faits pour éclaircir les choses, mêlant fondements juridiques et moraux dans des constructions *ad hoc* obtenues par des groupements représentatifs à l'intermédiaire de pressions diverses, judiciaires mais aussi politiques au plus haut niveau. Il ne faut pas pour autant le regretter : ce que le droit y perd, une certaine raison historique y gagne, et c'est sans doute un motif de satisfaction suffisant pour ceux et celles qui ont souffert.

Avant de développer le droit qui permettrait d'asseoir fermement une pratique de réclamations individuelles, et donc de limiter radicalement la portée des obstacles qui jusqu'à présent les limitent, il faudrait sérieusement considérer les inconvénients que celle-ci ne manquerait pas de créer. Il peut paraître choquant d'écrire que des « inconvénients » pourraient résulter de ce qui ne paraît après tout qu'élémentaire, à savoir la recherche d'une certaine « justice » plus effective face à des crimes indicibles. Il n'est pas sûr toutefois qu'une situation plus « juste » découlera nécessairement d'une consécration, large et apparemment généreuse, du droit des individus à obtenir réparation. À vrai dire, un tel développement du droit international général risquerait de créer d'explicables inégalités entre les victimes, tout en manquant de tenir compte des limites de la capacité de paiement du débiteur, ce qui serait non seulement politiquement dangereux mais aussi juridiquement injustifiable³⁹. Le règlement collectif, notamment le règlement interétatique direct, présente sur ces points des avantages que la multiplication des réclamations individuelles ne partage pas. Plus fondamentalement, ces questions mettent en jeu un délicat équilibre à trouver entre des intérêts privés – ceux des victimes à être indemnisées – et un intérêt public – celui des États d'entretenir au plus tôt des relations normales sans accabler de dettes des générations futures n'ayant guère participé aux crimes passés. Un tel équilibre nous paraît devoir relever de la décision d'un pouvoir politique, plus que d'une autorité judiciaire – même si, on le sait, les temps ne sont plus où le juge prétendait appliquer des règles à la manière d'un syllogisme, sans procéder à la pondération d'intérêts en présence. Il en va d'autant plus ainsi lorsque l'on entend obtenir aujourd'hui le redressement de torts depuis (très) longtemps passés. La notion de réparation suppose en effet, en droit interne comme en droit international, que l'on (r)établisse la situation qui aurait dû exister si le fait illicite ayant entraîné le dommage n'avait pas été commis. Pour n'être pas complètement artificiel et décalé par rapport aux nécessités du temps présent, un tel exercice –

³⁹ Sur la capacité de paiement, voy. P. d'ARGENT, *op. cit.*, pp. 723-743.

périlleux, donnant rarement pleine satisfaction et toujours profondément historique lorsqu'il concerne des crimes massifs commis il y a plus d'un demi-siècle – nous paraît appeler d'autres débats que ceux, souvent limités et réducteurs, que permettent les prétoires, et d'autres décisions que celles des juges.

Toward a Universal Doctrine of Reparation for Violations of International Human Rights and Humanitarian Law

ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM

Introduction

In this brief essay I try to make a preliminary case for the development of a universal doctrine of reparation for violations of human rights and humanitarian law that draws on different legal traditions, without being confined to the specific framework of any of them. The critical need for this approach is indicated by the essential nature and purpose of international law. Because human rights and humanitarian law principles are supposed to be universal in validity and application, the doctrine of reparation should not be limited to principles of some legal traditions, to the exclusion of others. In any case, no single legal tradition can fully satisfy the reparation requirements of human rights and humanitarian law, due to the basic incompatibility of the two types of legal systems in such matters as jurisdiction and general principles of liability for compensation. Whereas traditional legal systems envisage their subject and cause of action, for example, in terms of domestic legal systems and, where relevant, conflict of laws principles among different legal systems, human rights and humanitarian law should be based on universal entitlement and jurisdiction.

All major legal traditions recognize the idea of harm and the consequent entitlement of the victim or his/her estate to compensation, in addition to punishment for the perpetrator when the elements of a criminal offence are also satisfied. As is to be expected, however, the scope and requirements of these particular doctrines of responsibility and remedies are determined by a variety of political, philosophical, religious, legal, and other considerations specific to the context of the particular legal system. The nature and practical application of these doctrines are also affected by such factors as the level of institutional capacity and development of the jurisdictions in question, and the cultural or social attitudes toward accountability and remedies.

Emerging out of the state practice, institutions, and general principles of law of Western European states during the 17th to 19th centuries, traditional international law continued to draw on the same sources because those were the most familiar and accessible to the practitioners and scholars (publicists) engaged in that process. As international law evolved and matured over time, the incorporation of domestic law principles and rules into the adjudication of such international claims continued to supplement or clarify some of the principles and rules already

accepted as part of international law.¹ Given the realities of colonial power relations until the mid-20th century, it was not surprising that Islamic, Indian, Chinese and other non-European legal traditions had a scant role in that process. However, with major changes in international law and relations after the Second World War, it is now clear that non-Western legal traditions must be included as sources of “general principles of law of civilized nations” that can contribute to the continued development of international law.²

The point for our present purposes is not only that a universal doctrine of reparation should draw upon the widest possible range of legal traditions of the world, but also that this should be done in ways that ensure the integration of such constituent elements into a coherent universal doctrine of reparation, beyond the constraints of any of those legal traditions,³ whether they be European, non-European, or traditional international law. The traditional international law doctrine is that an international claim arises when an act or omission attributable to one state wrongfully violates a duty owned under international law to another state or its nationals, when that act or omission is the cause of the claimant’s injuries, and no justification is available to excuse it.⁴ Whether one adopts this formulation or another, it is clear that traditional international law not only requires a finding of unlawful conduct by a specific perpetrator who caused harm or injury to a particular victim; it also casts the issues in terms of rights and obligations of *states* – even when an individual person is the incidental beneficiary of that inter-state relationship.

¹ See generally, e.g., Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Grotius Publications 1987); and Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Hamden, Conn., Archon Books 1970).

² According to Article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice, “General principles of law recognized by civilized nations” constitute one of the sources of international law. Despite the problematic term “civilized nations”, this Article is generally acknowledged to be the most authoritative statement of the sources of international law.

³ See, e.g., Beth Van Schaack, “In Defense of Civil Remedies: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgements Convention,” *Harvard International Law Journal*, vol. 42(1), pp. 143-200 (2001); and Cynthia R. L. Fairweather, “Obstacles to Enforcing International Human Rights Law in Domestic Courts,” *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 4(2), pp. 120-146 (1998).

⁴ Doctrine as summarized from a variety of sources by David Bederman in “Contributory Fault and State Responsibility,” *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, p. 335, at p. 343 (1990).

On either count, however, this traditional international law approach may not be sufficient for all reparation claims for human rights and humanitarian law violations. The circumstances under which such violations occur may make it extremely difficult, if not impossible, to satisfy the traditional requirements of establishing a causal link to the acts or omissions of a specific perpetrator. Discovering a mass grave or evidence of systematic rape of women in detention may clearly indicate violations of human rights and/or humanitarian law, and yet it could be impossible to establish a causal link to the conduct of a specific perpetrator or group of perpetrators. Moreover, such violations may happen under conditions which preclude accountability under traditional international law because the acts or omissions in question cannot be attributed to a state, or because the interests of the victims are not represented by a state that is willing or able to claim accountability and an effective remedy on their behalf.

The following brief review of the principles of reparation under Islamic *Shari'a* law serves to illustrate their similarities to, and significant differences with, Western European legal traditions, that can enrich international law jurisprudence in general, and reparation for violations of human rights and humanitarian law in particular. Since "general principles of law recognized by civilized nations" constitute one of the primary sources of international law, these rich legal traditions can be used by international tribunals and other institutions to develop a vigorous and appropriate doctrine of reparation for human rights and humanitarian law violations. For such a doctrine to be genuinely universal, and thereby match the substantive aspects of these fields of international law, it should not only draw from the widest possible range of legal traditions, but also integrate and adapt new principles to the specific nature and rationale of the required remedy. The possibilities and limitations of the proposed approach will be discussed in the following section.

Reparation under Islamic (*Shari'a*) Law

I prefer to use the term *Shari'a* for the normative system of Islam, rather than "Islamic law," because *Shari'a* is both more and less than positive law in the modern sense of that term. On the one hand, *Shari'a* is more than positive law because it prescribes a whole way of life, ranging in subject matter from matters of religious doctrine and ritual practices, to ethical guidance for a "good pious life," and to legal subject-matter. As such, its religious and moral authority is both different from and more comprehensive in scope than that of positive law. On the other hand, by its very nature and content, this extensive and complex normative system is incompatible with the idea of codification into positive law. What came to be known as *Shari'a* evolved through a gradual process of interpretation of and elabo-

ration on the Qur'an and *Sunna* (traditions of the Prophet) during the first three centuries of Islam (7th to 9th centuries CE) through *Ijma'* (consensus) and *Qiyas* (reasoning by analogy) and other juridical techniques.

As a result of the nature of its sources and methodology, Shari'a has been characterized from the very beginning by extreme diversity and theological/legal pluralism. Not only have Muslim jurists and scholars in fact differed on almost every conceivable question of theology, ethics and law, but this diversity of opinion is openly acknowledged and celebrated by past and present Muslim generations as being critical to the practical flexibility and dynamism of Shari'a. While this diversity and flexibility is usually organized in terms of various schools of Islamic jurisprudence (*madhathib*, singular *madhhab*), there is further diversity and differences within each school. Any attempt to codify Shari'a principles as positive law would necessarily require a high degree of selectivity that denies Muslims access to alternative views that are equally authoritative from a theological point of view. But one can certainly still refer to Shari'a as a legal tradition capable of contributing to the development of international law principles, although it cannot and should not be to the exclusion of other sources.

Shari'a in general aims to protect the sanctity of life, property, mind, religion, honor and family, but the various schools of Islamic jurisprudence differ on who is entitled to protection, to what extent, and how.⁵ The basic doctrine of Abu Hanifa, founder of the Hanafi school, takes a more universalistic view that grants these rights to all human beings, while the Maliki, Shafii and Hanbali schools tend to limit full protection to the citizens of an Islamic state, including protected communities of People of the Book (*dhimmis*), though not on equal terms with Muslims. Some of the non-Hanafi scholars, like al-Ghazzali, Ibn Rushd and Ibn Taymiyya, subscribe to the more inclusive Hanafi view – according to which the five objectives are considered to be the most basic rights of all persons, irrespective of their innate, acquired, and ascribed qualities such as sex, class, race and religion. Accountability for causing harm or injury to these protected sanctified rights falls

⁵ The following review is based on Ibn Rushd, Abi al-Walid Muhammad ibn Ahmad ibn Muhammad, *Bidayah al-Mujtahid wa Nihaya al-Muqtasid* (Beirut, Lebanon, Dar al-Jil 1989); and al-Marghinani, Shaikh al-Islam Burhanaddin Ali ibn Abi Bakr, *al-Hidaya Sharh Bidaya al-Mubtadi*, (Cairo, Egypt, Dar al-Salam 2000). A modern codification of these principles from a range of classical sources, mainly of the Hanafi school, can be found in al-Majallah, enacted by the Ottoman Empire in 1869. For an English translation of the main relevant principles see *The Mejelle: Being An English Translation of Majallah el-Abkamm-i-Adliya and Complete Code of Islamic Civil Law*, (tr. C.R. Tyser, D.G. Demetriades and Ismail Haqqi Effendi) (Kuala Lumpur, Malaysia, The Other Press 2001), pp. 137-148.

on those who perpetrate the harm indirectly (*ghayr mubasharatan*), for example by issuing commands, as well as directly (*mubasharatan*) by their own actions.

According to some jurists, accountability for harm or injury to these rights to legal protection can in some cases include reparation – whether monetary compensation or restitution – as well as punishment for the crime, though the classical Muslim scholars did not think in terms of a distinction between civil and criminal responsibility in the modern sense of those terms. Other jurists maintain a choice between one remedy or another, depending on the nature of the harm or injury and the circumstances of the case. As a general rule, however, reparation is applicable to harms caused to life and property, but not to religion, mind, honor and family, where it was deemed to be inappropriate. For instance, if one accuses another of having had extra-marital sexual relations, but does not produce the required proof, the accuser should receive the corporal punishment of 80 lashes for that crime. Monetary compensation is generally seen as inappropriate in such cases, but Shafii jurists may also impose reparation on a rapist for the protection of the honor of his victim.

A person who destroys or usurps the property of another is required to pay reparation, but if the usurped or stolen property is still intact, the title or ownership still belongs to the original owner who is fully entitled to take it back. If the property no longer exists, due to its consumption or destruction, the Hanafi view is that the owner's right to that property is also extinct, and he would be entitled to either having the offender punished, or to reparation for the loss, but not to both remedies. The rationale for this view is that the sanctity of the body and property of the perpetrator of a harm must also be respected, subject to accountability only in proportion to his wrongdoing. If he is forced to pay reparation for lost or destroyed property, he cannot also be punished for the same act, as the "constructive" title he acquires by such payment becomes a bar to his being punished for taking the property. In other words, the Hanafi view regards the combination of punishment and reparation as excessive, unless the latter is simply the return of the property to its rightful owner.

The terms used by Muslim jurists for various types or forms of accountability include: *daman*, *gharm*, *diyab*, *gavat*, *aql*, *ma'qulah*, *qasamah*, depending on the nature and subject of the harm or injury, and on other circumstances. For example, homicide or bodily injury requires either retaliation (*qasas*) or monetary compensation (*diyab* or *qawad*), but the family of the victim may choose to forgive the culprit, if it so wishes. Jurists who accept the Hanafi view see no difference between cases of homicide or injury caused to Muslim and non-Muslim victims, thereby imposing either the death penalty or monetary compensation, depending on the circumstances of the case. By contrast, those who follow the Shafii view

maintain a distinction whereby a Muslim who kills a non-Muslim cannot be subjected to retaliation (*qasas*), so that the estate of the victim is obliged to accept monetary compensation (*diyah*).

Violation of property rights (*darar*) may take different forms, such as usurping (*ghasb*), unlawful taking (*sirquat*) of several types and varied consequences, direct or indirect damage (*itlaf*), unintentional damage to borrowed property (*i'ana*) or trust (*amanah*), and excessive deception (*ghabn al-fahish*). In classical treatises, these issues are treated separately under different headings, but certain general principles apply in all cases and situations. For example, the property of a non-Muslim who is a lawful resident of an Islamic state is protected even if it is of a type that is illegal for Muslims to own or use, like alcohol and pork. That is, such property is legally protected for the benefit of a non-Muslim owner, requiring restitution or compensation if unlawfully taken by any other person, but such property has no sanctity if claimed to be owned by a Muslim.

Some peculiar features of Shari'a that may be relevant to issues of reparations for violations of international human rights and humanitarian law include how classical scholars viewed the sanctity of honor and family, and the general principle of collective accountability. On the first count, rape is taken to be an assault against the sanctity of honor (*ismah al-'ird*). The Hanafi view is that the rapist can only be punished, but not required to pay monetary compensation, because the harm cannot be quantified in those terms. By contrast, the Shafii jurists hold that the rapist must be required to pay the victim an amount equal to a dowry (if she were to be married), in addition to being punished. Since these jurists do not consider such payment an alternative to punishment for the offense, they regard it as an exception to the general rule against combining punishment with the payment of reparation.

The second interesting feature of Shari'a for our purposes is the principle of collective accountability of a community (*al-'aqilah*) for payment of monetary compensation for homicide (*diyah*). This responsibility can fall on other family members, co-workers, tribe and neighbors. Thus, if a person is found dead in a neighborhood under circumstances indicating homicide by a person or persons unknown, the entire neighborhood is held responsible for paying compensation (called *qasamah* in such cases) to the estate of the deceased. If the homicide happens in a prison or some other public property, then the state is required to pay monetary compensation for it. Some jurists also hold that if a person is killed during a violent conflict between two groups, members of the opposing group are required to contribute to the payment of compensation to the victim's estate, regardless of their individual role in causing the death. The rationale for such collective accountability is said to be twofold. First, the sanctity of the life of any

deceased person must be accounted for, even if the exact culprit cannot be found. Second, the members of each community should be encouraged to be socially organized and feel accountable for what is happening in their neighborhood.

However, those aspects of Shari'a which are objectionable from an international human rights point of view cannot be considered for inclusion in a universal doctrine of reparation at all. As I have discussed and documented at length elsewhere, Shari'a discriminates against women and non-Muslims in a variety of ways, including by limitations on their competence to testify in criminal proceedings and by reduction of the amount of compensation for death or bodily injury, as compared to what is paid to Muslim men.⁶ The fact that these objectionable aspects of Shari'a can be changed through an internal reform methodology would make Shari'a more consistent with international human rights law. But the point here is that discriminatory aspects of Shari'a do not qualify for serious consideration in the proposed incorporation of different legal traditions into the doctrine of reparation for violations international human rights and humanitarian law.

The Way Forward

To restate the premise and objective of this brief essay; the doctrine of reparation under traditional international law is limited in two ways. First, as it emerged out of the legal traditions and practice of Europe states, its notion of harm and its consequences were adopted from the general principles and processes of European legal systems, to the exclusion of corresponding principles from other parts of the world. Moreover, European principles and processes were adapted to fit the requirements of state protection and responsibility in relation to other states, rather than in terms of the rights and responsibilities of individual persons. As the relevant principles of international law developed further in response to the needs and expectations of emerging states in all parts of the world, the pre-existing premise and assumptions of traditional international law still remained as the definitive frame of reference. In particular, the development of the relevant principles in the field always had to conform and adapt to the fact that states are the primary subjects of international law.

The basic question I wish to raise here is whether this system can cope with the addition of individuals as subjects of international human rights and humanitarian law, with different types of rights and expectations of remedies than is appro-

⁶ See generally Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law* (Syracuse, NY, Syracuse University Press 1990), especially chapters 4 and 6.

priate for states? Instead of simply accepting this situation as unavoidable or expedient, can practitioners and scholars in these fields at least explore the possibility of adopting and adapting general principles of law from non-Western legal traditions in order to provide more effective remedies for human rights and humanitarian law violations? In other words, how can these principles of accountability and remedies evolve and develop in relation to their own rationale and objectives without being constrained by the nature and limitations of the relevant principles of traditional international law and/or those of the specific legal traditions from which it draws.

As the preceding review of Shari'a principles clearly indicates, there is significant agreement with Western and international law traditions on the imperative of accountability and reparation. Yet, each tradition has its own requirements for reparation and other forms of accountability. For our purposes here, the shared objective of accountability would be frustrated if reparations for human rights and humanitarian law violations were to be restricted to one legal tradition or another. However, making these legal traditions and others equally available to international tribunals and other institutions would greatly expand the field for selecting the most appropriate remedy on a case-by-case basis.

For example, the Shari'a principle of collective responsibility of a community or the state for payment of monetary compensation (*qasamah*) for homicide when the perpetrator cannot be found or identified can be useful for an international tribunal because it reconciles two competing interests or concerns. On the one hand, the family of the victim is not only compensated for the homicide of its relative, but its loss is also acknowledged and honored by holding the community or the state responsible. On the other hand, the monetary burden on the community or the state is not excessive, nor is either of them associated with the stigma of criminal responsibility for the homicide as such. This rule may also prompt the community or state to cooperate in the investigation of the homicide in order to avoid having to pay monetary compensation, especially if there are several such cases.

As emphasized earlier, however, the adoption and adaptation of principles from various legal traditions must be consistent with basic rationale of reparation for human rights and humanitarian law violations. This would immediately exclude, for example, the above-mentioned discriminatory views associated with Maliki, Shafii and Hanbali schools, as inconsistent with the fundamental premises of human rights and humanitarian law. While an international tribunal is not required to justify its choice in Shari'a terms as such, the fact that it can point to the more inclusive Hanafi view will enhance the credibility and authority of its ruling among Muslims. The general point to be drawn from this is that the process of adoption

and adaptation from various legal traditions should strive for coherence and consistency in its selectivity, without compromising the ultimate autonomy of international human rights and humanitarian law.

The question is therefore how to organize and implement a process of interaction between the general principles and institutions of international law, on the one hand, and various legal traditions, on the other, in order to develop a universal doctrine of reparation for human rights and humanitarian law purposes. This process would obviously require clarification of the objectives and criteria of adoption and adaptation of principles, as was noted above. However, each legal tradition must be taken seriously and be understood on its own terms for the process of adoption and adaptation to avoid distortions or serious misunderstandings. This critical requirement raises questions of legal training and orientation of practitioners and scholars, as well as language and other skills needed to access and understand different legal traditions in their original sources. There is also the need for comparative legal studies to make complex concepts, terminology and methodologies of various legal traditions more accessible for practitioners who may lack the training, languages and time to study those traditions from their original sources. All such difficulties can be resolved once there is political will to pursue the development of a universal doctrine of reparation for human rights and humanitarian law violations as a matter of high priority.

Judicial Redress for Historical Crimes: Procedure

GEOFFREY C. HAZARD, JR.*

Introduction

In logical and formal legal terms, the concept of compensation for victims of historical crimes through civil legal proceedings is perfectly coherent and can be implemented in many legal systems with limited technical difficulties.

Claims for compensation can be formulated in pleadings on the basis of substantive legal theorems recognized in virtually all modern legal systems.¹ Problems of evidence can be accommodated by relaxation of the restrictions on “hearsay” evidence. Various procedural mechanisms exist in all modern legal systems by which claims of multiple claimants can be joined together in one action or by consolidation of separate proceedings. Adjustments in other procedural rules that formally are only minor ones would accommodate the claims. Hence, arguments questioning the legitimacy of claims for compensation for historical crimes cannot be intelligently addressed in terms of conventional legal analysis of judicial procedures. Instead, different terms of reference are required.

Substantive Bases of Claims

A first requirement of a procedurally valid claim is that it rest on a substantive legal basis recognized under applicable law. Virtually all wrongs within the category of “historic crimes” are also civil wrongs, that is, a basis for compensatory judicial relief. The most horrendous historical crime was, of course, the Holocaust, in which millions of European Jews were exterminated by the Nazis. There have been many other mass killings of innocent people, before and since, and other crimes against persons such as systematic torture, rape and subjugation. Other historic crimes include theft of property such as bank accounts and of artistic and cultural objects.

From a procedural perspective, there is no serious difficulty framing claims for compensation for these wrongs in substantive legal categories that are recognized in all modern domestic legal systems. In common law systems these are “torts”; under civil law they are civil delicts or simply wrongs. The forms of misconduct –

* Trustee Professor of Law, University of Pennsylvania.

¹ A synthesis of modern civil procedure concepts is being developed in the American Law Institute/Unidroit project for Principles of Transnational Civil Procedure. See ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Preliminary Draft No. 3 (November 6, 2002).

homicide, assault, theft – therefore can be readily translated into formally proper civil claims.

Hence, there is no serious objection that the substantive legal basis of these claims is being invented *ex post facto*. Most if not all of these claims nominally would have been enforceable at the time when the acts occurred. The failure of enforcement was not because of legal inadequacy of judicial remedies or substantive bases of liability. Instead, it was because government regimes prevailing at the time either asserted that the conduct was lawfully justified (essentially an affirmative defense of national necessity), or that the conduct was legitimate in some political sense, or the regimes ignored the offenses and protected the offenders. That is why the crimes are “historic.” By the same token, that is why there is generally no issue of “*ex post facto*” invention of the legal basis of the claims.

Place of Trial (Venue in Common Law Terminology)

A second procedural problem is that of competence or subject-matter jurisdiction of a forum. In the pursuit of civil redress of historic crimes, there are some difficulties in identifying a legitimate legal theatre in which the facts can be established and legal rules administered.

The proper place of trial under generally accepted principles of procedure for redress of civil wrongs is the residence of the defendant. Concerning some historic crimes, the potential defendants still reside where the offenses occurred, and hence would be subject to jurisdiction in those locations. In other instances, some sort of international assistance would be required. The principle and practice of criminal extradition has long been recognized under principles of international law. The facts of the Pinochet case are illustrative. International judicial assistance in claims against a civil defendant in a location outside the forum are similarly well established.

Here again, the procedural problem is not technical but extra-legal and political. The question concerns the willingness of one judicial system to provide assistance to a foreign proceeding where claims for historic crimes have been asserted. The wrongdoer may reside or, in the case of a corporate defendant, have its headquarters, in a place where the judiciary is connected historically (and sometimes personally) to the original events. Courts in that location accordingly may be reluctant or recalcitrant in responding to requests for assistance.

If traditional procedural principles were applied, the result could be the recusal of a regime’s entire judiciary. That possibility is unrealistic. However, the continuing relationships between the past and present can be manifested in hesitant or ineffective judicial assistance in prosecution of historic crimes in the place where they were committed.

Similar problems in criminal cases have led to establishment of new special courts, such as the War Crimes Tribunals following World War II. Creation of similar tribunals for civil redress can be imagined. But a newly-created court is itself a constitutional and procedural anomaly, epitomized in the contention that such a court represents merely “victor’s justice.”

There is as well a more subtle institutional issue. The very meaning of “historic crime” would be lost if all unredressed serious wrongs were included in the claims arising from historic crimes. No regime is able perfectly to enforce its criminal law, nor immune from risk of systematic breakdown of law enforcement. However, systematic breakdown of enforcement can merge, by degrees, into official indifference, particularly where it may be correlated with distinctions in race and class. At some point, the distinction is difficult to draw between breakdown of normal law enforcement and a regime’s indifference to or collusion in patterns of criminal wrongdoing.

In the face of such difficulties, claimants have endeavored to pursue their claims either by extra-judicial negotiation, at the political level, or in the courts of national systems that have been specially hospitable. Both of these avenues depart from conventional understandings of civil justice.

Sufficiency and Admissibility of Evidence

A civil claim normally must be proved to a satisfactory degree of certainty on the basis of admissible evidence. It cannot properly be proved by hearsay, that is, by second-hand account or reputation. In the case of some historic crimes, for example, those occurring before World War I, no eye-witnesses remain available. Even with respect to more recent events, it would be unusual to find an eye-witness to each instance of victimization. Yet the category of “historic crimes” virtually by definition consists of events whose occurrence cannot seriously be denied.

The problem of sufficient evidence therefore must be bridged by modification of normal rules of evidence. It is a familiar principle of evidence that events occurring in the distant past, when they become relevant in civil litigation, may be proved by secondary sources. The principle is usually applied in disputes concerning ownership of land – ancient boundaries, for example. The same principle could be applied to prove victimization in historic crimes. For example, the “disappearances” in Argentina and Chile in the 1970s. However, some courts would regard that relaxation of the standard of proof as impermissible, at least in the absence of authorization through special legislation.

Procedural Significance of Passage of Time

In this light, the significance becomes apparent of the term “historic” in the concept of “historic crime.” “Historic” signifies retrospective assessment – the present,

through someone's voice, pronouncing judgment on the conduct of another in the past. (By implication, the accusations might also address the present successors to the office of the alleged malefactors.) The accusatory procedures, even those employed in pursuing civil remedies rather than criminal accusation, are very personal. They can threaten present judicial structures.

An important technical task therefore is to define "historic crime" more precisely in light of the foregoing complexities. The relevant criteria can be said to include: (1) that there were victims, it being implicit that the victims were numerous; (2) that the victimization was wrongful, in legal terms and usually also moral terms; (3) the conduct went unredressed by usual legal procedures following the events, but not by reason of ordinary mistakes in administration of justice; (4) the conduct is more or less notorious, that is, its occurrence is accepted as a fact by a substantial public "audience"; (5) the conduct in retrospect is considered by a substantial audience to be so serious as to justify superseding the normal legal consequences of the passage of time.

The first two criteria have been explored by other participants and the third considered above. The last two criteria are interrelated and pose difficult procedural issues.

After the passage of a substantial interval following a legal wrong, the law ordinarily declines to address itself to the matter, except in the case of very serious offenses such as intentional homicide. In all legal systems there is a fundamental procedural concept of undue delay in prosecution, or "statute of limitations" as the concept is known in common law systems. The concept is that after a specified period of time – five years, perhaps twenty years, etc. – the passage of time will itself be a valid peremptory objection to a judicial proceeding. The concept applies both to criminal prosecution, initiated by the state, and to civil claims, whether initiated by the state or by private parties.

The traditional rationale for preclusion of prosecution after undue delay has several elements. The primary justification is the risk of loss or deterioration of evidence – death of witnesses, destruction of documents, etc. A second justification, a more fundamental one, is recognition of the value of repose in a community. The thought is that members of a community should, after an appropriate interval, be secure against official inquiry into their conduct. This policy recognizes that legal inquiries necessarily threaten legal sanctions (such as imprisonment or financial loss) which are disruptive of a status quo; that legal inquiries in themselves create distress for the participants; and that belated inquiry involves the risks of erroneous conclusion which inevitably attends all legal inquiries. Moreover, in pragmatic terms, a legal system will have the higher priority of dealing with more recent wrongs that disturb the community's peace.

Of course, competing with these interests are those of the victims and of “memory.” These interests go beyond those addressed in conventional legal calculus. Judicial pronouncement can be said to rebalance the legal and moral equation that was violated by the wrongful conduct. An important function of legal process is simply making pronouncement. The psychological aspect of this political effect is the need for public and official recognition that in fact a wrong was committed. Many victims of the Holocaust, for example, have expressed the need to “bear witness.” Bearing witness involves not only the giving of testimony to the horrors of the death camps but also the establishment of an audience that listens, believes and acts in response.

Nevertheless, the principle of undue delay has been superseded in some cases. Several legislatures in the United States have simply removed the bar of statute of limitations against civil claims based on certain historic wrongs. The political negotiation of settlements has simply by-passed this legal obstacle. However, the “time bar” still stands in the absence of special legislation and absence of settlement outside a procedural framework

Criminal Procedure as Precedent

Some historic crimes have been pursued as criminal proceedings, which have then become precedents for civil claims. The War Crimes Trials of the German leaders are an example. Those trials established the criminality of various historic crimes. The Eichmann trial in Israel can be considered as a further step. That prosecution involved an approximation of normal procedure but was held before an unusual forum, because Israel had no territorial connection to the crimes under prosecution and the mode of extradition was clearly illegal under international law. In contrast, the proceedings in Spain and England against General Pinochet are strictly correct according to domestic and international law, or at least so it was plausibly argued.

The criminal prosecutions in these cases are significant not only as such but as precedent for civil claims. They investigate and establish facts, they identify victims and wrongdoers, and they result in judicial condemnations. As such, they are legal and political foundations for further proceedings. In this respect they are similar to the relationship between punitive criminal prosecutions and compensatory civil proceedings in many legal systems. The trial of Milosevic before The Hague Tribunal may develop into a similar precedent.

These precedents also ameliorate, even if they do not entirely overcome, the questionable basis of subject matter jurisdiction for pursuit of civil claims. Prosecution by specially constituted tribunals conducted by specially appointed judges, constituted as such after the fact, contradicts a basic legal notion. One might say,

that quite as *nulla poena sine lege* in a basis legal maxim, so also would be *nulla poena sine iure*. On the other hand, displacement or supplementation of the ordinary tribunals recognizes that extraordinary issues of criminal justice are presented by historic crimes.

These considerations also apply to civil proceedings, although perhaps with less force. It would be perhaps wholly extra-legal to pursue civil claims under relaxed procedures unconstrained by time limitations or by irregularities of jurisdiction. It is in much closer conformity to traditional notions of procedure to pursue civil claims following criminal convictions whose legality has been sustained by general approbation.

There seems no escape from some contradiction between traditional legal principle and social and political reality.

Proof of Complicity

The War Crimes trials, the Eichmann, Pinochet and Milosevic cases all basically involve the crime of homicide. Homicide violates all laws worthy of the name, so there is no issue as to the criminality of the end events. However, there is a problem of proof of complicity, an issue that can arise also in civil proceedings. The problem arises because the proceedings are against high level officials who are charged with ordering acts to be conducted by underlings. None of the accused persons in these cases was alleged himself to have killed anyone. This situation is accommodated under universally recognized legal concepts of accessorial responsibility. These concepts apply in essentially similar ways in civil as well as criminal proceedings. Moreover, all legal systems modify the concepts of adequate proof when it comes to prosecution of "higher ups" for acts done by others. The essential legal concept is that of conspiracy. The typical and necessary proof is by testimony of accomplices.

In this respect it is perhaps appropriate to consider historic crimes as a subcategory of "white collar crime." White collar crimes typically are covert and their prosecution accordingly requires evidence from accomplices or analysts of records or accounts. When a high corporate or government official is accused, testimony of accomplices is usually required to connect the accused with the wrongful act. The same is true in proving civil claims against such persons. Thus, viewed from this perspective the proof of complicity required in historic crimes is not unusual.

Civil Proceedings

In evolving contemporary practice, redress for historic crimes is being pursued through civil or quasi-civil proceedings. The procedural problems in these proceedings are generally the same as those described above. If anything, relaxation of the problems of evidence and proof of complicity is more readily acceptable,

precisely because the judgment being pursued is morally less severe and the remedy financial rather than penal.

A distinct advantage of the civil proceeding, from the viewpoint of the accusers, is that a civil action proceeds by private initiative and hence does not require approval by the state ministry (“government” as it is called in some common law systems). The plaintiffs can be the victims themselves, if still alive, or their family, descendants or other representative. In some legal systems, the state has taken the initiative, or assisted in doing so, which strengthens the case politically and perhaps legally.

In the American legal system the class action procedure has protean possibilities. In that procedure it is not absolutely necessary that the plaintiff have any antecedent relationship with the victims. Hence, a civil suit for damages could proceed through prosecution by a plaintiff designated as special guardian for the victims.² Another procedure that has ancient origins is a suit by the state as *parens patriae*. In such a proceeding, the state prosecutes the suit as protector of those who were injured.

A classic form under the civil law is the judicial inquest under *droit administratif*.³ In such a proceeding the tribunal has essentially plenary authority to inquire into the legality of some previous official conduct. However, the judge’s authority and responsibility can be more effective than in ordinary civil proceedings. The inquest therefore may more readily overcome the difficulties of substantive law and of proof, and the fact that there is no complainant having personal knowledge of the facts.

In most civil law systems, some branch of the judiciary has inherent authority to act on its own initiative to see that justice is done. Hence, the idea of a proceeding conducted on the initiative of the court, and perhaps without the usual mechanisms of partisan participation, is in no way alien. In such a proceeding, the judge undertakes to determine the facts, to declare judgment, and to order suitable redress. It may be sufficient to determine the facts and to declare judgment, for there is no procedural requirement that a remedy be ordered. The proceeding can vindicate the moral and existential interests at stake without direct contradiction of normal procedural principles. However, the proceeding is not immune from the question of whether the law is being formulated and applied *ex post facto*.

² See *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust*, 339 U.S. 306 (1950) (special guardian appointed for absent parties). The American class action procedure is exemplified in Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23.

³ For a useful analysis in English, see L.N. Brown and J.S. Bell, *French Administrative Law* (5th ed. Oxford. Clarendon Press. 1998).

There is no counterpart procedure in the common law systems of civil remedies. The common law classically has begun through a claimant asserting a wrong to himself and ended in a judgment against a specific wrongdoer. One of the corollaries of these legal premises is that the principle of prescription (statute of limitations) generally is applied with respect to the claimants' personal claims, rather than on a group or collective basis. Accordingly, many claims arising out of historic crimes encounter procedural obstacles when no claimant can bring the proceeding within the normally operative time-bar imposed through the statute of limitations. Another obstacle is the common law concept is that of *forum non conveniens*. According to this concept, a common law tribunal ordinarily should not undertake to adjudicate a claim that arises from conduct having no connection to the forum.

In some common law systems, particularly the United States, these traditional limitations have been relaxed or abolished. The mechanisms to this end have been the class suit, redefinitions of the bases of legal responsibility, relaxation or elimination of the statute of limitations, and the extension of jurisdiction to controversies arising in other parts of the world. These mechanisms in varying combinations have become available in many American legal systems, typically as a result of political initiative by "survivor" groups. In this connection, it should be noted that the American regime involves 51 distinct political authorities – the Federal Government and the governments of each of the States. The procedural modifications referred to above can be adopted in any of these systems.

Class suits are authorized under federal law and in the procedure of most states. In a class suit, one member of a group – the "class" – may bring a suit on behalf of all of its members. The suit can be for a declaratory judgment, an injunction, or for damages. The damages sometimes can include not only compensation but also a punitive amount. Class suits typically are conceived and maintained by lawyers in private practice, in a role sometimes describes as that of "private attorney general." The class suit procedure has evolved over the last half century into a special jurisprudence of its own. It is readily adaptable to redressing historical crimes, for example, various claims derived from the Holocaust and discriminatory treatment of Jews in Europe prior to World War II.

Redefinitions of legal responsibility have been effected in some instances by legislation but primarily through evolution of decisional law by courts exercising their authority to reshape the law. In the United States these redefinitions have largely focused on domestic American grievances, rather than historic crimes. Examples include the enlargement of responsibility for differential treatment of employees and customers on the basis of race or sex and expansion of the concept

of causal responsibility. Movement of the law in these directions, however, creates an enlarged basis for claims of civil liability as redress for historic crimes.

Relaxation of the statutes of limitation has been by legislative action, typically responding to political action on behalf of affected categories of potential claimants. A simple example is the more or less indefinite extension of eligibility to sue for property owners suffering expropriation by the Cuban regime. It has long been a rule in American law that a potential defendant has no legally vested right to the protection of a specific limitations period. Hence, it is a matter of legislative discretion whether to extend the time in which old claims can be brought. When the balance involved is between the claims of American residents against repose of some foreign defendant, it can be imagined that the legislature is more responsive to the claimants.

Finally is the expansion of the concept of proper judicial jurisdiction over claims that originate elsewhere. In common law systems, there is no inherent restriction against entertaining claims that have arisen in some other place. Rather, the principal problem is whether jurisdiction over the person can be established against a target defendant. In this connection, it should be recalled that jurisdiction can be asserted by sequestration of assets. Thus, for example, threats have recently been made on behalf of persons injured in the 9/11 destruction of the World Trade Center against persons in Saudi Arabia, on the basis of a contention that the funding for Al Qaeda was supplied from that source. Jurisdiction could be based on seizure of Saudi assets in the U.S.

These various procedural possibilities have abundant potential, with only minor modification of traditional procedural concepts. The important questions therefore will be whether the legal systems will make these modifications, and, if so, how far they will extend. There is no substantial conceptual or constitutional obstacle to doing so.

Compensation

Monetary compensation is completely coherent as a remedy for many wrongs – breach of contract, damage or destruction of replaceable property, and costs of curative medical care, for examples. In conventional civil litigation, money awarded the victim allows essential restoration of the situation as it was before the injury, because there is a market of goods and services in which restoration can be obtained. Monetary compensation also can more or less cover the victims' inconvenience and loss of time. Application of these principles is a routine aspect of modern judicial administration.

With respect to many historic crimes, however, there is a serious theoretical question about monetary compensation. The concept of compensation in for such

claims presupposes a market where replacement can be obtained, yet there is no market or freedom of choice. For measurement of compensation in taking of property, the standard formula is “fair market value,” but the meaning of this term is theoretically questionable and often practically very ambiguous. For example, what would be the fair market value of the household goods of families and communities forcibly displaced or “resettled”?

The concept of compensation is still more problematic when applied to injuries for which no market equivalent can be imagined: Permanent physical injury, extreme mental distress and death among wrongs to persons; destruction or disfigurement of cultural artifacts; categorical disparagement of peoples, such as blacks or gypsies or a religious minority. Very great differences in approach to these problems are revealed in modern legal systems. Regarding personal injury, in Western European issues of compensation are largely (though not entirely) obviated by the “background” system of comprehensive publicly-funded medical care and disability insurance – not available to victims of historic crimes. In the United States there is no such social “safety net,” and compensation for victims suffering physical injury is determined through vague formulas typically applied ad hoc by ordinary citizens sitting as juries. In many other legal systems outside Europe and the United States, the formula for personal injury compensation presupposes a social safety net like that in Western Europe, but for most victims there is in fact no such net.

Conclusion

There surely is no coherent meaning to the formula of “adequate compensation” as applied to the victims of genocide, or to their surviving relatives. An event that should not have happened at all, according to any moral or legal precepts worthy of the name, cannot be calibrated in some kind of imaginary market. It is almost equally difficult to calibrate them in the framework of traditional civil proceedings for compensatory redress. Perhaps it is realization of these discontinuities that has inspired the organization of quasi-judicial proceedings to address historic crimes in other terms.

The Commission of Truth and Reconciliation in the South African Republic, under leadership of Archbishop Tutu, comes immediately to mind. Whether that Commission has ascertained the truth is subject to some caviling. But the Commission has established some truth – about the pernicious use of police under apartheid, the malice of the former political administration, the evident intimidation of much of the judiciary, and the passivity and silent acceptance of the system by most of the white population. And also, it should be recognized, the truth about courage and determination of those who stood out for law and decency in a

repressive and corrupt regime. A somewhat similar procedure has been pursued concerning the regime in the former German Democratic Republic, particularly the activities of STASI.

Of course, Reconciliation does not necessarily or immediately follow from Truth. But recognition of the “sins of the father” is an essential precondition for reconciliation among the sons and daughters – and grandchildren. Many observers would say that recognition of the Truth is the contribution that judicial inquest can make to the problem of historic crimes. Coherent and practicable inquests are feasible even if no monetary or other material compensation is contemplated. In moral terms, the money is incidental and perhaps a distraction or even a disparagement of the underlying contentions.

Yet if there is a source of payment, compensation does provide prospective financial support for those invoking legal procedure on behalf of the victims. It thus makes possible the exercise of private initiative to vindicate the victims of historic wrongs that governments sometimes would like to forget.

Le mode de compensation de l'OMC, état des lieux et aspects prospectifs

PIERRE MONNIER*

Aux échecs, la menace est plus forte que l'exécution

Emmanuel LASKER (champion du monde d'échecs de 1894 à 1921)

Les mécanismes de compensation et de suspension des concessions prévus à l'article 22 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures du règlement des différends de l'OMC (MRD) sont sans doute les plus aboutis et perfectionnés parmi les différents systèmes de réparation en vigueur dans le domaine du droit international. De nombreux organismes internationaux ont envié, voire copié, les "dents" dont l'Organisation mondiale du Commerce (OMC) s'est ainsi doté. Force est de constater néanmoins que ce système n'est qu'un compromis entre un constat et une nécessité : constat d'échec du système de rétorsions du GATT de 1947, lequel n'avait donné lieu qu'à une seule application, restée du reste au niveau des intentions ; nécessité de multilatéraliser la loi 301 américaine, laquelle menaçait au cours des années 80 l'existence même du système de règlement des différends de l'OMC¹. Ce caractère batard du système de règlement des différends explique sans doute certains aspects, tels que la séquence entre les articles 21.5 et 22, sont restés atrophiés, tandis que d'autres caractéristiques, comme par exemple la procédure de rétorsions "croisées" entre marchandises, services, et propriété intellectuelle, ont été très développées. Mais s'il est sans doute perfectible, le mécanisme de l'OMC qui vise à "forcer" un Membre de l'OMC à se mettre en conformité, est par essence voué à l'échec ne serait-ce que parce qu'il contrevient à un principe bien établi de droit international public, codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne, celui de la bonne foi². Croire qu'un Membre de l'OMC respectera plus rapidement ses

* Juge administratif.

¹ Sur ce point, voir notamment le livre de Robert E. Hudec : *Enforcing International Trade Law*

² L'Organe d'appel accorde une grande importance à ce principe comme le montre par exemple ce passage de son récent rapport *Sardines* : « Nous devons supposer que les Membres de l'OMC se conformeront à leurs obligations conventionnelles de bonne foi, comme le prescrit le principe *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne. Et, toujours dans le cadre du règlement des différends, chaque Membre de l'OMC doit supposer la bonne foi de tous les autres Membres. » (WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002, §278)

obligations par la carotte ou le bâton, c'est le soupçonner de ne pas faire tout ce qui est possible pour le faire, et donc de ne pas respecter le *pacta sunt servanda*.

Le mécanisme souffre aussi d'un habillage multilatéral mal fait alors que toute son principe repose sur le face à face entre le plaignant et le condamné. Ainsi la phase de mise en oeuvre s'apparente le plus souvent à une véritable partie d'échecs. La métaphore échiquéenne s'impose par deux traits essentiels qui ne vont sans doute pas de soi pour les profanes du règlement des différends de l'OMC : non seulement le mécanisme des rétorsions se joue essentiellement à deux : les autres Membres de l'OMC ou les arbitres n'ont qu'un rôle modeste ; mais il n'y a en outre pas comme dans un système judiciaire classique un déséquilibre entre l'accusateur et le condamné, chacun tour à tour joue son coup et nous verrons qu'il est bien rare qu'un joueur prenne un avantage décisif sur l'autre. La partie se conclut souvent par une partie nulle tant il est vrai que le principe d'"équilibre des concessions" continue de gouverner depuis 1947 le GATT puis l'OMC.

Mais avant de jouer aux échecs, les Membres de l'OMC ont commencé comme beaucoup d'entre nous à jouer aux billes dans une cour de récréation. Ce n'est en effet qu'une fois la partie de billes terminée que commence la partie d'échecs.

I. Le système vu comme une partie de billes.

Même si le terme de "*Round*" évoque davantage l'image d'un ring de boxe, c'est pourtant l'image d'une cour d'école qui l'illustre sans doute le mieux. Lorsque les membres de l'OMC décident de "lancer un Round de négociations", ils sonnent le début de la récréation au cours de laquelle les participants vont s'échanger des billes : certains vont privilégier telle ou telle couleur, d'autres vont préférer échanger plusieurs billes contre un calot, etc ... Cette cour de récréation a toutefois une règle fondamentale qui la différencie de celles de notre enfance : lorsque Paul échange avec Clara une bille rouge contre une bille bleue, il s'engage à donner également une bille rouge à tous les autres participants tandis que Clara devra également donner à chacun une bille bleue. C'est ce qu'on appelle dans le jargon de l'OMC, la "clause de la nation la plus favorisée".

Lorsque sonne la fin de la récréation, les élèves rentrent en classe en comptant leurs billes. Logiquement, le troc aura permis à chacun des participants d'obtenir un lot de billes qui lui plaît davantage. En outre, si on laisse de côté le fait que certains soient peut-être meilleurs négociateurs que d'autres, les positions restent globalement équilibrées. Il peut toutefois arriver qu'un joueur regrette d'avoir donné une bille dont il n'avait pas prévu qu'elle lui était si précieuse : les articles XIX et XXVIII du GATT avaient dès 1947 prévu des mécanismes pour faire face à cette éventualité. Il peut aussi arriver qu'un joueur s'aperçoive que la bille qu'on lui a

donnée n'est pas ronde ou était si fragile qu'elle s'est cassée, c'est alors qu'intervient le mécanisme de règlement des différends.

A. Les mécanismes de renégociation et de sauvegarde

En amont du système de règlement des différends, les règles du GATT d'hier et de l'OMC d'aujourd'hui prévoient deux mécanismes pour le Membre de l'OMC qui a imprudemment échangé une bille au sujet de laquelle il réalise, une fois la récréation finie, qu'elle lui tenait davantage à coeur qu'il ne l'avait cru : soit l'imprévoyant veut reprendre définitivement sa bille et il invoque les dispositions de l'article XXVIII du GATT, soit il ne désire la reprendre que de manière temporaire et il invoque les mécanismes de sauvegarde prévus par l'article XIX du GATT et l'Accord sur les sauvegardes.

1. L'article XXVIII du GATT

Cet article permet à Paul de reprendre à Clara la bille rouge qu'il lui avait imprudemment proposée. Le plus simple, dira-t-on, est que Clara récupère sa bille bleue pour retrouver *le statu quo ante*. Mais c'est oublier que Clara n'est peut-être plus du tout intéressée par cette bille bleue et c'est surtout faire fi de tous les autres Membres à qui Paul a dû également donner une bille rouge au titre de la clause de la nation la plus favorisée. En fait, Paul doit demander à rentrer en négociation non seulement avec Clara mais avec tous ceux pour qui cette bille rouge est précieuse. Il va devoir essayer de trouver pour tous les Membres une autre bille qui donnera satisfaction à ceux pour qui cette bille rouge est particulièrement précieuse.

Si les joueurs ne parviennent pas à trouver un terrain d'entente, Paul pourra quand même reprendre sa bille rouge mais les partenaires significativement affectés pourront choisir chacun une bille de Paul afin de compenser cette perte. Aucun problème apparemment : chacun pourra reprendre la bille qui lui plaît à proportion de la perte que Paul lui a fait subir en reprenant sa bille rouge.

Mais malheureusement, rien n'est si simple. Prenons le cas apparemment simplissime où Clara et Paul rééchantent leur bille sans qu'aucun des autres joueurs aient à se plaindre de la perte de la bille rouge de Paul. Il n'en reste pas moins que Clara, pour respecter la clause de la nation la plus favorisée, va devoir également récupérer sa bille bleue auprès de tous les autres joueurs. Il ne reste plus qu'à espérer le cas improbable où aucun autre joueur n'est intéressé par cette bille bleue, faute de quoi il faudra que Clara leur propose à son tour quelque chose afin de maintenir l'équilibre des concessions.

L'adéquation improbable entre la clause de la nation la plus favorisée et le principe de l'équilibre des concessions explique sans doute pourquoi le mécanisme de

rétorsion instauré par l'article XXVIII n'a été que très rarement et très timidement invoqué³.

2. L'article XIX du GATT et l'Accord sur les sauvegardes

A condition que Paul, suite à la perte de sa bille rouge, subisse un préjudice sérieux ou soit sous la menace d'un tel préjudice, Paul peut reprendre temporairement cette bille si, en outre, son préjudice résulte d'une évolution imprévue des circonstances. Là encore, l'article XIX du GATT prévoyait en son paragraphe 3 un mécanisme permettant aux parties lésées par cette perte de reprendre une bille équivalente.

L'article 8 de l'accord sur les sauvegardes est venu en 1995 préciser, et assez curieusement réduire, ce droit à réparation. Le paragraphe 1 de l'article 8 dit que Paul doit s'efforcer par la négociation de maintenir l'équilibre des concessions avec les partenaires affectés par le retrait de la bille. Le paragraphe 2, comme le faisait l'article XIX du GATT, prévoit que les Membres affectés pourront dans les 90 jours suivant la reprise de la bille rouge reprendre à Paul une bille qui soit d'une valeur équivalente.

Mais le paragraphe 3 précise que l'exercice de ce droit ne sera inconditionnel que si Paul n'a pas rendu sa bille rouge au bout de trois années. Avant l'expiration de ce délai de trois ans, Clara et les autres partenaires ne pourront exercer ce droit que si l'une au moins des deux conditions de l'article 8:3 est remplie. Nous verrons plus tard comment ce paragraphe 3 à trouver à s'appliquer dans le récent cas *Acier*.

B. Le mécanisme de règlement des différends.

Revenons à la situation où Paul, de retour de récréation, contemple ses billes et s'aperçoit avec effroi que sa belle bille bleue est cassée. Paul va devoir cette fois aller devant le système de règlement des différends. Il pourra même le faire si Clara n'est pas vraiment coupable⁴, le concept primordial est que l'équilibre des concessions auquel Paul pouvait légitimement croire, se trouve rompu.

Les règles de l'OMC excluent que Paul puisse se faire justice lui-même. Il va devoir d'abord demander à un tiers de constater que Clara a bien cassé la bille. Une fois que toute la classe aura avalisé la constatation de ce tiers selon laquelle la bille bleue n'est pas celle que s'était engagée à donner Clara, Clara disposera d'un certain délai pour mettre sa bille bleue en conformité avec ses engagements.

³ 3 cas seulement selon l'Index analytique du GATT.

⁴ C'est ce qu'on appelle dans le jargon : le recours en "non-violation". Nous ne traiterons néanmoins que les cas beaucoup plus fréquents de "violation"

Si Paul et Clara s'accordent sur le fait que Clara n'a toujours pas respecté ses engagements à l'expiration de ce délai, Paul et Clara devraient tout d'abord négocier afin de trouver une autre bille de Clara qui puisse satisfaire Paul : c'est ce qu'on appelle communément les compensations. Evidemment, Clara devra aussi donner cette bille à tous les autres joueurs afin de respecter la clause de la nation la plus favorisée. Si les parties ne trouvent aucun terrain d'entente alors Paul pourra à sa guise prendre son marteau et casser les billes de Clara : c'est ce qu'on appelle les rétorsions. Clara aura juste le droit de demander à un arbitre de fixer la valeur des billes que pourra casser Paul, cette valeur étant au maximum égale à celle de la bille bleue. Evidemment l'objectif ultime est que Paul finisse par récupérer sa belle bille bleue. Paul rendra alors à Clara ses morceaux de bille afin qu'elle puisse les recoller.

Mais que se passe-t-il si Clara clame qu'elle s'est mise en conformité avec ses engagements à l'expiration du délai ? Tous les joueurs sauf un (les Etats-Unis) pensent que dans ce cas Paul doit redemander au tiers de constater si oui ou non Clara a rendu la bille bleue. Ce n'est que si ce tiers dit que la bille bleue n'est toujours pas conforme que Paul pourra prendre des rétorsions après d'éventuelles négociations sur des compensations. Cette question de la "chronologie" (sequencing, dans le jargon de l'OMC), qui a opposé les Etats-Unis à l'Union européenne dans le cadre du contentieux sur les bananes, est sans doute celle qui a fait couler le plus d'encre au sujet du règlement des différends.

Avant de passer au jeu d'échecs, on peut déjà tirer deux leçons de notre partie de billes : Paul ne tire aucun avantage en cassant les billes de Clara, les seuls bénéficiaires seront le cas échéant les autres joueurs qui conserveront les billes que Clara ne pourra plus utiliser. En revanche, les compensations sont avantageuses non seulement pour Paul mais aussi pour tous les autres joueurs auxquels Clara devra donner la bille qu'elle donne à Paul en guise de compensation. Mais Clara risque fort de ne pas y retrouver son compte : elle devra donner à chacun la bille qu'elle donne à Paul alors que la valeur de cette bille ne sera calculée que par rapport au préjudice de Paul. Il y a donc un facteur multiplicateur qui rend les compensations très onéreuses. C'est sans doute pourquoi il n'existe à ce jour qu'un seul cas où des compensations ont pu être trouvées⁵.

Maintenant que les pièces sont sur l'échiquier, il est temps désormais de passer aux choses sérieuses.

⁵ Dans le différend concernant les taxes japonaises sur les boissons alcooliques.

II. Le système de règlement des différends vu comme une partie d'échecs.

La pratique du règlement des différends emprunte beaucoup au jeu d'échecs, ne serait-ce que parce que deux joueurs s'affrontent à partir d'une position équilibrée. L'équilibre devient dynamique quand un joueur décide de prendre les blancs et de jouer son premier coup en demandant des consultations. L'évolution du règlement des différends peut être regardée au travers du prisme de deux positions du début de parties : le « mat du sot » et le « gambit ».

A. La parabole du mat du sot.

Beaucoup de joueurs croient que le mat le plus rapide des échecs est le mat du berger grâce auquel les blancs font mat en quatre coups⁶. Il existe toutefois un mat beaucoup plus rapide mais paradoxalement ce sont les blancs qui se font mater !!! C'est finalement assez logique si on considère que pour en arriver-là, il est surtout nécessaire que le perdant joue particulièrement mal. Je n'ai réalisé qu'une fois cette prouesse : c'était contre mon grand-père et je garde toujours le souvenir de sa tête lorsque, après m'avoir sportivement félicité pour ma victoire éclair, je lui annonçais avec toute la sauvagerie de mes treize ans qu'il venait de subir le mat du sot.

Le mat du sot ne prend que deux coups : premier coup : pion blanc f2 en f4 ; pion noir e7 en e6 ; deuxième coup : pion blanc g2 en g4 ; Dame noire d8 en h4 mat !!! Dans le règlement des différends, le premier coup blanc s'appelle "Bananes" et le deuxième coup : "Hormones".

1. Le premier coup des bananes :

Le premier recours aux rétorsions eut lieu début 1999 dans le cadre du contentieux "bananes" qui opposaient l'Union européenne à différends plaignants, dont notamment les Etats-Unis et l'Equateur. Sans doute frustrés du fait que l'Union européenne échappe depuis si longtemps à ses obligations, les Etats-Unis demandaient à l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC, dès l'expiration du délai raisonnable, de les autoriser à prendre des rétorsions pour un montant de 520 millions de dollars EU. Après recours à l'arbitrage, le montant du préjudice fut fixé à 191,4 millions de dollar. Le débat s'envenima encore du fait que les Etats-Unis appliquèrent les sanctions sans respecter le principe de la chronologie, c'est-à-

⁶ En notation algébrique, c'est-à-dire en divisant l'échiquier en huit colonnes classées selon l'ordre alphabétique de "a" à "h" en partant de la gauche des blancs (et donc de la droite des noirs) et en huit rangées numérotées de 1 à 8 à partir de la première rangée blanche, le mat du Berger est : premier coup : pion blanc e2 en e4 ; pion noir e7 en e5 ; deuxième coup : fou blanc f1 et c4 ; fou noir f8 en c5 ; troisième coup : Dame blanche d1 en f3 ; cheval noir b8 en c6 ; quatrième coup : Dame blanche prend pion noir f7 mat.

dire sans demander au préalable à ce que la mesure de mise en conformité communautaire soit jugée incompatible avec les règles l'OMC. Pour eux, les changements apportés par la communauté n'étaient que cosmétiques.

2. Le second coup des hormones :

Dans le cas Hormones, la bataille de procédure fut moindre puisque l'Union européenne, cette fois, avoua qu'elle était dans l'impossibilité de se mettre en conformité à l'expiration du délai. Les Etats-Unis et le Canada demandèrent des sanctions qui furent une nouvelle fois considérablement revues à la baisse par l'arbitre qui en fixa le montant à 116,8 millions de dollars EU pour les Etats-Unis et à 11,3 millions de dollars canadiens pour le Canada. Ces sanctions sont en place depuis juillet 1999.

En voulant utiliser un peu précipitamment le jouet des rétorsions fabriqué par le règlement des différends de l'OMC, les Etats-Unis, et dans une moindre mesure le Canada, ont porté un coup sérieux au règlement des différends en particulier et à l'OMC en général. José Bové n'est-il pas le fils des rétorsions sur le roquefort prises par les Etats-Unis dans le cadre du contentieux "Hormones" ? Il est symptomatique de constater qu'aucune rétorsion n'a été prise depuis lors. Cette expérience malheureuse aura au moins servi à montrer que dans le système de règlement des différends comme aux échecs : la menace est plus forte que l'exécution.

En outre, les rétorsions bananes et hormones ont eu un effet boomerang puisqu'elles ont provoqué en écho la plainte contre les dispositions fiscales américaines, dites Foreign Sales Corporations ("FSC"), pour lesquelles l'Union européenne vient de se voir autoriser par l'arbitre un montant dépassant 4 milliards de dollars EU par an !!!! Cette spirale inflationniste pourrait faire exploser le système ; aux échecs ont parlé de "contre-gambit".

B. Gambit et contre-gambit.

Aux échecs, le gambit⁷ est un coup qui consiste à sacrifier un pion pour s'assurer un avantage d'attaque ou de développement. Souvent, la meilleure manière de réfuter un gambit est de faire un contre-gambit : c'est-à-dire sacrifier soi-même un pion au lieu de prendre celui qu'offre l'adversaire⁸. Le contre-gambit est un coup expressé-

⁷ de l'italien "gambetto" : croc-en-jambe. Les gambits les plus célèbres sont celui du roi et celui de la reine. Pour une application littéraire, je recommande la lecture du livre de Boris Akounine : "Le gambit turc", aux presses de la Cité.

⁸ Par exemple dans le gambit du roi : premier coup : pion blanc e2 en e4, pion noir e7 en e5 ; deuxième coup : f2-f4 (c'est le fameux gambit du roi où les blancs sacrifient le pion "f" pour contrôler ensuite la case d4), les noirs, au lieu de prendre le pion, jouent pion d7 en d5 !!! Coup constitutif du contre-gambit "Falkbeer", les noirs laissent leur pion e5 en prise.

ment interdit par les règles de l'OMC puisque l'article 3:10 du Mémorandum d'accord sur les règles de procédures du règlement des différends stipule que « *Il est ... entendu que les recours et contre-recours concernant des questions distinctes ne devraient pas être liés* ». Néanmoins, la perspective des rétorsions a inexorablement conduit à la multiplication des contre-gambits. L'exemple le plus parlant reste sans doute le cas dit "Embraer vs. Bombardier" dans lequel la tactique du Brésil, face à la plainte canadienne, est typiquement celle du contre-gambit. Les derniers avatars du contentieux "acier" sont également éclairants. Contre la mesure de sauvegarde américaine : l'Europe porte plainte et prend sa propre mesure de sauvegarde, laquelle à son tour est attaquée par les Etats-Unis ...

Ainsi le système de règlement des différends s'est peu à peu transformé en un échiquier où les joueurs se rendent coup sur coup sans que, le plus souvent, aucun ne puisse prendre un avantage décisif. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que la partie finisse souvent par la nullité. Le règlement des différends permet de réviser tous les cas de nullités aux échecs.

C. Les différents cas de nullité.

Il y a en tout 6 cas de nullité aux échecs : la convention mutuelle, le pat, l'échec perpétuel, l'insuffisance de matériel, la règle des cinquante coups et la triple répétition de la position. Nous allons voir qu'ils ont chacun trouver à s'appliquer au règlement des différends.

1. La convention mutuelle : les rétorsions américaines contre les bananes

*"Il arrive fréquemment que deux joueurs se mettent d'accord entre eux, au cours de la partie, pour déclarer leur partie nulle. Pourquoi ? En général cela arrive lorsqu'ils atteignent une position où, à l'évidence, la victoire n'est possible ni pour l'un ni pour l'autre"*⁹

C'est ainsi que se termina la partie "bananes" entre les Etats-Unis et l'Union européenne. Les parties se sont mises d'accord pour lever les sanctions américaines en échange d'une évolution du régime communautaire qui, s'il nécessite encore une dérogation car il n'est toujours pas conforme aux règles de l'OMC, devrait à terme évoluer vers un système plus conforme.

2. Le pat : les rétorsions "hormones"

"Si, au moment de jouer, un joueur ne peut déplacer ni son roi sans le mettre en échec, ni aucune autre pièce, il est pat et la partie est nulle"

⁹ Les Citations sont extraites du *Manuel des échecs* de Jean-Christian Galli, édité par la Ligue corse d'échecs.

Les rétorsions “Hormones” offrent une situation typique de pat. Après le dernier coup des blancs (la mise en oeuvre de rétorsions par les Etats-Unis et le Canada), les noirs (l’Union européenne) ne peuvent plus jouer de coup. Son opinion publique n’accepterait pas qu’elle lève l’interdiction d’hormones dans la viande bovine, mesure qui, dans l’état actuel des connaissances scientifiques et de la jurisprudence de l’OMC, serait sans doute la seule susceptible de la mettre en conformité avec l’Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires et qui, surtout, serait la seule à même de satisfaire ses adversaires. La situation est donc complètement bloquée sans que le roi noir se trouve en échec : c’est le pat.

3. L’échec perpétuel : le cas “FSC”

“Un joueur, qui sent qu’il est en train de perdre, peut parfois se débrouiller pour mettre le roi adverse en échec sans discontinuer. On parle alors d’échec perpétuel et la partie est nulle”

On a vu que le cas *FSC* avait été lancé par les Européens contre les Etats-Unis dans le contexte des contentieux “bananes” et “hormones”. Mais l’Union européenne, qui vient finalement d’obtenir le droit de demander plus de 4 milliards de dollars EU de rétorsions par an, n’a eu de cesse de faire traîner les choses en longueur. Toutes les phases de la procédure, que ce soit le panel, l’appel, le délai de mise en oeuvre ou l’arbitrage, ont été systématiquement retardés sans doute avec l’aval de Bruxelles qui sait pertinemment que les 15 Etats de l’Union européenne ne pourront trouver un terrain d’entente pour prendre des rétorsions. En attendant, la seule tactique possible est de poursuivre par des échecs le roi américain à travers tout l’échiquier.

4. L’insuffisance de matériel : les rétorsions équatoriennes contre les bananes.

“La victoire aux échecs s’obtient en mettant échec et mat le roi adverse. Mais s’il ne reste pas sur l’échiquier suffisamment de matériel pour accomplir cette mission suprême, la partie est déclarée nulle.”

Dans le contentieux bananes, l’Equateur a reçu l’aval de l’arbitre pour prendre des rétorsions à hauteur de 201,6 millions de dollars EU mais l’Equateur n’est jamais passé aux actes. Ce pays savait pertinemment qu’il n’était pas suffisamment puissant pour prendre des rétorsions qui auraient eu davantage d’effets négatifs sur son économie que sur celle de l’éléphant communautaire. L’Equateur n’avait tout simplement pas suffisamment de matériel pour mater.

5. La règle des cinquante coups : les rétorsions canadiennes contre le système *Proex* brésilien

“Quand cinquante coups de suite sont joués sans qu’un pion ait été poussé ou qu’une prise ait été effectuée, un joueur peut réclamer la partie nulle”

Le Canada dispose depuis le 28 août 2000 de la possibilité de prendre des rétorsions contre le Brésil à hauteur de 344,2 millions de dollars canadiens, il ne l’a pas fait pour différentes raisons. Nul doute que les menaces à peine voilées du Brésil de boycotter des produits canadiens n’a pas été sans incidence sur cette inertie. Le Brésil, qui ne tardera pas à disposer également du droit à rétorsions sur les subventions allouées au Canada à l’entreprise Bombardier, va bientôt rétablir l’équilibre un moment rompu. Le Canada avait d’abord essayé la tactique de l’échec perpétuel en déposant une troisième plainte contre le troisième système *Proex*. Mais un panel ayant jugé que ce nouveau système *Proex* brésilien n’était pas en lui-même incompatible avec les règles de l’OMC, le Canada a dû se rabattre sur la règle des cinquante coups : c’est-à-dire jouer des coups insignifiants pour faire passer le temps.

6. La triple répétition de la position : la tactique américaine en matière de sauvegardes

“Si la même position apparaît trois fois sur l’échiquier, un joueur peut réclamer la partie nulle”.

Les mesures des Etats-Unis au titre de l’Accord sur les sauvegardes ont été à trois reprises condamnées pour des motifs très similaires¹⁰. Or une mesure de sauvegarde ne devant en principe ne pas dépasser trois ans, dans les trois cas, les Etats-Unis ont pu tranquillement retirer leur mesure au bout d’à peu près trois années, temps nécessaire pour que le règlement des différends débouche sur une condamnation, puis un droit à rétorsions.

Cette attitude, emprunte d’un certain cynisme, a été renouvelée dans le cadre du contentieux “acier”. L’Union européenne avait pensé un moment prendre des rétorsions au titre de l’article 8 de l’Accord sur les sauvegardes. On a vu que cet article conditionnait l’exercice du droit à rétorsions à deux conditions alternatives : la première est que *la mesure de sauvegarde ait été prise par suite d’un accroissement des importations en termes absolus*, la seconde est que cette mesure *soit conforme aux dispositions de l’Accord sur les sauvegardes*. Or, selon l’UE : non seulement certains

¹⁰ Mesures sur le gluten de froment (plainte de l’Union européenne), sur la viande d’agneaux (plainte de l’Australie et la Nouvelle-Zélande) et sur les tuyaux (plainte de la Corée).

produits visés n'avaient pas augmenté de manière absolue mais la mesure américaine violait aussi l'accord sur les sauvegardes. Mais les Etats-Unis ont contesté ces deux points et l'Union européenne n'a pas voulu prendre le risque de faire une détermination unilatérale de ces deux critères. Ainsi la tactique des Etats-Unis leur permet-elle de retrouver toujours la même position et de réclamer la nulle.

D. Un constat d'échec

On constate donc que le système de rétorsions, qui devait être la grande avancée du système de règlement des différends de l'OMC, n'a produit que des résultats qu'on pourrait qualifier de mitigés, voire, sans faire de mauvais jeux de mot, nuls.

Ce constat d'échec s'aggrave encore si on considère les cas en cours. Suite à la condamnation de leur loi sur le droit d'auteur et de leur loi antidumping de 1916, les Etats-Unis devaient initialement se mettre en conformité avec leurs obligations avant fin juillet 2001. Ce délai a ensuite été prorogé jusqu'à fin décembre 2001. Mais depuis lors, la situation apparaît bloquée.

Dans le cas de la loi sur les droits d'auteur, l'Union européenne et les Etats-Unis ont demandé un arbitrage anticipé afin de déterminer le préjudice subi par l'UE du fait de la violation prolongée. L'arbitre ayant fixé le préjudice communautaire au niveau très faible de 1,22 millions d'euros par an, les parties se sont mises d'accord sur le principe d'une compensation sous forme d'aide américaine à la promotion des droits d'auteurs européens. Mais, faute d'accord du Congrès américain, cette compensation n'a toujours pas vu le jour. L'Australie ne manque pas à chaque réunion de l'organe de règlement des différends de s'interroger sur la légalité de telles compensations au regard du principe de la nation la plus favorisée.

Dans le cas de la loi d'antidumping de 1916, les Etats-Unis ont également du mal à se mettre en conformité avec leurs obligations. Le Japon et l'Union européenne étaient confrontés à une difficulté pour demander des rétorsions. En effet, ils ne peuvent faire état de préjudice calculable du fait que cette loi n'a encore jamais été vraiment appliquée. Les deux plaignants ont trouvé une solution originale et controversée : ils ont demandé l'autorisation de faire des rétorsions "miroir" en appliquant aux entreprises américaines les mêmes pratiques illégales que les Etats-Unis menacent d'appliquer aux entreprises étrangères. Les Etats-Unis ont demandé l'arbitrage mais la procédure est suspendue dans l'attente d'une mise en conformité.

A partir de ce constat d'échec, de nombreuses propositions ont été faites afin de le faire évoluer. Curieusement, ces propositions tendent pour la plupart à revenir au jeu de billes.

III. Conclusion : retour aux billes ?

Dans le cadre des négociations lancées à Doha¹¹, dont le résultat est attendu pour mai 2003, deux voies sont actuellement explorées afin d'améliorer le système de rétorsions :

- augmenter l'effet de levier en rendant les rétorsions plus douloureuses pour le défendeur;
- faciliter le recours à des compensations.

A. Augmenter l'effet de levier des rétorsions

Frustrés de ne pas réussir à forcer l'UE à se mettre en conformité dans les contentieux "Bananes" et "Hormones", les Etats-Unis ont institué en 2000 une Loi, dite "carousel", leur permettant de faire "tourner" la liste de rétorsions tous les six mois. L'Union européenne avait demandé des consultations sur cette loi, mais n'est pas passée au stade du panel car les Etats-Unis n'ont jamais appliqué cette loi. L'Australie, ainsi que la Thaïlande et les Philippines ont déposé des propositions visant à strictement encadrer la possibilité de faire tourner les sanctions. Plus généralement, on remarquera que la loi américaine ne fait qu'exacerber les défauts du système qu'on a déjà soulignés. Mais les Etats-Unis ont visiblement retenu la leçon et l'administration américaine utilise sa loi comme une menace, sans que son efficacité soit encore vraiment démontrée.

Une proposition plus novatrice consisterait à ouvrir la possibilité de rétorsions à tous les Membres de l'OMC qui subissent un préjudice commercial du fait de l'incompatibilité. Cette idée lancée par l'Australie a été reprise à son compte par de nombreux pays en développement à condition, évidemment, de leur en réserver la possibilité. Le Mexique a émis l'idée qu'un Membre dans l'impossibilité de recourir aux rétorsions, comme par exemple l'Equateur dans le contentieux « bananes », puisse transférer son droit à rétorsions à un autre Membre. Toutes ces idées sont intéressantes car elles permettraient de sortir du face-à-face mortel du système actuel et de revenir au principe initial du jeu de billes. Les Etats-Unis et l'Union européenne ne sont évidemment pas très chauds pour abandonner leur tête-à-tête échiquéen.¹² Au-delà des problèmes de cavalier clandestin (*free-riding*), une telle évolution reviendrait à remettre en cause toute la logique actuelle du système et il faudra sans

¹¹ Cf. sur le site de l'OMC (www.wto.org) les documents cotés TN/DS/W ainsi que les compilations des propositions sous la cote JOB(02)/42/

¹² Le jeu des échecs n'est-il pas celui des rois puisque le mot "échecs" vient du persan "shah".

doute y réfléchir à deux fois ne serait-ce que parce que l'expérience "bananes" a montré que la multiplication des plaignants complique plus qu'elle ne facilite la recherche d'une solution.

B. Faciliter les compensations

Partant du constat que les compensations, à l'inverse des rétorsions, créaient du commerce, le bon sens voudrait qu'on rende les compensations plus faciles. Les Pays les Moins avancés ont même proposé de les rendre impératives.

Plus prosaïquement, l'Union européenne et l'Equateur ont proposé un mécanisme permettant de fixer au préalable le niveau du préjudice afin que cette inconnue soit éliminée. L'expérience montre en effet que les parties ont généralement des estimations très différentes du préjudice, ce qui complique encore les négociations de compensations. On a vu que l'Union européenne et les Etats-Unis ont anticipé cette procédure dans le cadre du différend sur la loi sur le droit d'auteur. Pour souhaitable qu'elle soit, une telle évolution relève cependant du gadget car les contentieux, notamment "Hormones", montrent que les compensations sont toujours difficiles à trouver même une fois fixé le montant du préjudice.

Une voie plus révolutionnaire serait de délivrer les compensations de la clause de la nation la plus favorisée, notamment en leur conférant un caractère pécuniaire. Les pays en voie de développement et les pays les moins avancés ont repris dans le cadre des négociations lancées à Doha leur vieille revendication des années soixante concernant l'octroi d'une compensation monétaire. L'Equateur, de son côté, a émis l'idée qu'un Membre puisse proposer à titre de compensations un ensemble d'avantages commerciaux ou toute autre forme de compensation n'affectant pas les autres Membres. Il propose également, dans le cas de pays en développement, de déroger provisoirement à la clause de la nation la plus favorisée pour permettre la compensation.

Toutes ces propositions sont intéressantes, mais elles relèvent toutes, dans l'état actuel du système de l'OMC, soit du gadget soit de l'utopie. Que ce soit aux billes ou aux échecs, lorsqu'on s'aperçoit qu'un adversaire triche, la première solution est la vengeance, la seconde est d'appeler l'arbitre, et la troisième, d'arrêter la partie. Si toutefois on continue de jouer avec cet adversaire, le mieux est sans doute d'accepter l'idée qu'il n'est pas un tricheur. Quoiqu'en dise Caton l'ancien, le *Pacta sunt servanda* reste dans la plupart des cas une meilleure option que le *Delenda est Cartago*.

Bibliographie

- ANDERSON, Kym : Peculiarities of retaliation in WTO Dispute settlement, in *World Trade Review* (2002), 1:2, pp. 123-134.
- BALDWIN, David A. : "The Sanctions Debate and the Logic of Choice", in *International Security*, Vol.24, no. 3, Winter 1999/2000, pp. 80-107.

- BOURGEOIS, Jacques : “GATT/WTO Dispute Settlement Practice in the Field of Anti-Dumping Law”, in *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1997, pp. 285-311.
- CHARNOWITZ, Steve : “Rethinking WTO Trade Sanctions”, in *American Journal of International Law*, 95(4), October, pp. 792-832.
- ESPINOSA, Cristian : “The WTO Banana Dispute : Do Ecuador’s Sanctions Against the European Communities Make Sense? “, in *BRIDGES*, no. 4, May 2000, pp. 3, 10.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne : “Tribunal de l’OMC : le système des sanctions”, in *Les notes bleues de Bercy*, no. 186, 1er-15 juillet 2000.
- HUDEC, Robert E. : “Broadening the scope of remedies in WTO Dispute Settlement” in *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, Cameron May, 2000, pp. 369-400.
- HUDEC, Robert E. : *Enforcing International Trade Law : The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Butterworth Legal Publishers.
- JACKSON, John H., DAVEY, William J. et SYKES, Alan O. : *Legal problems of international economic relations : cases, materials and text*, west publishing Co., third edition, 1995.
- MAVROIDIS, Petros : “Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place”, in *European Journal of International Law*, 11(4), pp. 145-166.
- McGIVERN Brendan : “Seeking compliance with WTO rulings : theory, practice and alternatives”, in *International Lawyer*, Spring 2002.
- PACE, Virgile : in *L’Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, L’Harmattan 2000, “Section III : L’établissement d’une procédure de surveillance et de contrôle renforcée, assortie d’un mécanisme de sanction », pp. 248-261.
- PALMETER, David et MAVROIDIS, Petros C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Kluwer Law International, 1999, “Chapter eight : Remedies”, pp. 161-173.
- ROSAS, Allan : “Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings : an EU Perspective”, in *Journal of International Economic Law* (2001), pp. 131-144.
- VALLES, Cherise M. et McGIVERN, Brendan : “The Right to Retaliate under the WTO Agreement – The Sequencing problem”, in *Journal of World Trade* (2000), 34(2), pp. 63-84.
- WAINCYMER, Jeff : *Procedural aspects of formal Dispute Settlement*, Cameron May, 2002, “Chapter 9 : Implementation and remedies”, pp. 631-691.

Liability and the WHO Framework Convention on Tobacco Control

SEAN D. MURPHY*

I. Introduction

Since October 2000, member states of the World Health Organization (WHO) have been negotiating a Framework Convention on Tobacco Control (FCTC). In June 2002, the chair of the inter-governmental negotiating body released the first complete draft of the FCTC.¹ Structurally, the draft FCTC establishes a Conference of the Parties (Art. 23), appoints the WHO as the Secretariat (Art. 24), and calls for financial assistance to developing country parties and parties with transitional economies (Art. 26). Further negotiations on this text occurred in October 2002, in the hope that a final text can be adopted in May 2003.

In embarking on this negotiation, WHO member states considered the possibility of a robust liability regime for the FCTC, which would allow smokers to obtain compensation from tobacco companies for the health effects of their products when sold transnationally. The negotiations over such liability proved contentious and the current draft contains only a very modest article on liability and compensation. Article 19 requires that Parties “take legislative action or promote their existing laws to deal with liability and compensation for the purpose of tobacco control.” It also calls upon the Parties (1) to cooperate in any legal proceedings on tobacco control; (2) to report to the Conference of Parties on the health effects of tobacco and on national legislation, regulations and judicial decisions on tobacco control; and (3) to consider establishing an advisory committee of experts to create a database for such information.

* Professor, George Washington University Law School, Washington, D.C.

¹ See New Chair's Text of a Framework Convention on Tobacco Control, WHO Doc. A/FCTC/INB5/2 (June 25, 2002), available at <<http://www.who.org>>. This draft addresses a wide range of issues relating to tobacco and smoking, such as informing the public about the consequences of smoking (Art. 12), protections for non-smokers from exposure to smoke (“passive smoking”) (Art. 8), tax and non-price measures (Arts. 6 & 7), regulation of tobacco contents, packaging and advertising (Arts. 9, 11 & 13), treatment of addiction and cessation programs (Art. 14), illicit trade in tobacco products (Art. 15), sales to minors (Art. 16), and tobacco-related research and information sharing among parties (Arts. 20, 21 & 22).

While draft Article 19 may appear very unambitious, WHO member states are wise not to attempt to go further in establishing an international liability regime for the FCTC, since it could easily distract the negotiations from other, more important FCTC initiatives, and could discourage certain states from joining the FCTC. To understand why requires considering the difficulties that currently exist in national legal systems in imposing liability for the harmful effects of tobacco consumption, as well as the even greater difficulties of seeking such liability transnationally.

II. National Liability Regimes

All national legal systems contain processes for persons to bring claims for personal injury against other persons. Those processes typically require some form of negligence or unreasonable behavior by the defendant that directly or proximately causes the personal injury, but also may allow for absolute or strict liability with respect to ultra-hazardous activities. Persons who have brought claims for harm from consumption of tobacco products, have experienced difficulties either in proving that smoking causes injury (such as cancer) or in defeating a defense that smokers chose to assume the risk of injury and therefore must bear the consequences.

In 1998, a landmark settlement was reached between four major cigarette manufacturers and forty-six states in the United States for healthcare costs associated with smoking. The settlement both provided for significant payments to the states and imposed certain restrictions on the tobacco companies, such as on advertising. However, despite this settlement, the ability of U.S. claimants successfully to sue tobacco companies remains erratic; some claimants are settling or prevailing in their cases (individually or as part of a “class action”)² while others are failing on procedural grounds or for other inadequacies.³ Further, an effort by the U.S. Food and Drug Administration to regulate the promotion, labeling, and accessibility to children and adolescents of tobacco products was struck down in 2000 by the U.S.

² See, e.g., *Ramos v. Philip Morris Co.*, 743 So.2d 24 (Fla. Dist. Ct. App. 1999) (successful class action settlement by flight attendants for injury from second-hand smoke); *Henley v. Philip Morris Inc.*, 1999 WL 221076 (Cal. App. Dep’t Super. Ct. 1999) (successful individual action, but with punitive damages revised); *Carter v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 200 WL 1726779 (Fla. 2000) (no federal law preemption and factual questions on when statute of limitations runs precludes summary judgment for defendant).

³ See, e.g., *Laschke v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 766 So.2d 1076 (Fla. Dist. Ct. App. 2000) (finding some claims preempted by federal law); *Naegele v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 96 Cal. Rptr.2d 666 (Cal. Ct. App. 2000) (claim barred due to statutory immunity).

Supreme Court.⁴ Litigation and regulatory efforts in other States also appear inconclusive at this time. Thus, the largely undeveloped nature of the liability of tobacco companies at the national level may in turn make it difficult to reach consensus on the imposition of such liability through an international regime.

Further difficulties arise within the national legal system if a claim involves a transnational sale of tobacco products and if claims are to be brought against a foreign exporter or manufacturer. Claims brought in the local jurisdiction (*i.e.*, where the harm was incurred) will confront the following difficulties:

- It will be difficult for persons – particularly the poor – to pursue such claims on their own against the foreign exporter or manufacturer. Pursuit of such claims requires knowledge as to the nature and business structure of the foreign manufacturer or exporter, and requires connecting those foreign defendants to the harm incurred by the claimants. This problem might be addressed at the national level by allowing claimants to proceed through use of group or “class” actions, thereby spreading the costs of the suit and creating incentives for knowledgeable attorneys to represent them. While the “class action” device is widely used in the United States, it is much less known globally.
- There may be insufficient contacts between the foreign manufacturer or exporter and the local jurisdiction to sustain the local court’s jurisdiction. In the United States, Canada, and Europe, “long-arm” jurisdiction of local courts over foreign defendants exists in certain circumstances, but such jurisdiction is not widely available globally. In any event, it requires that the defendant “do business” to some extent within the local jurisdiction that may or may not exist.
- If the local court determines that it has jurisdiction over the foreign manufacturer or exporter, difficult issues arise as to whether local law or the law of the foreign manufacturer or exporter applies to the case, and whether that law provides an adequate remedy for the claimant.
- Finally, if judgment is rendered against the foreign manufacturer or exporter, it may be difficult to enforce it against the defendant, unless the defendant has assets in the local jurisdiction or the defendant’s State is prepared to enforce a foreign judgment. While there are various bilateral and regional treaties on enforcement of foreign judgments, there is no such global convention, and some States, such as the United States, have no such treaties with any other State.

⁴ Food & Drug Administration v. Brown & Williamson, 529 U.S. 120 (2000).

Claims brought in the foreign jurisdiction will confront other difficulties. First, the courts of the foreign jurisdiction may not welcome claims against its nationals for injuries occurring elsewhere. This reluctance manifests itself in the common law doctrine of *forum non conveniens*, whereby a court may dismiss a case for adjudication in the courts of another State if, e.g., the harm, most of the witnesses, and other evidence are in that other State.⁵

Second, the costs to claimants of pursuing claims in a foreign jurisdiction becomes particularly acute. One approach might be for the claimants to be represented by their government in the foreign court. The success of several states of the United States in suing and settling with U.S. tobacco companies prompted several foreign governments to pursue similar suits in U.S. courts. Bolivia, Guatemala, Nicaragua, Thailand, and Venezuela, on behalf of their nationals on a theory of *parens patriae*, all filed suits in U.S. court, arguing that there existed a conspiracy of the tobacco companies since the 1970s to conceal and misrepresent the health risks associated with smoking.⁶ Due to that conspiracy, these governments alleged that they had not taken steps to curtail the smoking of their nationals and, instead, directly incurred costs in ensuing smoking-related illnesses. On December 30, 1999, the U.S. District Court for the District of Columbia issued the first decision in these cases, *In re Tobacco/Governmental Health Care Costs Litigation*, finding that the doctrine of “remoteness” barred Guatemala’s tort and negligence claims against the tobacco companies.⁷ As for whether Guatemala could represent its nationals as

⁵ See, e.g., *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986), *modified on appeal*, 809 F.2d 195 (2d Cir. 1987) (dismissing to Indian forum claims by Indian victims based on toxic gas leaked from U.S.-owned Indian company).

⁶ An effort by the tobacco industry to consolidate the cases brought by the foreign governments with a lawsuit brought by the U.S. government was unsuccessful. See *In re Tobacco/Governmental Health Care Costs Litigation*, 76 F. Supp.2d 5 (D.D.C. 1999). On whether such cases filed in U.S. state court may be removed to U.S. federal court, see *In re Tobacco/Governmental Health Care Costs Litigation*, 76 F. Supp.2d 5 (D.D.C.1999). On proper venue for the cases, see *Republic of Bolivia v. Philip Morris Companies, Inc.*, 39 F. Supp.2d 1008 (S.D. Tex. 1999).

⁷ In applying the factors set forth in *Homes v. Securities Investor Protection Corporation*, 503 U.S. 258 (1992), the District Court found that (1) the Guatemalan government’s claims were speculative and too difficult to ascertain; (2) the Court would be required to adopt complicated rules apportioning damages among plaintiffs to obviate the risk of multiple recoveries, since the tobacco industry’s misconduct allegedly injured individual smokers as well as the Guatemalan government; and (3) a failure to apply the remoteness doctrine would permit unlimited lawsuits to be filed, particularly since “dozens of foreign

well on a theory of *parens patriae*, the court found that such a theory might not be available to foreign governments in U.S. courts. Even if the theory were available, the court stated that Guatemala would have to articulate an interest apart from the interests of private parties (*e.g.*, a direct impact of the wrong against a “substantial majority” of its nationals), such that the government’s suit could be said to be for the benefit of the public as a whole. The court found no such interest present, and that even if a cognizable quasi-sovereign interest existed, the fact that individual Guatemalan smokers could bring suit to redress these injuries in the courts of Guatemala prevented Guatemala from bringing *parens patriae* suits which cannot be brought to collect the damages claim of one legally entitled to sue in his own right.⁸

III. International Liability Regimes

In certain discrete areas in which States can agree that compensation for harm is appropriate, States have negotiated by treaty detailed liability regimes either imposing liability directly on the State itself or, more often, on the private entities associated with the harm. The scope of this liability has included liability for loss of life or personal injury, but the total amount of compensation to be paid by a defendant is typically limited or “capped” at a certain level, for which the defendant obtains insurance.

Three levels of standard of care may be discerned in such regimes: absolute liability (where the defendant is liable for any harm caused by its activity); strict liability (where various defenses are available to the defendant); and liability based on fault (where it must be shown that the defendant acted negligently, recklessly, or with an intent to commit the harm). As a general matter, absolute or strict liability has been employed where the underlying activity is ultra-hazardous or dangerous.

In evaluating the possibilities for an international tobacco liability regime, it is important to assess existing treaties establishing international liability regimes, not just for the content of their rules, but for the negotiating dynamics that allowed

governments as well as other foreign health care payors, might attempt to bring similar suits in United States courts.” In re Tobacco/Governmental Health Care Costs Litigation, 83 F.Supp.2d 125, 130-33 (D.D.C. 1999) (emphasis in original).

⁸ In re Tobacco/Governmental Health Care Costs Litigation, 83 F.Supp.2d at 133-34 (footnotes omitted). In its treatment of the *parens patriae* theory, the court relied upon *Alfred L. Snapp & Son, Inc. v. Puerto Rico*, 458 U.S. 592 (1982), and *Commonwealth of Pennsylvania v. Kleppe*, 533 F.2d 668, 670 (D.C. Cir. 1976).

the regimes to come into existence, and their subsequent success in attracting adherence by States.

Thus, it is possible by treaty to assign liability to a State even if the State itself is not at fault. Under the 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, the State that launches a space object, procures the launch, *or from whose territory the object is launched*, is absolutely liable to pay compensation to another State for damage caused by the space object on the surface of the earth or to aircraft in flight. However, governments were willing to accept liability in the context of space objects because governments were closely associated with development and operation of their space programs, even though in some instances private interests were involved. The number of governments involved in the launch of space objects was very small, the risks of financial exposure relatively clear and minimal, and governments were driven by the heightened political and military concerns of the Cold War era. By contrast, most governments are not closely associated with the development and operation of the tobacco trade⁹ and a much greater number of governments would be exposed to unknown and potentially enormous financial exposure. The national security concerns that drove the liability convention on space objects are lacking. Consequently, it can be expected that governments would strongly resist accepting such direct financial exposure for the actions of their tobacco manufacturers and exporters.

A different type of international liability regime is a civil liability regime, which exposes persons or corporate entities to liability for damage they cause to the nationals of another State. States, however, have proven very reluctant to conclude and implement international civil liability regimes. In essence, joining such regimes requires States to alter significantly rules that would otherwise apply in their national legal systems and to affect directly the legal rights and remedies available to private entities. For States that would only benefit from such regimes, joining them presents little difficulty. Yet for States whose nationals are likely to lose more than they gain from the exposure to liability, there is little incentive join the regime. Successes to date in creating such regime have occurred principally in areas where there is a lucrative and beneficial good or service that occasionally has sudden, adverse consequences. In such instances, States have found common ground in allowing compensation for the occasional adverse consequence, while setting limits on recovery that protect the industry providing the good or service.

Of the existing international civil liability regimes, the closest analogue for purposes of the FTFC would be liability regimes directed at *trade* in certain types of

⁹ China and, at present, Japan appear to be the exceptions.

products considered potentially dangerous to human health or the environment. The 1999 Basel Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal seeks to establish a comprehensive regime for liability and compensation for damage resulting from transboundary movements of hazardous wastes, including illegal traffic in those wastes. The original 1989 Basel Convention established an extensive notification-and-consent regime, whereby exporters of hazardous wastes (or their governments) were obligated to notify, and obtain the consent of, importing States prior to commencing the shipment. Individual States or groups of States may declare bans on such imports, which must then be honored by other parties.

Under the 1999 Basel Protocol, the person who notifies the importing State of the shipment shall be liable for damage until the disposer has taken possession of the hazardous wastes and other wastes; thereafter the disposer shall be liable for damage. Further, any person shall be liable for damage caused or contributed by his lack of compliance with the Basel Convention or by his wrongful intentional, reckless or negligent acts or omissions. Claims may be filed in the courts of the State where the damage was suffered, the State where the damage occurred, or where the defendant has his habitual residence or principal place of business. Final judgments issued by a competent court are enforceable in the courts of the other States who are party to the Basel Protocol, with certain limited exceptions.

In considering whether such international civil liability regime would work for the WHO Framework Convention, several difficulties can be envisaged. First, the various factors normally associated with concluding a liability regime are largely absent in the case of tobacco control, suggesting that it will be very difficult to find common ground between the principal importing and exporting States. The most successful liability regimes involve a product or service that can cause harm, but that overall is useful and that States wish to promote (*e.g.*, peaceful uses of nuclear energy or civil aviation), thus encouraging States to find a means for the activity to proceed if not thrive. By contrast, the thrust of the WHO Framework Convention is not to promote tobacco exports or consumption. Further, most of the existing international liability regimes involve a product or service that can only occasionally lead to dire consequences, thus making it possible to convince industry (and their governments) to acquiesce in financial exposure as a cost of doing business. By contrast, in the context of the tobacco industry, the potential financial exposure is extremely high, in that it is estimated that one-half of all long-term smokers will eventually be killed by tobacco, and of these, half will die during productive middle age, losing 20 to 25 years of life. Finally, the *quid pro quo* for most of the existing liability regimes is that industry receives limits on their financial exposure, so as to allow the defendant to obtain insurance and treat the potential harm caused

as a cost of doing business. Yet WHO States may not want to place such limits on the recovery of nationals seeking to sue tobacco companies, thus making it difficult for exporting and importing States to reach common ground. In short, States whose nationals engage in providing a product or service may see a value in joining an international civil liability convention so as to rationalize a claims process, but they will not see a value in a regime that imposes liability in a manner calculated to cripple the industry.

Second, in reaching consensus on a regime, States typically have precluded liability when the injured person contributed to the harm or has undertaken responsibility for handling the harmful material. By consenting, for instance, to the import of hazardous wastes, the importing State and the importer bear a certain responsibility for any harm that ultimately occurs, since otherwise the incentive on the importing State and importer to manage the wastes in an environmentally sound manner are dramatically decreased. If a similar approach were used in the context of tobacco consumption, tobacco manufacturers or exporters would be allowed to avoid responsibility as against persons who had the capacity to know that tobacco products are probably harmful to health and nevertheless chose to consume them.

Third, even the most far-reaching international civil liability regime attempted to date – the 1993 Lugano convention addressing harm to human health and the environment from a range of “dangerous activities” (a convention that has proven unpalatable to some European States) – found it necessary to recognize that defendants should not be liable for damage incurred in the normal exercise or operation under national regulatory measures of the “dangerous activity” in question. The convention provides that the operator will not be liable for damage arising from the dangerous activity if the damage is caused by pollution generally accepted in the locality. This reluctance to impose international civil liability in situations where local public authority has sanctioned an activity and where the transnational damage is no different than damage tolerated locally is relevant when considering such a regime for tobacco exports. Exporting States will find it difficult to accept special liability for harm caused by the export of tobacco products if importing States allow like products to be produced and consumed nationally without comparable liability.

Fourth, in existing international liability regimes, agreement has been reached to impose strict liability on the defendant largely because the causal connection between the dangerous activity and the harm to the claimant was relatively clear, immediate, and notorious. By contrast, the harm to a tobacco smoker accrues over a long period of time, may be the result of consumption of tobacco from multiple sources (both foreign and local), and may be the result of a combination of factors

other than just tobacco consumption. Thus, the harm from the tobacco trade is not like the harm from a space object falling to earth or the harm from a nuclear reactor incident that occurs perhaps once in a decade. The harm from the tobacco trade, in this sense, is not even like the transboundary movement of hazardous wastes, where such shipments are the subject of detailed notice-and-consent requirements, which allow for tracing the harm experienced by a particular plaintiff to a particular defendant. In the tobacco context, the only scenario where the causal connection would be clear is when the claimant has consumed all his tobacco from a single, foreign source (presumably a cigarette manufacturer). To solve this difficulty, States would need to agree either that a defendant should be liable for all harm so long as the claimant can show *any* consumption of the defendant's tobacco during the course of the claimant's lifetime (a joint and several liability approach), or that a claimant can only recover from a defendant in a proportion commensurate with the use of the defendant's product. The prior approach is simpler, but is potentially highly unfair to the defendant. The latter approach is more equitable, but it significantly increases the burden on the claimant in establishing causal connections, and thus complicates the ability to recover.

Fifth, as is the case with the imposition of taxes on tobacco consumption, the imposition of a liability regime will increase the cost of business to the tobacco companies in a manner that arguably may encourage an increase in surreptitious packaging and smuggling. In other words, depending on how the liability regime is structured, if sales of tobacco conducted openly may expose the manufacturer or exporter to liability, then the regime may discourage such exports, but it may also create an incentive for others to engage in exports in a more covert manner. This concern might be addressed by structuring the liability regime so as to impose even harsher liability (or other penalties) on smugglers, but such a two-track liability scheme would need to be coupled with robust means for identifying smugglers to potential claimants.

Finally, while these international civil liability regimes are perhaps growing in number, they remain a relatively undeveloped area of international law and, unfortunately, to date have met with minimal success in terms of ratification. In the context of tobacco control, it is important to note that four cigarette manufacturers dominate about three-quarters of the global market (Philip Morris of the United States, British American Tobacco, Japan Tobacco, and China National Tobacco Corporation). Yet the States in which those manufacturers reside belong to virtually none of the liability conventions discussed above. For example, the United States has traditionally avoided liability conventions due to a desire not to preempt the tort law of its several states (the Warsaw aviation convention being the exception).

The problem of failing to attract key States to the liability regime should not be underestimated, for it defeats the entire purpose of the regime. For example, although considerable effort has been placed on developing international civil liability regimes in the field of nuclear energy, when one of the reactors of the nuclear power plant at Chernobyl exploded on April 26, 1986, emitting a radiative cloud that contaminated a number of European States, the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage did not apply since the Soviet Union was not a party. No claim was or could be brought against the Soviet Union.

IV. Conclusion

There are considerable difficulties in establishing liability in national legal systems for tobacco-related injury. Any international liability regime ultimately would have to overcome those difficulties, as well as unique difficulties arising in the transnational environment. The global community in the past has developed (with mixed success) international liability regimes to address certain transnational harms; those regimes typically impose liability on the private entities responsible for the harm, rather than on States. Although it is technically possible to craft an international civil liability regime that would channel liability to major tobacco product manufacturers and exporters, certain important factors that were present when creating the few existing international liability regimes appear absent in the case of tobacco regulation, thus making it unlikely that an effective, widely adhered to liability regime could be established. As such, the current approach of the FCTC to the issue of liability seems just about right.

Work in Progress / Travaux en cours

Des crimes d'hier aux responsabilités d'aujourd'hui

EMMANUEL DECAUX*

La III^e Conférence mondiale contre le racisme, réunie à Durban en septembre 2001, a sans doute donné un reflet des contradictions et des ambiguïtés de la société internationale¹. Si les surenchères de certaines ONG ont entraîné le départ des délégations américaine et israélienne, l'Union européenne a tenté de négocier jusqu'au bout, avec la présidence sud-africaine de la Conférence et la Haut-commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies, des recommandations à la hauteur des enjeux et des défis posés par le racisme. Refusant de pervertir les mots, la déclaration finale rappelle avec sobriété “*que l'Holocauste ne doit jamais être oublié*” (§.58) et constate “*avec une profonde inquiétude la montée de l'antisémitisme et de l'islamophobie dans diverses régions du monde*” (§.61). Mais d'une certaine manière, les réparations morales et matérielles entraînées par le génocide juif ont également constitué un modèle pour les Etats invoquant les crimes du passé commis à leur encontre.

Les crimes

Un débat de fond a en effet porté sur l'esclavage et le colonialisme, avec une opposition parfois manichéenne entre les thèses du Nord et celles du Sud, la solidarité de l'Union européenne sur les lignes dures défendues par la présidence belge, n'étant sans doute pas la meilleure manière de surmonter la césure entre anciens colonisateurs et anciens colonisés. A cet égard, la Francophonie, fondée sur des valeurs partagées, aurait pu constituer un puissant instrument pour réaffirmer la solidarité entre les continents. La déclaration porte la trace de ces débats difficiles.

Dès le début, sous le titre qui peut sembler quelque peu décalé de “*sources, causes, formes et manifestations contemporaines du racisme (...)*”, les Etats s'attachent

* Professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas Paris II, membre de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Publications récentes: *Droit international public*, 3^e ed, Dalloz, 2002; (dir. avec Hervé Ascensio et Alain Pellet), *Droit international pénal*, Pedone, 2000.

¹ La “*Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée*” a adopté en septembre 2001 la Déclaration et le programme d'action de Durban (A/CONF.189/12).

aux blessures de l'histoire, avec trois paragraphes consécutifs dont la rédaction parallèle diffère sensiblement :

“Nous reconnaissons que l’esclavage et la traite des esclaves, en particulier, la traite transatlantique, ont été des tragédies effroyables dans l’histoire de l’humanité, en raison non seulement de leur barbarie odieuse, mais encore de leur ampleur, de leur caractère organisé et tout spécialement de la négation de l’essence des victimes; nous reconnaissons également que l’esclavage et la traite des esclaves constituent un crime contre l’humanité et qu’il aurait toujours dû en être ainsi, en particulier la traite transatlantique (...)” (§.14).

“Nous reconnaissons que le colonialisme a conduit au racisme (...). Nous sommes conscients des souffrances infligées par le colonialisme et affirmons qu’il faut les condamner, quels que soient le lieu et l’époque où elles sont advenues, et empêcher qu’elles ne se reproduisent (...)” (§.15).

“Nous reconnaissons que l’apartheid et le génocide constituent des crimes contre l’humanité au regard du droit international (...) Nous sommes conscients des maux et souffrances indicibles causés par ces actes et affirmons qu’il faut les condamner, quels que soient l’époque ou le lieu où ils ont été commis, et empêcher qu’ils ne se reproduisent” (§.16).

Ainsi la déclaration distingue nettement l’apartheid et le génocide, qui constituent des *“crimes contre l’humanité au regard du droit international”* dans l’absolu – partout et toujours – et l’esclavage et la traite qui constituent un *“crime contre l’humanité”* aujourd’hui, sans qu’il soit clair si le souhait rétrospectif (*“il aurait toujours dû en être ainsi”*) est un simple regret ou une incrimination rétroactive. L’absence de référence au droit international semble placer le débat sur le seul terrain moral, pour échapper au relativisme juridique. Mais si l’on se place sur le terrain du droit international², peut-on admettre que certains *“crimes contre l’humanité”* qui sont imprescriptibles par nature, échappent à toute forme de rétroactivité ? Invoquer l’état du droit – sinon *“l’état de droit”* – de l’époque ne suffit pas, à ce compte l’apartheid faisait partie de l’arsenal juridique de l’Afrique du Sud, et il y a cinquante ans la France considérait encore qu’il s’agissait là d’une question purement interne ...

² Pour ce débat théorique, Brigitte Stern, *“de l’utilisation du temps en droit international pénal”*, in colloque de Paris de la SFDI, *Le droit international et le temps*, Pedone, 2001, p.253. Sur l’élément intentionnel, cf. William Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, et Yann Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l’humanité*, LGDJ, 2002.

Au contraire le colonialisme n'est pas qualifié en tant que tel, alors qu'une référence au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – sans doute trop actuelle – aurait été bienvenue, mais à travers ses conséquences. En effet, s'agissant de l'esclavage et de la traite, comme du colonialisme, l'accent est mis, de manière parallèle, sur les peuples *“qui ont été victimes de ces actes et continuent à en subir les conséquences”* (§.14 et §.15), ouvrant ainsi la voie à la réparation d'un crime qui reste présent par ses effets.

Les réparations

Mais les Européens ont insisté pour que les développements concernant les conséquences de ces crimes figurent dans une autre partie de la déclaration pour éviter toute lien de cause à effet. Ainsi dans une partie intitulée *“recours utiles, voies de droit, réparations, mesures d'indemnisation et autres mesures à prévoir aux échelons national, régional et international”*, la Déclaration évoque de manière globale – dans une sorte d'amalgame qui vise des situations juridiques très différentes on l'a vu – la question de principe des réparations. Là encore, il faut revenir au texte, malgré son caractère redondant³, car tous les mots comptent:

“Nous reconnaissons et regrettons profondément les souffrances et les maux indicibles subis par des millions d'hommes, de femmes et d'enfants du fait de l'esclavage, de la traite des esclaves, de la traite transatlantique des esclaves, de l'apartheid, du génocide, et des tragédies passées. Nous notons en outre que certains Etats ont pris l'initiative de présenter leurs excuses et ont versé des réparations, s'il y a lieu, pour des violations graves et massives qui avaient été commises” (§.100).

“En vue de clore ces sombres chapitres de l'Histoire et pour faciliter la réconciliation et l'apaisement, nous invitons la communauté internationale et ses membres à honorer la mémoire des victimes de ces tragédies. Nous notons en outre que certains ont pris l'initiative d'exprimer des regrets ou des remords ou de présenter des excuses et invitons tous ceux qui ne l'ont pas encore fait à trouver les moyens appropriés de concourir au rétablissement de la dignité des victimes et exprimons notre satisfaction aux pays qui l'ont fait” (§.101).

“Nous sommes conscients de l'obligation morale qu'ont tous les Etats concernés et demandons à ces Etats de prendre des mesures appropriées et efficaces pour mettre fin aux conséquences durables des pratiques en cause et y remédier” (§.102).

³ Ainsi le §.99 peut sembler une introduction générale déclinée de manière plus précise dans les §§ suivants.

Ces répétitions soulignent sans doute le double registre incantatoire où se situent les Etats. D'un côté, celui de la responsabilité "juridique", à travers des réparations morales et matérielles des "violations" imputables à un Etat donné⁴. De l'autre, celui de la responsabilité "historique": à défaut d'exiger des réparations, la déclaration se borne à s'adresser en termes généraux aux "*Etats concernés*" en insistant sur leur "*obligation morale*" et semble même élargir le devoir de repentance aux composantes de la société et non aux seuls Etats. Mais toute responsabilité collective liée à l'abolition de la dette ou de l'aide au développement se trouve écartée. L'aide est un devoir de solidarité qui transcende les séquelles du colonialisme, ou même de la colonisation, et non un moyen d'apurer le passé pour solde de tout compte.

Les progrès

Alors que la Commission des droits de l'homme n'est pas revenue sur ces débats sensibles⁵, la Sous-Commission des droits de l'homme s'est prononcée à deux reprises sur la question "*de la reconnaissance de la responsabilité et des réparations pour les violations flagrantes et massives des droits de l'homme en tant que crimes contre l'humanité qui se sont produites durant les périodes de l'esclavage, du colonialisme et des guerres de conquête*", selon le titre d'une première résolution 2001/1 adoptée le 6 août 2001, à la veille de la Conférence de Durban. D'une certaine manière cette nouvelle problématique, introduite par Halima Warzazi, l'experte marocaine, se greffait sur le travail de fond accompli en matière d'impunité, à travers notamment les rapports de Louis Joinet⁶ et de Théo van Boven⁷.

Le 12 août 2002, la Sous-Commission a adopté au consensus une nouvelle résolution, présentée conjointement par l'expert français et l'expert sénégalais. La résolution 2002/5 ne se borne pas à reprendre les attendus de la précédente résolution, mais présente des recommandations précises. Elle recommande ainsi "que la reconnaissance publique de la traite et de l'esclavage comme crimes contre l'humanité soit marquée par la fixation d'une date commune pour commémorer, chaque année, au sein des Nations Unies comme dans chaque Etat, l'abolition de

⁴ Cf. notre rapport sur "responsabilité et réparation" lors du colloque du Mans de la SFDI, *La responsabilité dans le système international*, Pedone, 1990.

⁵ Le plan d'action fait l'objet d'un suivi systématique de la part de la Commission (rés.2002/68).

⁶ E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, pour le rapport final de Louis Joinet contenant les principes sur l'impunité des violations des droits de l'homme.

⁷ E/CN.4/sub.2/1996/17, pour le rapport de Théo van Boven avec l'ensemble de principes sur le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme.

la traite et de l'esclavage". Elle met l'accent sur l'importance de l'éducation et de l'information, à travers "*une prise de conscience de l'opinion publique*", l'adaptation des programmes scolaires et le développement des recherches universitaires mais aussi des "*initiatives internationales, nationales ou locales, notamment sur le plan historique et culturel, par le biais de musées, d'expositions, d'activités culturelles et de jumelages, pour contribuer à cette prise de conscience collective*". La "responsabilité historique" n'est pas éludée, mais passe par cette pédagogie des droits de l'homme qui concerne aussi "*la nécessité de réparations équitables*". De même, la Sous-Commission "*estime que les crimes contre l'humanité et autres violations flagrantes et massives des droits de l'homme qui sont imprescriptibles devraient être poursuivis devant les juridictions compétentes*".

La France, pour sa part, a déjà accompli une partie du chemin. Elle est le premier pays à avoir reconnu solennellement "*la traite et l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité*", à la suite de la proposition de loi de Mme Christiane Taubira. La loi prévoit elle-même "*la recherche d'une date commune au plan international pour commémorer l'abolition de la traite négrière et de l'esclavage*"⁸.

⁸ Loi 2001-434 du 21 mai 2001. Cf. notamment l'exposé des motifs particulièrement éloquent de Mme Taubira, A.N, proposition no. 1297, 22 décembre 1998.

Conference scene / Le tour des conférences

Establishing the International Criminal Court

NANCY AMOURY COMBS*

The conclusion of the Rome Statute in July 1998 was a tremendous and unlikely achievement. After five weeks of grueling, often disheartening negotiations, the treaty establishing the first permanent international criminal court (“ICC”) was adopted in an emotional vote of 120 to 7, with 21 countries abstaining. Spontaneous cheers, applause, and euphoria greeted the vote. Four short years later, the requisite sixty states had ratified the treaty, and the ICC opened its doors in July 2002.

With the applause now only an echo, the more mundane task of constructing – piece by piece – the real-world institution that will bring perpetrators of international crimes to justice is in full swing and was the subject of an intense, three-day conference, held 18-20 December 2002, at The Hague, the location of the ICC. While scholars and academics exclaim over the ICC’s revolutionary theoretical features, the Conference, entitled *Establishing the International Criminal Court*,¹ focused more on the nuts and bolts of creating an efficient, viable international criminal justice institution in the midst of shrinking budgets, inconstant political support, and intense United States opposition. The Conference’s advertised list of speakers read like a *Who’s Who* of international criminal law and human rights: Roger Clark, John Dugard, Philippe Kirsch, Roy Lee, Sergio Vieira de Mello, William Pace, Michael Scharf, Otto Triffterer, Sharon Williams, and Michail Wladimiroff, among others well-known in the field. A few of the “big names” were unable to appear, among the more notable, Claude Jorda, President of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (“ICTY”), and Carla del Ponte, Prosecutor for the ICTY and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), but the speakers who replaced them, Fausto Pocar, ICTY Judge, and Michael Johnson, ICTY Chief of Prosecutions, respectively – were up to the task.

* Legal Adviser, Iran-United States Claims Tribunal.

¹ The Conference was presented by the International Criminal Law Network in cooperation with the International Association of Prosecutors, the European Network of Forensic Science Institutes, and the International Criminal Defense Attorney Association.

The optimism and drama of Rome made occasional appearances. Philippe Kirsch, who chaired the Committee of the Whole at the Rome Conference, for instance, confidently asserted that in a few decades the ICC will be as natural to the international community as the United Nations now is. And Michael Johnson, the ICTY's Chief of Prosecutions, dramatically predicted that if the human race is going to survive, it will be as a result of the ICC enterprise.² But on the whole, the presentations were rather cautious in both their appraisals and their forecasts, and they emphasized the challenges that threaten the new court.

Perhaps the most well-known challenge comes from the United States, which has exhibited near pathological hostility to the ICC. It has threatened to obstruct the transfer of witnesses, documents, or any other type of information that would help with an ICC prosecution,³ and it has enacted laws that bar the use of United States' funds to assist the ICC and that authorize the United States President to use all means necessary and appropriate to free American soldiers arrested by the ICC.⁴ Anticipating the Rome Statute's entry into force in July 2002 and failing to obtain ICC immunity for its peacekeeping nationals, the United States vetoed a U.N. Security Council resolution continuing the Bosnian peacekeeping mission⁵ and thereby pressured the Security Council into adopting Resolution 1422. The resolution asks the ICC to refrain from investigating or prosecuting American or other non-party peacekeepers for at least one year and expresses the Security Council's intent to renew the request yearly for an indefinite period.⁶ In addition, the United States has pressured Rome Statute states parties to enter agreements with the United States, pursuant to Article 98(2) of the Rome Statute, pledging that they will not transfer American peacekeepers to the court.⁷ Many of the Conference speakers

² Johnson went on to note that the 20th century had been history's most violent, and he maintained that if the human race continues on this path, it will no longer exist. Accordingly, "the ICC, in its importance, has no equal."

³ 22 U.S.C. §§ 7423, 7425 (2002); Bruce Zagaris, *U.S. Enacts Anti-ICC Law and Signs First Article 98 Agreement with Romania*, 18 No. 7 INT'L ENFORCEMENT L. REPORTER 299 (2002).

⁴ 22 U.S.C. §§ 7401, 7427 (2002).

⁵ See Serge Schmemmann, *U.S. Vetoes Bosnia Mission, Then Allows 3-Day Reprieve*, N.Y. TIMES, July 1, 2002.

⁶ S.C. Res. 1422, U.N. Doc. S/RES/1422 (2002).

⁷ Christopher Marquis, *U.S. is Seeking Pledges to Shield its Peacekeepers from Tribunal*, N.Y. TIMES, Aug. 7, 2002; Zagaris, *supra* note 3.

decried these heavy-handed American tactics, but no one suggested that such political solutions were not necessary, if distasteful, accommodations to a powerful and vocal foe.

Indeed, the political necessity of these measures was underscored by the Conference's Simulation Exercise on the last day of the Conference.⁸ The exercise, developed and directed by Professor Roy Lee of Columbia Law School, assigned Conference participants to one of four groups – prosecutors, defense attorneys, victims' representatives, or judges – and required them to present arguments on the applicability and legality of Security Council Resolution 1422 and an article 98(2) agreement in a fictitious case involving thinly disguised United States peacekeepers transferred to the ICC to stand trial for war crimes and crimes against humanity. As a purely legal matter, the exercise was a compelling one. The participants assigned to be prosecutors made all the appropriate legal arguments: they challenged Resolution 1422 as *ultra vires*, arguing, in self-righteous tone, that article 16 of the Rome Statute envisages occasional deferrals on a case-by-case basis, not a blanket and indefinite proscription on the prosecution of American peacekeepers. They argued that the Security Council has no competence to modify a multi-lateral treaty. And they contended that countries that enter into article 98(2) agreements act inconsistently with their Rome Statute obligations. Despite the textual plausibility of the legal arguments, the exercise had an aura of fantasy about it, given the real world in which the ICC must operate: that is, there is greater likelihood that elephants will soon learn to fly than that an ICC Prosecutor will soon provoke an international confrontation by indicting American peacekeepers and challenging the Security Council's Chapter VII powers. Indeed, the only scenario less likely is that the ICC judges would rule in favor of the prosecution in such a case.

Political considerations thus pervaded the Conference presentations and highlighted the fact that, although courts are often idealistically considered above politics, every feature of the ICC's establishment and initial operation will be influenced, if not controlled, by *realpolitik*. John Dugard, Professor of Public International Law at the University of Leiden, for instance, discussed the nominees for the 18 ICC judgeships and lamented the fact that most states had nominated candidates who bear a close affiliation to the State,⁹ thus suggesting that states parties do not

⁸ Conference attendees had the choice of participating in the Simulation Exercise or attending presentations relating to the forensics of international crimes.

⁹ Dugard noted that some candidates are diplomats, and many have a history of support for governmental policies.

want the ICC to be too very independent of their interests. Otto Triffterer, Professor of Austrian and International Criminal Law and Procedure at the University of Salzburg, and Sharon Williams, *ad litem* ICTY judge, both made extensive comments on the gender and geographical balance required of the ICC bench.¹⁰ The United States has complained about the selection criteria, maintaining that judicial standards in many states are too low¹¹ and that judges from non-democratic, repressive, even terrorist, regimes could be elected to sit in judgment of American nationals.¹² Both Williams and Triffterer, though apparently supportive of the ICC's gender and geographical requirements, acknowledged that they made for an exceptionally complex, nearly incomprehensible, judicial ballot. Whatever the complications they engender, Sureta Chana, ICTY Trial Attorney, reminded us of the values they advance when she admonished that the ICC's legitimacy will be severely undermined unless "it appears to represent the whole world." To maintain credibility and support, Chana asserted, the ICC must "avoid any danger of being accused of being a voice of the developed world, sitting in judgment on the developing world."

Geographical and gender balance along with American threats are the sexy issues that get most of the press, but the gravest challenge to the ICC, in my view, is the more mundane financial one: specifically, will the ICC be able to resolve a politically acceptable number of cases at a politically acceptable cost? The experience of the ICTY and ICTR is instructive, if worrisome. The ICTY has spent nine years and nearly \$600 million¹³ to dispose of seventeen cases, and the ICTR has spent seven years and nearly \$500 million¹⁴ to dispose of nine cases. Even the Tribunals' most ardent supporters condemn the lengthy pre-trial detention many defendants suffer; at the Conference, ICTY Judge Fausto Pocar stated that defend-

¹⁰ Article 36(8)(a) of the Rome Statute requires states parties to consider when electing judges the need for "equitable geographical representation," "a fair representation of female and male judges," and "representation of the principle legal systems of the world." Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, U.N. Doc. A/Conf.183/9.

¹¹ See Diane Marie Amann & M.N.S. Sellers, *The United States of America and the International Criminal Court*, 50 AM. J. COMP. L. 381, 389-90 (2002).

¹² Patricia McNerney, *The International Criminal Court: Issues for Consideration by the United States Senate*, 64 L. & CONTEMP. PROBS. 181, 186 (2001).

¹³ *ICTY Key Figures*, available at <http://www.un.org/icty/glance/keyfig-e.htm>.

¹⁴ See Mary Kimani, *Carla Del Ponte Seeks Support from UK Parliamentarians to Investigate RPA Crimes*, RWANDA INFORMATION, 9 Jan. 2003, available at <http://www.rwanda.net/english/News/news112002/news11292002b.htm>.

ants not infrequently spend two years in pre-trial detention, a detention period that, he opined, “would be unacceptable in any country.”

Defenders of the Tribunals can point to a host of factors contributing to the high cost and long length of proceedings. Tribunal trials are held far from the locations of the crimes making it time-consuming and expensive for the parties to investigate the cases and locate witnesses and evidence. Many witnesses fear coming forward, and others dispersed following the crimes making them difficult to find.¹⁵ And evidence that might otherwise be easy to locate, is often concealed by governmental authorities, anxious to obscure the regime’s wrongdoing. Indeed, the productivity of the ICTY, in particular, suffered for years because the states of the former Yugoslavia refused to transfer indictees or evidence, and the international community declined to press the issue. Once the evidence has been gathered, trials take considerable time as a result of the size and complexity of the cases. The elements of the crimes within the Tribunals’, and the ICC’s, jurisdiction – genocide, crimes against humanity, and various war crimes – are complex and time-consuming to prove. To prosecute a grave breach of the Geneva Conventions, for instance, the prosecution must prove that the offense took place in the context of an international armed conflict.¹⁶ To prosecute a crime against humanity, the prosecution must prove that the act in question was “committed as part of a widespread or systematic attack directed against a [...] civilian population.”¹⁷ Establishing these and other elements often requires days of witness and expert testimony and the introduction of dozens if not hundreds of exhibits.

Good reasons thus exist for the high cost and long length of Tribunal proceedings. Further, the Tribunals themselves have made great efforts to expedite proceedings. Judge Pocar noted that the ICTY’s Rules of Procedure and Evidence have been amended 24 times now, with most of the amendments intended to accelerate proceedings. The Tribunals’ rules now authorize judges to exercise greater authority over the pre-trial stage, among other things, to “ensure that the proceed-

¹⁵ See Report of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January and 31 December 1994, 55th Sess., Agenda Item 53, U.N. Doc. A/55/435-S/2000/927 (2000) para. 78 (noting that in the Bagilishema case, 15 defense witnesses were called from twelve different countries).

¹⁶ See *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY Case No. IT-94-1-AR72, Oct. 2, 1995, paras. 79-84.

¹⁷ Rome Statute, *supra* note 10, at art. 7.

ings are not unduly delayed.”¹⁸ Tribunal judges conduct status conferences to monitor the progress of trial preparation, and they set the number of witnesses that each side may call and determine the time available to both parties for presenting their evidence.¹⁹ The Tribunals now make more efficient use of courtroom space, by conducting more than one trial in each courtroom.²⁰ They also better utilize judicial resources, by, among other things, permitting certain proceedings to be held before one judge rather than a three-judge panel²¹ and other tasks to be performed by senior legal officers, rather than judges.²² These steps have improved matters, but the statistics remain dismal, at best. According to Judge Pocar, after two years of pre-trial detention, the average Tribunal defendant can look forward to a year-long trial. And the international community can look forward to a \$200 million bill for a year’s worth of proceedings at the ICTY and ICTR.

That is a bill the international community appears no longer willing to pay. The U.N. Security Council, with the United States leading the charge, has lately pres-

¹⁸ ICTY Rules of Procedure and Evidence, IT/32/REV.24, July 11-12, 2002, rule 65ter (B) [hereinafter ICTY RPE].

¹⁹ ICTY RPE, *supra* note 18, at rule 73bis(C), (E) and Rule 73ter(C), (E); *see also* ICTR Rules of Procedure and Evidence, 6 July 2002, Rule 73bis(C), (D) and Rule 73ter (C), (D). *Available at* <http://www.ictr.org> [hereinafter ICTR RPE].

²⁰ *See* Statement by the President of the ICTR to the United Nations General Assembly, Oct. 28, 2002, *available at* <http://www.ictr.org/wwwroot/ENGLISH/speeches/pillay281002ga.htm> [hereinafter President Pillay’s Statement to the UN General Assembly]; Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 57th Sess., Item 45 of the Provisional Agenda, U.N. Doc. A/57/150 (2002) at para. 60.

²¹ For instance, the Tribunals amended Rule 62 of their RPE to provide that the initial appearance of the defendant could be conducted before a single judge rather than the full Trial Chamber. *Compare* ICTY RPE, Revision 16, as amended July 2, 1999, Rule 62, *available at* http://www.un.org/icty/basic/rpe/IT32_rev16.htm#Rule 62, *with* ICTY RPE, Revision 17, as amended Nov. 17, 1999, Rule 62, *available at* http://www.un.org/icty/basic/rpe/IT32_rev17.htm#Rule 62. Certain motions have also been assigned to single judges rather than a full Chamber. Report of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January and 31 December 1994, para. 15, 57th Sess., U.N. Doc. A/57/163-S/2002/733 (2002) [hereinafter ICTR 2002 Annual Report].

²² *Compare* ICTY RPE, Revision 19, as amended Dec. 1 & 13, 2000, *available at* http://www.un.org/icty/basic/rpe/IT32_rev19.htm#Rule 65ter, *with* ICTY RPE, Revision 21, as amended July 26, 2001.

sured the Tribunals to formulate a completion strategy; that is, to set a date for finishing their work and closing their doors.²³ Disgruntled with the financial outlays required, the Security Council has pressured the Tribunals to finish sooner rather than later, and the Tribunals appear to be doing just that. The Tribunals' Prosecutor has drastically reduced the number of investigations she is going to conduct; in the ICTR, for instance, she has reduced the number of suspects to be investigated from 136 to 14.²⁴ In similar vein, the Prosecutor has withdrawn the indictments of suspects considered not sufficiently high-level.²⁵ Most importantly, the Tribunals have formulated plans to refer many of their cases to domestic courts. The ICTY intends to send to the courts of Bosnia and Herzegovina about 50 of the approximately 100 defendants expected to be indicted by 2004, in addition to 10 other defendants who are already in ICTY custody. The ICTY has proposed establishing within the State Court of Bosnia and Herzegovina a Chamber with special jurisdiction to try serious violations of international humanitarian law, and with a limited number of key posts reserved for international judges.²⁶ Similarly,

²³ See *The U.N. Criminal Tribunals for Yugoslavia and Rwanda: International Justice or Show of Justice?*, Hearing Before the Committee on International Relations, United States House of Representatives, (Feb. 28, 2002) (testimony of Pierre Prosper) ("We have and are urging both Tribunals to begin to aggressively focus on the end-game and conclude their work by 2007-2008 ...").

²⁴ ICTR 2002 Annual Report, *supra* note 21, at para. 9.

²⁵ ICTY Press Release, *Indictment Against Zoran Marinic Withdrawn*, JL/P.I.S./695-e, Oct. 4, 2002 (noting that the Marinic was "a low-level indictee" whose prosecution no longer corresponded to the Prosecutor's strategy). The Prosecutor actually began targeting high-level offenders a few years ago, and recent pressure to complete the Tribunal's mandate has only accelerated that trend. See ICTY Bulletin, No. 21, July 27, 1998, at 4; see also Sean Murphy, *Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 93 AM. J. INT'L L. 57, 59, 74-75 (1999).

²⁶ ICTY Press Release, Address by his Excellency, Judge Claude Jorda, President of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, to the United Nations Security Council, JDH/P.I.S./690-e, July 26, 2002, available at <http://www.un.org/icty/pressreal/p690-e.htm>. In establishing this special chamber, the ICTY would be seeking to ameliorate some of the "significant structural difficulties" that currently plague the courts of Bosnia and Herzegovina. These have been described as the excessive compartmentalisation of the judicial systems of the Federation and the Republika Srpska, the lack of cooperation between the two entities, the political influence brought to bear on judges and prosecutors, the often 'mono-ethnic' composition of the local courts, the difficulty of protecting the victims and witnesses effectively, the court personnel's lack of training, and the backlog of cases at the courts. *Id.*

the ICTR has identified 40 suspects whom the Prosecutor intends to refer to national courts; 25 are expected to end up in the courts of Rwanda,²⁷ which are already overwhelmed by their efforts to try more than 130,000 genocide suspects.

These events bode ominously for the ICC. The *ad hoc* Tribunals' problems with cost and efficiency are not unique to those bodies but rather are, to a greater or lesser degree, endemic to international institutions prosecuting international crimes. Indeed, the ICC, with its worldwide geographical jurisdiction and indefinite prospective temporal jurisdiction, is apt to face all the problems currently plaguing the *ad hoc* tribunals and more besides. Sam Muller, the ICC's Advance Team Coordinator, warned that while the international community might expect the ICC one day to be simultaneously prosecuting crimes resulting from three distinct situations, the international community is not likely to bestow on it \$300 million per year and 3000 staff-members; that is, the *ad hoc* Tribunals' budget and staff times three. Muller made numerous recommendations; he stated that the ICC must have a sophisticated Case Document Management System, and it must have flexible procedures that, for instance, will allow the court to travel to the witnesses when it would cost too much for the witnesses to travel to the court. Michael Johnson echoed the former suggestion,²⁸ and in addition advocated brief, targeted indictments. These recommendations are sound, but they are reminiscent of the improvements made to ICTY and ICTR procedures: helpful but not anywhere near enough. Recognizing these limitations, both men opined that the only sure way to limit the ICC's cost to that which will be politically palatable is to limit, severely, the number of cases the court hears. Muller asserted, for instance, that the ICC will be able to hear no more than six cases per situation, with the remainder to be diverted to domestic courts.

That sounds pragmatic, but what about those remaining cases? First off, to which domestic courts will they go? Complementarity forms a cornerstone of the Rome Statute and envisages the ICC prosecuting cases only when domestic courts are unable or unwilling to hear the cases themselves. Consequently, if the ICC is prosecuting its six cases, that presumably means that no able, willing states have stepped up to bat. It thus remains unclear which states will prosecute the other cases deemed sufficiently serious, unless one supposes that the ICC's interest in a situation will motivate other states not directly involved to commence prosecu-

²⁷ President Pillay's Statement to the UN General Assembly, *supra* note .

²⁸ Michael Johnson noted that the ICTY has four-million pages of material and the ICTR one-million pages. As he put it: "When we are not able to know what we have and deliver it quickly, we become dysfunctional."

tions. Secondly, the ICC's limited capacity to hear cases will focus attention on the rather unseemly disparity between ICC's state-of-the-art procedural protections and the less stringent due process standards in place in many, particularly developing, countries. The ICC will presumably choose to prosecute those considered most responsible for the atrocities but by doing so will perversely bestow the greatest due process protections – and probably the most lenient punishment – on the most culpable defendants, while relegating their less culpable subordinates to more arbitrary, harsher domestic courts. The problem is not new. Those most responsible for the Rwandan genocide are prosecuted in the ICTR, which provides them with extensive due process protections and limits their punishment to terms of imprisonment. Less culpable Rwandans, by contrast, are subject to capital punishment and spend years in appalling, overcrowded Rwandan jails looking forward only to a summary criminal trial lacking even the most basic procedural guarantees, like the right to legal representation. Although the problem is not new, it will gain more exposure with the ICC's involvement, and it brings into sharp relief a schizophrenic feature of the international community's current approach to criminal justice: the firmly held conviction that international criminal courts must adhere to the highest fair-trial standards coexists with the political reality that such standards cost far too much for everyday use. Thus, they are bestowed on only a few, and perhaps the least deserving, while the international community washes its hands of the rest, dispatching them to inadequate domestic courts in the name of complementarity, state sovereignty, or the like.

The Conference speakers were, by and large, realistic and blunt about the ICC's prospects. The ICC has a long road to travel before it can be considered a credible, sustainable international body capable of dispensing respected international criminal justice. But at least the road exists. Fifteen years ago, the "idea of the establishment of an international war crimes tribunal seemed noble yet unrealistic."²⁹ The landscape has changed dramatically, almost all for the good, but the ICC's ability to meet the challenges outlined above will determine in the next fifteen years, or less, whether the road leads to international accountability or is instead a dead end.

²⁹ Ivan Simonovic, *The Role of the ICTY in the Development of International Criminal Adjudication*, 23 *FORDHAM INT'L L.J.* 440, 440 (1999).

Resolution of International Water Disputes / From Conflict to Co-operation in International Water Resources Management: Challenges and Opportunities

The year 2003 is the international year of freshwater. In recognition of this, and in anticipation of the Third World Water Forum, which will convene in Kyoto, Osaka and Shiga, Japan, in March 2003, two international conferences on freshwater and dispute resolution were held in the Netherlands in November 2002: on November 8, the Permanent Court of Arbitration (PCA) in The Hague hosted an International Law Seminar entitled "Resolution of International Water Disputes," and two weeks later, on November 20-22, UNESCO and Green Cross International, co-hosted a conference entitled "From Potential Conflict to Co-operation Potential: Water for Peace" – *PC (CP: Water for Peace*, for short – at the International Institute for Infrastructural, Hydraulic and Environmental Engineering (IHE), Delft. The latter conference was part of the World Water Assessment Programme (WWAP), a UN-system-wide effort to develop a scientific assessment methodology for water and its management.

Water – that unique and most precious of natural resources – exists on Earth in a fixed and finite amount. As the human population and its consumption grows, the relative amount of water available to each person decreases. Only 3% of the water on Earth is freshwater, and only a fraction of that water is accessible on its surface, yet life is utterly dependent on it. The fact that 450 million people, in almost thirty countries, already face a critical water shortage (a number which is expected to increase to 2.5 billion by the year 2050), and that most freshwater must be shared between countries, leads many to predict escalating conflicts – and even wars – over water in the near future. The issue therefore should fall squarely and immediately within the interest and concern of international law; but lawyers complain that they are not being meaningfully included in the global debate, while scientists, economists, policy-makers and others complain that lawyers are not contributing meaningfully to that debate. The law on international watercourses, after decades of study within the UN system and elsewhere, remains vague and theoretical, and the 1997 UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses – while hailed by the public international law community as a successful framework instrument for water treaty negotiations – needs many more ratifications before it can enter into force and is criticized by the non-legal community as being toothless and ineffective.

Instead of continuing the theoretical debate on the often ambiguous concepts of "no-harm" obligations and "equitable and reasonable utilization" of watercourses,

the organizers of the PCA Seminar chose to focus on the prevention and resolution of water disputes, gathering at the Peace Palace in The Hague a “dream-team” of public international jurists, academics and practitioners, including two former presidents of the International Court of Justice, the Lead Counsel of the World Bank, a sitting Judge on the European Court of Human Rights in Strasbourg, and distinguished professors of international water law from around the world. The audience was also largely comprised of lawyers, law-students, and diplomats from various missions in The Hague. The panelists and moderators approached the resolution of water disputes through the lenses of, (a) diplomatic means (such as institutional mechanisms and regional cooperation); (b) the role of third parties (e.g., mediation, good offices, and other forms of external intervention); (c) judicial means (as manifested in a recent increase of freshwater cases at the International Court of Justice and even at the PCA); and (d) the potential role of non-state actors (such as non-governmental organizations). While the participants acknowledged that, as Sir Robert Jennings put it, “we [international lawyers] are very good at talking amongst ourselves,” everyone agreed that an inter-disciplinary approach is the only viable approach to solving quarrels over water, and that legal practitioners in the field do indeed spend more time talking to engineers than to fellow lawyers when they negotiate actual water-sharing agreements.

* * *

Speaking to a different audience, the UNESCO/Green Cross conference in nearby Delft was a preparatory event for the participating organizations’ contribution to the Third World Water Forum in Japan. It was held, explicitly, to reflect on the results of the recent World Summit on Sustainable Development in Johannesburg and its impact on water issues, and to introduce the first results of the *PC (CP: Water for Peace)* program. The many participants included water scientists, decision-makers, diplomats, and educators who presented their research results and discussed future initiatives. The stated focus of the conference was to deepen understanding of the causes of conflicts over water and to identify good cooperation practices, particularly with respect to public participation. It addressed methods of institutionalizing cooperation and “enlarging the pie,” how to involve private and public actors and partnerships on different scales, and the impacts of political, climatic, social and technological changes on the world’s water. Ethical principles were also discussed and, to a limited extent, international water law.

Importantly, the Delft conference was also the launch of a new UNESCO-IHE Institute for Water Education, whereby IHE in Delft was transformed into an institute with the mandate of delivering UNESCO’s educational services to the

water and environment sectors, particularly in developing countries. The UNESCO-IHE will take the position of an intergovernmental UN-wide institute for water education, operating across the spectrum of the United Nations – many of whose organs currently work on water issues.

The format of the conference consisted of keynote addresses, followed by panel presentations and general discussions of specific case studies. To the extent that international water law was mentioned, it was mostly to denounce the UN Convention as a failure and to call for a “new water law” which would, presumably, define more clearly the rights and obligations of riparians. The expectation seemed to be that, as with existing water law, the task of drafting this new law would fall to international lawyers, although how the new principles could bind riparian states and other stake-holders more firmly than currently accepted standards – weak though they may be – was left unexplained. Clearly, educational initiatives are needed not only in developing countries, but also across and between the already highly educated camps of international lawyers and other water professionals. A good start will be for the participants of each conference to read the printed proceeds of the other, both to be published in the year of freshwater – 2003.

EK

International Law FORUM du droit international

Subscription Rates

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

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

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

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

Photocopying

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

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

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

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

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

