

International Law FORUM du droit international

SUBSCRIPTION RATES

Institutional subscription prices, per volume for 1999: NLG 235,00 (including postage and handling). Individual ILA Members and students may subscribe at the reduced rate of GB £26.00 (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, Sterling House, 66 Wilton Road, LONDON SW1V 1DE, UK.

PHOTOCOPYING

In the U.S.A.: 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) Transactional Reporting Service, provided that the fee of US \$9.50 per copy is paid directly to CCC. For those organisations that have been granted a photocopy licence by CCC, a separate system of payment has been arranged. The fee code for users of the Transactional Reporting Services is 0929-0273/98 US \$9.50. 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.

International Law FORUM du droit international

Volume 1, No. 1, February 1999

Editorial	1
In the News / actualité	
GENEVIÈVE BURDEAU / Le droit de sécession en question: l'exemple du Québec	3
ANNE VELDKAMP / Conseil de l'Europe: une Cour unique européenne des Droits de l'Homme	5
BETTE SHIFMAN / International Court of Justice and Permanent Court of Arbitration	6
ELLEN HEY and ANNE VELDKAMP / Lockerbie: A Scottish Court to operate in the Netherlands?	9
CATHERINE KESSEDJIAN / Un nouveau pas en avant dans la défense des droits de l'homme	10
Recurring Themes / thèmes récurrents	
LOUISE ARBOUR and MORTEN BERGSMO / Conspicuous Absence of Jurisdictional Overreach	13
ERIC DAVID / La Cour pénale internationale: une Cour en liberté surveillée	20
AREF MOHAMED AREF / La Cour pénale internationale: une nouvelle perspective pour le continent africain	30
MINNA SCHRAG / Observations on the Rome Statute	34
VALERIE L. OOSTERVELD / The Making of a Gender-Sensitive International Criminal Court	38
Profile / profil	
de Hanna Suchocka, Ministre polonais de la Justice	42
Work in Progress / travaux en cours	
JAMES CRAWFORD and PIERRE BODEAU / Second Reading of the Draft Articles on State Responsibility: a Progress Report	44
FRED SOONS / ILA Establishes a Study Group on State Responsibility	46
Conference Scene / le tour des conférences	
ALI MEZGHANI / Droits islamiques et droits occidentaux	47
The Bookshelf / La bibliothèque	
MONA RISHMAWI / Director of the Center for the Independence of Judges and Lawyers of the International Commission of Jurists	49
Biographies of the Editorial Board / biographies des membres du Comité de rédaction	51
Outline of the Sections / présentation des rubriques	52-53

Editorial

From the Editors ...

We are pleased to present you with the first full length issue of the FORUM: an open meeting place for the exchange of ideas and comment on the most challenging developments in current international law.

We are glad to have been able to find so many people willing to contribute to the various columns of the FORUM. In *In the News* you will find an update on recent developments related to courts, recent decisions and possible future cases. In *Recurring Themes* the FORUM returns to the International Criminal Court, also briefly discussed in the zero issue (p.6). Many of this issue's contributors participated in the Rome Conference as delegates or observers and can therefore provide unique insights into the Conference. This issue of the FORUM also includes a *Profile* of Hanna Suchocka, Polish Minister of Justice; reports on the *Work in Progress* at the International Law Commission and International Law Association on the topic of State responsibility; one view from the *Conference Scene*; and the *Bookshelf* of Mona Rishmawi, Director of the Center for the Independence of Judges and Lawyers of the International Commission of Jurists.

Much of the content of the present issue relates to courts and court cases and examines their significance in the international legal order. The role that courts play in a legal system and in society often arose during discussions among members of the Editorial Board as well as with others. Clearly the primary function of courts is to apply the law and to administer justice in case of breaches of the law in individual cases. The more specific role of criminal courts also includes the protection of societal interests against breaches of the law by individuals. Courts, among other institutions, thus play a role in maintaining social order, through the application of the law and administration of justice in individual cases.

It has been argued elsewhere, however, in support of the setting up of the International Criminal Court, that courts fulfill the function of establishing and maintaining societal memory. While we question whether this is indeed an explicit role for courts in any legal system – be it national, international, public or private – we would not deny that a contribution to societal memory may be an important by-product of the work of courts. Although evidence gathered in court proceedings serves primarily to establish the "judicial" truth in a given case, it also documents facts and events and helps bring about a common understanding of what has occurred. By their decisions, courts contribute not only in serving to uphold values within a legal system as such, but also in promoting societal concerns that extend beyond those of the legal system itself. In this perspective the role of courts and their decisions might legitimately be compared to the role of truth commissions, which it could be argued play a role in rebuilding a common societal memory after periods of widespread social division. Courts on the other hand tend to operate effectively in times when there is a relatively high degree of social cohesion. Thus, a related question is whether prosecution in courts should be avoided when a truth and reconciliation commission or a similar body is established at national level. This issue was discussed in the preparatory meetings for the permanent criminal court but, ultimately, does not appear in the final text.

In all honesty we cannot say that we have reached any conclusions on the subject, but the discussion has certainly stimulated our thoughts. We expect that we will be returning

to the theme in a later issue, in which the column *Recurring Themes* will be devoted to a comparative study of the roles and methods of courts, truth commissions and other means of dealing with disputes with a high socio-political content. We hope that at that point a number of our readers will have taken the initiative to share their ideas on this topic with us.

On this occasion we also thank Professor Vierdag who wrote us in reaction to the *Bookshelf* of Professor Sir Robert Y. Jennings, published in the zero issue of the FORUM. Professor Vierdag felt compelled to express his disagreement with Sir Robert's negative assessment of Professor Hans Kelsen's contribution to international law. According to Professor Vierdag, Sir Robert's comments constitute 'a very serious case of total misunderstanding of Professor Kelsen's contributions ...' Vierdag refers to Kelsen's *The Law of the United Nations* (1951) as 'his splendid magnum opus' and to his *Principles of International Law* (2nd 1966) as 'still – rightfully – quite original and full of interesting ideas.' Vierdag furthermore emphasizes Professor Kelsen's impact on successive generations of international law scholars. We appreciate ideas such as these; they make the FORUM the kind of open arena for debate it is intended to be.

Finally, we take the opportunity to thank the many readers who responded positively to the zero issue, and encouraged us in our work on behalf of the FORUM.

In the News/actualité

Le droit de sécession en question: l'exemple du Québec

GENEVIÈVE BURDEAU*

Saisie en septembre 1996 d'un renvoi par le Gouverneur en conseil, la Cour Suprême du Canada a rendu le 20 août 1998 un avis très important (texte intégral sur <http://www.droit.umontreal.ca/doc/csc-scc/en/pub/1998>) concernant la possibilité pour les autorités québécoises, tant au regard de la Constitution du Canada qu'en vertu du droit international de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

Il faut rappeler que depuis le milieu des années 60, les demandes émanant du gouvernement québécois d'un statut particulier pour le Québec (1962), puis d'un statut de "société distincte" (1970) n'ont pu déboucher sur une solution négociée dans le cadre constitutionnel canadien. C'est dans la perspective des prochaines élections fédérales et provinciales que se situe l'avis de la Cour Suprême.

Cet avis constitue une contribution d'un grand intérêt à la question du droit de sécession d'un Etat membre d'un Etat fédéral en l'absence de disposition permissive de la Constitution, question qui a été au coeur de plusieurs cas de successions d'Etat au début des années 90 et qui pourrait se poser à nouveau.

Du point de vue du droit constitutionnel, un long rappel de l'histoire de la Confédération canadienne permet à la Cour de mettre en lumière les principes constitutionnels essentiels qui ont une incidence sur la question posée: fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et primauté du droit, protection des minorités. Une sécession d'une province du Canada requérant une modification de la Constitution, une demande de sécession unilatérale fondée sur les résultats clairs d'un référendum ne pourrait constituer, selon la Cour, qu'un "signal" de caractère politique, sans effets juridiques directs sur l'ordre constitutionnel canadien. Toutefois, le principe démocratique imposerait alors à toutes les parties d'engager des négociations en respectant les principes constitutionnels essentiels rappelés ci-dessus. La Cour est obligée de constater l'impuissance du droit constitutionnel interne puisque, dès lors que la sécession exige la négociation d'une modification de la Constitution, il faudra, en cas d'impasse, faire appel aux mécanismes du processus politique plutôt qu'aux tribunaux. Pourtant, elle ne se résout pas à cette impuissance du droit interne et estime trouver sur le plan international un élément de sanction de l'observation des principes constitutionnels internes: "Ainsi, un Québec qui aurait négocié dans le respect des principes et valeurs constitutionnels face à l'intransigeance injustifiée d'autres participants au niveau fédéral ou provincial aurait probablement plus de chances d'être reconnu qu'un Québec qui n'aurait pas lui-même agi conformément aux principes constitutionnels au cours du processus de négociation. (...) De cette manière, l'adhésion des parties à l'obligation de négocier serait directement évaluée au plan international". Par ailleurs, le principe d'effectivité n'a aucun statut constitutionnel ou juridique et il est donc impossible de considérer à l'avance qu'en l'absence d'accord entre les parties, une sécession effectivement réalisée en fait pourrait être justifiée.

Sur la question du droit à sécession au regard du droit international, la Cour, qui ne prétend pas se poser comme arbitre entre Etats, indique prudemment qu'il existe une

*. Professeur Agrégé, Université de Paris I (Panthéon Sorbonne).

grande différence entre indiquer l'état du droit positif et prédire la réaction des Etats tiers à une réalité politique nouvelle. Le droit international attache une grande importance à l'intégrité territoriale des Etats Nations et "le droit à l'autodétermination s'applique dans les limites de la protection prépondérante accordée à l'intégrité territoriale des Etats parents". Le droit à l'autodétermination en droit international donne tout au plus ouverture au droit à l'autodétermination externe dans le cas des anciennes colonies, dans le cas des peuples opprimés comme des peuples soumis à une occupation militaire étrangère, ou encore, selon certains, dans le cas où un groupe défini se verrait refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique économique et culturel. Dans les autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l'Etat existant auquel ils appartiennent.

Dans ces trois situations, le peuple en cause jouit du droit à l'autodétermination externe parce qu'on lui refuse la faculté d'exercer, sur le plan interne, son droit à l'autodétermination. Sans se prononcer sur l'existence d'une norme internationale dans le troisième cas, la Cour relève qu'en toute hypothèse le Québec ne se trouve dans aucune de ces trois situations. Quant à l'effectivité, appuyée éventuellement par des reconnaissances de la sécession par des Etats tiers, elle jouit en droit international d'un rôle qui n'est guère différent de celui que la Cour lui avait reconnu en droit interne, à savoir la possibilité éventuelle de générer a posteriori un certain statut juridique, mais "c'est tout autre chose de prétendre que l'approbation subséquente d'un acte illégal à l'origine a pour effet de créer rétroactivement le droit juridique de l'accomplir".

La constatation de l'absence de conflit en l'espèce entre le droit interne et le droit international dispense la Cour de répondre à la question de la préséance éventuelle du droit international sur le droit interne.

Cet avis de la Cour Suprême du Canada, à la fois pragmatique et prudent confirme la stabilité des solutions qui pouvaient être considérées comme acquises à la fin des années 80, concernant l'interprétation résultant des résolutions de l'Assemblée Générale adoptées au moment de la décolonisation, du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé à l'article 1§2 de la Charte, principe dont la CIJ a dit dans son arrêt dans l'affaire relative au Timor oriental (arrêt du 30 juin 1995, n°29) qu'il s'agit là d'un des principes essentiels du droit international contemporain et qu'elle a qualifié de droit opposable *erga omnes*.

La pratique des années 90 pouvait éventuellement semer le doute sur le maintien absolu des solutions traditionnelles dans un cas qui n'est pas évoqué par la Cour Suprême parce que celle-ci entend se placer exclusivement dans l'optique d'un processus d'autodétermination qui serait entièrement canalisé de manière prévisible par le droit constitutionnel, comme ce fut réalisé en Tchécoslovaquie. Il s'agit du cas où, en dépit de la volonté de l'Etat fédéral, il n'est plus possible de faire fonctionner les institutions. Ainsi, dans le cas de l'ex-Yougoslavie, l'inscription dans les constitutions des Etats membres du droit à l'autodétermination contre la volonté du pouvoir fédéral, les proclamations d'indépendance à la suite de référendums, la détérioration des conditions de fonctionnement de l'Etat fédéral avaient conduit la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie, dans son avis n° 1 rendu le 29 novembre 1991, à considérer que la RSFY était engagée dans un processus de dissolution et qu'il convenait dès lors de régler les problèmes de succession d'Etats dans le respect du droit international. Il n'y a en réalité pas de contradiction fondamentale entre les deux avis. Dans le silence de la constitution fédérale, un processus d'autodétermination ne peut se réaliser que de manière négociée du point de vue du droit constitutionnel. Mais le droit constitutionnel devient impuissant dans le cas où les forces politiques n'entendent plus jouer le jeu constitutionnel et à cet égard les situations de sécession ou d'éclatement rejoignent les situations révolutionnaires.

S'agissant du droit international, les règles relatives à l'autodétermination rappelées par la Cour Suprême du Canada ne sont guère contestables et elles ont comme objectif méritoire de promouvoir une stabilité qui est génératrice de paix. Justifiant le droit pour les États de s'opposer aux menées indépendantistes qui ne rentrent pas dans les hypothèses précises prévues, elles tendent, dans un monde où la décolonisation est pratiquement achevée et où la conquête militaire n'est plus tolérée, à figer la carte du monde. Mais en rappelant que la légitimité de ces règles strictes tient au fait qu'elles reposent sur la possibilité pour les peuples de réaliser effectivement dans le cadre interne leur droit à l'autodétermination, l'avis ouvre peut-être la voie à un examen des conditions dans lesquelles ce droit s'exerce, sans doute pas dans le cas du Québec, mais dans d'autres situations où la démocratie est moins scrupuleusement respectée et où, pour reprendre la formule de la Cour, "un peuple se trouve empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État dont il fait partie". Certes, aux yeux de la Cour "l'exercice utile" n'est pas nécessairement celui qui débouche sur une sécession mais celui qui permet de discuter d'un statut constitutionnel acceptable. Or c'est précisément dans les cas où la discussion est impossible ou ne peut déboucher sur une solution acceptable que l'exercice du droit n'aura pas été utile. Est-ce à dire que le droit à l'autodétermination est à double détente, se manifestant d'abord comme un droit de négocier, puis, en cas d'échec de la négociation, comme un droit de faire sécession? Le droit constitutionnel comme le droit international n'apportent de réponse qu'à la première question. La seconde ne peut avoir qu'une réponse en fait. En effet, ayant négocié, l'État fédéral a rempli son obligation et peut alors invoquer son droit à se protéger contre toute atteinte à son intégrité. En suggérant qu'un peuple qui aurait loyalement négocié mais sans obtenir satisfaction pourrait plus facilement qu'un autre obtenir la reconnaissance de son indépendance, la Cour a peut-être une vue un peu idéaliste des choses et paraît offrir un modèle sans précédent. C'est malheureusement plus souvent par la force, voire par la violence, que la sécession sera alors réalisée contre la volonté de l'État fédéral. Il n'est pas sûr que l'existence préalable de négociations change quoique ce soit au processus politique de reconnaissance par les États tiers.

Conseil de l'Europe: une Cour unique européenne des Droits de l'Homme

Le 2 novembre 1998 est entrée en fonction à Strasbourg la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme. Il s'agit d'une cour unique et permanente, composée de 40 juges élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, destinée à remplacer les institutions actuelles de protection des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à savoir la Cour européenne des Droits de l'Homme et la Commission européenne des Droits de l'Homme. C'est le Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'Homme qui instaure cette Cour dont la compétence est sans précédent dans l'histoire de la justice: en effet les États ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme sont au nombre de 40, depuis la ratification en mai 1998 par la Russie, et la Cour sera donc le garant des droits de l'homme de quelques 800 millions d'Européens.

Comme dans le système actuel, les requêtes individuelles et les requêtes interétatiques coexistent, mais les requérants, citoyens ou États membres, ont désormais directement accès à la nouvelle Cour, une fois les voies de recours internes épuisées. Le droit de recours individuel est devenu obligatoire et la Cour a compétence sur toutes les affaires interétati-

ques. Le Comité des Ministres n'a plus compétence pour se prononcer sur le fond des affaires mais il conserve son rôle important de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour.

Le système a été rationalisé. C'est la Cour et non plus la Commission qui filtre les affaires et elle peut, par décision unanime d'un Comité de trois juges, déclarer une requête irrecevable. Il s'agit d'une décision définitive. Les autres requêtes sont examinées par la Chambre, composée de sept juges, qui se prononce sur le fond et, le cas échéant, sur sa compétence (cela correspond à la procédure actuellement en vigueur devant la Commission). Le juge-rapporteur prépare le dossier et les parties présentent leurs observations par écrit. Une audience peut avoir lieu devant la Chambre. Si aucun règlement amiable n'est possible, la Chambre rend son arrêt.

Si aucune des parties ne s'y oppose, la Chambre peut saisir la Grande Chambre, composée de dix-sept juges, quand elle a l'intention de ne pas suivre la jurisprudence antérieure de la Cour ou s'il s'agit d'une question de principe.

Dès le prononcé de l'arrêt, les parties disposent d'un délai de trois mois pour demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. Cette procédure est réservée à des cas exceptionnels, pour les affaires les plus importantes.

Les arrêts de la Chambre deviennent définitifs lorsqu'aucun renvoi devant la Grande Chambre n'est plus possible et ceux de la Grande Chambre sont définitifs. Comme c'est le cas actuellement, les arrêts de la Cour sont contraignants en droit international.

Initiative qu'il faut saluer, la révision de la Convention des Droits de l'Homme, conçue à l'origine pour une douzaine d'Etats membres, et l'instauration d'une nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme étaient devenues indispensables étant donné l'augmentation du nombre des requêtes, leur complexité croissante et l'extension géographique du Conseil de l'Europe. Le nouveau système devrait permettre une plus grande efficacité et une accélération de la procédure.

AV

International Court of Justice

Paraguay Discontinues Case on Consular Relations

In an Order issued on 10 November 1998, the Court placed on record Paraguay's discontinuance of proceedings brought against the United States under the 1963 Vienna Convention on Consular Relations. The United States concurred in the discontinuance, and the Court ordered the case to be removed from the list.

As reported in the zero issue of this volume, Paraguay's original application alleged that the US had violated the Vienna Convention by failing to advise a Paraguayan national, Angel Francisco Breard, who had been convicted of murder and attempted rape, of his right under the Convention to communicate with his country's consular officials. Mr. Breard was executed by the State of Virginia on 14 April 1998, despite the Court's order of provisional measures of 9 April, enjoining the United States to take measures to prevent Mr. Breard's execution, pending the Court's final disposition of the case.

Dispute over Islands Between Indonesia and Malaysia

On 2 November 1998, Indonesia and Malaysia jointly submitted to the Court by Special Agreement a dispute concerning sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, two

islands in the Celebes Sea. The parties seek from the Court a determination, on the basis of the treaties, agreements and any other evidence, of whether sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan belongs to the Republic of Indonesia or to Malaysia.

Cameroon/Nigeria – Nigerian request for interpretation of the Court’s Judgment of 11 June 1998

On 28 October 1998, Nigeria filed a request for an interpretation of the Court’s judgment of 11 June 1998 that the Court had jurisdiction to deal with the merits of the land and maritime boundary case brought before it by Cameroon against Nigeria, and that Cameroon’s claims were admissible. This is the first time that the Court has been seized of a request for the interpretation of a judgment on preliminary objections while the proceedings on the merits are still pending.

Because a request for the interpretation of a judgment is made either by an application or by the notification of a special agreement, it gives rise to a new case. Nigeria’s request, which does not fall into the category of incidental proceedings, does not therefore form part of the current proceedings in the case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (*Cameroon v. Nigeria*).

According to Nigeria, the Court’s judgment fails to specify which of certain alleged incidents are to be considered as part of the merits of the case, and that accordingly, “the meaning and scope of the Judgment requires interpretation” as provided by Article 98 of the Rules of Court.

Hungary/Slovakia – Request for an Additional Judgment

On 3 September 1998, Slovakia filed a request for an additional judgment in the case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros dam project. Slovakia seeks a determination of the modalities for executing the Court’s judgment of 25 September 1997. According to Slovakia, Hungary has demonstrated its unwillingness to implement that judgment. Slovakia bases its request on the Special Agreement of 7 April 1993, pursuant to which the parties jointly submitted their original dispute to the Court. Article 5 of that agreement expressly authorizes either party to request the Court to render an additional judgment, in the event that the parties are unable to reach a timely agreement on the modalities of executing the Court’s judgment.

Slovakia asserts that in accordance with the Court’s judgment of 25 September 1997, the parties have an obligation to take all necessary measures to ensure the achievement of the objectives of the Treaty of 16 September 1977 (by which they agreed to build the Gabčíkovo-Nagymaros Project). Slovakia seeks an additional judgment providing, *inter alia*, for conclusion of a binding Framework Agreement between the parties no later than 1 January 1999, and conclusion of a final agreement on the necessary measures to ensure the achievement of the objectives of the 1977 Treaty in a treaty to enter into force by 30 June 2000.

ECOSOC Request for an Advisory Opinion

On 5 August 1998, the Economic and Social Council (ECOSOC) requested from the Court an advisory opinion on a difference between the United Nations and the Government of Malaysia arising out of the interpretation or application of the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.

In 1994, Mr. Dato’ Param Cumaraswamy, a Malaysian national, was appointed Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers by the Commission on Human

Rights, an organ of ECOSOC. Mr. Cumaraswamy is the defendant in a series of defamation lawsuits currently pending in the Malaysian courts, that arise out of comments concerning the Malaysian judicial system made by Mr. Cumaraswamy in a 1995 magazine interview.

ECOSOC asserts that the Malaysian Government failed to ensure respect for Mr. Cumaraswamy's immunity, despite assertions from the UN secretariat that the words that constituted the basis of plaintiffs' complaints had been spoken by the Special Rapporteur in the course of his mission, and that he was therefore, pursuant to the 1946 Convention, immune from legal process with respect thereto.

Section 30 of the 1946 Convention provides that if a difference arises between the United Nations and a Member State, a request shall be made to the ICJ for an advisory opinion, and the opinion given shall be accepted as decisive by the parties. ECOSOC seeks from the Court, on a priority basis, an advisory opinion:

“on the legal question of the applicability of Article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations in the case of Dato' Param Cumaraswamy as Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the independence of judges and lawyers. . . , and on the legal obligations of Malaysia in this case.”

Permanent Court of Arbitration

Award Rendered in the First Phase of the Eritrea-Yemen Arbitration

On 9 October 1998, a five-member arbitral tribunal established to resolve a dispute between Eritrea and Yemen rendered its first award. Both nations had claimed sovereignty over a number of islands and island groups in the Red Sea. Following a 1995 confrontation in which at least 12 people died, and subsequent mediation efforts involving Ethiopia, Egypt, the United Nations and France, Eritrea and Yemen agreed in October 1996 to submit the dispute to arbitration in London in two phases: the first on territorial sovereignty and the scope of the dispute between the parties, and the second on maritime delimitation.

The tribunal found that while Eritrea had sovereignty over certain islands more proximate to the Eritrean mainland, the larger central and northern islands (including Greater Hanish, which had been occupied by Eritrea troops since the 1995 clashes) were subject to Yemeni sovereignty. The award further requires Yemen to respect the traditional fishing regime engaged in by fisherman from both the Eritrean and Yemeni coasts, and orders the parties to execute the award within 90 days of the date on which it was rendered. Pursuant to the arbitration agreement, the tribunal will now proceed to the maritime delimitation phase of the arbitration.

The Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration (PCA) at The Hague serves as registrar, and the PCA's International Bureau provides registry services to the arbitration.

BES

Lockerbie: A Scottish Court to Operate in the Netherlands?

In December 1988, an American Pan Am jet crashed in Scotland, killing all 259 passengers and 11 inhabitants of Lockerbie. Research conducted after the explosion led Britain and the US to suspect two Libyans of being responsible for the bombing. In 1991, both countries issued warrants for the arrest of these suspects. Libya has always refused to hand them over for trial to Britain or the US, which decided to refer the matter to the Security Council of the UN. The Security Council passed two resolutions in 1992 (731 and 748) and one in 1993 (883), ordering Libya to surrender the two suspects and imposing economic sanctions against Libya, which are still operative. Since then the situation has remained one of stalemate.

Recently the United Kingdom and the United States concluded an agreement that the trial of the two Libyans could be held on "neutral" territory in the Netherlands. In 1994, Libya had made it known that it would be willing to have the suspects tried in a third country, but the UK and the US had never agreed, always insisting on a trial in either of their countries. Now, considering the time since the bombing occurred and the ineffectiveness of the economic sanctions, the UK and the US have decided to react to Libya's proposal. If implemented, the agreement would result in a Scottish court, operating with Scottish judges and under Scottish law, judging the two suspects in the Netherlands.

In resolution 1192 (1998), the Security Council welcomes this agreement and calls upon the Governments of the Netherlands and the UK to take the necessary steps to implement the initiative. The UK and the Netherlands have therefore reached an agreement relating to the conduct of the trial in the Netherlands. Moreover, the UN resolution decides that the sanctions imposed in 1992 and 1993 will be suspended immediately if the two accused appear for trial before the above mentioned court in the Netherlands or before any appropriate court in the UK or the US. The UN also expresses its intention to take additional measures if they do not appear for trial promptly.

If found guilty the two suspects will serve their sentences in Scotland. However, on this point the Libyan Government, as well as the League of Arab States and the Non-Aligned Movement have not agreed, insisting that the men, if convicted, should serve their time in Libya. Libya's UN ambassador has also asked for strong assurances that the suspects' security, health, and legal, personal, social and religious rights are guaranteed and that they will not be extradited by the Netherlands to the UK or the US.

Even after the recent visit to Libya by the UN Secretary-General, it remains unclear whether the Lockerbie trial in the Netherlands will go ahead. The above arrangements for the long awaited trial of the two suspects raise complicated legal questions under the national legal systems of the States involved as well as under international law. These questions, among other issues, relate to the extent to which Scottish law applies, given that trial by jury is not provided for; the extent to which the location of the trial and other related premises can and should be exempt from the application of Dutch law (on that matter the Dutch Parliament had to pass legislation to exempt the territorium of the proposed court from national law); the rights and duties of the third State, and of the other States involved with the extradited suspects, in relation to fair trial; the rights of those held in detention and, if they are convicted, of prisoners; the legal status of a foreign court under Dutch law; and the legal status of a Scottish court operating on foreign territory but under Scottish law; the effect of rules of international law on extradition, immunities (of the judges and others involved in the case), State responsibility, and the position of the Security Council in relation to the arrangements made by the States involved.

In the context of the above, it is of interest to note that in private litigation, it is not uncommon for a court to apply foreign law, even though systems vary as to when and how this can or must be done. It is also well established for arbitral tribunals to have their seat in one country without having a link with that country other than its “neutrality” *vis-à-vis* the litigation. Such tribunals often apply neither local procedural nor local substantive law; a manner of proceeding that is very common in arbitration but without precedent, to our knowledge, in a criminal case. Hence the many questions that arise and that require resolution.

EH and AV

Un nouveau pas en avant dans la défense des droits de l’homme

C’est avec le sentiment du devoir accompli que nous avons accueilli la décision de la House of Lords du 25 novembre 1998 dans l’affaire Pinochet. Prise à une courte majorité (3 contre 2), cette décision reconnaît qu’il existe des actes qui, pour avoir été accomplis par un chef d’Etat en exercice, ne peuvent être qualifiés d’actes souverains et ne permettent donc pas à ce chef d’Etat de bénéficier de l’immunité qui lui est normalement reconnue en cette qualité.

Les faits sont connus et un bref rappel n’est nécessaire que pour bien comprendre la question qui était posée aux Lords. Un juge espagnol a lancé une procédure pénale à l’encontre du général Pinochet pour séquestration, torture, prise d’otages et disparition. Dans un premier temps, ces actes avaient été qualifiés de génocide mais, par la suite, comprenant sans doute que cette qualification ne pouvait valablement être retenue, ils avaient été requalifiés pour cadrer dans les textes internationaux ayant trait à la lutte contre la torture (Convention de 1984) et la prise d’otages (convention de 1979).

Les juges anglais étaient interrogés car le général Pinochet se trouvait temporairement à Londres et le juge espagnol avait alors entamé une demande d’extradition ayant entraîné le prononcé par un juge de Londres de deux mandats d’arrêt qui, exécutés dans un premier temps, avaient été annulés par la High Court (Divisional Court of the Queen’s Bench Division). La High Court avait approuvé le général Pinochet qui soutenait être protégé par l’immunité diplomatique accordée aux chefs d’Etat. Toutefois, compte tenu de l’importance de la question de droit posée, la Cour donnait immédiatement l’autorisation de faire appel de sa décision devant la House of Lords et, en attendant cette décision, suspendait l’exécution de sa propre procédure.

La question posée aux Lords était strictement limitée à l’interprétation de la loi anglaise de 1978 sur les immunités ainsi qu’à une éventuelle immunité résiduelle accordée en *common law* et aux limites qui pourraient être admises à cette immunité. En réalité, la vraie question qui allait diviser les Lords était encore plus étroite que cela : les actes reprochés au général Pinochet pouvaient-ils être considérés comme des actes accomplis dans l’exercice de ses fonctions de chef d’Etat. En d’autres termes, comme le dit Lord Nicholls, ces actes étaient-ils inhérents à la fonction de chef d’Etat ?

Curieusement, les motivations des deux Lords, qui sont d’avis d’accorder une immunité totale au général Pinochet, sont très longues (21 pages pour l’un et 14 pour l’autre) occupant 35 des 48 pages que compte la décision telle qu’issue du site internet de la House of

Lords. Deux points font l'unanimité des Lords : (1) le général Pinochet bénéficiait bien de la qualité de chef d'Etat dès le coup d'Etat ; (2) s'il avait encore été en fonction, le général aurait bénéficié d'une immunité totale. Là s'arrête l'accord des juges.

Lord Slynn of Hadley, Président, prend position très fermement contre l'idée selon laquelle des crimes reconnus comme tels par le droit international peuvent engendrer une compétence universelle et limiter l'application du principe d'immunité. Citons l'un des paragraphes les plus importants de son opinion : "The fact even that an act is recognised as a crime under international law does not mean that the Courts of all States have jurisdiction to try it, nor in my view does it mean that the immunity recognised by States as part of their international relations is automatically taken away by international law. There is no universality of jurisdiction for crimes against international law: there is no universal rule that all crimes are outside immunity *ratione materiae*". Une telle affirmation allait servir de base à la conclusion soutenue par ce magistrat : le général Pinochet doit bénéficier de l'immunité.

Pour Lord Lloyd of Berwick, le second à soutenir l'immunité, celle-ci n'aurait pu être levée que si les actes reprochés au général Pinochet avaient été de nature privée. Des exemples donnés par ce juge, il faut en conclure que, pour lui, la ligne de partage entre actes de nature privée et actes inhérents aux fonctions de chef d'Etat est constituée par l'intérêt personnel poursuivi par l'accusé. Une telle analyse ne pouvait, encore une fois, que conduire à accorder l'immunité.

Pour les trois Lords qui ont soutenu la levée de l'immunité, l'analyse tourne autour du test suivant : quels sont les actes qui sont reconnus par le droit international, et non le droit national de l'Etat dans lequel l'accusé était en fonction, comme des actes inhérents à la fonction de chef d'Etat ? La réponse tient alors dans un paragraphe de l'opinion de Lord Nicholls, qui mérite d'être reproduit *in extenso* : "...[I]t hardly needs saying that torture of his own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of head of State. All States disavow the use of torture as abhorrent, although from time to time some still resort to it. Similarly, the taking of hostages, as much as torture, has been outlawed by the international community as an offence. [...] [I]nternational law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of State, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law".

Pour de nombreux défenseurs des droits de l'homme, reconnaître une immunité dans les hypothèses reprochées au général et donc interdire toute investigation, procédure et mise en jugement, aurait représenté un coup d'arrêt fatal à la construction lente de normes supérieures protégeant la personne humaine, sa dignité et son intégrité. Au contraire, ne pas reconnaître l'immunité a permis d'adresser un signal aux dictateurs présents et à venir.

Toutefois, malgré l'incontestable nécessité de la conclusion à laquelle sont parvenus les Lords, la période de transition dans laquelle nous nous trouvons entraîne de nombreuses interrogations parmi lesquelles : (1) La majorité des Lords a pu se prononcer en faveur de la levée de l'immunité grâce au fait que les deux textes internationaux de lutte contre les actes reprochés au général Pinochet ont été incorporés au droit anglais. Il n'est pas du tout certain que les Lords auraient pu se prononcer de la même manière si la Grande Bretagne n'avait pas accédé à ces instruments internationaux. (2) Le concept et l'étendue des droits qui peuvent être protégés par le droit international humanitaire ne fait pas l'unanimité. Rappelons notamment l'existence de chartes régionales des droits de l'homme (africaine ou arabe) dont certains des principes sont relativement éloignés de la conception européenne ou américaine. (3) La compétence universelle est-elle la meilleure solution pour mettre en jugement les personnes accusées de crimes de la nature de ceux reprochés au général Pino-

chet ? (4) La création d'une cour pénale internationale permettra-t-elle une meilleure justice, sachant qu'elle comporte un volet politique très important, certains diront trop important, au point qu'elle en perd une grande partie de son pouvoir juridictionnel ? (5) Cette justice internationale, compte tenu, notamment, de son coût ne pourra vraisemblablement qu'être réservée à un petit nombre d'accusés, à une "élite" du crime, pourrait-on dire. (6) Que devient l'immunité diplomatique accordée aux chefs d'Etat ? (7) La distinction que semblent faire les Lords ayant voté avec la majorité entre chefs d'Etat en fonction et chefs d'Etat ayant quitté leurs fonctions est-elle viable ?

Sur toutes ces questions, le FORUM souhaite, bien entendu, recevoir l'avis de ses lecteurs.

CK

P.S. Au moment où nous envoyons nos textes à l'impression nous apprenons que la House of Lords a décidé d'annuler l'arrêt rendu le 25 novembre et de confier à un nouveau panel de sept Lords la charge de reprendre le procès. Ceci fait suite aux accusations lancées par les avocats du général Pinochet selon lesquelles Lord Hoffman, l'un des trois Lords ayant voté avec la majorité contre l'immunité, aurait manqué à l'impartialité nécessaire de la part d'un juge, compte tenu de ses liens et de ceux de son épouse avec Amnesty International. Les nouvelles audiences ont commencé le 18 janvier 1999 et l'on ignore quand le nouvel arrêt sera rendu.

Recurring Themes/thèmes récurrents

Conspicuous Absence of Jurisdictional Overreach

JUSTICE LOUISE ARBOUR¹ AND MORTEN BERGSMO²

The Statute of the International Criminal Court has come under attack by some Government representatives since its adoption in Rome on 17 July 1998. It has been suggested that the Statute invades national sovereignty through jurisdictional overreach. It is claimed that the Statute recognizes the doctrine of universal jurisdiction and that this is not generally acceptable to States. Frequent use of the term “automatic jurisdiction” by some of those who articulate these views has generated additional confusion about the exact jurisdictional scope of the new Court. Some States have let it be known that they are not prepared to ratify the Statute and that they fear that their citizens may be prosecuted by the International Criminal Court (hereinafter referred to as the ICC) even if they remain non-States Party. It has been proposed that such prosecution could even harm international peace-keeping operations. Other States say the Security Council has too strong a role in the ICC. They argue that the powers of the Security Council to refer cases to the Court, to block its investigations, and to bind non-States Party by Chapter VII referrals to the ICC are in contravention of international law.

The statutory realities of the ICC provide for a significantly more limited jurisdiction than these fears suggest. It is difficult to see how *bona fide* interpretations of the Statute’s jurisdictional regime can generate genuine concern that the ICC may infringe unduly on national sovereignty or that the Statute unreasonably vests the Security Council with powers which it does not already possess under the United Nations Charter. It might be useful to draw a parallel between the ICC and the *ad hoc* Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda. Contrary to the ICC, the Tribunals constitute international judicial intervention by the Security Council as enforcement measures under Chapter VII of the Charter independent of consent by territorial States. The valid exercise of the Tribunals’ powers, including the power to require State compliance with its orders, does not depend on domestic constitutional or statutory provisions. Member-States of the United Nations have an international legal obligation to comply with Tribunal orders pursuant to Statute and Rules of Procedure and Evidence, whether or not they have adopted implementing legislation. The Tribunals have jurisdictional primacy *vis-à-vis* national criminal justice systems. Despite such regimes of extraordinary jurisdictional efficacy, territorial States have been able to impede ICTY investigations and prosecutions simply by cynically disregarding their obligations under international law.

Complementarity Threshold

The jurisdictional basis of the ICC is of an entirely different nature. The jurisdictional primacy of the *ad hoc* Tribunals has been reversed: the ICC may only supplement national criminal justice systems when there is inadequate domestic will or ability to investigate

1. Chief Prosecutor, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (hereinafter referred to as ICTY) and International Criminal Tribunal for Rwanda.

2. Legal Adviser, Office of the Prosecutor, ICTY. The views expressed in this note are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the United Nations.

and prosecute. This amounts to the ICC having to show deference to State-initiated investigations. Apart from instances of Security Council referral of situations to the ICC, in cases of a referral by a State Party or *ex officio* initiated investigations, the Prosecutor may be asked to desist in favour of a national jurisdiction which has seized itself of the matter. If the Prosecutor refuses, he or she must ask the Court for permission to proceed. The Court, in turn, must decline jurisdiction unless the Prosecutor can show that the State which has seized itself of the matter is “unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution” (see Article 17).

This question of deference to national jurisdiction, or “inadmissibility” as it is called in the Statute, as well as all questions of jurisdiction, may also be raised by the Court on its own initiative, by the accused whether arrested or not, and by any State with jurisdiction over the matter. These issues must be raised before trial, and both sides have a right of appeal to the Appeal Chamber of the ICC.

What then is involved in the determination of “admissibility”? Essentially, it will involve a dispute between the Prosecutor and a State, as to whether that State is genuinely ready, willing and able to undertake the prosecution of the matter in issue. Prior then to making much progress on the investigation, the Prosecutor may be embroiled—possibly for a long time—in a complex dispute with one or more States.

Unwillingness is defined in Article 17(2). The Court must in essence consider whether the domestic prosecution has been undertaken for the purpose of shielding the accused from criminal responsibility. In other words, the Prosecutor must prove a devious intent on the part of a State, contrary to its apparent actions. The Court will have to consider whether there has been undue delay in the State initiated prosecution, indicative of a lack of a genuine intention to proceed, or whether the domestic case is conducted independently and impartially, consistent with the expressed intention to bring the person to justice. In other words, is the State acting in good faith? This is not a standard issue in criminal cases. It is a highly complex and litigious jurisdictional matter that could nearly paralyse the Court, especially in its early years.

As for determining the inability of a State to prosecute, as opposed to its unwillingness, the Court is required to examine whether, despite the State’s assertion that it can successfully manage the domestic prosecution, that State is unable to obtain the accused, or the evidence, or otherwise to carry out the proceedings, due to a total or partial collapse of its national judicial system.

These types of issues have no precedent in the *ad hoc* Tribunals, which, as we have seen, have primacy over domestic courts and which may require these courts to desist in favour of the Tribunal’s prosecution. Considering that the issue can be raised by the accused, and that the ICC will be required to desist in favour of any State which has jurisdiction under its national law and which has seized itself of the case, it is reasonable to expect that admissibility-based litigation will often occur in cases other than those referred to the Court by the Security Council. This will hardly be routine criminal litigation. This must be taken into consideration when the ICC Rules of Procedure and Evidence are drafted by the Preparatory Commission³. Conceptually, and quite apart from its highly charged political dimension, this debate casting the Prosecutor against one or more States will look more, at least on a technical level, like a difficult product liability case, a complex

3. The Commission is mandated to draft such Rules pursuant to the Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Annex I, F, 5, UN document, A/CONF.183/C.1/L.76/Add.14, 16 July 1998.

class action or a constitutional case involving systemic issues, than resembling a criminal case of any normal description.

State Acceptance Traverse⁴

Even before the ICC were to consider whether a case is admissible under the complementarity standard, specific preconditions to the actual exercise of jurisdiction must be met. Article 12 of the Statute regulates the requirement of State acceptance of the Court's jurisdiction and the scope of the acceptance. The Article flows logically from the treaty approach which the States in the United Nations General Assembly chose as the preferred mode of establishment for the permanent Court. But it represents a jurisdictional hurdle which does not exist in the *ad hoc* Tribunals, where the Security Council's application of Chapter VII imposed the mandates on all Member States of the United Nations without any legal acceptance or consent requirement.

Article 12(1) of the ICC Statute provides that a State which becomes Party to the Statute "thereby accepts the jurisdiction of the Court with respect to the crimes referred to in article 5", which in its subparagraph (1) simply lists the four categories of crimes within the Court's subject-matter jurisdiction. This principle has been referred to as "inherent" or "automatic" jurisdiction. It is questionable how accurate or helpful such terms are, especially in the early stages of the ratification process. Moreover, Article 120 states that no reservations may be made to the Statute. This bar adds strength to the main rule of no opt-out from the Court's subject-matter jurisdiction. However, Article 124 contains a significant exception to that rule, for the war crimes provisions, which reads:

Notwithstanding article 12 paragraphs 1 and 2, a State, on becoming a party to this Statute, may declare that, for a period of seven years after the entry into force of this Statute for the State concerned, it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 [on war crimes] when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory. A declaration under this article may be withdrawn at any time. The provisions of this article shall be reviewed at the Review Conference convened in accordance with article 123, paragraph 1.

Article 124 played a critical role in securing support for the final draft of the Statute⁵ put forward by the Bureau of the Committee of the Whole of the Diplomatic Conference on its last day. The negotiations on a transitional opt-out regime were largely conducted outside the formal meetings of the Conference, involving in particular Governments with a record of active participation in international peace-keeping and -enforcement operations. Some delegations wanted the opt-out clause to be broadened so as to include crimes against humanity and cover a longer time period than seven years. Others were reassured by the introduction of a limited clause which they considered sufficient to accommodate concerns in their operative military establishments, where it is not normally expected that their forces will commit crimes against humanity, but possibly exceptional acts which may be investigated as war crimes. An additional protocol with a broader opt-out regime presented in informal discussions in Rome was at one stage described as a "substructural" protocol by a prominent European diplomat. That remark captured the position of the

4. This chapter draws on parts of chapter 2 of Morten Bergsmo: "The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court" in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 4/98.

5. This is document A/CONF.183/C.1/L.76 with Add.1-14, 16 July 1998, often referred to as the "take-it-or-leave-it package" presented on the last day of the Conference.

overwhelming majority of negotiating States. In the end it proved significant that the European Union Member States managed to reach a consensus on what the limits of the scope of the opt-out regime should be.

Article 12(2) preconditions the exercise of the Court's jurisdiction on its acceptance by the territorial State or State of nationality. Either the State "on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft"⁶ (the so-called territorial State) or the State "of which the person accused [sic] of the crime is a national"⁷ must have become a Party to the Statute or accepted the Court's jurisdiction by a unilateral declaration in accordance with Article 12(3)⁸. This precondition does not apply if the Security Council has referred a situation to the Court pursuant to Chapter VII.

Article 12(2) was the subject of prolonged negotiations during the sessions of the Preparatory Committee and the Diplomatic Conference. Some States, led by Germany, argued that since States may exercise universal jurisdiction for the core crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes, the ICC must also have jurisdiction with regard to these crimes independent of State acceptance of the Court's jurisdiction.⁹ Other States rejected the doctrine of universality and insisted that it not be given any recognition by the Statute.

The compromise contained in the final proposal by the Bureau of 16 July 1998¹⁰ had reduced the principle of universality and Korea's list¹¹ of four alternative States whose jurisdictional acceptance was required, to *two* alternative States: the territorial State or State of nationality. But even this significant tightening of the Statute's requirement was unfortunately insufficient to bring all States on board, albeit many States regretted the absence of the custodial State as the third alternative State. It is difficult to understand what the real concerns of the reluctant States were. In its statement of 9 July 1998, the United States delegation described its position:

The fundamental question is this, will the Court be able to prosecute even the officials and personnel of a government without that government having joined the treaty or otherwise submitted to the jurisdiction of the Court? This is a form of extraterritorial jurisdiction which would be quite unorthodox in treaty practice – to apply a treaty regime to a country without its consent.¹²

6. Article 12(2)(a).

7. Article 12(2)(b).

8. States which make such declarations are obliged to co-operate with the Court without any delay or exception in accordance with Part 9 on State co-operation, see Article 12(3) i.f.

9. See A/AC.249/1998/DP.2, 23 March 1998. In this discussion paper submitted to the Preparatory Committee Germany stated: "Under current international law, all States may exercise universal criminal jurisdiction concerning acts of genocide, crimes against humanity and war crimes, regardless of the nationality of the offender, the nationality of the victims and the place where the crime was committed. This means that, in a given case of genocide, crime against humanity or war crimes, each and every State can exercise its own national criminal jurisdiction, regardless of whether the custodial State, the territorial State or any other State has consented to the exercise of such jurisdiction beforehand. This is confirmed by extensive practice. ... [T]here is no reason why the ICC -- established on the basis of a Treaty concluded by the largest possible number of States -- should not be in the very same position to exercise universal jurisdiction for genocide, crimes against humanity and war crimes in the same manner as the Contracting Parties themselves. By ratifying the Statute of the ICC, the States Parties accept in an official and formal manner that the ICC can also exercise criminal jurisdiction with regard to these core crimes".

10. A/CONF.183/C.1/L.76/Add.2, op. cit., Article 12(2).

11. See A/CONF.183/C.1/L.6, 18 June 1998.

The fear expressed centres on the ability of the Court to target citizens of non-States Party. The degree of real exposure of nationals of non-States Party must be examined further. It is conceivable that war crimes committed by members of an international peace-keeping or -enforcement force could be so serious that it would be warranted for the ICC Prosecutor to become seized of the matter. If the territorial State is a Party to the Statute and the situation is not covered by the transitional opt-out clause in Article 124, the alleged offences committed by a member of an international force on that territory could be subject to the Court's jurisdiction even if his or her State of nationality is a non-State Party.

Furthermore, it is not inconceivable that the alleged perpetrator is taken into custody by the territorial State, although that may be very difficult in practice. Article 90(6) grants discretion to a territorial State which has received competing requests for surrender in such cases (from the Court and a non-State Party) regardless of whether the requested State is under an existing international obligation to extradite the suspected person to the requesting non-State Party. However, such international obligations may be based on status-of-forces agreements which customarily provide for exclusive criminal jurisdiction for the States sending troops to international peace-keeping operations.¹³ Article 98(2) provides that the Court "may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court" unless the State consents. Status-of-forces agreements have traditionally not been drafted with the existence of an international criminal jurisdiction in mind. It has already been suggested that such agreements would have to be reformulated in order to include surrenders to the ICC as well.¹⁴

Moreover, what may appear as statutory competence for a territorial State to go against the request of a non-State Party which has sent peace-keeping forces to its territory by transferring its suspected citizen to the ICC, can in reality be made a non-issue if the requesting non-State Party formally requests that the suspected person be transferred to its jurisdiction for domestic investigation and prosecution. If the non-State Party shows that it is able and willing to investigate the alleged perpetrator, the Court will have to rule the case inadmissible based on the principle of complementarity. Thus, it would seem that the complementary nature of the ICC effectively places beyond the reach of the Court all States (including non-States Party) which investigate and prosecute relevant offences diligently and in good faith. This makes it difficult to understand the real nature of the concern of those few States which objected to the compromise reached through Article 12(2) on the preconditions for the exercise of the Court's jurisdiction.

12. Quoted from the statement of the United States delegation on 9 July 1998 in the Committee of the Whole in connection with the deliberation on discussion paper A/CONF.183/C.1/L.53, 6 July 1998, put forward by the Bureau of the Committee of the Whole. The statement also suggested: "As theoretically attractive as the principle of universal jurisdiction may be for the cause of international justice, it is not a principle accepted in the practice of most governments of the world and, if adopted in this Statute, would erode fundamental principles of treaty law that every government in this room supports".

13. See, for example, Agreement Between the Republic of Bosnia and Herzegovina and the North Atlantic Treaty Organisation (NATO) Concerning the Status of NATO and Its Personnel, 21 and 23 November 1995, para. 7 (para. 8 provides for immunity from personal arrest or detention for NATO personnel as experts on mission); and United Nations Model status-of-forces agreement for peace-keeping operations, A/45/594, 9 October 1990, para. 47(b).

14. See Ruth Wedgwood: "Fiddling in Rome: America and the International Criminal Court" in *Foreign Affairs*, Vol. 77, No. 6, p. 22

Authority: the Obvious Elusive

States can paralyse the ICC not only by holding back acceptance of its jurisdiction and by pursuing domestic investigation and prosecution of the situation at hand, but also by not co-operating with the Court and its Prosecutor in the preparation of cases which fall within the Court's jurisdiction. The main principle of the Statute, as articulated in Article 99(1), is that the law of the requested State determines how requests for assistance from the Court will be executed. It is only if the execution will not contravene the law of the requested State that it can be done in the manner specified in the request, including "permitting persons specified in the request to be present at and assist in the execution process". In effect, the authorities of the requested State decide how the request for assistance is to be executed, not the ICC or its Prosecutor. Based on the experience of the two *ad hoc* Tribunals, merely allowing Tribunal investigators to be present at and assist in the execution process would fall far short of the requirements of effective international investigation and prosecution. How can cases be prepared effectively if the Prosecutor cannot control the gathering of evidence?

Moreover, Article 99 is meant to apply also to territorial States directly affected by the conflict and the alleged atrocities, not only to States far removed from the scene of the situation under investigation. Needless to say, this is likely to create insurmountable difficulties for case preparation in cases where there has not been a change in regime after the alleged atrocities. Elements of the domestic police in the territorial State in question will often have been involved in the commission of war crimes, and will not be inclined towards investigating those same crimes effectively and independently.

More disturbing is the idea of relying on State co-operation after a failed claim of inadmissibility. By finding a situation admissible the ICC concludes that the national criminal justice system in question is unwilling or unable to genuinely investigate and prosecute. It would seem unduly optimistic for the Court to send requests for assistance to the very same national authorities which it has declared unwilling or unable to investigate.

There are two limited exceptions to the restrictive regime of Article 99(1). First, the Prosecutor may execute requests directly on the territory of the requested State when that can be done without any "compulsory measures". This is subject to consultations with the requested State when it is a territorial State, and otherwise to "any reasonable conditions or concerns raised by that State Party" (Article 99(4)). This is reasonable and practical as regards voluntary interviews with potential witnesses, but does not meet the requirements of effective international investigations of serious violations of international humanitarian law, particularly where there may be persons in authority with interests adverse to the prosecution.

Second, if the Pre-Trial Chamber has determined that a State Party is clearly unable to execute a request for co-operation due to the unavailability of any authority or any component of its judicial system competent to execute the request for co-operation, it can authorise the Prosecutor to take specific investigative steps within the territory of that State without having secured its co-operation (Article 57(3)(d)).

The Security Council as the Court's Partner

Despite these two exceptions, it must be expected that the Security Council will want to override some statutory limitations by conferring upon the Prosecutor and the Court powers to obtain both co-operation and compliance when it refers situations under Chapter VII of the United Nations Charter to the Court, so that the powers of the Court would not be significantly weaker than those of the *ad hoc* Tribunals already established by the

Council. Frankly, it is difficult to imagine how situations referred to the Court by the Security Council could adequately be investigated with the limited powers conferred upon the Prosecutor by the Statute. Referrals by the Security Council could become an important source of work for the ICC, extending its jurisdictional reach to the whole world and strengthening its financial basis.

In conclusion, the proposition that the ICC Statute represents a jurisdictional over-reach cannot be founded in the legal realities of the Statute. The principle of jurisdictional primacy which the *ad hoc* Tribunals are based on has been reversed in the ICC Statute. States which are prepared to conduct *bona fide* investigation and prosecution of their citizens for alleged war crimes of international concern need not fear ICC involvement in the same situation. Moreover, we fail to see objective merit in the concern expressed by some that international peace-keeping will be adversely affected by the theoretical possibility of ICC prosecution of peace-keepers who are citizens of non-States Party. The complementarity principle applies in such situations as well, effectively limiting the circumstances in which the ICC can become seized of a situation. Additionally, there are obvious practical and other barriers to apprehension of suspected peace-keepers by territorial States hosting such forces.

It may be a more accurate proposition that the restrictive jurisdictional regime of the ICC Statute will make effective investigation and prosecution by the Court very difficult as long as a situation has not been referred by the Security Council under Chapter VII of the United Nations Charter as envisaged by Article 13(b) of the Statute. Such Security Council referrals do away with the requirement of State acceptance of jurisdiction under Article 12(2). It must also be expected that the Council will give the Court jurisdictional primacy *vis-à-vis* the relevant national judicial systems when it makes a referral as an enforcement action under Chapter VII. The Security Council's power to conduct international judicial intervention derives from the Charter and is unaffected by the ICC Statute. Legally speaking the Council can establish further *ad hoc* Tribunals if it is of the view that the efficacy of its judicial intervention so requires. Security Council empowerment of the ICC through Chapter VII referrals should include a reinforcement of the State co-operation regime. The Charter itself, in particular Article 103, facilitates a constructive partnership between the Security Council and the ICC. The suggestion that the powers of the Security Council to refer cases to the ICC and to broaden the scope of its jurisdiction to include non-States Party undermine the law of treaties disregards Charter provisions, Security Council practice and the jurisprudence of the *ad hoc* Tribunals.

La Cour pénale internationale : une Cour en liberté surveillée?

ERIC DAVID*

Habemus curiam !...
(G. Filibeck)

Introduction

1. L'idée d'une juridiction pénale internationale permanente est loin d'être neuve : déjà prévue dans le Traité de Versailles pour juger Guillaume II (art. 227), elle s'est concrétisée en 1945 et 1946 avec les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg (Accord de Londres du 8 août 1945) et de Tokyo (Charte du 19 janvier 1946).

Il ne s'agissait toutefois que de tribunaux de circonstance.

Le principe d'une cour pénale internationale (CPI) permanente remonte à 1948; l'art. VI de la Convention signée cette année-là sur le crime de génocide prévoyait que les personnes accusées de ce crime pourraient être renvoyées devant une telle cour. Encore fallait-il la créer...

A cet effet, l'A. G. des N. U. invitait le 9 décembre 1948 la Commission du droit international (CDI) à examiner s'il était "souhaitable et possible" de constituer cette cour (A/Rés. 260 (III) B).

Bien que la CDI¹ et un comité spécial composé de représentants d'Etats membres créé par l'A. G. des Nations Unies² se fussent prononcés en faveur de la création d'une telle juridiction, celle-ci ne voyait pas le jour. En 1954, en effet, l'A. G. décidait d'ajourner l'examen de cette question qui était étroitement liée au projet de code des crimes contre la paix en attendant que l'on réussisse à s'entendre sur une définition de l'agression³.

Pourtant, en 1973, c'était au tour de la Convention contre le crime d'*apartheid* (art. V) de prévoir la possibilité de déférer les personnes accusées de ce type de crime devant un tribunal pénal international.

L'agression fut définie l'année suivante et les travaux de la CDI sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité purent reprendre. On pouvait donc aussi envisager une réactivation par les Nations Unies du projet de création d'une cour pénale internationale.

C'est ce qui arriva en 1989 quand l'A. G. demanda à la CDI d'étudier cette question dans le cadre du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (A/Rés. 44/39, 4 déc. 1989)⁴, puis en 1992, lorsque l'A. G. demanda à la CDI d'accorder la priorité à un projet de statut de CPI (A/Rés. 47/33, 25 nov. 1992).

* Professeur à l'Université libre de Bruxelles.

1. *Ybk. of the I.L.C.*, 1950, II, p. 379.

2. *Rapport annuel du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation*, 1951-1952, A/2141 (anglais), p. 155; 1952-1953, A(2404), p. 149; 1953-1954, A/2663, p. 111; 1954-1955, A/2911, p. 110.

3. A/Rés. 898(IX), 14 déc. 1954.

4. Sur les premières discussions de la Commission à ce sujet, voy. *Rapport CDI*, 1990, Doc. ONU A/45/10, pp. 29-43; GRAEFRATH, B., "Universal Criminal Jurisdiction and an International Crt.", *Eur. J.I.L.*, 1990, pp. 67-88; BENOUNA, M., *loc.cit.*

La création des Tribunaux pénaux internationaux (TPI) *ad hoc* par le Conseil de sécurité a probablement donné un coup de fouet aux travaux de la CDI puisque moins d'un an après la naissance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), la CDI sortait son projet final de statut pour une CPI.⁵

2. Le projet a alors été soumis à l'A. G. des N. U. qui décidait de le renvoyer d'abord à un comité *ad hoc*⁶, puis à une Commission préparatoire⁷ pour la création d'une cour que les traducteurs des N. U., victimes de certains "faux amis", s'évertuaient à appeler "Cour criminelle internationale", traduction littérale de "International Criminal Court". L'intention n'étant sans doute pas de créer une cour maffieuse, on commettait alors sinon un crime contre le français, du moins une incorrection linguistique ...

C'est en adoptant le statut définitif de la Cour que la Conférence diplomatique convoquée à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998 la baptisa plus justement en français de "Cour pénale internationale".

3. Au-delà de ces contingences linguistiques, le Statut de la CPI a connu un enfantement laborieux.

La CDI avait rédigé un projet de texte particulièrement restrictif, notamment dans la mesure où, en dehors de l'hypothèse où la Cour était saisie par le Conseil de sécurité, les pouvoirs du Procureur dépendaient presque totalement de la bonne volonté des Etats, de sorte que son indépendance devenait purement formelle⁸.

D'emblée, ce projet suscita l'opposition d'un certain nombre d'Etats progressistes - les "Etats pilotes" - soucieux de créer une juridiction pénale internationale digne de ce nom, tandis que d'autres Etats s'accrochaient à la conception d'une cour docile et attentive à leurs seuls desiderata.

Aucune des principales contradictions n'était résolue lorsque s'ouvrit la Conférence de Rome le 15 juin 1998, et ce n'est que dans les tout derniers jours de la Conférence que celle-ci réussit à s'entendre sur un texte qui fut voté par 120 voix contre 7 et 21 abstentions.

Texte de compromis, le Statut représente un certain progrès par rapport au projet de la CDI en termes d'indépendance du Procureur et de la Cour, même si, comme on le verra, l'on reste encore loin d'une justice jouissant d'une liberté d'action analogue à celle dont bénéficie la justice dans tout Etat démocratique.

4. Long de 128 articles, parfois fort détaillés, le Statut de la CPI est beaucoup plus complexe et développé que les statuts des TPI qui ne comptent, chacun, qu'une trentaine de dispositions. Plutôt que d'en faire une exégèse qui soit à la mesure de sa longueur, on se bornera à en présenter deux aspects : d'une part, les éléments qui illustrent la dépendance de la Cour par rapport aux Etats, d'autre part, les éléments qui témoignent de son indépendance.

La dépendance de la CPI à l'égard des Etats

5. *Report of the I.L.C.*, 1994, doc. ONU A/49/10, pp. 43-161.

6. *Rapport du Comité ad hoc pour la création d'une cour criminelle internationale*, doc. ONU A/50/82, 6 sept. 1995, 62 p.

7. *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale*, doc. ONU A/51/22, 13 sept. 1996, vol. I, 83 p.; vol. II (compilation des propositions), 325 p. D'autres rapports ont été adoptés en 1997 et 1998.

8. DAVID, E., "The International Criminal Court : What is the Point ?", in *International Law : Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*, ed. by K. Wellens, The Hague, Nijhoff, 1998, pp. 637 ss.

5. La dépendance de la CPI par rapport aux Etats se manifeste principalement dans son mode de création (A) et dans ses possibilités d'action (B).

A. *Le mode de création de la CPI*

6. Contrairement aux statuts des TPI qui, ayant été créés autoritairement par des décisions du Conseil de sécurité en 1993 et en 1994 (S/Rés. 827 et 955), s'imposaient *ipso jure* à l'ensemble des Etats membres des N. U. grâce aux vertus conjuguées des art. 25 et 103 de la Charte, le Statut de la CPI est une convention internationale qui ne liera évidemment que les Etats qui acceptent d'y devenir parties.

On avait bien songé un moment faire de la Cour un 7^e organe principal des N. U. par amendement à la Charte⁹. Cette procédure aurait permis à l'amendement d'entrer en vigueur pour **tous** les Etats membres une fois que les conditions requises par l'art. 108 de la Charte (vote de l'amendement par les deux tiers de l'A. G. et approbation ultérieure par les deux tiers des Etats membres, y compris les 5 membres permanents du Conseil de sécurité) auraient été satisfaites. Cette idée a toutefois été écartée au profit d'une approche purement conventionnelle, donc volontariste.

En ne s'imposant qu'aux Etats qui acceptent le Statut, la Cour est donc d'emblée soumise aux aléas de la bonne volonté des Etats. Il serait évidemment surprenant que les Etats impliqués ou risquant d'être impliqués dans des infractions relevant de la compétence de la Cour se hâtent de se lier au Statut.

7. Le Statut de la CPI n'entrera en vigueur que le 60^e jour qui suit le dépôt du 60^e instrument de ratification ou d'adhésion (Statut, art. 126¹⁰). Ce jour-là n'est pas pour demain : même si 120 Etats ont voté en faveur du Statut, on se rappellera que la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui codifiait des matières pourtant moins sensibles politiquement, avait été adoptée le 22 mai 1969 par 79 voix contre 1 et 19 abstentions, et n'avait obtenu les 35 ratifications/adhésions nécessaires à son entrée en vigueur que le 27 décembre 1979 (entrée en vigueur 30 jours plus tard), soit plus de 10 ans après son adoption; la Convention de Montego Bay adoptée le 30 avril 1982 (ouverte à la signature le 10 décembre 1982) par 130 voix, 4 non et 17 abstentions, n'obtint les 60 ratifications/adhésions nécessaires à son entrée en vigueur que le 16 novembre 1993 (entrée en vigueur 12 mois plus tard).

Certes, d'autres conventions multilatérales ont connu un succès plus rapide. Ainsi, il n'a pas fallu 4 ans à la Convention de Paris du 13 janvier 1993 sur l'interdiction des armes chimiques pour réunir les 65 ratifications/adhésions (31 octobre 1996) nécessaires à son entrée en vigueur (29 avril 1997), mais cette convention codifiait une obligation (l'interdiction d'employer des armes chimiques) qui, pour l'essentiel, liait la communauté internationale depuis 1899 (Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 sur l'interdiction d'employer des gaz) même si elle y ajoutait une obligation de désarmement ainsi que des mécanismes particulièrement complexes d'inspection.

Quant au record de vitesse de la Convention d'Oslo-Ottawa du 18 septembre 1997 qui, en moins d'un an réussissait à obtenir les 40 instruments de ratification nécessaires à son entrée en vigueur, il ne risque pas d'être battu par le Statut de la CPI.

Si l'on pense en effet, d'une part au caractère délicat des matières traitées, d'autre part à la nécessité pour les Etats d'adapter leur législation interne¹¹, on ne doit guère espérer voir le

9. *Report of the ILC*, 1994, pp. 45, 158; *Rapport du Comité ad hoc*, *op.cit.*, p. 3; rapport du Comité préparatoire, *op. cit.*, p. 9.

10. Sauf indication contraire, les n° d'articles renvoient systématiquement aux dispositions du Statut.

Statut entrer en vigueur avant une bonne dizaine d'années, et il ne liera sans doute que des Etats fort peu susceptibles d'être impliqués dans des crimes relevant de sa compétence ...

8. Autre expression du fait que la CPI est sous haute surveillance des Etats : le règlement de procédure et de preuve qui, dans le cas des TPI, est adopté par les juges conformément à ce que prévoient leurs statuts (art. 15/14), est, dans le cas de la CPI, confié à l'Assemblée des Etats parties au Statut de la CPI (art. 51 § 1), institution prévue par le Statut (art. 112). Pour paraphraser une formule célèbre, la Conférence diplomatique a sans doute pensé que la justice était une chose trop importante pour en confier la codification aux juges ...

9. De même, les éléments constitutifs des crimes de droit humanitaire entrant dans la compétence de la Cour aux termes du Statut, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, ne pourront être définis que par l'Assemblée des Etats parties (art. 9 § 1). La détermination de ces éléments est donc réservée aux Etats, mais son absence n'empêchera cependant pas la Cour de connaître de ces crimes : l'art. 9 § 1 précise que la détermination de ces éléments ne doit servir qu'à *aider* la Cour "à interpréter et appliquer" les incriminations précitées.

B. Les possibilités d'action de la CPI

10. Les possibilités d'action de la CPI doivent être analysées sous l'angle de sa saisine, de sa compétence et de la recevabilité des affaires qui lui sont renvoyées. A chacune de ces étapes, les Etats, ou certains d'entre eux, peuvent, directement ou indirectement, faire obstacle aux poursuites.

1. La saisine

13. La Cour peut être saisie d'une infraction relevant de sa compétence *ratione materiae* (agression, génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre) par le Procureur agissant *proprio motu* (art. 15) ou à la requête d'un Etat partie au Statut (art. 14).

Le droit d'initiative reconnu au Procureur est un progrès important par rapport au projet de la CDI (art. 25) où le Procureur ne pouvait agir tant qu'un Etat partie au Statut ne le lui demandait pas¹² !

Seuls les Etats parties au Statut peuvent officiellement saisir le Procureur (art. 14 § 1), mais rien ne s'oppose à ce que des Etats non parties, tout comme des particuliers donnent au Procureur des "renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour" (art. 15 § 1); libre ensuite au Procureur d'y donner la suite qu'il convient : classer sans suite, ouvrir une information, demander à la Chambre préliminaire¹³ l'autorisation d'ouvrir une enquête (art. 15 §§ 1-3).

11. DAVID, E., "L'influence du Statut de la CPI sur les législations internes", 23e table ronde de San Remo, 2-4 septembre 1998.

12. DAVID, "The International Criminal Court ...", *loc. cit.*, p. 637.

13. Innovation par rapport aux TPI, la Chambre préliminaire prend des décisions interlocutoires sur les questions et incidents qui précèdent l'ouverture du procès proprement dit, c.-à-d. jusques et y compris la confirmation des charges; par exemple : autorisation accordée au Procureur d'ouvrir une enquête (art. 15 §§ 3-4, 18 § 2), d'enquêter sur le territoire d'un Etat (art. 54 § 2, b), de recueillir des éléments de preuve en une occasion particulière (art. 56; voy. aussi art. 57 § 3), décision sur la compétence de la Cour ou sur la recevabilité de l'affaire avant confirmation des charges (art. 19 § 6), contrôle de la décision du Procureur de ne pas poursuivre (art. 53 §§ 2-3), délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître (art. 58), décision sur le maintien en détention ou la libération de l'accusé (art. 60), décision sur la confirmation des charges (art. 61), etc.

14. Si à ce stade, le Procureur jouit d'une indépendance totale dans la décision d'ouvrir une information ou de demander l'autorisation d'ouvrir une enquête, le Conseil de sécurité peut décider, en vertu du chapitre VII de la Charte qu'aucune enquête, ni aucune poursuite ne peuvent être engagées pendant un an renouvelable (art. 16) : autrement dit, le Conseil de sécurité peut faire prévaloir des raisons notamment politiques pour empêcher le Procureur d'entreprendre des poursuites ou une enquête à propos des crimes les plus graves dont un individu peut se rendre coupable ...

Or comme la décision formelle d'ouvrir une enquête ou de déclencher des poursuites est subordonnée par le Statut à une autorisation de la Chambre préliminaire (art. 15 § 4; art. 58) sans préjudice des décisions que la Cour pourrait être appelée à rendre pour confirmer sa compétence et la recevabilité de la requête (art. 17-19), on constate que le Conseil de sécurité est fondé à empiéter sur les pouvoirs tant du Procureur que de la Cour.

En d'autres termes, ce qui est impensable depuis deux ou trois siècles (selon les Etats) dans tout Etat où l'on applique strictement le principe de la séparation des pouvoirs sera possible au plan international. La raison des Etats pourra prévaloir sur le droit !

Certes, il ne sera pas facile pour le Conseil de sécurité de trouver une majorité de neuf Etats, sans véto d'un membre permanent, pour empêcher la Cour d'agir. Il demeure qu'en prévoyant cette possibilité, les Etats se donnent la possibilité de placer la justice pénale internationale sous la tutelle de leurs choix politiques, avec tout ce que cela signifie pour l'indépendance de cette justice.

2. *La compétence*

a. Les compétences *ratione "gentis"* et *ratione loci*

15. Etant donné que le Statut figure dans une convention ne liant que les *Etats qui l'acceptent*, la Cour n'est compétente qu'à l'égard des infractions commises sur le territoire ou par un national de ces Etats (art. 12 § 2). C'est pourquoi, nous parlons de compétence "*ratione gentis*".

Cette limitation de compétence est cohérente avec le fait d'inscrire le Statut dans une convention soumise à un processus d'acceptations volontaires. Une Cour instituée conventionnellement ne peut avoir d'effet que vis-à-vis des Etats parties, et il a été convenu que cet effet consisterait à reconnaître l'aptitude de la Cour à juger des faits commis soit sur le territoire de ces Etats, soit par un de leurs nationaux.

Les conditions ne sont pas cumulatives (malgré la formulation un peu ambiguë du texte français de l'art. 12 § 2 du Statut). En quelque sorte, la compétence de la Cour apparaît comme une subrogation de la compétence territoriale ou de la compétence personnelle active que pourraient exercer, ou bien l'Etat du lieu de l'infraction, ou bien l'Etat de la nationalité de son auteur. Par conséquent, si l'infraction est commise sur le territoire d'un Etat tiers par le national d'un autre Etat tiers, la Cour ne peut en connaître que si au moins un des deux Etats tiers concernés reconnaît la compétence de la Cour (art. 12 § 3).

Dans l'hypothèse où la Cour peut connaître de l'infraction mais où son auteur se retrouve sur le territoire d'un Etat tiers, soit l'Etat tiers accepte de livrer cette personne à la Cour (art. 87), soit il refuse, ce qu'il peut faire puisque la relativité des traités (Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 34) ne l'oblige pas à accepter la demande de livraison formulée par la Cour (à moins que la demande de la Cour ne soit relayée par une décision du Conseil de sécurité, Charte, art. 25). En cas de refus, la Cour ne peut juger l'auteur de l'infraction car le Statut ne prévoit pas le jugement par défaut (art. 63).

16. Ici aussi, la "tutelle" des Etats sur le fonctionnement de la Cour est manifeste, mais cohérente avec l'établissement de la Cour par un processus conventionnel. Le système est

certes restrictif par rapport à l'idée - sans doute utopique - d'une Cour apte à connaître de toutes les infractions prévues à son Statut quels que soient la nationalité de l'auteur, celle de la victime ou le lieu de perpétration, mais il est aussi largement en progrès au regard de celui imaginé par la CDI où, en gros, il fallait que non seulement les Etats concernés par une infraction soient parties au Statut de la Cour, mais en outre qu'ils aient expressément reconnu sa compétence (projet CDI, art. 21-25)¹⁴. Désormais, l'Etat partie au Statut est, *ipso jure*, censé avoir reconnu la compétence de la Cour (art. 12 § 1); une reconnaissance expresse de compétence n'est plus requise que pour les Etats tiers concernés par une des infractions prévues au Statut.

Le fonctionnement de la Cour n'en dépend pas moins de la bonne volonté des Etats puisqu'elle ne peut connaître des infractions que si celles-ci concernent un Etat

- qui accepte le Statut; ou
- qui reconnaît la compétence de la Cour; ou
- qui accepte de collaborer avec la Cour.

Autrement dit, la Cour ne jouit pas de la compétence universelle pourtant reconnue par le droit international à tout parquet dans tout Etat pour les infractions visées au Statut.

b. La compétence *ratione temporis*

17. Indépendamment des aléas liés à l'acceptation du Statut par les Etats pour son entrée en vigueur, la Cour n'est compétente qu'à l'égard des crimes commis *après* l'entrée en vigueur du Statut (art. 11 § 1). Il en va de même à l'égard de tout Etat qui devient partie au Statut par la suite : la Cour ne peut connaître des infractions commises sur le territoire et par un national de cet Etat que postérieurement à l'entrée en vigueur du Statut à l'égard de cet Etat (art. 11 § 2).

Un Etat peut donc différer son adhésion au Statut aussi longtemps qu'il existe une probabilité ou des craintes que des infractions le concernant et relevant de la compétence de la Cour puissent être commises ...

c. La compétence *ratione materiae*

18. La Cour est compétente pour connaître de quatre types de crimes : agression, génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre (art. 5 § 1).

La Cour ne pourra toutefois connaître du crime d'agression que le jour où le crime aura été défini par une conférence de révision des statuts qui aura lieu sept ans après l'entrée en vigueur du Statut (art. 5 § 2 combiné avec les art. 121 et 123).

Quant aux crimes de guerre, les Etats peuvent, par une déclaration unilatérale déposée lors de l'acceptation du Statut, différer pour une période de sept ans la compétence de la Cour à l'égard de ces crimes (art. 124).

Ici aussi, les Etats sont donc autorisés à limiter, au gré de leurs intérêts du moment, la compétence de la Cour, et de manière pour le moins surprenante : d'un côté, les Etats ont feint d'ignorer la définition de l'agression qu'ils avaient adoptée dans le cadre des N. U. - non sans difficulté - depuis plus de 20 ans¹⁵, d'un autre côté, il se reconnaissent la latitude d'exclure de la compétence de la Cour des crimes d'une extrême gravité.

Il ne faut cependant pas exagérer la portée de cette dernière restriction : on se demande en effet quel Etat aura le front ou le cynisme d'adhérer au Statut en se prévalant de cette faculté ! Selon toute vraisemblance, un tel Etat préférera s'abstenir de se lier au Statut.

14. DAVID, "The International Criminal Court ...", *loc. cit.*, pp. 639-645.

15. A/Rés. 3314 (XXIX), 14 déc. 1974.

19. On voit donc que pour tout ou partie des compétences *ratione gentis, loci, temporis* et *materiae* de la Cour, les Etats conservent à des degrés divers la possibilité d'y faire obstacle.

3. *La recevabilité*

20. Contrairement aux TPI dont la compétence prime celle des Etats, la compétence pénale des Etats prime celle de la Cour. Celle-ci ne doit en effet servir que de *complément* à la justice pénale des Etats (préambule, 10e al. et art. 1er). Cette conception qui figurait déjà dans le projet de la CDI (préambule, 3e al.)¹⁶ a été reprise et réglementée par le Statut.

Concrètement, cela implique que la Cour doit déclarer irrecevable toute affaire portée devant elle par le Procureur dès lors qu'elle donne ou a déjà donné lieu à enquête, poursuite ou jugement dans un Etat (art. 17 § 1 et 20 § 3).

Le Statut ne dit pas que cet Etat doit y être partie : la complémentarité joue vis-à-vis de n'importe quel Etat (*cf.* art. 18 § 1, 1e phrase).

Toutefois, si la procédure engagée au plan national semble fantaisiste, ou si elle ne traduit pas l'intention réelle de réprimer l'infraction, la Cour est alors fondée à en connaître (art. 17 § 2).

21. La Cour peut également déclarer l'affaire irrecevable si elle ne l'estime pas suffisamment grave (art. 17 § 1, d), mais ceci est indépendant des questions de complémentarité.

22. En faisant prévaloir la justice pénale des Etats sur celle de la Cour, le Statut continue à placer la Cour dans une situation de subordination par rapport à la volonté des Etats.

En outre, la Cour perd la puissance symbolique d'une justice internationale représentant la volonté de condamnation universellement éprouvée par la communauté internationale à l'égard des crimes les plus graves parmi les plus graves qui peuvent être commis¹⁷.

23. En résumé, la dépendance de la Cour par rapport aux Etats ou à certains d'entre eux ressort notamment du fait que :

- le Statut figure dans une convention qui ne lie que les Etats qui l'acceptent;
- l'entrée en vigueur de ce Statut exige l'approbation de 60 Etats (art. 126);
- un Etat qui accepte le Statut peut toutefois postposer pour 7 ans l'aptitude de la Cour à connaître des crimes de guerre commis sur son territoire ou par un de ses ressortissants (art. 124);
- les actes du Procureur ou de la CPI ne peuvent avoir d'effets vis-à-vis d'un Etat tiers à la Cour que s'il accepte la compétence de la Cour;
- le Conseil de sécurité peut interdire une enquête ou des poursuites pendant un an renouvelable (art. 16);
- la Cour ne peut connaître d'une affaire que dans la mesure où celle-ci ne fait pas l'objet d'une procédure pénale effective dans un Etat partie (art. 17).

24. A ces constatations un peu décevantes si l'on compare la liberté d'action de la CPI à celle de n'importe quelle juridiction interne dans un Etat de droit, il faut toutefois apporter deux tempéraments importants qui tiennent d'une part à l'aptitude reconnue à la Cour de se prononcer elle-même sur les questions de compétence et de recevabilité, d'autre part à la possibilité pour le Conseil de sécurité de renvoyer à la Cour une situation où des crimes relevant de sa compétence ont été perpétrés.

16. DAVID, "The International Criminal Court ...", *loc. cit.*, pp. 633-636.

17. *Ibid.*, pp. 635-636.

L'indépendance de la CPI par rapport aux Etats

25. Les tempéraments à la dépendance de la Cour vis-à-vis des Etats se manifestent principalement dans sa compétence de la compétence (A) et dans la possibilité reconnue au Conseil de sécurité de saisir directement la Cour (B).

A. La compétence de la compétence

26. Les exceptions portant sur la compétence et la recevabilité sont tranchées par la Cour, et plus précisément, par la Chambre préliminaire si les exceptions sont soulevées avant confirmation des charges (art. 58 § 1), par la Chambre de 1^e instance si les exceptions sont soulevées postérieurement à la confirmation des charges (art. 19 § 6).

On notera que les exceptions doivent être soulevées au plus tard à l'ouverture du procès, sauf circonstance exceptionnelle admise par la Cour (art. 19 § 4).

Les décisions sur la compétence et la recevabilité peuvent être frappées d'appel (art. 19 § 6 et 82).

Autrement dit, en cas de contestation sur le point de savoir si l'affaire est recevable et si la Cour est compétente, celle-ci a la compétence de sa compétence, donc le pouvoir du dernier mot.

Certes, la Cour ne pourra que s'incliner devant certaines évidences : par exemple, le fait que l'infraction est commise sur le territoire d'un Etat non partie par un national d'un Etat non partie et n'ayant pas reconnu la compétence de la Cour.

En revanche, elle gardera un pouvoir d'appréciation important quant au point de savoir, par exemple, si les poursuites entreprises dans un Etat contre un accusé sont sérieuses ou non.

Par conséquent, le fait que la volonté des Etats prévaut sur celle de la Cour dans un certain nombre de cas ne doit pas faire oublier que c'est à elle qu'il revient de vérifier si elle doit réellement s'effacer devant ces Etats.

B. La saisine de la Cour par le Conseil de sécurité

27. La Cour peut être directement saisie par le Conseil de sécurité d' "une situation dans laquelle un ou plusieurs des crimes" visés au Statut ont été commis (art. 13 b). Dans ce cas, il n'est nullement nécessaire que l'Etat sous la juridiction duquel le crime a eu lieu ou l'Etat dont l'auteur présumé du crime porte la nationalité soient parties au Statut ou aient reconnu la compétence de la Cour (art. 12 § 2, *a contrario*).

De même, l'éventuelle réserve que l'Etat en cause aurait apportée à la compétence de la Cour à propos des crimes de guerre (*supra* § 18) devrait rester sans effet à l'égard du Conseil de sécurité eu égard aux effets combinés des art. 25 et 103 de la Charte des N. U.

28. Ceci constitue le correctif le plus important apporté à la dépendance de la Cour par rapport aux Etats.

Lorsqu'une telle hypothèse se présente, c.-à-d., lorsque le Conseil de sécurité saisit la Cour d'une "situation" où sont commis les crimes relevant de sa compétence, la Cour se retrouve dans le même régime de liberté judiciaire que les TPI.

Dans ce cas, il semble aussi ressortir - c'est plus implicite qu'explicite - de l'art. 18 (en particulier de son § 1) combiné avec l'art. 17 (voy. aussi art. 19 § 7 combiné avec l'art. 12 § 2) que la complémentarité ne serait plus une entrave à la recevabilité de l'affaire.

On peut regretter le silence frileux du Statut sur ces points, mais les déductions que nous croyons pouvoir tirer du texte semblent, à première vue, cohérentes avec son esprit.

29. En instituant la Cour juge de sa propre compétence et des questions de recevabilité, le Statut applique un principe classique de compétence judiciaire qui corrige quelque peu le sentiment de soumission de la Cour aux Etats que laisse le Statut.

Quant à la possibilité laissée au Conseil de sécurité de saisir la Cour d'une "situation" qui n'est pas autrement précisée (ce pourrait aussi bien être la situation prévalant sur l'ensemble du territoire d'un Etat comme la Yougoslavie ou le Rwanda qu'une situation limitée à une partie de territoire), elle fait de la CPI, comme le prévoyait déjà le projet de la CDI (art. 23 § 1)¹⁸, une sorte de TPI en *stand-by* ...

30. Une différence importante toutefois entre CPI et TPI : si les TPI sont des organes subsidiaires du Conseil de sécurité (puisque'ils ont été créés par des résolutions du Conseil - rés. 827 et 955, et Charte des N. U., art. 29), la CPI ne l'est pas puisqu'elle est créée par voie conventionnelle. Quatre conséquences :

- le Conseil de sécurité ne pourra saisir la CPI que le jour où le Statut entrera en vigueur;
- les décisions de la CPI, quand elle est saisie par le Conseil de sécurité, ne s'identifient pas automatiquement à des décisions du Conseil de sécurité en matière d'assistance judiciaire; les Etats tiers au Statut ne sont donc pas *a priori* tenus d'y répondre; pour qu'il en aille autrement, il faut que le Conseil de sécurité, en saisissant la Cour, décide que les Etats tiers *doivent* apporter leur assistance à la Cour; si le Conseil ne prend pas ce genre de décision, tout ce que la Cour peut faire, en cas de refus de collaboration d'un Etat non partie au Statut, c'est d'en informer le Conseil de sécurité (art. 87 §§ 5 et 7) à qui il appartiendra, éventuellement, de décider que l'Etat tiers - s'il est membre des N. U. - doit obtempérer aux demandes de la Cour (Charte, art. 25);
- la même conclusion peut être tirée à propos de la primauté de la CPI sur la juridiction des autres Etats : en soi, il semble que le renvoi d'une situation par le Conseil de sécurité à la Cour n'entraîne pas *ipso jure* la primauté de la juridiction de la CPI sur la juridiction des autres Etats - contrairement à ce qui se passe pour les TPI; pour qu'il en aille autrement, il faudrait que le Conseil de sécurité affirme la primauté de la juridiction de la Cour dans cette affaire, cette primauté s'imposant alors à tous les Etats membres des N. U., non en vertu du Statut, mais en vertu de la Charte (art. 25 et 103);
- si le Conseil de sécurité saisit la Cour en *décidant* que les Etats membres des N. U. doivent collaborer avec elle indépendamment du point de savoir si les Etats concernés par les crimes visés au Statut (Etat du lieu de l'infraction, Etat de la nationalité de l'auteur, Etat du lieu d'arrestation, Etat de la nationalité de la victime, Etat responsable direct ou indirect de l'infraction ...) sont parties au Statut ou ont reconnu la compétence de la Cour, il en résulte que le droit du Statut devient *ipso facto*, et même *ipso jure*, opposable à l'ensemble des Etats membres des N. U. Plus concrètement encore, non seulement le droit matériel porté par le Statut (incriminations et principes généraux du droit pénal), mais aussi toutes les obligations de coopération avec la Cour s'imposent à *tous* ces Etats.

18. *Ibid.*, p. 646.

Conséquence de ces conséquences : tous les États membres des N. U. doivent se préparer à l'entrée en vigueur du Statut, et pas seulement les États qui l'acceptent. C'est donc le droit interne de tous les États membres qui va devoir être adapté aux exigences du Statut (sauf pour les États qui estimerait que le Statut est *self-sufficient* ou *self-executing*) pour le jour où celui-ci aura été accepté par 60 États et où la Cour pourra être saisie à tout moment par le Conseil de sécurité.

Conclusions

31. "Une Cour pour rien ?" A cette question que nous posions en examinant en 1997 le projet préparé par la CDI¹⁹, nous répondions "oui, en partie", tant étaient nombreuses les conditions mises à la saisine et l'activité de la Cour - sauf cas d'une saisine par le Conseil de sécurité. A ce "oui" désabusé d'alors, nous avons envie aujourd'hui de substituer un ... "oui" plein d'espoir. C'est qu'en effet, si le système mis en place par le Statut actuel fonctionne correctement, la CPI sera bel et bien une Cour pour ... rien car elle pourrait, en toute sérénité, sinon mourir de son triomphe, du moins s'endormir en souhaitant qu'elle ne doive jamais se réveiller ! La Cour étant *complémentaire* à la justice des États, il suffit que ceux-ci fassent correctement leur travail de répression des crimes visés au Statut pour que la Cour ne doive pas intervenir.

Donc, oui, une Cour pour rien si grâce à elle les États remplissent correctement leurs obligations internationales.

32. Mais ne rêvons pas. La complémentarité tant désirée par certains États risque de conduire à cette curieuse alternative : soit l'État poursuit effectivement l'auteur présumé du crime, et la CPI peut rester en chômage technique. Elle ne sert donc à rien, mais c'est très bien ainsi puisque la justice de l'État ou des États concernés joue correctement son rôle ! Soit l'État ne poursuit pas ou n'exerce qu'une parodie de justice, et ce n'est évidemment pas lui qui collaborera avec la CPI pour lui livrer les auteurs présumés du crime. Comme la Cour ne peut, pas plus que les TPI, prononcer de jugement par défaut, elle ne sert toujours à rien, mais cette fois, c'est beaucoup moins bien puisque la justice interne ne remplit pas sa mission ...

Seul remède à cette inutilité de fait : le Conseil de sécurité, qui devra user des compétences que le Statut lui reconnaît, et des moyens que la Charte des N. U. lui confère pour obliger l'État défaillant à coopérer avec la Cour.

Sinon, la CPI restera une Cour sur le papier, une Cour de papier, bref, une Cour pour rien.

33. Il ne faut cependant pas désespérer. Le monde ne s'est pas fait en un jour. La justice, telle qu'elle est pratiquée dans les États démocratiques, est le fruit d'une évolution pluri-millénaire ...

Alors, plutôt que de s'appesantir sur les nombreux défauts de l'institution, on relèvera ses points positifs, et d'abord le fait que la création de la Cour revient à pérenniser, sinon l'oeuvre, du moins l'esprit de l'action du Conseil de sécurité que sont les TPI. Répétons que le Conseil aura désormais à sa disposition un bras judiciaire qu'il lui sera toujours possible d'actionner selon les exigences humanitaires de l'heure - en espérant qu'il y soit sensible ...

Quant aux imperfections du Statut, celui-ci, comme toute loi, n'est pas promis à l'éternité. L'Assemblée des États parties au Statut pourra faire évoluer le texte dans un sens plus

19. DAVID, E., "The International Criminal Court ...", *loc. cit.*, pp. 631 ss.

progressiste si tant est qu'on l'y pousse, et en corriger les lacunes ainsi que certaines insuffisances graves (qu'il serait trop long de développer ici ²⁰). Du moins, souhaitons-le ...

20. A titre d'exemple, le spécialiste du droit international humanitaire, après avoir pris la précaution de s'asseoir au préalable, lira avec attention l'art. 31 § 1 c ...

La Cour pénale internationale: une nouvelle perspective pour l'Afrique

AREF MOHAMED AREF*

Le présent article est le fruit d'une expérience personnelle et d'une campagne menée au sein de Amnesty International pour une Cour pénale internationale forte et indépendante. Dès les premières réunions du comité préparatoire à la conférence internationale, Amnesty International s'était fixée comme ambition avec l'organisation "No peace without justice" de sensibiliser les Etats africains à l'établissement d'une Cour pénale internationale. La difficulté était de taille compte tenu de la culture prédominante d'impunité qui caractérisait ce continent ensanglanté par le génocide et autres crimes odieux. La passivité, voire l'indifférence, de l'Afrique manifestée lors des premières réunions préparatoires ne laissait guère présager une issue positive. Or, contre toute attente, le continent africain a joué à partir de l'automne 1997 un rôle essentiel dans l'établissement de la Cour pénale internationale. C'est en effet la réunion consultative régionale des pays de la SADC (Southern African Development Community) à Pretoria en septembre 1997 qui a suscité le réveil et l'intérêt pour la création d'une Cour pénale. Cette réunion a été conclue par l'adoption d'une résolution ferme et visionnaire énonçant dix principes directeurs. Il s'agit notamment de la création immédiate d'une Cour pénale internationale efficace, indépendante et impartiale, opérant conformément aux plus hautes normes internationales de justice et complémentaire des juridictions nationales. Cette Cour devrait aussi accorder une considération spéciale aux victimes, en particulier aux femmes et aux enfants, ne pas être entravée par un veto du Conseil de Sécurité, garantir l'indépendance du Procureur et avoir une compétence inhérente pour juger le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les autres violations graves du droit humanitaire et le crime d'agression dans l'hypothèse où un consensus est atteint concernant ce dernier crime.

Pour une première intervention de l'Afrique, celle-ci était remarquable puisqu'il s'agissait là de la position la plus progressiste connue et exprimée jusqu'alors. Cependant elle ne reflétait que la position des Etats de l'Afrique australe. La question demeurait de savoir si les autres Etats francophones et anglophones n'allaient pas s'aligner sur les positions respectives de leurs anciennes puissances tutélaires, lesquelles protégeraient en échange des dirigeants sanguinaires comme ce fut hélas le cas pendant plusieurs décennies. Mais c'était sans compter sur la soif de justice universelle des Africains et le soutien à cette cause de la dynamique organisation non gouvernementale (ONG) "No Peace without Justice" dont le commissaire européen Emma Bonino était le fer de lance. En effet, en février 1998, la conférence de Dakar réunissant la plupart des Ministres de la Justice de l'Afrique a adopté une Déclara-

* Avocat au barreau de Djibouti. Représentant de Amnesty International lors de la conférence diplomatique de Rome.

tion décisive. La Déclaration de Dakar a non seulement entériné les principes de la résolution de Pretoria mais y a ajouté deux dimensions aussi inédites qu'essentielles. La première liait l'effectivité, l'indépendance et l'impartialité de la future Cour à la nécessité d'allouer régulièrement et en permanence des ressources humaines, financières et techniques suffisantes au bon fonctionnement de la Cour. La seconde reconnaissait formellement à la société civile, en particulier aux organisations de défense des droits de l'homme, un rôle primordial dans le succès de la naissance de la Cour pénale internationale.

La réunion de Dakar a sans aucun doute constitué une étape décisive dans l'établissement de la Cour. Il convient de reconnaître que sans l'intervention personnelle du Président et du Ministre de la Justice de la République du Sénégal, la Déclaration de Dakar n'aurait probablement pas vu le jour. Ils ont relevé le défi de transcender les clivages linguistiques et culturels et pu ainsi fédérer le continent africain en faveur d'une Cour permanente. Autre fait remarquable et novateur, les autorités sénégalaises ont courageusement décidé d'associer la société civile à la Conférence de Dakar et à son suivi. Il est regrettable que cette alliance exceptionnelle des ONG avec les dirigeants africains soit passée inaperçue dans les médias pourtant d'habitude prompts à mettre en exergue tout ce qui oppose la société civile aux autorités. Peut être la raison tient-elle au fait que personne n'a cru à une telle collaboration laquelle, au grand dam des afro-pessimistes, n'a pas cessé de s'intensifier jusqu'à la fin de la Conférence de Rome. C'est ainsi que lors de la dernière réunion du comité préparatoire tenue à New York en mars 1998, le bloc africain a réaffirmé sa position très progressiste à la surprise et au désespoir des délégations française et américaine qui escomptaient une division africaine !! Bien plus encore, un système de coopération efficace instauré entre l'ensemble des ONG et les Etats africains d'une part et le groupe des Etats "like minded" (regroupant soixante nations favorables à une Cour forte et indépendante dont deux Etats influents, le Canada et l'Allemagne) d'autre part a permis de déjouer les tentatives de blocage des négociations par les Etats-Unis. Blaise Compaore, le Président de la République du Burkina Faso a aussi joué un rôle clé dans le succès de la Conférence de Rome. Saisissant l'importance de la portée de la stratégie de "ralliement" mise en oeuvre par les ONG et surtout panafricaniste convaincu, il n'a cessé de soutenir le processus entamé à Dakar¹. Ainsi au cours du dernier sommet de l'Organisation de l'Unité Africaine en juin dernier à Ouagadougou, la Coalition mondiale des ONG invitée par le Président Compaore a su insuffler aux Chefs d'Etats présents le désir de "gagner la bataille romaine".

Indiscutablement encouragée par ces soutiens inespérés, la coalition des ONG a mis en place une organisation unique en constituant par exemple des groupes de recherche thématique. De même, de nombreux Etats n'ont pas hésité à faire appel à la coalition pour organiser des rencontres d'échange et de réflexion. Ceci a permis de maintenir la cohésion objective de la quasi totalité des Etats africains². Cette communauté de vue est partiellement à l'origine de la progression considérable de la position de la France qui s'est démarquée des Etats-Unis soutenus paradoxalement dans leur tentative d'obstruction systématique par certains Etats arabes, le Pakistan, l'Inde et deux autres membres du Conseil de sécurité, la Chine et la Russie. La forte pression des Etats-Unis exercée à l'encontre des Etats européens a malgré tout eu pour conséquence fâcheuse d'infléchir la position des Etats européens, y compris l'Allemagne. Pire encore, ces Etats ont à leur tour influé négativement sur le

1. En mars 1998, le président Compaore a reçu l'auteur afin de s'informer plus en détail du projet de création d'une Cour pénale internationale et l'a assuré de son soutien inconditionnel pour que "l'Afrique toute entière parle d'une seule voix en faveur de la création de cette Cour internationale"

2. Seulement le Nigeria, la Mauritanie, le Soudan, la Tunisie, l'Algérie et l'Egypte comptaient comme dissidents.

Bureau de la Conférence et sur le Président de la Commission plénière. Ils ont notamment invoqué la nécessité de parvenir à un compromis, incohérent fut-il, afin d'amener les membres du Conseil de sécurité à accepter le Traité alors qu'il était évident que la Chine, les Etats-Unis et la Russie ne le signeraient pas! Cette manoeuvre a eu pour effet de confronter les Etats africains à un choix impossible, à savoir, soit accepter le texte et l'adopter *in fine*, soit exiger l'amendement du texte pour le rendre plus conforme aux principes fondamentaux soutenus par les Africains et alors permettre la réouverture des débats le dernier jour de la conférence, ce qui risquait de reporter *sine die* la création de la Cour. Ayant opté par dépit pour la première solution, les délégués africains n'ont pas manqué cependant de souligner qu'ils n'étaient pas dupes et n'avaient donc pas hésité à signer pour prendre date avec l'Histoire³. Ils ont ainsi mis en exergue les lacunes du texte final en appelant de leurs voeux une correction rapide du Statut.

En effet, le Statut⁴ marque une certaine régression du droit international humanitaire sur le plan de la définition des crimes, et sur celui de la compétence universelle. Par ailleurs, la mise en oeuvre de certaines dispositions du Statut pourraient avoir pour effet de paralyser la juridiction internationale.

La définition des crimes de guerre est loin d'être conforme au droit international positif. A titre d'exemple, l'article 8(2)(b)(iv) du Statut diffère du droit existant relatif au principe de proportionnalité en posant de nouvelles restrictions. Il prévoit en effet que la Cour est compétente pour "le fait de lancer une attaque délibérée en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines et des blessures parmi la population civile, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu." Or les critères relatifs au caractère manifestement excessif et à l'ensemble de l'avantage militaire ne sont pas exigés par l'article 85 du premier Protocole Additionnel.

De même, le Statut omet d'inclure les dispositions de l'article 56 du premier Protocole Additionnel et de l'article 15 du second Protocole Additionnel relatives à " la protection des ouvrages et installations concernant des forces dangereuses tels les barrages.....qui ne doivent pas être l'objet d'attaques même s'ils constituent des objectifs militaires, lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de ces forces et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile."

Concernant le crime de génocide défini à l'article 6, il est regrettable que le Statut n'énonce pas les différentes formes de génocide énumérées dans les Statuts des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, à savoir, la tentative, l'entente, l'incitation et la complicité. Il faut rappeler que l'entente en vue de commettre le génocide a été le fleuron des procès de Nuremberg et est un chef d'accusation essentiel dans les procès collectifs attendus devant le Tribunal d'Arusha.

L'article 7 relatif aux crimes contre l'humanité exige que le crime contre l'humanité soit commis "dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque". Un tel seuil imposé à l'accusation rend la preuve du crime extrêmement difficile.

3. Déclarations des Gardes des Sceaux du Gabon et de la République du Congo.

4. Statut adopté le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale. A/CONF.183/9. A la date du 28 janvier 1999, 74 Etats ont signé le Traité établissant la Cour pénale internationale.

L'absence de compétence universelle de la Cour notamment en matière de génocide, et de crimes contre l'humanité est une lacune grave du Statut. En effet, si l'article 12 du Statut prévoit bien qu'un Etat qui devient partie au Statut reconnaît par là même la compétence de la Cour à l'égard des crimes relevant de sa juridiction, la Cour n'est néanmoins compétente que si l'infraction a été commise soit sur le territoire de ces Etats, soit par un de leurs ressortissants. L'exigence du consentement dans les conditions édictées par l'article 12 incitera, indiscutablement, les gouvernants susceptibles d'être poursuivis à ne pas ratifier le Statut. Si la Cour avait existé en 1973, le général Pinochet, alors au pouvoir, n'aurait pas pu être poursuivi devant cette Cour. La clause du consentement est encore plus choquante dans les situations où l'Etat n'existe plus, comme en Somalie. Les peuples se voient alors privés du droit fondamental à la justice.

Plus grave encore est l'option dite "opt out" de l'article 124 qui permet à un Etat déjà partie au Traité de déclarer pour une période de sept ans après l'entrée en vigueur du Statut qu'il ne reconnaît pas la compétence de la Cour pour les crimes de guerre commis sur son territoire ou par ses nationaux. C'est ce que Amnesty International a très justement qualifié de "permis de tuer", de "licence to kill". La France est en partie à l'origine de cet article qui ne reflète la volonté que d'une infime minorité des délégations présentes à Rome. Par ailleurs, l'article 124 aboutit à une incohérence dans la mesure où un Etat non partie au Traité peut voir ses nationaux déférés devant la Cour si le crime a été commis sur le territoire d'un Etat partie sans pour autant pouvoir bénéficier de l'option dite "opt out".

La procédure de l'article 16 suivant laquelle "aucune enquête ni aucune poursuite ne peut être engagée ni menée en vertu du présent Statut pendant 12 mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de Sécurité en a fait la demande à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations-Unies.." est singulièrement troublante. En permettant à un organe politique de s'immiscer directement dans une instance judiciaire concernant une poursuite relative aux crimes les plus abominables, elle assure une totale impunité. Comment justifier la légalité de l'intervention du Conseil de sécurité alors que les articles 1, 24-2 et 103 de la Charte des Nations Unies posent sans ambiguïté le respect "des principes de la justice" dans l'exercice des "pouvoirs spécifiques" du Conseil de sécurité définis aux chapitres VI, VII, VIII and XII.

Malgré les aspects négatifs qui viennent d'être exposés, le Statut traduit une avancée nette dans le domaine du droit des victimes. Pour la première fois, elles pourront être représentées au cours du procès et obtenir outre des réparations, des indemnisations, la restitution et la réhabilitation. Ces innovations sont particulièrement d'importance pour le continent africain où le droit et la souffrance des victimes sont trop souvent négligés.

Le Sénégal est le premier Etat à avoir ratifié le Traité; espérons que l'Afrique, en symbiose avec les ONG, continue à parler d'une seule voix en ratifiant en masse le Traité malgré ses imperfections et en participant activement aux prochaines réunions préparatoires de la rédaction des règles de procédure. C'est ainsi qu'elle participera pleinement à la mise en oeuvre de la Justice internationale.

Observations on the Rome Statute

MINNA SCHRAG

As a public member of the United States delegation to the Rome conference¹, I am deeply disappointed that the text of the Statute that was issued by the Chairman on July 17, 1998 contained jurisdictional provisions that the United States could not accept. After five weeks of intense effort at the conference, and years of preparatory work before then, the delegation had great and justifiable pride in its contributions to crafting the Statute. The United States' commitment to creating an effective International Criminal Court ("ICC") could not reasonably be doubted, and to have come so close and failed is a profound loss, for the United States as well as for the court.

As a feminist, my own particular focus at the Rome conference was on the provisions that affect prosecution of crimes against women. As a former prosecutor in The Hague, I was also concerned with procedural and other provisions that might ensure that the court would be more than a symbolic institution, that it would actually work. It is those provisions that are the subject of this paper.

Wartime Violence Against Women

Surely no reminder is needed that for centuries women have been victims of sexual assault in times of armed conflict, and that their attackers have rarely been effectively prosecuted.² Even at Nuremberg, where rape was enumerated in the charter as a crime against humanity, evidence of rape was presented but was not itself the subject of separate charges or noted in the judgments.³ Except for the less well-known proceedings at Tokyo, the handful of other prosecutions of World War II war crimes have been similarly unconcerned about sexual assault.

This lack of concern ended in 1992. Reporters of the conflict in Bosnia wrote repeatedly about widespread sexual assaults that appeared to reflect deliberate policy.⁴ When the United Nations Security Council established the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, it made clear its concern about the reported sexual assaults⁵, even though the substantive law set forth in the Statute it promulgated contained only one provision regarding sexual assault.⁶ The Office of the Prosecutor at the Tribunal made creative

1. The United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court held in Rome, Italy from 15 June to 17 July 1998. Minna Schrag served as an adviser to the United States Delegation to the Rome conference. A retired partner in the Proskauer Rose law firm and the chair of the board of the NOW Legal Defense and Education Fund, she formerly served as senior trial attorney at the Yugoslav Crimes Tribunal (the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991.) The views expressed in this paper are her own, and not necessarily those of the United States government.

2. For a general overview with specific emphasis on recent events in the former Yugoslavia, see A. Neier, *War Crimes*, Times Books, New York (1998), chapter 11, "Rape". See also K. Askin, *War Crimes Against Women*, Kluwer Law International (Martinus Nijhoff), The Hague (1997).

3. *Id.*

4. See, for example, Annex IX to the Final Report of the United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), "Rape and Sexual Assault". S/1994/674/Add.2 (Vol.V), 28 December 1994.

use of the Statute, for example charging rapes as criminal conduct under the grave breach provisions of the Geneva Conventions that prohibit torture and inhuman treatment.⁷ The Rwanda Tribunal displayed similar willingness to fit crimes of sexual assault within traditional categories, and in one of its first judgments a trial chamber based a conviction for genocide in part on the accused's having directed others to commit rapes.⁸ Equally significant for the effective prosecution of crimes against women, both ad hoc tribunals have women among their judges and in senior positions in their prosecutor's offices, although not in numbers that approach equality with men.⁹

The ICC Statute is much more explicit. Regarding selection of the 18 judges, the States Parties are required to take into account the need within the membership of the Court, among other things, for a fair representation of female and male judges, and for judges with legal expertise about violence against women.¹⁰ In selecting staff, the Prosecutor and Registrar are required to have regard for the same considerations.¹¹ The Prosecutor is required to appoint an adviser with legal expertise about sexual and gender violence.¹² During the course of investigations the Prosecutor is further required to respect the interests and personal circumstances of victims and witnesses, including their gender, and to take into particular account crimes of sexual or gender violence.¹³ All parts of the court are required to take measures to protect witnesses, particularly where the crime involves sexual or gender violence.¹⁴ The registrar is required to set up a victims and witnesses unit to assist witnesses, and to include on the staff persons with expertise in trauma related to crimes of sexual violence.¹⁵

Taken together, these provisions leave no doubt that the ICC has a mandate to prosecute crimes of sexual violence.¹⁶ Systemically, every aspect of the composition of the court is designed to enhance the likelihood that those crimes will be given the attention they deserve. This is indeed a major step forward.

In the substantive parts of the ICC Statute that set forth the particular crimes that will be within the ICC's jurisdiction, the Rome conference in many respects stayed close to the

5. See the 3 May 1993 Report of the Secretary General that accompanied the Tribunal Statute (S/25704) at §§9, 11, 108, and 88 ("Given the nature of the crimes committed and the sensitivities of victims of rape and sexual assault, due consideration should be given in the appointment of staff to the employment of qualified women.")

6. The only substantive provision in the Yugoslav Tribunal Statute that explicitly refers to sexual assault is contained in Article 5, Crimes Against Humanity, which includes rape as a constituent act, as did the Nuremberg charter.

7. *Prosecutor v. Gagovic*, IT-96-33, Indictment confirmed 26 June 1996.

8. *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Chamber I, Decision of 2 September 1998.

9. None of the nine trial chamber judges now on the Yugoslav Tribunal is a woman; two of the nine trial chamber judges on the Rwanda Tribunal are women; one judge (currently, the President of the Tribunal) on the five-judge appeals chamber shared by the two ad hoc tribunals is a woman.

10. Article 36(8)(a)(iii) and (b).

11. Article 44(2).

12. Article 42(9). Gender is defined in Article 7(3) as referring "to the two sexes, male and female, within the context of society."

13. Articles 54(1)(b) and 68(1).

14. Article 68(1).

15. Article 43(6).

16. Women are not the only victims of sexual violence in times of armed conflict. See, for example, the sexual mutilation charged in the Yugoslav Tribunal's *Tadic* case. *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1.1, Opinion and Judgement 7 May 1997.

language traditionally used to describe the acts that constitute the three categories of core crimes: genocide, crimes against humanity and war crimes. At the same time, the conference was innovative in giving expression to certain principles the delegates considered as established.¹⁷

Pursuant to this approach, crimes of sexual violence are set forth explicitly. The acts constituting crimes against humanity include “rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy¹⁸, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity,”¹⁹ as well as persecution against any identifiable group on grounds, among others, of gender.²⁰ War crimes include “rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence also constituting [in the context of international armed conflicts] a grave breach of the Geneva Conventions” or, [in the context of internal armed conflicts] “constituting a serious violation of article 3 common to the four Geneva Conventions.”²¹ To the extent creation of an accurate historical record and bringing repose for victims by public acknowledgment of their suffering is a purpose of the ICC, the ability of the prosecution to bring sexual assault charges under these specific provisions, rather than the more generic torture and inhuman treatment provisions, is also a major step forward.

Several other provisions of the ICC Statute enhance the likelihood that crimes of violence against women will be effectively prosecuted. Crimes against humanity and war crimes are not limited to the context of international armed conflict.²² Since internal conflicts are increasingly frequent, and since violence against women is surely as prevalent in internal as in international conflicts, this provision alone has great importance. And the ICC is prohibited from making any adverse distinction based on gender, among other categories, in the application and interpretation of law.²³

Procedure

The Statute of the Yugoslav Tribunal treated procedural issues in a handful of general articles, and left it to the Tribunal judges to develop detailed rules of procedure and evidence.²⁴ The judges have revised and refined the rules they first promulgated, to reflect the particular issues they have encountered and comments received from interested parties.²⁵ The Rome conference adopted a different approach, setting forth detailed procedural provisions for the ICC in the Statute itself.²⁶ Remaining details will be covered in Rules of Pro-

17. See, for example, Article 7 (1)(i) and (j), where enforced disappearance of persons and the crime of apartheid are added to the list of acts, derived from the Nuremberg Charter, that constitute crimes against humanity.

18. Forced pregnancy is defined as “the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law.” Article 7(2)(f).

19. Article 7(1)(g).

20. Article 7(1)(h).

21. Article 8(2)(b)(xxii) and (e)(vi).

22. See Articles 7 and 8(2)(c) and (e).

23. Article 21(3). The other prohibited categories are “age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.”

24. Yugoslav Tribunal Articles 15, 18-26.

25. The Yugoslav Tribunal Rules of Procedure and Evidence have been revised more than ten times since they were first adopted on 11 February 1994. IT/32. See, for example, Rule 70 (Matters Not Subject to Disclosure), which has been repeatedly refined and expanded.

cedure and Evidence, which will be negotiated at the Preparatory Commission to be established by the United Nations General Assembly, and adopted by a two-thirds majority of the Assembly of States Parties.²⁷

In general, the procedural provisions reflect a mixture of the continental and common law criminal justice systems. For example, investigations are conducted and prosecutions pursued by the prosecutor, as in common law systems, but a pre-trial chamber of judges has considerable supervisory authority, as in many continental law systems.²⁸ Where their personal interests are affected, victims or their representatives may present their views, at stages of the proceedings determined by the Court, a feature of many continental systems.²⁹

The procedural provisions themselves are a remarkable accomplishment. From investigation through enforcement of sentence, a series of comprehensive articles sets forth steps of a criminal prosecution. These provisions should provide a solid foundation for the court to do its work. Because these provisions, including those regarding such important and sensitive issues as protection of national security information³⁰ and cooperation of States parties³¹ were negotiated, rather than promulgated, States may be more likely to support and offer real cooperation to the court.

Problems

Despite the great achievements of the Rome conference, problems remain, and the Statute is far from perfect. Regarding the jurisdictional issues that concern the United States, the Preparatory Commission may yet be able to make adjustments that would resolve those concerns. Other defects may have to wait for correction until seven years after the Statute comes into force,³² if then.

For example, the trial chambers' judgments need not be unanimous. A judgment of conviction may be pronounced by two of the three judges who will comprise each trial chamber.³³ In effect this entrusts power to determine the verdict, based on such factual bases as assessment of witness credibility and analysis of the evidence, to just one person, the judge with the swing vote. Unlike questions of law about which judges frequently disagree without affecting public confidence in their conclusions, failure to agree about the factual bases for its judgments may serve to undermine confidence in the ICC. This may have profound consequences in the context of the highly contested evidence that will be

26. As a consequence, the ICC will be unable readily to adapt its procedures to its own experience and particular circumstances. Amendments to the Statute are subject to a lengthy and cumbersome amendment procedure, and in any event can not be made during the first seven years after the Statute has entered into force. Article 121. Amendments to the Rules of Procedure and Evidence may be made somewhat more easily, but require adoption by a two-thirds majority of the members of the Assembly of States parties. The ICC judges, acting by an absolute majority, may propose amendments to the Rules. Article 51.

27. See Draft (as of 16 November 1998) General Assembly Resolution C.6/53/L.9, and Article 51.

28. See, for example, Articles 54 (Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations), 56 (Role of the Pre-Trial Chamber in relation to a unique investigative opportunity), and 57 (Functions and powers of the Pre-Trial Chamber).

29. Article 68(3). See also Article 75 regarding reparations to victims.

30. Article 72.

31. Articles 86 - 102.

32. As noted above, Article 121 provides that the Statute can not be amended until it has been in force for seven years.

33. Articles 74(3) (Requirements for the decision) and 39(2)(b)(ii) (Chambers).

presented in the high profile cases that are expected to be before the court. It would have been far more effective, although more expensive, to provide for five judges in each trial chamber, and require agreement of at least four of the five judges for conviction.

In defining criminal responsibility, the Rome conference failed to provide criminal responsibility for inciting others to commit crimes against humanity and war crimes, in effect shielding disseminators of violence-inspiring propaganda from prosecution.³⁴ Since those responsible for such incitement may truly be among the most culpable, for example for persuading neighbors to commit terrible crimes against one another,³⁵ this omission is a significant limitation on the court's ability to address the most significant crimes.

Despite these, and other, failings, the ICC Statute is a remarkable accomplishment.

34. Consistent with the terms of the Genocide Convention, direct and public incitement to genocide is punishable by the ICC. Article 25(3)(e).

35. The Statutes of the Yugoslav and Rwanda Tribunals do provide for criminal responsibility for instigating others to commit the underlying crimes. See Yugoslav Tribunal Article 7(1). In the *Nahimana* case, the Rwanda Tribunal has charged persons responsible for radio broadcasting of exhortations to kill Tutsis with instigation to commit crimes against humanity. *Prosecutor v. Nahimana*, ICTR No. 96-11-T. For the ICC, any general incitement provision would have to be precisely framed to avoid infringing on rights to freedom of expression.

The Making of a Gender-Sensitive International Criminal Court

VALERIE OOSTERVELD*

The International Criminal Court (ICC) Statute incorporates significant advances in the prosecution of crimes of sexual violence, and crimes against women in armed conflict more generally. It was not easy to ensure that the Statute reflected the evolution of international humanitarian law with respect to women, but it was extremely important. Crimes committed against women in war are traditionally underprosecuted. The International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda are slowly reversing the historical invisibility, and their decisions provided the basis for ensuring that past mistakes were not repeated in the ICC Statute.

In 1994, the International Law Commission presented a final draft ICC Statute to the United Nations General Assembly.¹ This draft was subsequently used as the basis for discussions and negotiations at the 1995 ad hoc committee meetings, and at the 1996, 1997 and 1998 Preparatory Committee (PrepCom) meetings. By the February 1997 PrepCom, nongovernmental organizations (NGOs) had become concerned that the draft Statute did

* Valerie Oosterveld is the Director of the International Human Rights Programme at the Faculty of Law, University of Toronto, Canada. She served as an NGO representative on the Canadian delegation at the Rome Diplomatic Conference. Previously, she represented the International Centre for Human Rights and Democratic Development at the December 1997 and March-April 1998 PrepComs.

1. Report of the International Law Commission on its Forty-Sixth Session, Draft Statute for an International Criminal Court, 2 May-22 July 1994 (G.A., 49th Session, Supp. No. 10, A/49/10, 1994).

not adequately represent the evolution of international humanitarian law with respect to crimes of sexual violence, and that it was not gender-sensitive.

This group of NGOs began jointly lobbying as the "Women's Caucus for Gender Justice in the ICC". Sympathetic governments responded by introducing gender-sensitive articles into the draft Statute regarding the definition of crimes, protection of victims and witnesses and selection of judges and staff. This cooperative partnership between NGOs and like-minded States was successful, and by the time the draft Statute was sent to Rome, it contained important provisions relating to gender-sensitive justice, many without brackets, and received relatively few objections from unsympathetic States.

At the Diplomatic Conference in Rome, however, the majority of these provisions came under intense and sustained attack by an alliance of fundamentalist religious and conservative organizations, and those States that traditionally oppose the advancement of women's human rights. Originally, this alliance focused entirely on the definition of crimes, advocating that the crime of "forced pregnancy" be struck from the list of crimes. In response, the representatives of Bosnia and Herzegovina called for the retention of the crime in the Statute, arguing that it represented a distinct legal harm and, as such, it deserved to be named as a crime separate from rape and confinement.² These arguments were supported by a number of States, and negotiations on how to resolve this issue lasted for the duration of the conference. Consensus was reached during the final week that the crime would be included in the Statute, defined as "the unlawful confinement, of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law".³

Those who had opposed the inclusion of the crime of "forced pregnancy" broadened their scope during the first weeks of the conference to also oppose the inclusion of any reference to the word "gender" within the Statute. The word "gender" appeared throughout the draft Statute; many of these references had been previously agreed upon during the PrepComs. For example, at the March-April 1998 PrepCom, States had adopted an unbracketed provision directing the Court to apply and interpret all applicable law consistent with internationally-recognized human rights, which includes a prohibition on adverse distinction founded on gender.⁴ Elsewhere in the draft Statute, the Prosecutor was empowered to appoint advisers with legal expertise on sexual and gender violence.⁵ In another draft provision, victims and witnesses were to be provided with protection tailored to their gender, among other factors.⁶ The objection to the use of the word "gender" meant that some issues previously discussed and resolved at the 1995 Fourth World Conference on Women in Beijing – such as the acceptance of the use of the term "gender" throughout the United Nations system⁷ – had to be revisited and renegotiated. After intense negotiations, the term "gender" was retained in the Statute with the following defi-

2. Informal "Discussion Paper, Delegation of Bosnia and Herzegovina", issued during the Rome conference, on file with the author.

3. Article 7(2)(f).

4. See Article 14(3) of UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.8 (2 April 1998).

5. See Article 36(7) of UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.10 (1 April 1998). This article was sent to Rome in brackets, as "[m]any delegations preferred this to be in the Rules of Procedure and Evidence".

6. See Article 61(2), UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.12 (1 April 1998), on the Prosecutor's duty to take appropriate measures to protect witnesses, taking into account all relevant factors, including gender. This provision was bracketed. See also article 61(3), which was unbracketed, stating that the Court shall take measures to ensure the safety, well-being, dignity and privacy of witnesses, including victims and witnesses of sexual and gender violence.

inition: "gender refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term "gender" does not indicate any meaning different from the above".⁸ The use of the word "gender" rather than "sex" throughout the Statute is important, as "sex" refers strictly to biological differences between men and women. "Gender", on the other hand, refers to the "context of society", which reflects socially-constructed differences between men and women and is therefore more inclusive.

Ultimately, almost all of the pre-Rome draft provisions relating to gender issues were adopted in the final Statute. In addition, two more gender-related crimes were outlined in the list of crimes against humanity.

The central pillar of the Statute is the section on the definition of crimes – for the punishment of these crimes is the main purpose of the Statute. Although there was debate surrounding the inclusion of the crime of forced pregnancy within this important section, there was little discussion, and widespread acceptance, that other crimes of sexual violence be listed both as war crimes and crimes against humanity. The ICC Statute therefore includes rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization and other grave forms of sexual violence as crimes against humanity⁹ and as war crimes committed in both international¹⁰ and internal¹¹ armed conflict. Until now, enforced sterilization was not explicitly listed as a war crime or crime against humanity in any humanitarian law treaties, even though it took place during World War II and was referred to during the Nuremberg trials.¹²

In addition to the list of crimes of sexual violence, the ICC delegates agreed to include a provision prohibiting persecution against any identifiable group or collectivity on various grounds, including gender.¹³ This is the first time an international law document has explicitly listed gender persecution as a crime.

Furthermore, the term "enslavement" was defined under crimes against humanity to include trafficking in women.¹⁴ Again, this represents progress in the international understanding of how trafficking in women fits within the wider framework of slavery-like practices.

Specific language setting out crimes of sexual violence was not incorporated into the definition of genocide; however, the International Criminal Tribunal for Rwanda set an important precedent in its September 2, 1998 judgment in the Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. The judges underlined the fact that rape and other forms of sexual violence constitute genocide as long as they were committed with intent to destroy a particular group.¹⁵

While the inclusion of gender-related crimes within the definitions section was an important step, it was vitally important that other parts of the Statute were also made

7. See "Statement by the President of the Conference on the Commonly Understood Meaning of the Term "Gender", Annex IV to the Report of the Fourth World Conference on Women, UN Doc. A/CONF.177/20 (17 October 1995).

8. Article 7(3).

9. Article 7(1)(g).

10. Article 8(2)(b)(xxii).

11. Article 8(2)(e)(vi).

12. See Askin, Kelly D., *War Crimes Against Women* (1997: Martinus Nijhoff Publishers, The Hague) at 88-91.

13. Article 7(1)(h).

14. Article 7(2)(c).

15. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, at paras. 733-735.

gender-sensitive. Therefore, provisions addressing victim protection and victim-friendly procedures, for example, were incorporated into the final Statute so as to take account of the specific needs of victims of sexual assaults. The Statute states that, where the personal interests of the victim are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceeding to be determined by the Court.¹⁶ In other parts of the Statute, this ability to participate is set out in more detail. For example, when the Prosecutor makes an application to the Pre-Trial Chamber to authorize an investigation, victims may also make representations to the Chamber.¹⁷ As well, if the Prosecutor concludes that the information provided does not constitute a reasonable basis for investigation, he or she must inform the victims who had originally provided the information.¹⁸ The Statute also provides for reparations to be awarded to victims.¹⁹ While this article garnered much support, as well as debate, it was not until Japan had withdrawn its opposition that consensus could be reached. Under this provision, reparations may include restitution, compensation and rehabilitation, and the Court may invite both victims and the convicted person to make representations to the Court. The Court may make an order directly against the convicted person, and the funds may be channeled through a Trust Fund.

While these articles on victim participation and reparations do not deal explicitly with victims of gender-related crimes, they are particularly significant for these victims as they have traditionally been excluded from international criminal law and many domestic common law processes, except when testifying as witnesses.

Furthermore all the provisions of the Statute dealing with the composition and administration of the Court are also gender-sensitive.²⁰

Gender-sensitivity thus is woven into the Statute of the International Criminal Court: in the definitions of crimes, in the provisions on victim protection and participation, in the section on applicable law, and in the composition and administration of the Court. The test is now to ensure the reflection of these advances in the ICC's Rules of Procedure and Evidence and Elements of Offences, which will be drafted in 1999 and 2000.

16. Article 68(3).

17. Article 15(3).

18. Article 15(6).

19. Article 75.

20. Articles 36(8) (a) (iii) and (b) for judges; articles 42(9), 43(6) and 44(2) for staff.

Profile/ profil

de Hanna Suchocka

Professeur de Droit Constitutionnel, Hanna Suchocka est un personnage clé de la scène politique polonaise. Elle a siégé plusieurs fois au parlement et a occupé les fonctions de premier ministre de 1992 à 1993. Elle exerce actuellement les fonctions de Ministre de la Justice.

Hanna Suchocka est aussi une figure du paysage politique européen. Après avoir été membre de l'Assemblée Parlementaire et du Comité des Sages du Conseil de l'Europe, elle est maintenant officiellement candidate au poste de Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. C'est avec spontanéité qu'elle a consenti à rencontrer Catherine Cissé de la rédaction de Forum pour évoquer les grandes étapes de sa carrière professionnelle et politique.

Née en 1946 dans la région de Poznan en Pologne, Hanna Suchocka a grandi au sein d'une famille catholique et humaniste où le communisme était banni. Elle reconnaît que son éducation familiale protégée et bourgeoise a été non seulement un contrepoids essentiel au totalitarisme communiste mais lui a inculqué des valeurs morales et spirituelles telles que la foi, la solidarité, l'éthique et l'engagement personnel. Militante des Droits de l'Homme, elle considère ces valeurs comme compléments nécessaires au dispositif juridique et institutionnel en matière des Droits de l'Homme.

Elle se souvient que la "résistance" *vis-à-vis* du communisme se manifestait également à l'école où ses professeurs enseignaient clandestinement en classe la véritable Histoire de la Pologne qui ne figurait pas au programme du Ministère de l'éducation. Tirillée entre sa passion pour le cabaret et le journalisme, elle optera pour une troisième voie, le droit. C'est à l'université de Poznan qu'elle prendra pleinement conscience de la barrière idéologique qui la sépare du communisme. L'emprise du communisme sur l'individu apparaît en effet évidente lorsque Hanna Suchocka postule pour un poste de chercheur à l'université. En effet, cette brillante juriste alors âgée de 22 ans obtint difficilement un emploi à la faculté de droit pour l'unique raison qu'elle n'était pas membre du parti communiste. Cette expérience au moment même où la révolution de 1968 éclatait en Europe la confortera dans sa décision de ne jamais devenir membre du parti communiste.

Mais ce n'est qu'en 1980 que se dessineront avec clarté ses orientations politiques. Elle devient alors membre d'une petite formation politique, le parti démocratique et est élue au Parlement en 1980 pour cinq ans. Ce premier mandat représente pour Hanna Suchocka un véritable test d'entrée dans la vie politique, mais c'est surtout la naissance en 1980 du mouvement syndicaliste Solidarité qui lui permet de s'engager activement dans la lutte contre le système totalitaire en place. Elle se consacre de 1985 à 1989 à l'enseignement du droit constitutionnel à l'Université de Poznan et à la recherche en droit comparé sur le droit des minorités à l'institut Max Planck de Heidelberg. Elle démissionne du parti démocratique en 1984 et est élue de nouveau au Parlement en 1989 sous l'étiquette du mouvement Solidarité. Hanna Suchocka décrit ce mandat comme l'aventure la plus intense de sa carrière politique. Il coïncide en effet avec une vague importante de réformes votées par le Parlement destinées à relever le défi de reconstruire une Société libre et prospère.

De juillet 1992 à octobre 1993, elle est nommée Premier Ministre. Elle réussira son triple pari de mener la Pologne vers une économie de marché, d'homogénéiser le paysage politique fractionné en de multiples partis et d'initier la réforme du droit polonais en vue

de l'ajuster aux normes européennes. Elle enseigne ensuite à l'université George Washington. À l'automne 1997, elle remporte les élections législatives sous l'étiquette du parti de l'Union pour la Liberté et se voit confier les responsabilités de Ministre de la Justice.

Hanna Suchocka mène avec ténacité une série de réformes visant à renforcer l'Etat de droit. Elle s'est fixée pour objectif d'une part, d'accélérer le processus de l'adhésion de la Pologne à l'Union Européenne par l'adoption de mesures visant à intégrer l'acquis communautaire dans la législation interne, d'autre part de moderniser le système judiciaire.

Cette admiratrice du juriste français Robert Badinter a milité en faveur de l'abolition de la peine capitale. De même, elle a vigoureusement lutté pour l'harmonisation du droit pénal et de la procédure aux normes de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Malgré l'entrée en vigueur le 1 septembre 1998 du nouveau code pénal, de nombreux dysfonctionnements de la justice polonaise persistent. En particulier, l'extrême lenteur des procédures pénales et civiles devant les tribunaux polonais entraîne des conséquences graves pour les libertés individuelles. La durée de la détention préventive est en moyenne de quatre ans alors que la loi la fixe à deux ans. Attachée au principe constitutionnel de la séparation totale des pouvoirs judiciaires et exécutifs, Hanna Suchocka estime néanmoins qu'il appartient au pouvoir exécutif d'encadrer sur le plan administratif le fonctionnement des juridictions afin d'accélérer le rythme des procédures judiciaires et d'améliorer leur efficacité.

Interrogée sur la signification de la commémoration du cinquantième de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, elle nous met en garde contre certaines dérives actuelles. Il faut veiller à ce que la prolifération des normes juridiques en matière de Droits de l'Homme ne dilue pas la substance des droits fondamentaux contenus dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Last but not least, l'acceptation formelle des Droits de l'Homme reste un exercice vain, dans les jeunes démocraties en particulier, si la mise en oeuvre concrète des Droits de l'Homme ainsi que le contrôle de cette mise en oeuvre ne font pas l'objet d'une attention particulière. La création de la Cour pénale internationale et de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme, conclut Hanna Suchocka, est un pas décisif dans cette direction.

Catherine Cissé

Work in Progress /travaux en cours

Second Reading of the Draft Articles on State Responsibility: A Progress Report

The 49th session of the International Law Commission in 1997 led to important decisions on the topic of State responsibility. The Commission adopted a new timetable in order to complete the second reading of the draft articles before the end of the quinquennium (2001). It identified three issues requiring special consideration: international crimes, the regime of countermeasures and the settlement of disputes. The new Special Rapporteur on the subject, James Crawford, presented his first Report to the Commission at the 50th session. After discussing some general issues relating to the draft articles, the report addresses the controversial question of the distinction drawn in Article 19 between international crimes and international delicts. It then begins a review of the articles in Part One of the draft, dealing with Chapters I and II (articles 1 to 15), which were subsequently considered by the Drafting Committee during the session.

The eventual form of the Draft Articles

Among the general issues raised by the draft articles, the question of the form they should take is obviously important - in particular whether they should be proposed as a convention open to ratification or as a declaration of principles to be adopted by the General Assembly. But a decision on that point cannot be sensibly made until the scope and content of the draft are clarified, and certain key issues resolved, and the Special Rapporteur accordingly proposed that the issue be reserved for the time being.

With regard to the distinction drawn between “criminal” and “delictual” responsibility, the Special Rapporteur outlined five possible approaches:

1. Keeping the approach of the draft articles as adopted on first reading is one possibility. But this status quo approach is not supported in the Commission, even by those members (a substantial minority) in favour of the notion of international crimes of State. The illustrative enumeration of crimes in article 19, paragraph 3, for example, was widely criticised. Furthermore, the present draft articles fail to provide adequately for the consequences of international crimes.

2. A second approach is the “criminalization” of State responsibility, establishing a full-scale regime for State crimes with appropriately strong consequences and with the necessary collective procedures. The very notion of a crime implies a collective procedure for determination of criminal liability and imposition of sanctions. The previous Special Rapporteur, Professor Arangio-Ruiz, had tried valiantly to institute such a system, but it had gained only limited support, and had raised serious questions as to its relationship to the Charter’s mechanisms for maintenance of international peace and security. As adopted in 1996 (following the rejection of the Arangio-Ruiz proposal), the draft articles did not satisfy any of the conditions necessary for the criminal liability of States properly so-called. Among other things, they do not give an adequate definition of international crimes of State and determine neither distinctive procedural incidents nor substantive consequences that crimes should entail. For example, nowhere in the draft is the notion of “punitive” damages considered, yet this would seem a minimum consequence of crimes in the proper sense.

3 A third possibility is the exclusion of the possibility of States crimes altogether, with the deletion of article 19 and related provisions entirely. A number of State comments supported this approach, with more or less emphasis; many others did not. The number of States supporting the distinction elaborated in article 19 as well as the growing need expressed in different legal systems for the development of the concept of corporate criminal responsibility, militate against this approach.

4 Substituting for “international crimes” the notion of “exceptionally serious wrongful acts” would have some advantages. The penal implication of the term “crime” and the risk of conceptual and terminological confusion with the ordinary uses of that notion in national legal systems could be avoided. But the problem is that the concept of “exceptionally serious wrongful acts” is equivocal. For those who think of it as a separate category limited to certain fundamental norms, it is a surrogate for international crimes of State, the crimes that dare not speak their name. For those who think of the concept as involving simply aggravated forms of wrongful acts, with no *numerus clausus* of norms violated, the concept is relatively anodyne, but equally lacks any distinctive identity. A verbal compromise between the two positions seems unsatisfactory.

5 A fifth possibility is to seek to disaggregate the notion of crime into various component elements. State responsibility can no longer be seen as exclusively bilateral, as the Court noted in *Barcelona Traction*, but the various elements that together articulate the notion of multilateral concern for breaches of international law can be distinguished and developed without the use of a single term or concept such as “crime”. According to this view, a solution may be possible through the elaboration of such concepts as breach of obligations *erga omnes* and *jus cogens* norms.

Following an extensive and even passionate debate, it was agreed that the draft articles should undoubtedly cover the most serious breaches of international obligations, including the most important, but that further attempts should be made to develop these concepts within the framework of the draft articles without, for the time being, reverting to the problematic language of “crimes”. The Commission will resume its important debates on this subject at its next session.

Consideration of Articles 1-15

With respect to the review of draft articles, the normal practice of the Commission would be to adopt the articles as a whole on second reading. Consequently, the structure of the Draft and the location and content of the articles remain subject to change and review.

Apart from the deletion of article 2, and minor amendments in article 4 to underline the decisive role of international law, Chapter I remains substantially unchanged. The Report notes that Articles 1 and 3 are key provisions which state basic definitional principles without referring to issues of damage or fault, or to injured States or persons.

More important modifications have been proposed in relation with Chapter II, dealing with the attribution of conduct to the State, and these have been tentatively accepted in the Drafting Committee. It is for example unnecessary, and even misleading, to retain in the draft merely explanatory articles (like articles 6 and 7, paragraph 1) or “negative attribution” articles, i. e. stating the circumstances in which conduct is not attributable (articles 11 to 14). These provisions have been deleted, their content being included in the other articles or the commentaries as appropriate. At the same time, new provisions have been added. The first is a savings clause which reserves the question of the responsibility of and for the conduct of international organizations. The second deals with another hypothesis of attribution, addressed specifically in the Hostages case, in which conduct is acknowledged and adopted by the State as its own.

The remaining articles have been retained, sometimes with significant amendments. For example, a second paragraph has been added to article 5 which underlines the decisive, but not exclusive, role played by internal law in determining whether an entity is an “organ” of the State. Article 8, paragraph 1 has also been redrafted so as expressly to include conduct carried out under the direction or control of a State organ. Old Article 8 paragraph 2 (dealing with what may be termed agency of necessity) now constitutes a distinct article of its own.

The other Chapters in Part One and some aspects of Part Two are to be reviewed at the 51st session in 1999.

James Crawford and Pierre Bodeau***

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

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

ILA establishes Study Group on State Responsibility

The ILA Executive Council has recently established a Study Group on the law of State responsibility. This is the first Study Group established under the Revised Procedures for the Establishment of ILA Committees and Study Groups, adopted in November 1997.

In contrast with the traditional ILA Committees, Study Groups involve more short-term projects of the ILA. They have specific mandates for a period of in principle up to three years, and have a limited membership. Their reports are not intended for discussion at the working sessions of the biennial ILA Conferences, but are distributed directly to relevant organisations.

The Study Group will be chaired by Peter Malanczuk (Netherlands). The initial membership includes David Caron (United States), Pierre-Marie Dupuy (France), Malgosia Fitzmaurice (UK), Vera Gowlland-Debbas (Switzerland), Bruno Simma (Austria), Werner Meng (Germany), Maria Spinedi (Italy), Zhao je Li (China) and Tiyanjana Maluwa (Malawi). Some additional members will be appointed at the next meeting of the Executive Council.

The Study Group's mandate is to study and comment on the draft texts prepared by the Special Rapporteur on State Responsibility of the UN's International Law Commission, on the discussion of these drafts in the ILC and the texts adopted by the Commission and, eventually, on the Draft Articles on State Responsibility adopted by the ILC on second reading. This task includes reacting to particular questions posed in the reports of the ILC to the General Assembly. The comments of the Study Group will be forwarded to the ILC and other interested institutions.

In this way the ILA hopes to contribute to the development of the law of State responsibility, at this important stage of the work of the International Law Commission.¹

Alfred H.A. Soons
ILA Director of Studies

1. On the contribution of the ILA to the work of the ILC in general see my contribution in *Making Better International Law. The International Law Commission at 50*. Proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law. United Nations, New York 1998, pp.137-139.

Conference Scene / le tour des conférences

Droits islamiques et droits occidentaux

La réception du droit musulman par les tribunaux occidentaux a été le sujet du colloque organisé, en octobre 1998, conjointement par l'institut de droit comparé de l'Université d'Osnabrück et la Conférence de La Haye de Droit International Privé. L'importance du thème qui ne pouvait échapper aux éminents internationalistes présents était double: théorique et pratique. Théorique en ce que l'ensemble des techniques du droit international privé était en jeu. Pratique car la théorie générale du droit international devait recevoir des applications particulières au regard d'un système juridique non européen, perçu comme un droit religieux. De ce fait l'appréhension du droit musulman était en cause. Mais la question des rapports de l'Europe avec l'Islam dépasse le seul cadre du droit international privé.

A cet égard il était important de préciser le sens que doit prendre le droit musulman. Celui-ci rend compte de réalités différentes puisque le droit musulman en tant que système normatif commun aux pays musulmans n'existe plus. Il existe aujourd'hui des systèmes de droits propres à chaque Etat. Pour certains Etats, le droit musulman pur a cessé de recevoir application jusques et y compris en matière de statut personnel. L'exemple de la Turquie est connu. Mais c'est aussi le cas de la Tunisie. Le Code de Statut Personnel de 1956 est un code moderne qui a évincé l'essentiel des règles du droit musulman traditionnel: la polygamie et la répudiation y sont interdites, l'adoption est permise, et plus récemment encore la loi d'octobre 1998 ouvre la voie, quoique de façon incomplète, à l'établissement de la filiation naturelle. Il est donc essentiel de concevoir les rapports entre les différents systèmes juridiques de façon différentielle en tenant compte de la spécificité et du contenu de chaque ordre juridique. Ainsi continueront de poser problème les règles maintenant l'inégalité successorale en raison du sexe et de la religion. Mais la question a une dimension plus générale pour les systèmes de droit qui, en matière de statut personnel, continuent d'appliquer le droit musulman classique. C'est peut-être parce que ces distinctions ne sont pas clairement admises, ni toujours connues, que les interventions des personnalités ressortissant de pays musulmans ont eu un caractère historique.

Les systèmes européens peuvent-ils admettre sans restriction l'application des règles traditionnelles? Le respect des cultures est un argument avancé pour justifier la solution permissive. Elle se heurte cependant à des objections sérieuses tant du point de vue des ordres juridiques européens que de ceux des pays musulmans. Il sera difficile du point de vue européen de justifier de l'application de règles qui maintiennent des discriminations fondées sur le sexe ou l'appartenance confessionnelle. De telles règles sont contraires à l'ordre public international de ces pays, elles sont aussi contraires aux droits de l'homme et ne peuvent légitimement être reçues. Il faut en appeler au culturalisme pour dire que les communautés musulmanes en Europe peuvent encore continuer à être régies par des règles archaïques. Il faut pour les pays européens renoncer à l'unité de leurs ordres juridiques et accepter le retour au système ancien de la personnalité des lois.

Au regard des pays musulmans eux-mêmes, la réception de leur droit en Europe sans passer par l'épreuve de l'exception de l'ordre public n'est pas de nature à favoriser leur évolution et l'abrogation de règles devenues obsolètes d'un point de vue éthique. Les décisions

de justice européennes qui admettent répudiation ou polygamie ignorent que dans les pays musulmans eux-mêmes une partie du corps social revendique la modernisation du droit et l'abandon des institutions traditionnelles. Ce sont des décisions qui prennent le parti de l'archaïsme contre la revendication de modernisation de la société.

Ce sont ces questions qui ont dominé le débat de cette rencontre d'une grande richesse.

Ali Mezghani

Professeur Agrégé, à la Faculté des Sciences
Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis (II).

The Bookshelf/ La bibliothèque

of Mona Rishmawi,¹ Director of the Center for the Independence of Judges and Lawyers of the International Commission of Jurists

I have chosen two favourite books by two different writers: *The Prophet* by Gibran Kahlil Gibran and *Equality* by May Ziadeh. There is little need to introduce Gibran, the popular and multi-talented writer, poet, and painter who in 1895, at a mere twelve years of age, emigrated from Lebanon to the United States where he lived for the rest of his life until his death there in 1931. Ziadeh, by contrast, is less known outside the Arab World.

May Ziadeh was born in 1886, in Nazareth, Palestine of a Lebanese father and a Palestinian mother. Her family moved to Egypt in 1908, where she soon became a famous writer and hosted the main literary salon of Cairo. By the 1920s, she had already marked herself out as a champion of women's rights, writing refreshing, perceptive and poignant essays on this topic. She developed a profound relationship with Gibran through letter-writing, although they never met in person. In fact, she was considered the true love of his life. Following the death of her parents and Gibran, she tried to commit suicide and was admitted to a mental institution in Lebanon. After several years spent in this mental institution she returned to Cairo, where she died in 1941.

I have been always fascinated by a volume of Gibran's complete works. As a twelve-year-old it made me cry, as a teen-ager it inspired me to become a lawyer to stand against injustice, and now as an adult in mid-career, it makes me think.

Not only is Gibran's work brilliant, it is also timeless. Like many great writers, artists and thinkers, Gibran, however, was not always appreciated fully in his own lifetime. Indeed he was hardly given any attention by the writers and literary critics of his time. Today, however, his book sales are phenomenal.²

As a human rights lawyer, I feel that humanist pioneer writings such as those of Gibran and Ziadeh paved the way for us to construct the coherent human rights thinking, approach and legal system that we now have. Gibran's *The Prophet* reveals a humanist trend that exists in almost all Gibran's work in Arabic and English, whether fiction, poetry, essay or even painting. Almost all his work is centered around the struggle between good and evil. As in real life, good does not always win in Gibran's writings, as was evident by his novel *The Broken Wings*, but when the evil wins, there is misery. What constitutes good or evil is measured through certain yardsticks that are comprehensively articulated in *The Prophet*, where he reflects on various issues ranging from love and marriage, to good and evil, freedom, law and crime and punishment. Compassion is the main value that his prophet steadily preaches.

Ziadeh had a different style. She was an elegant and powerfully direct writer. Like most Arab writers of her time, she expressed herself in essays, rather than in fiction. She wrote with admirable clarity and learned logic. In her work, *Equality*, she takes the reader with her on a journey exploring equality as a concept, as an historical and social phenomenon,

1. She is also the UN Independent Expert on Human Rights in Somalia. She contributed this piece in her personal capacity.

2. It is said that Gibran's book sales are now "numbering in eight figures in English language alone and making him probably the best-selling individual poet of all time after Shakespeare and Lao-Tzu." R. Waterfield, *Prophet: The Life and Times of Kahlil Gibran*; at xi.

and as a necessity for healthy human relations. She looks at the various political and economic ideologies, and analyses human relations including with regard to women.

In the first few pages of *Equality*, Ziadeh traces the concept of equality from the times of slavery, then proceeds to what we now know as civil and political rights questions as well as economic, social and cultural rights.

There is no doubt that both Gibran and Ziadeh were influenced by the writers and the events of their time. Ziadeh, for instance, referred to the French revolution. I remain fascinated, however, by the ability of these two writers to see beyond their time. Both advocated a better world in which freedom, dignity and compassion for all would prevail. They wrote about these values long before the human rights discourse or the women's rights movement became part of the our daily reality. Although some of their thoughts might appear today as simplistic, or even naive, both authors were able to construct a forward-looking, humanistic thinking. Perhaps, therefore, we should consider Gibran and Ziadeh more than writers. Perhaps we should consider them humanistic philosophers or even human rights pioneers.

At the end of the millennium, with the detailed human rights and women's rights declarations, conventions, and norms that guide us, we have a clearer concept of what is right and what is wrong. We understand to a far greater extent that legal obligations and responsibilities stem from human rights law. What we often forget, however, is the essence of the values which lies beyond legal doctrines.

This is why I chose two simple literary works, rather than legal books. Legal books are often written for the specialist; for judges, lawyers, and academicians. Literature touches everybody; it is written for everybody and human rights needs to be for all. Popular books that articulate the philosophy of human rights in various cultures are extremely important.

The other reason that I like these two books is their attempt to bridge gaps between various cultures and civilizations. On the one hand, Gibran reminds us of the special insights that emigrants have to the society they live in. Ziadeh, as a feminist, was also somehow a foreigner in her own society. Her admittance to a mental asylum is a reminder of the fate of many women of independent thinking at the beginning of this century. Since then women have traveled a long way in securing their rights, but there is still a long way to go to achieve the absolute equality that Ziadeh was talking about at the beginning of this century.

Finally, these two celebrated Arab literary giants are a reminder of the human trend in the Arabic literature at the beginning of this century. They stand in the face of those in the Arab world who view human rights as an alien concept, and those in the West who proclaim it as their birthright alone.

Biographies

Catherine Cissé a une double formation en droit international privé et public (Université de Paris I). A travaillé comme expert en matière de droits de l'homme pour de multiples organisations internationales. Travaille actuellement directement auprès du Procureur du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, chargée en particulier de la coordination juridique entre le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pour le Rwanda.

Ellen Hey is Associate Professor of public international law at the Erasmus University, Rotterdam and Deputy Director of the *GLODIS*-Institute. She is Editor in Chief, together with Professor Jutta Brunneé, of the Yearbook of International Environmental Law and a member of the board of the Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht.

Catherine Kessedjian est Professeur agrégé des Facultés de droit, en détachement de l'Université de Bourgogne auprès de la Conférence de La Haye de Droit international privé où elle occupe les fonctions de Secrétaire général adjoint. Depuis 17 ans elle enseigne le droit international privé, le contentieux privé international notamment l'arbitrage et les modes alternatifs de règlement des différends. Elle conseille les particuliers et les entreprises pour leurs opérations internationales. Elle est arbitre au sein de plusieurs institutions et *ad hoc*. Elle participe à la rénovation des systèmes juridiques et judiciaires des pays en développement et nouvellement indépendants.

Frances Meadows studied law at Cambridge and began her career as a solicitor in London in litigation, arbitration and international boundary disputes. She has practised extensively both in industry and in international institutions, having worked as adviser to successive Presidents of the Iran-United States Claims Tribunal in The Hague, as General Counsel, Europe, for Tandem Computers, and most recently as First Secretary at the International Court of Justice. She is now based in Paris as Regional Counsel, Europe, Middle East and Africa for Verifone Incorporated.

Bette E. Shifman is First Secretary at the International Court of Justice and former Deputy Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration at The Hague. She is a graduate of the University of Michigan and George Washington University Law School, and a former senior research associate at the Parker School of Foreign and Comparative Law at Columbia University Law School. She has also worked as a practicing attorney and is the author of publications in the fields of international business transactions and international dispute resolution.

Anne Veldkamp-Vallez studied public administration in the United States, international law in France and European law in Belgium. She has worked at the European Commission in Brussels, at the Permanent Court of Arbitration in The Hague and at the College of Europe-Natolin in Warsaw.

Présentation des rubriques

1) *Actualité*

Un débat se fait jour, un événement se produit, il pourra être présenté dans l'Actualité du FORUM. De toute évidence, la périodicité du FORUM ne permettra pas d'aborder l'actualité la plus récente, mais la rédaction s'efforcera de rester le plus près de celle-ci au moment de la préparation du numéro dans lequel elle sera présentée. Le comité de rédaction présentera les faits de manière la plus objective possible. Puis, la parole sera donnée à deux ou plusieurs auteurs pour présenter leur point de vue. Le thème choisi pourra éventuellement faire l'objet d'un approfondissement dans un numéro subséquent du FORUM.

2) *Thèmes récurrents*

Pour cette rubrique, il sera choisi des thèmes qui sont constamment renouvelés ou sur lesquels le comité ressentira le besoin de lancer un débat. Le principe de la discussion sera, là aussi, privilégié. Plusieurs auteurs présenteront leurs idées en justifiant les bases et principes sur lesquels elles s'appuient, mais sans donner un appareil de références complexe comme pour un article classique.

3) *Profil*

Ici la parole est donnée à une personnalité connue ou moins connue dont le parcours a été jugé digne d'intérêt par le comité de rédaction. Cette rubrique pourra prendre la forme d'une interview avec la personne ou, si elle le préfère, elle pourra écrire elle-même "son" profil.

4) *Travaux en cours*

Les thèses, ouvrages, rapports et autres publications en cours de préparation seront présentés sous cette rubrique. On pourra également informer les lecteurs de l'existence de recherches collectives en cours ou des travaux de groupes d'experts. Cette rubrique est destinée à donner une information que l'on ne trouve pas toujours facilement et à permettre la constitution de réseaux dans lesquels pourront se retrouver les personnes travaillant sur un même thème. Elle permet aussi à des chercheurs de présenter l'état de leurs travaux et de lancer des appels à contribution.

5) *Le tour des conférences*

Cette rubrique permettra de présenter les idées développées au cours de conférences, colloques ou séminaires en privilégiant les idées nouvelles, celles qui provoquent un changement dans la manière d'aborder une question de droit international ou tout autre aspect pouvant susciter des prolongements pour les praticiens, les chercheurs, les professeurs ou les étudiants.

6) *La bibliothèque*

La rédaction ne souhaite pas faire de cette rubrique une revue classique d'ouvrages. En revanche, il sera demandé à un juriste de parler de sa bibliothèque. Cette personne sera entièrement libre de parler de plusieurs ouvrages ou, au contraire, d'un seul. Les ouvrages mentionnés ne seront pas forcément des ouvrages de droit. L'idée est de comprendre comment la personne concernée a été influencée par un ou plusieurs ouvrages dont elle voudra parler plus précisément.

Outline of the Sections

1) *In the News*

A debate rages, an event occurs – it may be of interest to our readers. By its quarterly nature, FORUM cannot be completely up to date but the editors hope to keep this section – In the News – as current as possible at the time of going to press. The Editorial Board also hopes to present the facts as objectively as possible. It will also provide the opportunity for two or more authors to present their points of view on current themes, which eventually may be treated more thoroughly in subsequent issues.

2) *Recurring themes*

In this section, subjects will be dealt with which are repeatedly arising or are matters on which the Editorial Board sees the need to launch a debate. The focus will be on discussion. Authors will present their ideas, outlining the underlying principles of these but without giving complex and detailed references as in a classical article.

3) *Profile*

This section will be devoted to a personality, more or less well-known, whose activities are considered to be of interest by the Editorial Board. It will generally take the form of an interview with the person who may, if he or she prefers, write his or her own profile.

4) *Work in progress*

Themes, reports and other publications in course of preparation will be presented under this title. Readers can learn about the existence of collective or group research. This section is designed to provide information which can not be easily found elsewhere and will permit the creation of networks among people working on the same topic. It will also permit researchers to present the state of their work and initiate requests for co-participation.

5) *Conference scene*

This section will develop ideas emerging from conferences, colloquiums and seminars, particularly new thoughts on issues of international law or other matters of further concern for practitioners, researchers, teachers or students

6) *The bookshelf*

This is not a classic book review section. Instead, the Editorial Board will ask a jurist to speak about his or her own library. He or she will be entirely free to talk about several works or just one. The books need not necessarily be about the law. The idea of this section is to understand how the person concerned has been influenced by one or more publications.

Judicial Reports / Recueils judiciaires 1994 - 1995

2 volumes: I and II / 2 tomes: I et II

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

This work is published for and on behalf of the United Nations
Ce travail est publié pour et au nom des Nations Unies

The *Judicial Reports / Recueils judiciaires* of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) comprise (in English and French) all public Indictments, as well as Decisions and Judgements issued in a given year. It will give lawyers, scholars, students and the general public convenient access to the historic work of the ICTY, which was established pursuant to United Nations Security Council Resolution 827 in 1993 to try individuals accused of serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991.

The *Judicial Reports* are organized chronologically by case. Within each case, one will find the text of Indictments, reviews of Indictments and where applicable, deferral requests. Thereafter the text of a public review of the Indictment pursuant to Rule 61 may follow. The publication also contains the texts of the Orders, Decisions and Judgements, as well as the separate and/or dissenting opinions that may accompany a given Trial Chamber or Appeals Chamber ruling.

The *Judicial Reports* will contribute to a greater knowledge of the judicial activities of the ICTY. Various annexes, such as a table of cases, a list of Indictments and Indictees, a table of Deferrals and of Rule 61 Procedures, as well as a table of references facilitate the use of these volumes.

* * *

Les *Judicial Reports / Recueils judiciaires* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) contiennent (aussi bien en français qu'en anglais) tous les Actes d'accusation publics, ainsi que les Décisions, Arrêts et Jugements, rendus au cours d'une année donnée. Ils permettront aux praticiens du droit, universitaires et étudiants, ainsi qu'au grand public, d'accéder aisément aux travaux historiques du TPIY, lequel est habilité, en vertu de la Résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies (1993) à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991.

Les *Recueils judiciaires* sont organisés de manière chronologique affaire par affaire. Sous l'intitulé de chaque affaire, on trouvera le texte des Actes d'accusation et de leur examen. Le cas échéant, les textes des demandes de dessaisissement et/ou de l'examen en audience publique d'un Acte d'accusation, conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, y figureront. Les Recueils contiennent aussi le texte des ordonnances, Décisions, Arrêts et Jugements, ainsi que les opinions individuelles ou dissidentes qui les accompagnent.

Les *Recueils judiciaires* contribueront à une connaissance plus approfondie de l'activité judiciaire du TPIY. Plusieurs annexes, tels qu'une table des affaires, une table des Actes d'accusation et des accusés, une table des dessaisissements, ainsi qu'une table des audiences dites de l'article 61 et une table des références, faciliteront l'usage de ces tomes.

Kluwer Law International, The Hague
Set of 2 volumes, Hardbound, ISBN 90-411-1165-4,
January 1999, 1238 pp.
NLG 500.00 / USD 300.00 / GBP 157.00
UN Sales No. / Numéro de Vente de l'ONU: E / F. 99.III.P.1

Please contact our office at one of the following addresses or order from your bookseller:

For Europe and Rest of World:
Order Department, Kluwer Law International,
Distribution Centre, PO Box 322,
3300 AH Dordrecht, The Netherlands
Tel: +31 (0)78 654 6454 • Fax: +31 (0)78 654 6474
Freephone in the UK: 0800 963 955
email: sales@kluwerlaw.com

For USA, Canada, Central and South America:
Order Department, Kluwer Law International,
675 Massachusetts Avenue,
Cambridge, MA 02139, USA
Tel: (617) 354 0140 • Fax: (617) 354 8595
Toll free in the USA: (800) 577 8118
email: sales@kluwerlaw.com

Visit our website at <http://www.kluwerlaw.com>

584



KLUWER LAW
INTERNATIONAL

Incorporating the publishing programmes of
Graham & Trotman, Kluwer Law and Taxation and Martinus Nijhoff
THE HAGUE • LONDON • BOSTON