

ISSN 0103-8451

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA
DE DIREITO INTERNACIONAL

Ano CIII

Julho/Dezembro 2017

Nº 125 - 130

V. 103

EDIÇÃO
COMEMORATIVA
CENTENÁRIA

BOLETIM 100 ANOS



ISSN: 0103-8451

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA
DE DIREITO INTERNACIONAL

ÓRGÃO OFICIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI
ANO CIII • JULHO/DEZEMBRO 2017 • N. 125-130 • V. 103



A Sociedade Brasileira de Direito Internacional recenta, com o presente número, a publicação de seu Boletim, iniciada em 1915, graças aos esforços do primeiro Presidente da Sociedade, Doutor Amaro Cavalcante.

A Comissão do Boletim espera que este número seja o primeiro de uma nova série, a sair regularmente duas vezes por ano, contando, para isso, com a colaboração de todos quantos queiram incentivar, entre nós, um melhor conhecimento do direito internacional, matéria mais do que nunca atual.

A publicação deste número se deve, em grande parte, à boa-vontade do Embaixador Pedro Leão Velloso, Ministro das Relações Exteriores, que, tendo uma exata compreensão do que pode esta publicação significar para o desenvolvimento do estudo do direito internacional no Brasil, pôs todo o seu empenho em torná-lo uma realidade. A Comissão do Boletim deixa aqui externados, por isso, seus agradecimentos.

Rio de Janeiro, junho 1945.

The Brazilian Society of International Law resumes, with the present edition, the publication of its Bulletin, originated in 1915, thanks to the efforts of the first President of the Society, Doctor Amaro Cavalcante.

The Bulletin's Commission hopes that this edition be the first of a new series to be issued regularly twice a year; having, for this, the support of all of who wish to encourage, among us, better knowledge of International Law, subject more than ever so up-to-date.

The publication of this edition is due, mainly, to the good will of the Ambassador Pedro Leão Velloso, Minister of foreign affairs, that, having an exact comprehension of what this publication could mean to the development of the study of International Law in Brazil, put all his effort into making it come true. The Bulletin's Commission expresses here, for that, its gratitude.

Rio de Janeiro, June 1945.



SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

Fundada em 1914

Presidente de Honra

Rui Barbosa – 1914-1923

Presidentes

Amaro Cavalcanti – 1914/1922

Rodrigo Octavio – 1922/1944

Raul Fernandes – 1944/1966

Haroldo Valladão – 1966/1987

G. E. do Nascimento e Silva – 1987/1997

Antonio Alves Celso Pereira - 1997

Diretores do Boletim

G. E. do Nascimento e Silva – 1945/1948 e 1951/1972

Paulus da Silva Castro – 1949/1950

J. R. Franco da Fonseca – 1973/1978

Antonio Augusto Cançado Trindade – 1980/1997

Wagner Menezes – 2012

ORGANIZADORES DA PRESENTE PUBLICAÇÃO CENTENÁRIA



Antônio Celso Alves Pereira
Presidente da SBDI



Wagner Menezes
Editor Chefe do Boletim

COORDENAÇÃO EDITORIAL EXECUTIVA



Analluza Bravo Bolívar
Assistente editorial



Thaís de Oliveira
Assistente editorial

Equipe editorial: Alex Silva Oliveira, David França Ribeiro Carvalho, Fernanda Biesdorf Bergman, Ivette Esis Villarroel, Jéssyca Ingrid Carvalho de Souza, Liv Sarmento, Milena Malteze Zuffo, Thiago Carvalho Borges.

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

Órgão Oficial da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI

Expediente

Editor Chefe e Diretor/Editor in Chief

Prof. Dr. Wagner Menezes

Conselho Científico Curador/ Honorary Editors

Adherbal de Meira Mattos (UFPA), Antônio Augusto Cançado Trindade (UnB), Antonio Celso Alves Pereira (UERJ), Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (MRE) (†), Carlos Henrique Cardim (MRE), Carmem Tiburcio (UERJ), Celso Lafer (USP), Claudia Lima Marques (UFRGS), Gilberto Vergne Saboia (MRE), Jacob Dolinger (UERJ), João Clemente Baena Soares (MRE), João Grandino Rodas (USP), José Carlos de Magalhães (USP), Luiz Olavo Baptista (USP), Marilda Rosado de Sá Ribeiro (UERJ), Nadia de Araújo (PUCRJ), Rubens Ricupero (MRE), Vicente Marotta Rangel (USP) (†).

Conselho Editorial/Board of Editors

Augusto Jaeger Junior (UFRGS)
André de Carvalho Ramos (USP)
André Lupi (Univali)
Arturo Oropeza Garcia (Universidade Autonoma do México - México)
Cláudio Finkelstein (PUCSP)
Diego P. Fernández Arroyo (Science Po - França)
Everton Gonçalves – (UFSC)
Florisbal Del Olmo (URI)
George Galindo (UnB)
Guillermo Palao Moreno (Universidade de Valência – Espanha)
Jorge Fontoura (IRB)
Joost Pauwelyn (Instituto de Altos Estudos de Genebra - Suíça)
Juan Ortega Terol (Universidade Castilla La Mancha – Espanha)
Leonardo Nemer (UFMG)
Laurence Boisson de Chazournes (Universidade de genebra – Suíça)
Luís Alexandre Carta Winter (PUCPR)
Luiz Otávio Pimentel (UFSC)
María Blanca Noodt Taquela (Universidade de Buenos Aires - Argentina)
Marcelo Dias Varela (UNICEUB)

Marcelo G. Kohen (Instituto de Altos Estudos de Genebra - Suíça)
Marcio Garcia (IRB)
Marcos Vinicius Torres (UFRJ)
Maria Tereza Infante (Universidade do Chile-Chile)
Maristela Basso (USP)
Paulo Borba Casella (USP)
Pedro Dallari (IRI -USP)
Roberto Labrano (Universidade de La Republica – Paraguay)
Roberto Luiz Silva (UFMG)
R. Venkata Rao (Universidade da India - India)
Sidney Guerra (UFRJ)
Tarin Mont'Alverne (UFC)
Umberto Celli Jr. (USP)
Valesca Raizer Borges Moschen (UFES)
Vladmir Oliveira da Silveira (UFMS)
Yasuaki Onuma (Universidade de Tokyo)
Wilson Fernández (Universidade de La Republica - Uruguai)

Conselho de Consultores “Ad Hoc” / Board of “Ad Hoc” Consultants

Alberto Cesar Moreira (Argentina)
Angel Horna (Peru)
Adriana Pucci (Argentina)
Airton Guilherme Berger Filho (UCS)
Alberto do Amaral Jr. (USP)
Ana Cristina Paulo Pereira (UERJ)
Andrea Costa Vieira (UNISANTOS)
Antônio Marcio da Cunha Guimarães (PUCSP)
Arthur Roberto Capella Giannattasio (Mackenzie)
Arturo Oropeza Garcia (México)
Aziz Saliba (UFMG)
Caio Gracco (USP)
Camilla Capucio (UNA)
Carolina de Abreu B. Claro (UnB)
Clarissa Brandão Kowarski (UFF)
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro (FAAP)
Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo (USCS)
Daniela Bucci (USCS)
Daniela Menengoti Ribeiro (UNICESUMAR)
David França Ribeiro de Carvalho (MILTON CAMPOS)
Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Eliane Maria Octaviano Martins (UNISANTOS)
Elizabeth Accioly (Portugal)
Elizabeth Meirelles (USP)
Fabio Aristimunho Vargas (UNOESTE)
Fabricio B. Pasquot Polido (UFMG)
Fauzi Hassan Choukr (ABDI)
Fernando Knoerr (UNICURITIBA)
Fernando Pedro Meirero (UNIPAMPA)
Fernando Xavier (UFRR)
Flavia Leite (FMU)
Geraldo Miniuci Ferreira Junior (USP)

Gustavo Ferraz de Campos Monaco (USP)
Gustavo Vieira (UNILA)
Heloisa Helena de Almeida Portugal (FCGD)
Ivette Esis Villarroel (Venezuela)
Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG)
Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro (UNILASALLE)
Joana Stelzer (UFSC)
João Francisco de Azevedo Barretto (UFMS)
Jorge Lasmar (PUCMG)
Jorge Marcelino (ABDI)
José Augusto Fontoura Costa (USP)
Juliana Fais Feriato (UNICESUMAR)
Juliana Nakayama (UEL)
Leonardo de Camargo Subtil (ABDI)
Luciane Klein Vieira (UNISINOS)
Luís Fernando Sgarbossa (UFMS)
Luís Renato Vedovato (UNICAMP)
Luíz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro (ABDI)
Maitê Moro (PUCSP)
Manoela Roland (UFJF)
Mara Darcanchy (UNIMAR)
Marcelo Escobar (DAMÁSIO)
Marcilio Toscano Franca Filho (UFPB)
Marcos Vinícius Torres Pereira (UFRJ)
Maria Carmelina Londoño (Colômbia)
Maria de Lourdes Albertini Quaglia (PUCMG)
Maria Eugênia Reis Finkelstein (ABDI)
Maria Lúcia Navarro Lins Brzezinski (UNILA)
Martha Lucia Olivar Jimenez (UFRGS)
Masato Ninomiya (USP)
Napoleão Casado Filho (DAMÁSIO)
Nelson Speranza Filho (UNIMONTE)
Patrícia Faga Iglecias Lemos (USP)
Patricia Grazziotin Noschang (UPF)
Patricia Ayub da Costa Ligmanovski (UEL)
Paulo Edvandro da Costa Pinto (Escola de Guerra)
Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo (UERJ)
Priscila Caneparo (UNICURITIBA)
Ralph Wilde (Inglaterra)
Rafael Santos Morais (SENAC)
Raphael Vasconcelos (UERJ)
Renata Alvares Gaspar (PUC Campinas)
Renata Mantovani de Lima (ITAUNA)
Renato Braz Oliveira de Seixas (USP)
Roberto Menezes (FMU)
Rui Badaró (ABDI)
Samantha Meyer (UNINOVE)
Thiago Carvalho Borges (UBA)
Thiago Paluma (UFU)
Tiago Zanella (Escola de Guerra)
Vera Lúcia Viegas Liquidato (FECAP)
Viviane Séllos Knoerr (UNICURITIBA)
William Paiva Marques Júnior (UFC)



ISSN: 0103-8451

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

ÓRGÃO OFICIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI
ANO CIII • JULHO/DEZEMBRO 2017 • N. 125-130 • V. 103

Editor Chefe e Diretor/Editor in Chief
Prof. Dr. Wagner Menezes



É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2017.

Diretor Editorial

Renato Caram

Coordenação Editorial

Fabiana Carvalho

Projeto Gráfico e Diagramação

Danilo Jorge da Silva

Capa

Cláudio Furlan

Data de fechamento da edição

29/11/2017

Data de impressão

12/12/2017

341.1 Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional /
B688 Arraes Editores. Ano 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017.
2017 Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. (Boletim 100 anos).
1408 p.

ISSN: 0103-8451

Edição comemorativa centenária.

1. Direito internacional. 2. Direito internacional – Periódicos. 3. Direito econômico internacional. 4. Direitos humanos. I. Boletim 100 anos. II. Arraes Editores – Periódicos.

CDD(23.ed.)–341

CDDir – 341.1

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2017

Linha Editorial

Missão e Foco

A política editorial do BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI tem como missão e foco o aperfeiçoamento do estudo do Direito Internacional, especialmente o aprimoramento da pesquisa acadêmica de alto nível. O BOLETIM DA SBDI é aberto a todos os pesquisadores vinculados às mais diversas instituições do Brasil e do exterior e está consolidado em três eixos temáticos:

- Direito Internacional Público;
- Direito Internacional Privado;
- Direito Internacional Econômico e da Integração.

A linha editorial é voltada essencialmente para a veiculação de artigos de excelência que possam dialogar com o que tem sido produzido de mais avançado nas revistas jurídicas de Direito Internacional de outros países. Nesse diapasão, o que se espera é que seja um canal de divulgação no exterior das ideias produzidas a partir das reflexões da academia brasileira, além de um instrumento de diálogo intelectual entre o global e o local.

O BOLETIM DA SBDI preza pela diversidade de autores, de cobertura regional e de tópicos e é considerado um instrumento indispensável para pesquisadores e profissionais envolvidos com o Direito Internacional em quaisquer dos seus âmbitos.

Histórico

O BOLETIM DA SBDI entrou em circulação em 1915, permanecendo por décadas como a principal publicação da área no Brasil. A partir de 2013, a sua edição foi retomada, com a preocupação da observância de todos os parâmetros de avaliação nacional e internacional de periódicos.

Conselho Editorial e Avaliadores-Pareceristas

O Conselho Editorial é formado por pesquisadores, professores e profissionais de instituições nacionais e estrangeiras, com amplo conhecimento e experiência acadêmica. O Editor-Chefe é Wagner Menezes, professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP – no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Presidente da Academia Brasileira de Direito Internacional. É Mestre (PUC-PR), Doutor (USP), Pós-doutor (Universidade de Pádova-Itália) e Livre-Docente (USP). Acesso ao Currículo Lattes em <http://lattes.cnpq.br/4210677711500797>. Os avaliadores-pareceristas são professores e pesquisadores de todos os Continentes, com conhecimentos específicos para avaliação dos artigos originais e de revisão.

Circulação

Semestral

Objetivos

O BOLETIM DA SBDI tem por objetivos:

- I – Difundir a produção científica, especialmente em matéria de Direito Internacional;
- II – Incentivar temas inovadores para o estudo do Direito Internacional;
- III – Discutir as lacunas doutrinárias no estudo do Direito Internacional no Brasil;
- IV – Amadurecer e aprofundar o debate sobre questões doutrinárias de Direito Internacional;
- V – Estudar a construção jurisprudencial pelos tribunais brasileiros e tribunais internacionais em matéria ligada ao Direito Internacional;
- VI – Propor um novo pensamento para o estudo e a compreensão do Direito Internacional, com fundamento nas transformações da sociedade internacional contemporânea;
- VII- Discutir os temas de Direito Internacional que ainda não são pacíficos na jurisprudência;

VIII – Estudar os mais variados aspectos do entendimento brasileiro sobre o Direito Internacional (Público, Privado e Direito do Comércio, da Integração e Blocos Econômicos);

IX – Debater a legislação contida no ordenamento brasileiro que envolva matéria de Direito Internacional;

X – Estimular a necessária integração com outros pesquisadores do Brasil e do exterior;

XI – Publicar trabalhos científicos de reconhecido interesse no campo do Direito Internacional.

Ineditismo e Exclusividade

Os textos submetidos à publicação devem ser inéditos e não devem estar sob consideração por outro periódico. Os trabalhos enviados para avaliação devem ser originais nos idiomas português, inglês, espanhol ou francês, e devem se enquadrar nas seguintes categorias:

- a) Artigos Originais: destinam-se à divulgação de resultados de pesquisa original inédita de natureza empírica, experimental ou conceitual;
- b) Artigos de Revisão: destinam-se a avaliações críticas e ordenadas da literatura sobre um determinado tema. Os artigos desta categoria são geralmente encomendados pelos editores a autores com comprovada experiência no assunto. Revisões não encomendadas são também aceitas, desde que expressem experiência do(s) autor(es) na área e não apenas revisão da literatura;
- c) Resenhas: textos que possibilitem a leitura crítica e a difusão de obras de destaque lançadas recentemente no mercado editorial;
- d) Traduções: textos que permitam a difusão em língua portuguesa de produção bibliográfica originalmente escrita em outras línguas e que apresentem grande relevância científica;
- e) Ensaios: textos em que os autores apresentem sua contribuição original e reflexão teórica acerca dos temas mais relevantes na área de atuação da revista;
- f) Pareceres;
- g) Análise sobre decisões dos tribunais internos e internacionais e da jurisprudência internacional;



Editorial Line

Mission and focus

The editorial policy of the BULLETIN OF THE BRAZILIAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW / BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIRITO INTERNACIONAL has as its mission and focus the improvement of the study of International Law, especially the improvement of high level academic research. It is opened to all researchers linked to the most diverse institutions in Brazil and abroad, consolidated in three thematic areas:

- Public International Law;
- Private International Law;
- International Economic and Integration Law.

The editorial line is focused essentially on the publication of articles of excellence that can dialogue with what has been produced of the most advanced in the legal journals of International Law of other countries. In this standard, what is expected is a channel of dissemination abroad of ideas produced from the reflections of the Brazilian academy, as well as an instrument of intellectual dialogue between the global and the local issues.

The BULLETIN OF THE BRAZILIAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW prizes for the diversity of authors, regional coverage and topics and is considered an indispensable tool for researchers and professionals involved with International Law in any of its fields.

History of the Bulletin of the Brazilian Society of International law

The BULLETIN OF THE BRAZILIAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW came into circulation in 1915, remaining for decades as the main publication of the area in Brazil. In 2013, its edition was resumed, with the concern of observing all the parameters of national and international evaluation of periodicals.

Editorial Board and Evaluators – Reviewers

The Editorial Board is formed by researchers, professors and professionals from of national and foreign institutions, with wide knowledge and academic experience. The Editor-in-Chief is Wagner Menezes, Professor of International Law at the Faculty of Law of the University of São Paulo - USP - in the undergraduate and postgraduate program in Law. President of the Brazilian Academy of International Law. He is a Master (PUC-PR), Doctor (USP), Post-doctor (University of Padova-Italy) and *Livre-Docente* (USP). Access to the *Curriculum lattes* at <http://lattes.cnpq.br/4210677711500797>. The evaluator-reviewers are teachers and researchers from all continents, with specific knowledge for the evaluation and revision of the original articles.

Periodicity of Circulation

Biannual

Objectives

The BULLETIN OF THE BRAZILIAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW aims to:

- I - Disseminate scientific production, especially in the area of International Law;
- II - Point out innovative themes for the study of International Law;
- III - Discuss the doctrinal gaps in the study of International Law in Brazil;
- IV - Reflect and deepen the debate on doctrinal issues of International Law;
- V - Study jurisprudential construction by Brazilian courts and international tribunals in matters related to International Law;
- VI - Propose a new thought for the study and understanding of International Law, based on the transformations of contemporary International Society.
- VII- Discuss the topics of International Law that are not yet consolidated in jurisprudence;

VIII - Study the most varied aspects of the Brazilian understanding of International Law (Public, Private and Trade Law, Integration and Economic areas);

IX - Discuss the legislation contained in the Brazilian law that involves matters of International Law;

X - Encourage the necessary integration with other researchers from Brazil and abroad;

XI - Publish scientific papers of recognized interest in the field of International Law.

Uniqueness and Exclusivity

The texts submitted for publication must be unpublished and should not be considered by another journal. Papers submitted for evaluation must be original in the Portuguese, English, Spanish or French languages, and should fall into the following categories:

- a) Original Articles: are intended for the dissemination of original research results of an empirical, experimental or conceptual nature;
- b) Review articles: are intended for critical and ordered reviews of the literature on a particular topic. Articles in this category are usually commissioned by publishers from authors with proven expertise. Non-commissioned reviews are also accepted, provided they express experience of the author(s) in the area and not just a review of the literature;
- c) Reviews: texts that allow the critical reading and the diffusion of outstanding works recently published in the publishing market;
- d) Translations: texts that allow the diffusion in Portuguese language of bibliographical production originally written in other languages and of great scientific relevance;
- e) Essays: texts in which the authors present their original contribution and theoretical reflection on the most relevant topics in the area of the journal;
- f) Legal Opinions;
- g) Analysis of domestic and international courts' awards and international jurisprudence;



Politique Éditoriale

Énoncé de mission

La politique éditoriale du BULLETIN de la SOCIÉTÉ BRÉSILIENNE DE DROIT INTERNATIONAL – SBDI a pour mission le développement de l'étude du droit international, en particulier le renforcement de la recherche universitaire de haut niveau. Le BULLETIN de la SBDI est ouvert aux contributions des chercheurs liés aux institutions notables au Brésil et à l'étranger dans le cadre des thématiques suivantes:

- Droit international public;
- Droit international privé;
- Droit international de l'économie et de l'intégration.

La ligne éditoriale est destinée, essentiellement, à la publication des travaux d'excellence capables de dialoguer avec ce qui est produit de plus avancé dans les revues juridiques de droit international d'autres pays. À partir de cette perspective, l'objectif est que le BULLETIN de la SBDI devienne une chaîne de diffusion à l'extérieur des idées conçues lors des réflexions de l'académie brésilienne, ainsi qu'un instrument de dialogue intellectuel entre le global et le local.

Le BULLETIN de la SBDI prône la diversité des auteurs, des réalités régionales et des sujets, et est considéré comme un outil essentiel aux étudiants, chercheurs, professeurs et professionnels intéressés par le droit international.

Historique de la publication

Le BULLETIN de la SBDI a débuté en 1915 et il se maintient pour des décennies comme la principale publication du domaine au Brésil.

Depuis 2013, son édition a été reprise en respectant tous les critères d'évaluation nationale et internationale de périodiques.

Conseil éditorial et les évaluateurs

Le Conseil éditorial est composé des chercheurs, professeurs et professionnels d'institutions nationales et étrangères, reconnus par la qualité de leurs recherches en droit international et par leur large expérience académique. Wagner Menezes est l'éditeur-chef du BULLETIN de la SBDI. Il est professeur de Droit International de la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo - USP dans le cadre de la licence et des études de troisième cycle en Droit. Il est Président de l'Académie Brésilienne de Droit International. Il obtient les degrés de Maîtrise à PUC-PR, Doctorat à USP, Pos-doctorat à l'Université de Padova (Italie) et *Livre Docente** à USP. Résumé: <http://lattes.cnpq.br/4210677711500797>. *Le *Livre-Docente* s'approche du terme HDR (Habilitation à Diriger des Recherches).

Les évaluateurs seront des enseignants et des chercheurs de tous les continents ayant des connaissances spécifiques à évaluer les articles originaux et ceux de révision.

Périodicité

Semestriel

Objectifs

Le BULLETIN de la SBDI a pour objectifs:

- I - Diffuser la production scientifique dans le domaine du droit international;
- II - Mettre en évidence des sujets innovants pour l'étude du droit international;
- III – Analyser les lacunes doctrinales dans l'étude du droit international au Brésil;
- IV - Approfondir le débat sur des questions doctrinales du droit international;
- V - Étudier la construction jurisprudentielle des tribunaux brésiliens et internationaux en matière de droit international;

- VI - Proposer une nouvelle pensée concernant l'étude et la compréhension du droit international, fondée sur les transformations de la société internationale contemporaine;
- VII - Débattre des thèmes de droit international qui sont encore controversés dans la jurisprudence;
- VIII - Examiner la pluralité d'aspects de la compréhension brésilienne du droit international (public, privé, du commerce, de l'intégration et les blocs économiques);
- IX - Discuter la législation brésilienne en ce qui concerne des questions du droit international;
- X - Stimuler l'intégration et les échanges nécessaires entre les chercheurs du Brésil et de l'étranger;
- XI - Publier des travaux scientifiques d'intérêt reconnu dans le domaine du droit international.

L'inédit et l'exclusivité

Les textes soumis à l'évaluation doivent être inédits et ne peuvent pas être en procès d'évaluation parallèle par une autre revue. Les travaux soumis doivent être originaux en portugais, anglais, espagnol ou français et doivent appartenir à l'une des catégories suivantes:

- a) Articles originaux: destinés à la diffusion des résultats d'une recherche originale, de nature empirique, expérimentale ou conceptuelle;
- b) Articles de révision: destinés à des évaluations critiques et ordonnées de la littérature sur un sujet particulier. Les articles de cette catégorie sont, en général, commandés par des éditeurs à des auteurs ayant une expertise éprouvée. Les revues non commissionnées sont également acceptées, à condition qu'elles expriment l'expérience des auteurs dans le sujet concerné (l'examen tout simple de la littérature n'étant pas envisageable);
- c) Recensions: textes qui permettent l'analyse critique et la diffusion d'œuvres remarquables publiées récemment;
- d) Traductions: textes qui permettent la diffusion en portugais des travaux de grande pertinence scientifique publiés originalement dans d'autres langues;

- e) Essais: textes dans lesquels les auteurs présentent leur contribution originale et une réflexion théorique sur les sujets les plus pertinents dans les domaines traités par cette publication;
- f) Opinions;
- g) Commentaires sur des décisions des cours nationales et internationales et sur la jurisprudence internationale.

Línea Editorial

Misión y Visión

La política editorial del BOLETÍN DE LA SOCIEDAD BRASILEIRA DE DERECHO INTERNACIONAL tiene como misión y visión el perfeccionamiento del estudio del Derecho Internacional, especialmente el mejoramiento de la investigación académica de alto nivel. El BOLETÍN DE LA SBDI está abierto a todos los investigadores vinculados a las más diversas instituciones de Brasil y del exterior y está consolidado en tres ejes temáticos:

- Derecho Internacional Público;
- Derecho Internacional Privado;
- Derecho Internacional Económico y de la Integración.

La línea editorial está enfocada esencialmente hacia la publicación de artículos de excelencia en Brasil que puedan dialogar con otros más avanzados publicados en revistas jurídicas de Derecho Internacional de otros países. En ese sentido, lo que se espera es que sea un canal de divulgación en el exterior de las ideas producidas a partir de las reflexiones de la Academia Brasileira, además de un instrumento de diálogo intelectual entre lo global y lo local.

El BOLETÍN DE LA SBDI se precia por la diversidad de autores, por la cobertura regional y por los tópicos presentados; y, es considerado un instrumento indispensable para los investigadores y profesionales involucrados con el Derecho Internacional en cualquiera de sus ámbitos.

Historia

El BOLETÍN DE LA SBDI entró en circulación en 1915, permaneciendo por décadas como la principal publicación del área en Brasil. A partir de 2013, su edición se reanudó, con la preocupación de la

observancia de todos los parámetros de evaluación nacional e internacional de los períodos de tiempo.

Consejo Editorial y Evaluadores

El Consejo Editorial está conformado por profesores, investigadores y profesionales de instituciones nacionales y extranjeras, con amplio conocimiento y experiencia académica. El Editor-Jefe es Wagner Menezes, profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo - USP - en el programa de graduación y posgrado en Derecho. Presidente de la Academia Brasileña de Derecho Internacional. Es Maestro (PUC-PR), Doctor (USP), Post-doctor (Universidad de Pado-Italia) y Libre-Docente (USP). Currículo Lattes en: <http://lattes.cnpq.br/4210677711500797>. Los evaluadores serán profesores e investigadores de todos los continentes, con conocimientos específicos para la evaluación de los artículos originales y de revisión.

Circulación

Semestral

Objetivos

El BOLETÍN DE LA SBDI tiene como objetivos:

- I-Difundir la producción científica, especialmente en materia de Derecho Internacional;
- II- Incentivar el estudio de temas innovadores del Derecho Internacional;
- III-Discutir las lagunas doctrinarias en el estudio del Derecho Internacional en Brasil;
- IV- Profundizar el debate sobre las cuestiones doctrinarias del Derecho Internacional;
- V- Estudiar la construcción jurisprudencial de los tribunales brasileros y tribunales internacionales en materias vinculadas al Derecho Internacional.

- VI- Proponer un nuevo pensamiento para el estudio y la comprensión del Derecho Internacional con fundamento en las transformaciones de la sociedad internacional contemporánea;
- VII- Discutir los temas de Derecho Internacional que no son aún pacíficos en la jurisprudencia;
- VIII- Estudiar los más variados aspectos del entendimiento brasileiro sobre el Derecho Internacional (Público, Privado y Derecho del Comercio, la Integración y los Bloques Económicos);
- IX- Debatir la legislación contenida en el ordenamiento jurídico brasileiro que involucre materias de Derecho Internacional;
- X- Estimular la necesaria integración con otros investigadores de Brasil y del exterior;
- XI- Publicar trabajos científicos de reconocido interés en el campo del Derecho Internacional.

Originalidad y Exclusividad

Los textos sometidos a publicación deben ser originales e inéditos y no deben estar siendo considerados por otra revista. Los trabajos enviados para la evaluación deben ser originales en idioma portugués, inglés, español o francés, y deben encuadrarse en las siguientes categorías:

- a) Artículos originales: se destinan a la divulgación de resultados de investigación original, inédita, de naturaleza empírica, experimental o conceptual;
- b) Artículos de revisión: se destinan a las evaluaciones críticas y ordenadas de la literatura sobre un determinado tema. Los artículos de esta categoría son generalmente encomendados por los editores y autores con comprobada experiencia en el asunto. Las revisiones no encomendadas son también aceptadas, siempre que expresen la experiencia del (los) autor (es) en el área y no sólo una revisión de la literatura.
- c) Reseñas: textos que posibilitan la lectura crítica y la difusión de las obras destacadas y publicadas recientemente en el mercado editorial;
- d) Traducciones: textos que permitan la difusión en portugués de la producción bibliográfica originalmente escrita en otros idiomas y que presentan una gran relevancia científica.

- e) Ensayos: textos en los cuales los autores presentan su contribución original y reflexión teórica acerca de los temas más relevantes en el área de actuación de la revista;
- f) Opiniones jurídicas;
- g) Análisis de decisiones de tribunales internos e internacionales y de la jurisprudencia internacional.

Editorial

O “**Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**” foi veiculado pela primeira vez em **1915**, sob a direção de **Amaro Cavalcanti** e presidência de **Rui Barbosa**, sendo, por isso, a revista jurídica especializada mais antiga do Brasil e tradicionalmente mais importante.

O Boletim, desde a referida data, é editado e sempre representou a forma de pensar da academia brasileira de Direito Internacional, veiculando textos dos mais eminentes internacionalistas do Brasil e do mundo, sendo reconhecido, por isso, como expediente de ideias jus-internacionalistas de vanguarda, do pensamento brasileiro mais avançado em matéria de Direito Internacional.

No ano de **2015**, quando o Boletim completou **100 anos**, decidimos realizar uma publicação especial, e convidamos os mais importantes e renomados internacionalistas do mundo, diplomatas, professores e pesquisadores de instituições respeitadas e pesquisadores dedicados ao Direito Internacional.

Para nossa alegria tivemos ótima receptividade e recebemos um conjunto de textos de alta qualidade, escrito pelo talento inventivo dos autores que compõem a presente publicação, e, sobretudo, por sua generosidade e abnegação.

Não obstante a tradição do Boletim é importante ressaltar que na contemporaneidade ele se adaptou e cumpre os mais altos requisitos de publicações científicas estabelecidos por instituições de pesquisa e agências internacionais de fomento. Publicar no Boletim trata-se de um privilégio, verdadeira honra a qualquer pesquisador e, o edital, publicado internacionalmente em vários idiomas, está aberto permanentemente para recebimento de artigos.

A presente **Edição Comemorativa Centenária** do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional será distribuída gratuitamente às

universidades brasileiras e principais bibliotecas do mundo todo, graças, sobretudo, ao apoio da ITAIPU BINACIONAL para edição da presente obra a quem registramos nosso agradecimento.

A Riqueza da presente edição **BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – EDIÇÃO COMEMORATIVA CENTENÁRIA** está em reunir um grupo de articulistas do mais alto nível, bem como, ser composta por diversidade de temas e originalidade de abordagens, contribuindo, como tradicionalmente fez, com o aprimoramento do estudo do Direito Internacional e para seu pensamento de vanguarda.

Antonio Celso Alves Pereira
Presidente da SBDI

Wagner Menezes
Editor Chefe

Editorial

The “**Bulletin of the Brazilian Society of International Law**” was circulated for the first time in **1915** under the direction of **Amaro Cavalcanti** and the presidency of **Rui Barbosa**, being, for this reason, the oldest specialized legal journal in Brazil and traditionally the most important one.

The Bulletin as of this date is published and has always represented the way of thinking of the Brazilian Academy of International Law, circulating texts of the most distinguished internationalists from Brazil and the world, being recognized for this, as an instrument of leading jus-internationalist ideas, of the most advanced Brazilian thinking with regard to International Law.

In **2015**, when the Bulletin completed its 100th anniversary, we decided to make a special edition, and we invited the most important and renowned internationalists in the world, diplomats, professors and researchers from eminent institutions and researchers devoted to International Law.

To our joy, we had a great receptivity and received a high quality set of texts, written by the inventive talent of the authors that compose the present publication, and, especially, for their generosity and abnegation.

Notwithstanding the tradition of the Bulletin it is important to highlight that in contemporaneity it has adapted and fulfills the highest prerequisites of scientific publications established by research institutions and international funding agencies. Publishing in the Bulletin is a privilege, true honor to any researcher and, the public notice, circulated internationally in several languages, is open permanently for receiving papers.

The present **Centenary Commemorative Edition** of the Bulletin of the Brazilian Society of International Law will be distributed free of charge to Brazilian universities and to the main libraries worldwide,

thanks, especially, to the support of ITAIPU BINACIONAL to the publication of the present work to whom we express our gratitude.

The richness of the present edition **BULLETIN OF THE BRAZILIAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW – CENTENARY COMMEMORATIVE EDITION** is in gathering a group of writers of the highest level, as well as, to be composed by a diversity of themes and originality of approaches, contributing, as it has traditionally done, to the improvement of the study of International Law and to its avant-garde thinking.

Antonio Celso Alves Pereira
Presidente da SBDI

Wagner Menezes
Editor-in-Chief

Sumário

CAPÍTULO I REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A REFERÊNCIA A “NAÇÕES CIVILIZADAS” NO ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	1
CAPÍTULO II CIEN AÑOS DE DESARROLLO JURÍDICO EN DEFENSA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO <i>Jean Michel Arrighi</i>	67
CAPÍTULO III “LA IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA” <i>Guillermo Palao Moreno</i>	77
CAPÍTULO IV O STJ E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS: DEZ ANOS DE ATUAÇÃO <i>Nadia de Araujo</i>	103
CAPÍTULO V LA CONTRIBUCIÓN DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DE LA OEA AL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SUS 110 AÑOS DE EXISTENCIA <i>Fabián Novak</i>	139
CAPÍTULO VI STATE RESPONSIBILITY IN THE PROTECTION OF MIGRANTS, REFUGEES AND STATELESS PERSONS <i>Antonio de Aguiar Patriota</i>	165

<p>CAPÍTULO VII LES QUESTIONS PRÉALABLES DANS LE DOMAINE DES CONFLITS DE LOIS: UNE RÉTROSPECTIVE <i>Éric Agostini</i></p>	177
<p>CAPÍTULO VIII A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS E DE SEUS FUNCIONÁRIOS PERANTE TRIBUNAIS ESTRANGEIROS. PERSPECTIVA DE EVOLUÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL <i>Gilberto Saboia</i></p>	209
<p>CAPÍTULO IX A ONU HOJE <i>Celso Amorim</i></p>	231
<p>CAPÍTULO X RECENT DEVELOPMENT OF ARBITRATION LAW IN BRAZIL <i>Cláudio Finkelstein</i></p>	243
<p>CAPÍTULO XI LES AGENDAS DE BOUTROS BOUTROS-GHALI, INSTRUMENTS INCOMPLETS D'UNE RÉFORME DU SYSTÈME DES NATIONS UNIES <i>Yves Daudet</i></p>	257
<p>CAPÍTULO XII THE WORK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION OF THE UNITED NATIONS ON THE "PROTECTION OF PERSONS IN THE EVENT OF DISASTERS" <i>Eduardo Valencia-Ospina</i></p>	267
<p>CAPÍTULO XIII THE INTERRELATIONSHIP, INTERACTION AND INFLUENCE OF MUNICIPAL LAW AND INTERNATIONAL LAW IN THE DEVELOPMENT AND JURISPRUDENCE OF THE LAW OF THE SEA WITH PARTICULAR REFERENCE TO TRINIDAD AND TOBAGO <i>Anthony Amos Lucky</i></p>	287
<p>CAPÍTULO XIV THE COUNTER-MAJORITARIAN ESSENCE OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROCESSES: HOW TO ACHIEVE THE DIALOGUE AMONG COURTS? <i>André de Carvalho Ramos</i></p>	323

<p>CAPÍTULO XV INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS <i>Flávia Piovesan</i></p>	349
<p>CAPÍTULO XVI BALANÇO DA POLÍTICA EXTERNA DO GOVERNO DO PT <i>Rubens Barbosa</i></p>	385
<p>CAPÍTULO XVII A CENTURY OF CHALLENGES FOR INTERNATIONAL LAW <i>Kriangsak Kittichaisaree</i></p>	399
<p>CAPÍTULO XVIII RESPONSIBILITIES AND OBLIGATIONS OF STATES SPONSORING PERSONS AND ENTITIES WITH RESPECT TO ACTIVITIES IN THE AREA: FIRST ADVISORY OPINION OF THE SEABED DISPUTES CHAMBER OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA <i>Philippe Gautier</i></p>	439
<p>CAPÍTULO XIX LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE: UN PROCESSUS TRANSFORMATEUR DANS UN MONDE EN MOUVEMENT <i>Mireille Delmas-Marty</i></p>	451
<p>CAPÍTULO XX DELIMITACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR <i>Alonso Gómez-Robledo Verduzco</i></p>	465
<p>CAPÍTULO XXI EL DERECHO INTERNACIONAL ENTRE DOS SIGLOS FRAGMENTOS METODOLÓGICOS Y TESTIMONIO <i>Carlos Mata Prates</i></p>	505
<p>CAPÍTULO XXII TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL AGREEMENTS UNDER THE NEW SPANISH TREATIES ACT <i>Carlos Espósito</i></p>	519
<p>CAPÍTULO XXIII EVOLUTION AND PRESENT PROBLEMS OF THE LAW OF THE SEA <i>Tullio Treves</i></p>	533

<p>CAPÍTULO XXIV US PROSECUTION OF KLEPTOCRACY IN FIFA: POSSIBLE RAMIFICATIONS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW <i>Chile Eboe-Osuji LLD</i></p>	543
<p>CAPÍTULO XXV THE APPROACH OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE TO INJURIES SUFFERED BY INDIVIDUALS <i>Giorgio Gaja</i></p>	571
<p>CAPÍTULO XXVI THE ISSUE OF THE GENUINE LINK IN THE JURISPRUDENCE OF ITLOS <i>Jose Luis Jesus</i></p>	581
<p>CAPÍTULO XXVII A NOVA POLÍTICA EUROPEIA DE INVESTIMENTO DECORRENTE DO TRATADO DE LISBOA – O REGULAMENTO GRANDFATHERING E A ARTICULAÇÃO ENTRE A COMPETÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA E AS COMPETÊNCIAS REMANESCENTES DOS ESTADOS-MEMBROS <i>Maria João Palma</i></p>	595
<p>CAPÍTULO XXVIII JUDICIAL AWARENESS AND CROSS-REFERENCES: INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS AS ACTORS OF JUDICIAL CHANGE <i>Laurence Boisson de Chazournes</i></p>	623
<p>CAPÍTULO XXIX THE ADVISORY OPINIONS RENDERED BY THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA <i>Vladimir Vladimirovich Golitsyn</i></p>	631
<p>CAPÍTULO XXX LA PALESTINE ET LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE: RETOUR SUR UNE SAGA JUDICIAIRE <i>Catherine Maia</i></p>	655
<p>CAPÍTULO XXXI O DIREITO DO MAR NO SÉCULO XXI: ENFIM CHEGADA A HORA DOS RECURSOS MINERAIS SÓLIDOS? O EXEMPLO PORTUGUÊS <i>Marta Chantal Ribeiro</i></p>	687

CAPÍTULO XXXII MIGRACIÓN, ASILO Y REFUGIO <i>Ana Elizabeth Villalta Vizcarra</i>	709
CAPÍTULO XXXIII MIGRATION, SOVEREIGNTY AND GLOBALIZATION: PARADOXES, ETHICS, SOLUTIONS <i>Chantal Thomas</i>	731
CAPÍTULO XXXIV O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ESTATUTO DE ROMA: A NATUREZA JURIDICA DOS ELEMENTOS DOS CRIMES E DAS REGRAS DE PROCEDIMENTO E DE PROVA <i>Sylvia Helena Steiner; Robert Carter Páret</i>	757
CAPÍTULO XXXV THE LONG ROAD TOWARDS AN INTERNATIONAL LEGAL ORDER <i>Cesare P.R. Romano</i>	781
CAPÍTULO XXXVI BRASIL ENTRE IGUALDADE JURÍDICA DOS ESTADOS E REFORMA DA ONU – LEGADO DE RUY BARBOSA NA II CONFERÊNCIA DE PAZ DA HAIA <i>Paulo Borba CASELLA</i>	815
CAPÍTULO XXXVII THE PAST AND FUTURE CONTRIBUTIONS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE AMERICAN HEMISPHERE <i>David P. Stewart</i>	853
CAPÍTULO XXXVIII JUS COGENS AND INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS <i>Pavel Šturma</i>	875
CAPÍTULO XXXIX LE JUGE, LA DELIMITATION MARITIME ET LA ZONE GRISE <i>Tafsir Malick NDIAYE</i>	891
CAPÍTULO XL THE FAILURE OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS <i>Jacob Dolinger</i>	953

<p>CAPÍTULO XLI SETENTA ANOS DE PENSAMENTO JURÍDICO SOBRE AS NAÇÕES UNIDAS <i>Miguel de Serpa Soares</i></p>	987
<p>CAPÍTULO XLII THE UN SECURITY COUNCIL, STATE RESPONSIBILITY AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: TOWARDS AN INTEGRATED APPROACH? <i>Linos-Alexandre Sicilianos</i></p>	1015
<p>CAPÍTULO XLIII HUMAN RIGHTS BEYOND BORDERS AT THE WORLD COURT: THE SIGNIFICANCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE’S JURISPRUDENCE ON THE EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW TREATIES <i>Ralph Wilde</i></p>	1035
<p>CAPÍTULO XLIV INTERNATIONAL ECONOMIC LAW IN AN AGE OF GLOBALIZATION <i>Hisashi Owada</i></p>	1083
<p>CAPÍTULO XLV AMAZON REGION AND INTERNATIONAL LAW <i>Adherbal Meira Mattos</i></p>	1117
<p>CAPÍTULO XLVI ANCESTRALIDAD Y DERECHO: EL SISTEMA JURÍDICO EN LA INDIA <i>Arturo Oropeza García</i></p>	1127
<p>CAPÍTULO XLVII A CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DO BRASIL A PARTIR DOS PARECERES DOS CONSULTORES JURÍDICOS DO ITAMARATY: DO IMPÉRIO À REPÚBLICA <i>Paulo Roberto de Almeida</i></p>	1153
<p>CAPÍTULO XLVIII THE PARIS AGREEMENT ON CLIMATE CHANGE <i>Jorge E. Viñuales</i></p>	1213

CAPÍTULO XLIX	
INTERNATIONAL LAW IN BRAZIL	
<i>Wagner Menezes</i>	1237
BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO	
INTERNACIONAL - 1ª EDIÇÃO	1312



CAPÍTULO I

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A REFERÊNCIA A “NAÇÕES CIVILIZADAS” NO ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA¹

Antônio Augusto Cançado Trindade²

I. Introdução: Premissa Geral.

Para a inauguração desta Cátedra de Direito Internacional na Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA), aqui em Foz do Iguaçu, nesta tarde de 22 de agosto de 2013, não poderia ter deixado de eleger um tema que me tem acompanhado ao longo dos anos. Com efeito, sempre me indaguei acerca do papel dos princípios gerais do direito na formação do direito internacional, assim como em sua interpretação e aplicação. Encontram-se tais princípios incluídos no elenco das fontes formais do direito internacional, consagrado no artigo 38 do Estatuto da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) assim como da atual Corte Internacional de Justiça (CIJ). Apesar de sua inegável importância, nem sempre têm recebido a atenção que requerem e merecem.

De minha parte, sempre atribuí aos princípios gerais do direito a maior relevância (cf. *infra*), embora a bibliografia jurídica contemporânea venha deles se descuidando. Ainda recentemente, em meu extenso Voto Arrazoadado no caso das *Papeleras* (Rio Uruguai) decidido pela CIJ (Sentença de 20.04.2010), tive ocasião de reiterar minhas considerações a respeito, assinalando sua relevância na formação, assim como interpretação e aplicação das normas do direito internacional (*pars.*

1. Aula magna ministrada pelo Autor, por ocasião da cerimônia de inauguração da Cátedra de Direito Internacional da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA), em Foz do Iguaçu, aos 22 de agosto de 2013.

2. Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-Presidente da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Membro Titular do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia e do *Institut de Droit International*; Ex-Presidente da Sociedade Latino-Americana de Direito Internacional

8-113 e 191-217). Curiosamente, a referência aos princípios gerais do direito no artigo 38 do Estatuto da CPJI/CIJ faz-se acompanhar da caracterização - “reconhecidos pelas nações civilizadas”.

Anteriormente, em meu extenso Voto Arrazoado no Parecer n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH) sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17.09.2003), outra vez examinei e ressalté a posição e o papel dos princípios fundamentais do direito, como *substratum* do próprio ordenamento jurídico (pars. 44-64). Mais recentemente, voltei a fazê-lo, na CIJ, em meus Votos Arrazoados nos casos de *A.S. Diallo* (mérito, Sentença de 30.11.2010; e reparações, Sentença de 19.06.2012) (pars. 93-106 e 74-76 dos Votos respectivos), do *Templo de Preah Vihear* (medidas provisórias de proteção, *Ordonnance* de 18.07.2011) (pars. 71-81 do Voto), da *Declaração de Independência de Kosovo* (Parecer Consultivo de 22.07.2010) (pars. 177-211 do Voto), e da *Revisão de Sentença do Tribunal Administrativo da OIT, a Pedido do FIDA* (Parecer Consultivo de 01.02.2012) (pars. 28-51 e 82-100 do Voto); também o fiz em meu Voto Dissidente no caso relativo à *Aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (exceções preliminares, Sentença de 01.04.2011) (pars. 79-87 do Voto), em que sustentei a aplicação devida da referida Convenção das Nações Unidas.

Apesar do uso da expressão “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas” remontar aos trabalhos do Comitê Consultivo de Juristas, encarregado pela Liga ou Sociedade das Nações de redigir, em 1920, o Estatuto da CPJI, preservado *mutatis mutandis* pelo Estatuto da CIJ adotado em 1945, muito pouco se tem escrito sobre a mencionada categoria dos “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. Não obstante, em minha percepção, - e tal como me permiti advertir em 2003 em meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (vol. III), - os grandes desafios de nossos tempos incitam “à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do direito internacional contemporâneo” emanados da consciência humana³.

Sendo assim, transcorrida uma década, meu propósito hoje, dia 22 de agosto de 2013, é concentrar atenção nesta matéria, em particular

3. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, Edit. S.A. Fabris, 2003, pp. 434 e 503.

em um de seus aspectos. A premissa geral de que partirei, nas reflexões da conferência desta tarde aqui na UNILA, na presença de colegas acadêmicos de várias Universidades latino-americanas que me honram com suas presenças, pode ser resumida em poucas palavras, a saber: - A expressão “nações civilizadas” no artigo 38 do Estatuto da CIJ não significa nações que sejam por natureza “civilizadas” (estas não existem), mas sim nações que se comportam de modo civilizado, enquanto e na medida em que assim se comportarem.

II. A Inserção da Referência a “Nações Civilizadas” no Artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia (CPJI/CIJ).

Já no início dos anos oitenta me prendiam a atenção os princípios gerais do direito, aí incluídos, não só os reconhecidos nos sistemas jurídicos nacionais, mas, em meu entender, também os princípios do direito internacional⁴. Há cerca de uma década tive ocasião de retomar o exame do processo de inserção dos “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas” no elenco das “fontes” formais do direito internacional constante do artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia (CPJI/CIJ)⁵. Proponho-me hoje concentrar a atenção na qualificação “reconhecidos pelas nações civilizadas”, insuficientemente estudada até o presente.

Durante os trabalhos preparatórios do Estatuto da CPJI (meados de 1920), os membros do Comitê Consultivo de Juristas, encarregado de redigir o Estatuto da CPJI, ao discutir os princípios gerais de direito (para incluí-los no rol das fontes “formais” do direito internacional no artigo 38 do Estatuto), se dividiram em dois grupos: um que favorecia os princípios contidos no “direito internacional positivo” (E. Root) e outro que sustentava uma formulação mais ampla, os “princípios universalmente reconhecidos” (Loder), os que encontravam expressão “na consciência jurídica das nações civilizadas” (E. Descamps)⁶. Também se dividiram

4. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 1981, pp. 1-268.

5. Cf. A.A. Cançado Trindade, “Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles”, in *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - OEA (2003) pp. 359-415.

6. *Ibid.*, pp. 370-372 e 414, e cf. pp. 359-415.

os membros do Comitê Consultivo entre os que se concentraram nos princípios gerais de direito reconhecidos *in foro domestico* (*bona fides*, *res judicata*, igualdade perante a lei, presunção da inocência, dentre outros), e os que os contemplaram também no âmbito do direito internacional. Daí resultou a formulação constante do artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia (CPJI/CIJ), deixando nas entrelinhas a clara advertência de que a nenhum Estado é dado se situar acima do Direito.

Com efeito, na época em que foi inserida no Estatuto da CPJI, a expressão “nações civilizadas” já se encontrava desgastada, e era empregada indistintamente para significar o que melhor conviesse a cada uma delas. Na I guerra mundial, cada potência beligerante tentava convencer-se de que era portadora da “civilização”, e considerava seu inimigo como “bárbaro”. Duas décadas depois, a potência vencida e ressentida, que se considerava um berço da civilização, deixou-se afundar - durante o III *Reich*, - na mais completa barbárie. Nas décadas seguintes, e na atualidade, tem continuado a ocorrer o extermínio - tão cruel como nas guerras - de pessoas inocentes, por atos terroristas perpetrados tanto por grupos clandestinos como por Estados.

III. O Entendimento de “Civilização” na Época da Adoção do Estatuto de CPJI (1920).

Embora se identifiquem distintas “civilizações” inclusive na antigüidade, e em distintas latitudes, o termo veio a referir-se, com o passar dos séculos, ao desenvolvimento do conhecimento científico e das tecnologias, juntamente com os costumes, e as formas de comportamento das pessoas e dos grupos sociais, e as boas maneiras. No século XX, no período do entre-guerras, e à época da adoção do Estatuto da CPJI, em 1920, ainda era esse o entendimento do termo “civilização”, próprio dos Estados que lograram considerável progresso decorrente da revolução industrial (acrescida do poder militar), particularmente no mundo ocidental.

Estudos diversos, como o de Norbert Elias (*O Processo Civilizador*, 1939), - que só veio a ser valorizado cerca de meio-século depois de escrito, - identificam a acepção com que veio a ser entendido o termo nos tempos modernos como emergindo no segundo meado do século XVIII (o conceito francês de *civilisation*, e o conceito alemão de

Kultur)⁷. A *civilitas* (de Erasmus) veio a ser conceitualizada como um processo a ser seguido e eventualmente completado (*civilité/civility/civilità/Zivilität*). Para N. Elias, o “entrelaçamento e interdependência crescentes das pessoas” guarda uma relação direta com o que se veio a denominar “civilização”.

A organização social e do poder (e.g., os serviços militares), a formação do Estado (e suas relações com os demais), e o sistema normativo, vieram precisamente a estabelecer e aumentar aquela dependência recíproca dos indivíduos, e impulsionar o “processo civilizador” em suas constantes mudanças, gerando determinados padrões de conduta (*civilité*)⁸. A “civilização”, na visão de N. Elias, não se formou, pois, de forma planejada ou como produto da *ratio* humana. Ao contrário, emergiu “sem planejamento algum, mas nem por isso sem um tipo específico de ordem”; tampouco foi irracional, pois teve alguma ordem, ainda que não planejada nem intencional⁹.

As pessoas simplesmente buscavam sintonizar sua conduta com a dos outros, afigurando-se, assim, como “civilizadas”, moderando sentimentos e evitando atos de violência, e tentando controlar suas paixões dentro de si (autocontrole), como “pessoas civilizadas”; crescia, desse modo, a interdependência de todos¹⁰. O processo civilizador, - acrescentou N. Elias, - se dá, assim, em “uma longa seqüência de arrancos e recuos fortes”, em que se destacam as formas de “conduta civilizada”, em meio a tensões e um “equilíbrio precário”¹¹. Persistem, no entanto, - concluiu ele, - as tensões competitivas entre os Estados e dentro dos mesmos, com a “ameaça constante de guerra” pairando sobre os “civilizados”: estes só permanecerão como tais, se alcançarem e mantiverem o equilíbrio “com alguma justiça”¹².

7. N. Elias, *O Processo Civilizador*, vol. I: *Uma História dos Costumes* [1939], 2ª ed., Rio de Janeiro, J. Zahar Ed., 2011, pp. 23-24, 27 e 51. - O entendimento emergente de “civilização” passou a projetar-se nas artes e ciencias, na filosofia e na arquitetura, dando expressão a “valores culturais”; cf. K. Clark, *Civilización - Una Visión Personal* [1969], 3ª ed., Madrid, Alianza Edit., 2013, pp. 13-535.

8. N. Elias, *O Processo Civilizador*, vol. II: *Formação do Estado e Civilização* [1939], Rio de Janeiro, J. Zahar Ed., 1993, pp. 54-55, 60-64, 85 e 214, e cf. pp. 98, 144 e 263.

9. *Ibid.*, pp. 193-195.

10. *Ibid.*, pp. 196-198, 201-203, 205-206 e 209.

11. *Ibid.*, pp. 210-213 e 264, e cf. p. 269.

12. *Ibid.*, pp. 265 e 272-274.

No momento em que N. Elias dava a público sua visão da “civilização”, com a fragilidade como a descreveu, eclodia a II guerra mundial. Lamentavelmente, ao longo do século XX o “processo civilizador” parece ter sido esquecido, com o recurso à crueldade das guerras. Nunca houvera, no século passado, tanto progresso na ciência e tecnologia, que, no entanto, *per se*, em sua “idealização do progresso” puro e simples, esqueceu-se do valor da pessoa humana e da necessidade de considerar a posição dos indivíduos frente ao meio social, descartando qualquer “relaxamento da ética”¹³.

Daí a degradação a que foram submetidos milhões de seres humanos ao longo do século XX, com a eclosão da barbárie. Já em final dos anos trinta, N. Elias advertia que somente com a atenção voltada à pessoa humana se poderia recuperar a crença na “melhoria contínua da condição humana”¹⁴. E logo se seguiram alguns dos maiores horrores de todos os tempos, como os genocídios do *III Reich*¹⁵ e do *Khmer*

13. Cf. N. Elias, *O Processo Civilizador*, vol. I: *Uma História dos Costumes...*, *op. cit. supra* n. (6), pp. 59, 66, 109, 178, 183 e 220.

14. *Ibid.*, p. 220.

15. Cf., e.g., E. Husson, *Endlösung - Soluzione Finale*, Milano/Torino, Ed. San Paolo, 2007, pp. 7-151; Mark Roseman, *The Wannsee Conference and the Final Solution*, N.Y., Ed. Picador, 2002, pp. 1-201; Esther Cohen, *Los Narradores de Auschwitz*, México/Buenos Aires, Ed. Lilmod, 2006, pp. 9-131; D.J. Goldhagen, *Hitler's Willing Executioners - Ordinary Germans and the Holocaust*, N.Y., Vintage, 1997, pp. 3-613; J. Delarue, *Histoire de la Gestapo*, Paris, Nouveau Monde Éd., 2011, pp. 9-615; Chr.R. Browning, *Des hommes ordinaires - Le 101e. bataillon de réserve de la police allemande et la Solution finale en Pologne*, Paris, Éd. Tallandier/Texto, 2007, pp.11-359; R.S. Wistrich, *Hitler and the Holocaust*, N.Y., Modern Libr. Ed., 2001, pp. 1-285; G. Fleming, *Hitler and the Final Solution*, Berkeley, Univ. of California Press, 1984, pp. 1-189; V. Klemperer, *LTI - A Linguagem do Terceiro Reich*, Rio de Janeiro, Contraponto Ed., 2009, pp. 11-424; V. Klemperer, *I Will Bear Witness 1933-1941 - A Diary of the Nazi Years*, N.Y., Modern Library, 1999 [reed.], pp. 3-501; V. Klemperer, *I Will Bear Witness 1942-1945 - A Diary of the Nazi Years*, N.Y., Modern Library, 2001 [reed.], pp. 3-537; E. Kogon, *L'État SS - Le système des camps de concentration allemands* [1947], [Paris.] Éd. Jeune Parque, 1993, pp. 7-447; P. Longerich, “*Nous ne savions pas*” - *Les allemands et la solution finale - 1933-1945*, Paris, Éd. H. d'Ormesson, 2006, pp. 9-635; L. Goldensohn, *The Nuremberg Interviews* [with the Defendants and Witnesses] (ed. R. Gellately), N.Y., Vintage, 2004, pp. 1-476; L. Rees, *Los Verdugos y las Víctimas - Las Páginas Negras de la Segunda Guerra Mundial*, Barcelona, Crítica Ed., 2008, pp. 1-284; W. Bialas e A. Rabinbach, *Nazi Germany and the Humanities - How German Academics Embraced Nazism*, 2a. ed., London, Oneworld, 2014, pp. VIII-LII e 1-412.

*Rouge*¹⁶, em dois continentes distintos, buscando forjar um “homem novo”, ao por em prática ideologias criminosas, sem qualquer problema de consciência.

Mas a consciência humana não se apagou frente à irrupção da barbárie. Como bem recordou René Rémond (em seu livro *Olhar sobre o Século*), as atenções enfim se voltaram às vítimas. Afinal, os massacres sempre foram perpetrados, mas, no século XX, sua reincidência elevou-se “a um grau sem precedentes”, com massacres em massa em quase toda parte, que, juntamente com outras tiranias, tornaram o século XX “o século da barbárie”¹⁷. Quando tudo parecia sem esperança, com a eclosão da concepção e ideologia criminosas da “guerra total”, desperta a consciência humana para o surgimento do crime contra a humanidade, e o “dever de memória”¹⁸.

Esta retomada de consciência e responsabilidade coletivas veio afastar a indiferença quanto aos crimes contra a humanidade (somados aos atos de genocídio e aos crimes de guerra), fazendo assim emergir no horizonte a alvorada de uma nova era, - a da justiça internacional¹⁹. Tornou-se claro que os avanços não seguem um progresso linear, e que há, pois, que manter a atenção constante para que sigam ocorrendo, evitando as tendências aos retrocessos. Isto sugere uma tensão constante entre civilização e barbárie, sendo, pois, apropriado aqui considerá-la com mais atenção.

IV. A Tensão entre Civilização e Barbárie: Panorama Geral.

Civilização e barbárie se contrapõem, como duas faces de uma mesma moeda. Ainda que sejam antônimos, não se auto-excluem. Há uma

16. Cf., e.g., B. Kiernan, *Le génocide au Cambodge (1975-1979)*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 7-702; Ph. Short, *Pol Pot - The History of a Nightmare*, Manchester, J. Murray Pubs., 2005, pp. 3-511; D. Affonço, *No Inferno dos Khmer Vermelhos - Testemunho de uma Sobrevivente*, Colares, Edit. Pedra la Lua, 2008, pp. 9-175; C. Ly, *Retour au Cambodge - Le chemin de liberté d'une survivante des Khmers rouges*, Ivry-sur-Seine, Édit. de l'Atelier, 2007, pp. 9-219; L. Ung, *First They Killed my Father - A Daughter of Cambodia Remembers*, Edinburgh/London, 2007 [reed.], pp. 11-279.

17. R. Rémond, *Regard sur le siècle*, 2a. ed., Paris, Presses de Sciences Po., 2007, pp. 17, 46-47, 49-50 e 95.

18. Cf. *ibid.*, pp. 39-40 e 95.

19. Cf. *ibid.*, pp. 114-115, e cf. p. 128.

tensão entre uma e outra, assim como o *chiaroscuro* do contínuo passar do tempo, e assim como a tensão entre a vida e a morte. As duras experiências acumuladas nas últimas décadas têm alertado os seres humanos aos perigos dos avanços na ciência e tecnologia desacompanhados dos valores, ao mito do progresso, à erosão da cultura em meio ao redimensionamento da informação como mercadoria, às manipulações em meio ao poder crescentemente destrutor do ser humano²⁰. Chegamos a este ponto após longa involução do pensamento humano, durante a qual os cultores de distintas áreas do saber passaram a considerar os valores como externos ao seus domínios de conhecimento, o que continua ocorrendo em nossos dias²¹.

O uso do conhecimento científico veio a ser reiteradamente utilizado, até o presente, - por grupos e pelos próprios Estados, - em operações da assim-chamada “limpeza” (política ou social), em bombardeios de cidades inteiras e suas populações civis, na produção de armas de destruição em massa²², - e paradoxalmente na destruição do próprio conhecimento humano²³. Ou seja, fêz-se uso do conhecimento científico e tecnológico para efetuar a destruição em massa da vida humana e de tudo o que lhe dava sentido. Tais atos de extrema crueldade se fizeram acompanhar de apologias do voluntarismo, inclusive o estatal. Não obstante, já há um século atrás, Max Scheler alertava precisamente para a necessidade de *valores*, muito mais importantes do que a vontade²⁴. Como de costume, as vozes mais lúcidas não foram ouvidas; somente se deu atenção aos chamados à violência, mediante

20. Cf., e.g., Jean Baudrillard e Edgar Morin, *La Violencia del Mundo*, Barcelona, Paidós, 2004, pp. 56-57, 68-69 e 82; Jean Starobinski, *As Máscaras da Civilização*, São Paulo, Companhia das Letras, 2001, pp. 37, 51, 56 e 274;

21. Cf., e.g., Immanuel Wallerstein, *O Universalismo Europeu - A Retórica do Poder*, São Paulo, Boitempo Edit., 2007, pp. 98-100 e 103.

22. P. Green e T. Ward, *State Crime - Governments, Violence and Corruption*, London, Pluto Press, 2004, pp. 30-31, 68, 117, 149, 153, 159, 201 e 209.

23. A exemplo das destruições sucessivas das bibliotecas; cf., e.g., Fernando Báez, *História Universal da Destruição dos Livros - Das Tábuas Sumérias à Guerra do Iraque*, Rio de Janeiro, Ediouro, 2006, pp. 17-376; Lucien X. Polastron, *Livros em Chamas - A História da Destruição sem Fim das Bibliotecas*, Rio de Janeiro, José Olympio Edit., 2013, pp. 11-311.

24. Cf., e.g., R.P. Sertillanges, *Le problème du mal - l'histoire*, Paris, Aubier, 1948, pp. 395-397.

o uso mal-intencionado da linguagem. A civilização, hoje mais do que nunca, se mostra inseparável da barbárie, em meio à crise de valores em que vivemos.

Todos os regimes opressores e inclusive criminosos têm inventado sua própria semântica, seu linguajar e seus eufemismos nefastos, para proceder à perpetração de suas atrocidades²⁵, deixando indefesos segmentos inteiros das populações, que antes acreditavam na razão humana²⁶. Neste último século, até nossos dias, têm emergido fanatismos os mais diversos, levando à descomposição do meio social. Os conflitos modernos, marcados por sua perversidade em massa, têm sido muito mais devastadores para as populações civis do que para os próprios combatentes²⁷.

A civilização descomposta tem permanecido mais acoplada do que nunca à barbárie. E não há como eludir as responsabilidades pelas atrocidades, não só por parte de indivíduos e grupos, mas também e sobretudo por parte dos próprios Estados²⁸. As repetidas atrocidades maciças, os extermínios de segmentos da população, têm contado com planos frios e calculadamente pré-concebidos, com a maquinária do poder público estatal, com sua burocracia, com seus “recursos” (materiais e humanos) a serviço do mal, com o uso de eufemismos no processo de *desumanização* das vítimas, sem qualquer juízo moral e frequentemente sem reparação alguma aos familiares das vítimas fatais²⁹. Eu próprio

25. Cf., e.g., Gérard Rabinovitch, *De la destructivité humaine - Fragments sur le Béhémoth*, Paris, PUF, 2009, pp. 105, 128, 140 e 143; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, op. cit. infra n. (28), pp. 12-30. Sobre as manipulações de massa do passado, cf., e.g., Charles Péguy, *Nous vivons en un temps si barbare* [1909], Paris, Berg International, 2014, pp. 7-47; e sobre as manipulações de dados (econômicos e outros) e do linguajar na atualidade, cf., e.g., John R. Saul, *La Civilización Inconsciente*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1997, pp. 11-219.

26. Cf., e.g., Karl Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time*, Hamden/Conn., Archon Books, 1971, p. 84.

27. Cf., e.g., Gabriel Jackson, *Civilización y Barbarie en la Europa del Siglo XX*, Barcelona, Edit. Planeta, 1997, pp. 216, 252, 289, 344, 403 e 434.

28. Cf., e.g., Paul Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Ed. Seuil, 2000, pp. 423, 425, 434 e 609. E, para um debate recente, cf., e.g., [Vários Autores,] *Devoir de mémoire, droit à l'oubli?* (coord. Th. Ferenczi), Bruxelles, Éd. Complexe, 2002, pp. 13-282.

29. Ervin Staub, *The Roots of Evil - The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [reimpr.], pp. 7-8, 10, 19,

pude constatar tal processo de desumanização das vítimas, na adjudicação internacional dos casos de massacres pela Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁰.

Um historiador contemporâneo, recentemente falecido, - Eric Hobsbawn, - em sua retrospectiva do século XX, advertiu que

“as maiores crueldades de nosso século foram as crueldades impessoais decididas à distância, de sistema e rotina, sobretudo quando podiam ser justificadas como lamentáveis necessidades operacionais. (...) A catástrofe humana desencadeada pela II guerra mundial é quase certamente a maior na história humana. O aspecto não menos importante dessa catástrofe é que a humanidade aprendeu a viver num mundo em que a matança, a tortura e o exílio em massa se tornaram experiências do dia-a-dia que não mais notamos”³¹.

Ao observar que, no século XX, mais seres humanos foram “mortos ou abandonados à morte por decisão humana que jamais antes na história”, E. Hobsbawn, ao concluir sua análise do século XX, permitiu-se enfim o desabafo, ao confirmar “o que muitos sempre suspeitaram”, qual seja, que a história é, *inter alia*, “o registro dos crimes e loucuras da humanidade”³². Ao discorrer sobre sua projeção no século XX, E. Hobsbawn voltou a se referir ao “mais dilatado processo de avanço da

24, 29, 107, 109, 119, 121-123, 129, 142, 151, 183-187, 221, 225, 227 e 264; Daniel Muchnik e Alejandro Garvie, *El Derrumbe del Humanismo - Guerra, Maldad y Violencia en los Tiempos Modernos*, Buenos Aires/Barcelona, Edhasa, 2007, pp. 36-37, 116, 128, 135-136, 142, 246 e 250.

30. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Conferência Inaugural, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, cap. X, pp. 179-191.

31. E. Hobsbawn, *Era dos Extremos - O Breve Século XX (1914-1991)*, São Paulo, Companhia das Letras, 1996, pp. 57-58.

32. *Ibid.*, pp. 21 e 561, e cf. também p. 122 (sobre a combinação da tecnologia com o “lunático conjunto de crenças” do fascismo), p. 98 (sobre o “corrosivo mal” do desemprego em massa), pp. 554-55 (sobre o mal da concentração da riqueza nas mãos de poucos), e p. 562 (sobre a inviabilidade do atual avanço do capitalismo, pondo o mundo em “risco de explosão e implosão”).

barbárie” que assistiu o século XX³³. Como assinalou outro historiador contemporâneo, muitas obras de arte ao longo dos séculos, ao retratarem a devastação dos conflitos armados (e.g., as guerras de religião, as de conquista, as de agressão, entre outras), e as próprias obras arquitetônicas, igualmente retratam a tragédia da condição humana³⁴.

Não são menos sombrias as avaliações de outras mentes privilegiadas de nossos tempos. Karl Popper, por exemplo, deplorou que, decorridos mais de 50 anos desde a II guerra mundial, “as crianças estejam sendo encontradas mortas, massacradas ou violadas”³⁵. Onde estão os países civilizados? Crítico ferrenho do relativismo e do positivismo³⁶ (em todas as suas formas), K. Popper vislumbrava a emancipação humana pelo conhecimento³⁷, a proteger todos contra os fanatismos. Ao se opor à “calamidade” das armas nucleares³⁸, K. Popper afirmou que “os princípios éticos constituem a base da ciência”³⁹, e destacou a importância da consciência humana⁴⁰.

Outra advertência congênere foi formulada, em 1960, por Bertrand Russell⁴¹, - que cedo em sua vida abraçou a causa do pacifismo⁴². Já ao final da vida, em sua impressionante *Autobiografia*, ao debruçar-se sobre as divisões no mundo do pós-II guerra mundial, escreveu, com um misto de pesar e angústia:

“As yet, and for some time to come, the world must be one of doubt. It must as yet be suspended equally between hope and fear. (...) I

33. E. J. Hobsbawn, *Guerra y Paz en el Siglo XXI*, Barcelona, Ed. Crítica, 2013 [reed.], p. 185.

34. Cf. M. Onfray, *Métaphysique des ruines*, 2a. ed., Paris, Mollat Ed., 2010, pp. 37, 40-41, 62, 80-81, 107 e 130.

35. K. Popper, *The Lesson of this Century*, London/N.Y., Routledge, 1997, p. 59, e cf. pp. 53-54.

36. K. Popper, *En Busca de un Mundo Mejor*, 3ª. reimpr., Barcelona, Paidós, 1996, pp. 20-21, 121, 123-125, 244-245 e 261.

37. *Ibid.*, pp. 168, 182, 190, 195 e 261.

38. *Ibid.*, pp. 270 e 273.

39. *Ibid.*, pp. 255.

40. *Ibid.*, pp. 48 e 270.

41. B. Russell, “Knowledge and Wisdom”, in *Essays in Philosophy* (ed. H. Peterson), N.Y., Pocket Libr., 1960 (reimpr.), pp. 498-499 e 502.

42. Cf. B. Russell, *Le pacifisme et la révolution - Écrits politiques (1914-1918)* (eds. C. Habart e O. Esteves), Marseille, Agone, 2014 (reed.), pp. 29-305.

have done what I could to add my small weight in an attempt to tip the balance on the side of hope, but it has been a puny effort against vast forces. May others succeed where my generation failed”⁴³.

Para outro grande pensador do século XX, Isaiah Berlin, “a história é um deserto árido com poucos oásis”, sendo muito raros os momentos em que os seres humanos “se elevaram a sua plena estatura” e criaram civilizações de que puderam se orgulhar⁴⁴. Em seus escritos ao longo dos anos, I. Berlin, sempre atento à história das idéias⁴⁵, alertou para os perigos da *raison d’État*, e ressaltou a importância dos valores, da busca do conhecimento, das culturas e da *recta ratio*⁴⁶; registrou, ademais, a contribuição do jusnaturalismo na história do pensamento humano⁴⁷. I. Berlin ponderou, ademais, ao final da vida, que, tendo vivido “ao longo de todo o século”, estava certo de que se tratava do “pior século” de que se teve notícia. Em suas próprias palavras: - “Nada tem sido mais horrível para nossa civilização. Durante minha vida, ocorreram mais coisas terríveis do que em qualquer outra época na história”⁴⁸.

V. Considerações de Ordem Psicológica.

Hoje se compreende que às atrocidades reiteradas e sucessivas nas últimas décadas, perpetradas em distintos continentes, em muito

43. B. Russell, *Autobiography*, London, Ed. Unwin Paperbacks, 1985 [reprint], p. 505, e cf. p. 240. E cf. Bertrand Russell, *A Última Oportunidade do Homem*, Lisboa, Guimarães Edit., 2001 [reed.], pp. 9-235. Recorde-se que B. Russell, *inter alia*, muito se empenhou na determinação dos fatos, por um Tribunal estabelecido em Estocolmo, dos bombardeios em massa e outros crimes de guerra cometidos durante a guerra no Vietnã; cf. *Tribunal Russell - Le jugement de Stockholm* (eds. V. Dedijer, A. Elkheim e C. Russell), Paris, Gallimard, 1967, pp. 9-354; B. Russell, *Crimes de Guerra no Vietnã*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1968, pp. 1-216.

44. I. Berlin, *Against the Current - Essays in the History of Ideas*, N.Y., Viking Press, 1980 (reprint), p. 89.

45. Cf. I. Berlin, *El Sentido de la Realidad - Sobre las Ideas y Su Historia* (coord. H. Hardy), Madrid, Taurus, 2000, pp. 25-378.

46. I. Berlin, *The Proper Study of Mankind*, N.Y., Farrar & Straus & Giroux, 2000 (reed.), pp. 135, 155, 217, 242, 247, 311 e 334.

47. *Ibid.*, pp. 78 e 235-236.

48. I. Berlin, “Return of the *Volksgeist*: Nationalism, Good and Bad”, in *At Century’s End* (ed. N.P. Gardels), San Diego/Cal., Alti Publ., 1995, p. 94.

contribuíram o mau uso do conhecimento técnico e científico, assim como do conhecimento psicológico. Os avanços nos distintos domínios do conhecimento, compartimentalizados, não se fizeram acompanhar por avanços civilizatórios correspondentes, todo ao contrário. As distorções psicológicas, aliadas à tecnologia moderna, à compartimentalização dos saberes e às manipulações da linguagem propagandística levaram à *desumanização das vítimas* e aos crimes de massa das últimas décadas⁴⁹.

As inúmeras atrocidades cometidas (execuções sumárias, tortura, campos de prisioneiros, campos de concentração e extermínio, desaparecimentos forçados de pessoas, expulsões e deportações, trabalho forçado ou escravo, detenções arbitrárias, confiscos de bens, mortes por inanição, humilhações as mais diversas, entre outras), além de causarem milhões de vítimas fatais, descompuseram os meios sociais, contagiando a todos. A barbárie aflorou à tona, e a civilização se afundou. O quadro de desolação que tem passado a figurar em momentos sucessivos da história mundial recente não nos pode levar à capitulação frente à barbárie. Como assinalou há uma década Edgar Morin, as trágicas experiências vividas deviam levar ao arrependimento da barbárie e ao retorno ao humanismo; com efeito, “*pensar a barbárie é contribuir a recrear o humanismo*”, e “*resistir a ela*”⁵⁰.

Tornaram-se conhecidas as reflexões de ordem psicológica de Viktor Frankl sobre os horrores dos campos de concentração na II guerra mundial. A partir desta experiência, - alertou ele, - “sabemos do que o ser humano é capaz”⁵¹. Ante a desumanidade estatal, privando o ser humano de sua identidade e de qualquer projeto de vida, de qualquer futuro, e realçando a frágil transitoriedade da existência, só restava

49. Cf., e.g., Jonathan Glover, *Humanity - A Moral History of the Twentieth Century*, New Haven/London, Yale University Press, 2001, pp. 43, 60, 113, 129, 131, 170-171, 257, 293, 307, 338 e 341. As “soluções técnicas” e “práticas” com que tais crimes foram cometidos, prescindindo de toda e qualquer transcendência, foram acompanhados de brutalidades e atos de barbárie; L. Földényi, *Dostoyevski Lee a Hegel en Siberia y Rompe a Llorar*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2006, pp. 41 e 49-51.

50. E. Morin, *Breve Historia de la Barbarie en Occidente*, Barcelona, Paidós, 2009, p. 94, e cf. pp. 60 e 92-93.

51. V.E. Frankl, *Em Busca de Sentido - Um Psicólogo no Campo de Concentração*, 33ª. ed. rev., São Leopoldo/Petrópolis, Sinodal/Vozes, 2008, p. 175.

aos vitimados buscar transcender tal transitoriedade, transformando o próprio sofrimento extremo em uma realização humana⁵². Em meio a tantos padecimentos, só lhes restava buscar refúgio na dimensão futura, *sub specie aeternitatis*.⁵³

Com muita perspicácia, Sigmund Freud e Stefan Zweig viam a civilização como uma camada simples e fina, que “a qualquer momento poderia ser varada pelas forças destrutivas do mundo subterrâneo”⁵⁴. Ainda na época da II guerra mundial, em seu denso livro *A Civilização e Seus Descontentes*, S. Freud expôs sua profunda preocupação com o que percebia como o impulso à barbárie, à destruição, que não poderia ser extirpado do psiquê humano⁵⁵. A “civilização”, assim, defronta-se com o problema do sentimento de culpa face à hostilidade humana, e a conseqüente perda da felicidade, inclusive ante a ameaça da própria desintegração⁵⁶. E a religião – acrescentou S. Freud em *O Futuro de uma Ilusão*, dificilmente logra dar resposta a tudo, ao tentar reconciliar o ser humano com a dureza de seu próprio destino⁵⁷.

Ao final da vida (como relata S. Zweig), o velho S. Freud, com sua lucidez de sempre se abrigava em seu próprio quarto, como que buscando manter-se “livre da loucura do mundo exterior”. Stefan Zweig⁵⁸, - com sua devoção a S. Freud como - em sua visão - um “herói do espírito” até o derradeiro instante⁵⁹, - expôs igualmente, em sua autobiografia intelectual *O Mundo que Eu Vi* (1944), escrita pouco antes de por fim a sua própria vida, sua profunda preocupação com o desvanecimento da consciência, e com o fato de ter o mundo passado

52. *Ibid.*, pp. 144 e 161.

53. *Ibid.*, p. 97.

54. Stefan Zweig, *O Mundo que Eu Vi* [1944, *Die Welt von Gestern*], Rio de Janeiro, Edit. Record, 1999, p. 19, e cf. p. 18.

55. Sigmund Freud, *Civilization and Its Discontents* [1930], N.Y., Norton & Cia., 1962 [reed.], pp. 7-9, 26, 36-37 e 59-63.

56. Cf. *ibid.*, pp. 23 e 67-92.

57. Sigmund Freud, *The Future of an Illusion* [1927], N.Y., Anchor Books, 1964 [reed.], pp. 47-48, 52, 71-73 e 91-92.

58. S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi*, *op. cit. supra* n. (53), p. 503.

59. Os dois, em suas cartas, em uma época particularmente turbulenta (1937-1939), confiavam suas ansiedades um ao outro; cf. Stefan Zweig e Sigmund Freud, *Correspondance*, Paris, Ed. Payot & Rivages, 2013 [reed.], pp. 125-126 e 154.

a acostumar-se com a “desumanidade, injustiça e brutalidade, como nunca antes em centenas de séculos”⁶⁰.

A conclusão a que S. Zweig chegara, quanto ao naufrágio da civilização, o perseguiu e atormentou pelo resto de sua vida. Assim, em conferência proferida no Rio de Janeiro em 1936, conclamou: - “Não nos deixemos confundir no fundo da alma por toda a insensatez e desumanidade da nossa época, conservemo-nos fiéis à idéia atemporal da humanidade”⁶¹. Em outra conferência, ministrada em uma viagem à França em 1940, S. Zweig agregou com angústia que “a humanidade terá vergonha daqueles que conspurcaram um século com atos de crueldade inútil, um século cujo progresso, cujas ciências, cujas artes e maravilhosas invenções eram o orgulho e a crença de todos nós”⁶².

Em seu livro de ensaios *Guerra e Paz*, publicado originalmente pouco após a II guerra mundial (e dedicado ao historiador Jacob Burckhardt), Hermann Hesse, evocando o mandamento milenar “não matarás”, ponderou que ainda estamos em vias de nos tornarmos seres humanos; matamo-nos não somente nas “batalhas absurdas”, matamo-nos continuamente, matamos nosso presente e talvez também nosso futuro⁶³. Recorde-se que seu angustiado grito de alarma em *O Lobo da Estepe* (1927), por exemplo, contra o crescente armamentismo, foi premonitório da nova guerra mundial que se aproximava. Ao receber o Prêmio Nobel de Literatura em 1946, confessou já não mais ter saúde, dados os sofrimentos e fadigas acumulados desde 1933, com a destruição na Alemanha de toda a obra de sua vida; mas acrescentou que, no entanto, seu espírito não sucumbiu⁶⁴.

Ao expressar sua “total falta de fê” na “boa vontade do mundo civilizado”, desabafou, com sua característica honestidade intelectual:

60. S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi*, op. cit. supra n. (40), p. 483, e cf. 272-274, 278, 462, 467, 474, 490 e 503-505. Era triste, - agregou, - como as pessoas se viram transformadas em simples objetos, “constantemente interrogados, registrados, numerados, carimbados”; *ibid.*, p. 490.

61. S. Zweig, *O Mundo Insone e Outros Ensaios* (org. A. Dines), Rio de Janeiro, Zahar, 2013, p. 254.

62. *Ibid.*, p. 278.

63. H. Hesse, *Sobre la Guerra y la Paz* [1946], 5ª. ed., Barcelona, Edit. Noguer, 1986, pp. 119 e 122.

64. *Ibid.*, p. 161.

“Sou velho e estou cansado, e a destruição de minha obra, iniciada pelos ministérios de Hitler e culminada pelas bombas americanas, tem dado a meus últimos anos um tom geral de decepção e pena”⁶⁵.

No entanto, reuniu forças para continuar escrevendo algum tempo mais, até o final da vida, e deixou como legado não só suas obras literárias, mas também suas penetrantes reflexões sobre a solidão e o destino⁶⁶.

Hermann Hesse ponderou, ainda, - tal como consta de uma reedição póstuma, de 2003, de seu *Guerra e Paz*, acrescida de alguns outros de seus manuscritos, - que a forma “mais grave de combate” é a organizada pelo próprio Estado, com seu corolário, “a filosofia do Estado”, acompanhados do capital e da indústria⁶⁷. O mundo, às vésperas da II guerra mundial, - recordou, era um verdadeiro “asilo de loucos”, uma péssima peça teatral, capaz de causar náusea em todos⁶⁸. Relatou que, tendo escrito *O Lobo da Estepe* para alertar contra a guerra iminente (*supra*), já na época de Hitler seus livros tinham sido destruídos na Alemanha⁶⁹. Os familiares de sua esposa desapareceram quase todos nos fornos crematórios de Auschwitz⁷⁰.

Passada a guerra, os dirigentes das potências vencedoras nada aprenderam com ela, e passaram a equipar-se para novas guerras; não podemos escutar estes *arrivistes*, mas sim – acrescentou – devemos “criar um espaço espiritual em que possamos “viver e respirar a despeito de todos os venenos do mundo, um refúgio e uma fortaleza”, e ademais “expressar a resitência de espírito às potências bárbaras”⁷¹. Mesmo nos opondo à violência, e buscando, na medida do possível, dela escapar, não deixamos de constatar - agregou - que não tem havido “progresso, que o mundo tem sempre sido governado pelos arrivistas, os sedentos de poder e os violentos”, revelando-se, assim, “trágico”⁷². A distinção

65. *Ibid.* pp. 174 e 159.

66. Cf. *ibid.*, pp. 92-102.

67. H. Hesse, *Guerre et paix*, Paris, L'Arche Ed., 2003 [reed.], p. 127.

68. *Ibid.*, p. 133.

69. Cf. *ibid.*, pp. 146-147 e 165.

70. Cf. *ibid.*, p. 164.

71. *Ibid.*, pp. 170, 173 e 178.

72. *Ibid.*, p. 179.

entre o bem e o mal, - concluiu H. Hesse, - não é precisa, mas ainda assim não podemos duvidar de que nossa indignação seja justa: “não se pode responder à violência com a violência”⁷³.

Em notável livro escrito no pós-II guerra mundial (*Aspectos do Drama Contemporâneo*, 1948), hoje esquecido, C.G. Jung observou que quando as “nações civilizadas” causaram a irrupção da guerra, e inclusive a prepararam, deixaram que a impunidade do mal contagiasse inelutavelmente a todos. Os indivíduos foram tragados pelos Estados, que se engajaram em “crimes coletivos”, configurando uma “culpabilidade coletiva”, uma “fatalidade trágica”. Esqueceram-se todos de que a verdadeira vida era a vida pessoal de cada um⁷⁴. As aglomerações em massa levaram a um estado mental patológico, à histeria e psicose coletivas, às “irrupções do inconsciente coletivo”, deixando de lado a cultura, e criando um clima propício aos “crimes coletivos” em meio à “atmosfera de catástrofe”⁷⁵. O que me parece altamente preocupante, é que não há sinais de que as gerações sucessivas, até o presente, tenham aprendido as lições do passado.

C.G. Jung foi também um estudioso das religiões, da mitologia e do arcaico, atento que se mostrava às manifestações espirituais (e não só aos instintos da libido, distintamente de seu mentor inicial, S. Freud). Para C.G. Jung, - como sugeriu em *O Homem e Seus Símbolos* (1964), - a mente humana restava ainda “praticamente inexplorada”⁷⁶. Era, pois, relevante o “processo de individuação” de cada um, para fazer face ao sentimento de falta de sentido na vida. Para C.G. Jung, cabe a cada um encontrar o próprio caminho e viver a própria vida, o que nem sempre é fácil⁷⁷. Após o processo de individuação, de articulação pessoal, cada um retorna ao coletivo, e contribui ao seu meio social, e ambos evoluem. Sem isto, estariam ambos estagnados e pereceriam; é assim, para Carl G. Jung, que a sociedade e a civilização gradualmente evoluem⁷⁸.

73. *Ibid.*, p. 179.

74. C.G. Jung, *Aspects du drame contemporain*, Genève/Paris, Libr. de l'Univ. Georg/Éd. de la Colonne Vendôme, 1948, pp. 77-78, 140-142 e 145-146.

75. *Ibid.*, pp. 150, 164, 166, 169, 173-174, 179, 198-200, 208, 214, 218-219 e 221.

76. Cf. G. Lachman, *Jung, o Místico - Uma Nova Biografia*, São Paulo, Ed. Cultrix, 2012, pp. 109 e 218, e cf. pp. 159, 198 e 216-217.

77. . Cf. *ibid.*, pp. 224 e 232, e cf. pp. 230 e 233.

78. Cf. *ibid.*, pp. 146-147.

Seu conhecido *O Livro Vermelho*⁷⁹, ao registrar o seu “confronto com o inconsciente”, deixa claro que não há crescimento pessoal sem sofrimento. C.G. Jung em muito se ocupou do problema do mal, como revelado em seu livro *Resposta a Jó* (1952), no qual visualizou o mal não como a ausência do bem (como no cristianismo): para ele, “bem e mal são metades de um todo paradoxal” (como há muito sustentado pelas religiões orientais)⁸⁰. O ser humano é capaz de praticar o bem assim como o mal. Do mesmo modo, - me permito aqui reiterar, - civilização e barbárie se afiguram como duas faces de uma mesma medalha.

C.G. Jung, como se sabe, distanciou-se das teses de S. Freud. Outro a fazê-lo foi Erich Fromm, que durante anos expressou sua oposição à premissa freudiana do papel da energia da libido na formação da personalidade humana, e sustentou que esta última se encontrava vinculada às condições do meio social e à cultura. Pacifista e humanista, E. Fromm propugnou por um mundo livre das guerras, e criticou duramente o militarismo, o autoritarismo, o capitalismo corporativo e o consumismo em massa. Sua visão era a da construção de uma sociedade humanista e democrática, que guardasse lugar para o bem-estar e a felicidade de cada indivíduo.

Com este propósito, desde cedo em sua vida profissional buscou expor e denunciar, em seu livro *O Medo da Liberdade* (1941), a psicologia social dos regimes autoritários e totalitários (como nas eras de Stalin e Hitler)⁸¹. Com o acúmulo de sua experiência, opôs-se à delegação da liberdade individual aos regimes autoritários, criticou o “realismo”, pleiteou o fim da guerra do Vietnã, e demonstrou que, no passado, as guerras e opressões só levaram à destruição. Insistiu em que só haveria sociedade verdadeiramente “civilizada” se baseada em valores humanistas⁸², e no amor à vida e a “tudo que tem vida”⁸³.

79. Tido por muitos como o livro central de sua obra, teria sido escrito por C.G. Jung em 1930, e depois por ele guardado, e publicado somente muitos anos depois.

80. C. Dunne, *Carl Jung - Curador Ferido de Almas*, São Paulo, Edit. Alaúde, 2012, pp. 9 e 171, e cf. pp. 169 e 229.

81. Cf. E. Fromm, *El Miedo a la Libertad*, Barcelona, Paidós, 2012 [reed.], pp. 215-280.

82. Cf. E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión - Una Autobiografía Intelectual* [1962], Barcelona, Paidós, 2008 [reed.], pp. 78 e 234-239.

83. Cf. L.J. Friedman e A.M. Schreiber, *The Lives of Erich Fromm - Love's Prophet*, N.Y., Columbia University Press, 2013, pp. 265 e 313, e cf. pp. 115, 144, 227, 298 e 307.

Anos depois, já no final de sua vida, E. Fromm retomou sua análise da psicologia social da destruição, em seu livro *A Anatomia da Destrutividade Humana* (1974); uma vez mais, afastou-se da análise de S. Freud baseada nos instintos, e desenvolveu sua própria linha de pensamento, baseada no caráter social. Alertou contra os autoritarismos conducentes à mais completa destruição (como o hitleriano), e para o destino da civilização, a depender - insistiu ele - da prevalência do amor à vida⁸⁴. Alertou, enfim, que as guerras passadas e presentes têm deixado um rastro de perda de esperança e embrutecimento, e ainda hoje se faz presente a tensão da coexistência ou ambivalência entre civilização e barbárie, que requer todo o nosso empenho pelo renascimento do humanismo⁸⁵.

VI. Considerações de Ordem Histórica

O fanatismo - com suas conseqüências devastadoras - tem estado presente ao longo da história, como, e.g., de forma notória, nas cruzadas seguidas das guerras religiosas (séculos XI-XVII). Desde então, não obstante a crença no progresso decorrente do liberalismo e dos resultados das pesquisas científicas (séculos XVIII-XIX), o fanatismo continuou a marcar presença nas guerras de colonização e na brutalidade das perseguições e massacres sucessivos (os *pogroms*, o genocídio dos armênios⁸⁶, entre outros⁸⁷). No início do século XX, os primeiros campos de

84. Cf. E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana* [1974], México/Madrid/Buenos Aires, 2009 [reed.], pp. 16-468.

85. E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión...*, *op. cit. supra* n. (81), pp. 240 e 250-251.

86. Cf., e.g., H.H. Riggs, *Days of Tragedy in Armenia: Personal Experiences in Harpoot (1915-1917)*, Ann Arbor, Gomidas Institute, 1997, pp. 118-120, 130 e 174-175; A. Toynbee and J. Bryce, *Atrocidades Turcas na Armênia* [reed.], São Paulo, Paz e Terra, 2003, p. 37, e cf. pp. 45, 60-61, 65 e 69; J.-B. Racine, *Le génocide des Arméniens - Origine et permanence du crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 61, 63 e 101-102. E cf. também, e.g., Henry Morgenthau, *A História do Embaixador Morgenthau - O Depoimento Pessoal sobre um dos Maiores Genocídios do Século XX*, São Paulo, Ed. Paz e Terra, 2010, pp. 15-312; G. Chaliand e Y. Ternon, *1915, le génocide des Arméniens*, Bruxelles, Éd. Complexe, 2006 (reed.), pp. 3-199.

87. Cf., e.g., I. Chang, *The Rape of Nanking - The Forgotten Holocaust of World War II*, London, Penguin Books, 1997, pp. 14, 70, 101-103, 149, 152-153, 174, 182, 212 e 218-220; J.-L. Margolin, *Violences et crimes du Japon en guerre - 1937-1945*, Paris, Hachette, 2009, pp. 170 e 214; M.A. Lopes e M.L. Martins, *A Peste das Almas - Histórias de Fanatismo*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2006, pp. 34, 81, 83 e 97.

concentração alemães foram montados (em fins de 1904) na África do Sudoeste; o termo *Konzentrationslager* foi introduzido no idioma alemão, na época da perpetração do genocídio contra os povos locais Herero e Nama⁸⁸. Quem eram os “civilizados”, os colonizadores ou os colonizados? Quem eram os “bárbaros”, os colonizados ou os colonizadores?

A I guerra mundial - cuja eclosão completará um século no próximo ano - veio representar a morte em massa, não só dos combatentes, mas também das populações civis, que se tornaram alvos de bombardeios. Cada país beligerante se arvorava representar a “civilisation/Kultur”, contra a “barbárie” dos oponentes. Em meio a esta ideologia, tornaram-se encarniçados os combates, cada um almejando a destruição total do outro: na radicalização da violência extrema, a totalidade da população adversa tornara-se “inimiga” dos auto-proclamados “civilizados”.

Havia surgido o germe da “guerra total”, que seria levada a extremos duas décadas depois, com a eclosão da II guerra mundial. No cataclismo da Grande Guerra (1914-1918), todos os mobilizados participavam sem remorsos das atrocidades. Onde estavam os “civilizados”? Em meio à propaganda, cada país beligerante se julgava autorizado a matar sem piedade (inclusive civis e prisioneiros de guerra), para erradicar a “barbárie” encarnada no “inimigo”, e construir assim - em sua alucinação - um “mundo melhor”. Neste cenário de devastação, onde estavam os países “civilizados”?

Dois anos após o fim da I guerra mundial, e um ano após o Tratado de Paz de Versalhes, era redigido o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), no qual se inseriu, com acerto, no rol das fontes “formais” do direito internacional constante do artigo 38, a referência aos “princípios gerais do direito” (cf. *supra*); mas estes foram inadvertidamente qualificados como aqueles “reconhecidos pelas nações civilizadas”. Quais eram as “nações civilizadas”? Como pretender, ainda mais em meio à mentalidade da época, que existiam (ou existem) “nações civilizadas”? Onde estavam (e estão) os países “civilizados”? O ódio exterminador emergido da I guerra mundial -

88. Cf., a respeito, D. Olusoga e C.W. Erichsen, *The Kaiser's Holocaust - Germany's Forgotten Genocide*, London, Faber & Faber, 2011, pp. 1-379; B. Madley, “From Africa to Auschwitz: How German South West Africa Incubated Ideas and Methods Adopted and Developed by the Nazis in Eastern Europe”, *35 European History Quarterly* (2005) pp. 429-464.

sobejamente conhecido na época - viria a ter conseqüências catastróficas na II guerra mundial, em que a dimensão racial foi incorporada à antinomia entre “civilizados” e “bárbaros”.

O extermínio total assumiu proporções apocalípticas, e a soberania estatal absoluta perdeu inteiramente qualquer pretensão de legitimidade, ao utilizar os indivíduos sob a jurisdição nacional como meros instrumentos descartáveis de destruição e perpetração de atrocidades. Ao longo do século XX, a par das guerras, diversificaram-se as formas de extermínio em massa, em distintos continentes. Onde estavam e estão os “povos civilizados”? Reservaram-se crescentes “recursos humanos” e materiais para o extermínio das vítimas, previamente identificadas e desumanizadas, que se tornaram bem mais numerosas do que os combatentes mortos nos conflitos armados convencionais.

Não obstante a diversidade das formas de extermínio (execuções sumárias em massa, deportações, desaparecimentos forçados, campos de concentração, mortes em massa por inanição, trabalho forçado ou escravo, “limpeza étnica”, dentre outras), apresentaram e apresentam estas, como traço comum, as mentiras e manipulações, a propaganda e o uso indevido da linguagem⁸⁹. Nas últimas décadas, têm continuado os fanatismos na irrupção da guerra “total”, e em meio às confrontações ideológicas, aos terrorismos (de grupos clandestinos assim como de Estados), e, mais recentemente, às devastações geradas pelos fundamentalismos religiosos e étnicos⁹⁰.

Multiplicaram-se as formas de extermínio e violência em massa, circundadas de fanatismo, buscando desumanizar as numerosas vítimas. Novas formas de extermínio passaram a ser premeditadamente utilizadas, com requintes de crueldade, como a dos campos ou locais de estupro em massa durante as guerras nos Bálcãs, na década de noventa⁹¹. A despeito das

89. D.J. Goldhagen, *Worse than War - Genocide, Eliminationism, and the Ongoing Assault on Humanity*, London, Abacus, 2012 [reed.], pp. 6-7, 14, 19, 24, 29, 38-39, 45-46, 56, 94-95, 141-142, 196, 213, 298, 311, 325, 356, 358, 365, 368, 397, 424, 459, 486, 492 e 563-564.

90. Cf. [Vários Autores,] *Faces do Fanatismo* (eds. J. Pinsky e C.B. Pinsky), São Paulo, Ed. Contexto, 2004, pp. 106-109, 124-126, 161, 175 e 214-215.

91. Cf., e.g., B. Allen, *Rape Warfare - The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, Minneapolis/London, University of Minnesota Press, 1996, pp. 1-162. Sobre o chamado “estupro genocida”, cf., e.g., P. Mojzes, *Balkan Genocides - Holo-*

mudanças nos contextos históricos sucessivos, persistiu o fanatismo em todos eles. Onde estavam e estão os “países civilizados”? A fé na razão humana subsiste, - sem a qual não haveria mais esperança alguma, - circundada das ameaças recorrentes dos fanatismos. A consciência moral do ser humano encontra-se hoje diante do fosso entre os avanços no campo do conhecimento científico-tecnológico e a falta de um correspondente aperfeiçoamento humano integral (uma crise sem precedentes da *recta ratio*)⁹².

A história, repleta de violência e declínios, não confirma o mito “cientificista” de um constante progresso humano gerado pela ciência, à margem dos valores humanos; a tecnologia e os avanços do conhecimento científico foram postos a serviço das guerras, em meio à propaganda que buscava justificar as devastações e os ataques de destruição em massa⁹³. Logo tornou-se claro que o conhecimento científico era incapaz de ordenar a vida e preservar a “civilização”, quando desprovido de valores⁹⁴. A sucessão interminável de atrocidades, ao longo de todo o século XX (e nestes primeiros anos do século XXI) parece indicar que a maldade humana não tem limites.

Um pensador humanista, Jacques Maritain, passou a buscar alguma explicação para as atrocidades do século XX na teologia: discorrendo sobre a “inocência de Deus” face às atrocidades cometidas por suas criaturas, ponderou que, à medida em que

“la conscience des hommes devenait plus sensible à la dignité de la personne humaine et aux outrages qui lui sont infligés par le mal, (...) à mesure donc que se développait un tel processus, le problème du mal a pris une importance plus tragique pour la conscience humaine”⁹⁵.

caust and Ethnic Cleansing in the Twentieth Century, Lanham, Rowman & Littlefield Pubs., 2011, pp. 34-35, 135, 184-187, 217 e 229.

92. Cf., e.g., [Vários Autores,] *Crisi e Risveglio della Coscienza Morale nel Nostro Tempo* (ed. A. Lobato), Bologna, Ed. Studio Domenicano, 1989, pp. 6-7, 16, 24-27, 34, 39, 57, 63, 68, 81, 85-89, 121, 160, 163 3 180-181.

93. B. Appleyard, *Ciencia vs. Humanismo: Un Desacuerdo Imprevisible*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 2004, pp. 28, 114, 149-151 e 153-157.

94. A. Malraux, *Antimémoires*, Paris, Gallimard, 1967, pp. 334 e 348, e cf. pp. 584-587, 591-592 e 596.

95. J. Maritain, “Dieu et la permission du mal”, in *Oeuvres de Jacques Maritain - 1961-1967 (Jacques et Raïssa Maritain - Oeuvres complètes)*, vol. XII, Fribourg/

As referidas atrocidades, na visão de J. Maritain, decorreram do desprezo pela pessoa humana e sua dignidade, e do esquecimento da necessidade de retidão na vida e do primado dos fins espirituais sobre os temporais ou políticos; as atrocidades resultantes revelaram a fragilidade da civilização⁹⁶. Ao alertar contra as servidões do materialismo, insistia J. Maritain (na linha do pensamento tomista) que somente a vida íntegra proporciona o verdadeiro progresso, mediante a *ascensão da consciência*⁹⁷. E acrescentava que o Estado não pode obrigar o indivíduo a reformar seu juízo de consciência, pois *a pessoa humana transcende o Estado*⁹⁸. Para J. Maritain, não há como trasladar o destino de um ser humano a um “todo artificial” sobreposto a ele⁹⁹; só assim resistiremos a uma recaída nos totalitarismos. J. Maritain conclamava à busca da realização do *bem comum*, tendo sempre em mente a dignidade da pessoa humana¹⁰⁰; propugnava, em suma, por um “humanismo integral”¹⁰¹.

As conseqüências do uso do conhecimento para a destruição em massa têm sido devastadoras e humilhantes para todos, ao longo do tempo, trazendo de novo à baila os antigos enfrentamentos entre os especialistas da ciência e os humanistas. Cada uma das ideologias do século XX, prometendo reordenar a sociedade e criar “novos tipos de civilização” (tidos como “superiores”), levou à coletivização mecanizada e à violência extrema, deixando milhões de mortos em meio a massacres e “extermínio cultural” perpetrados pelo Estado¹⁰². A contrário das promessas

Paris, Éd. Universitaires/Éd. Saint-Paul, 1992, p. 17, e cf. p. 41. Na percepção de J. Maritain, a causa do mal não era atribuível a Deus, mas residia na “condição existencial do mundo”, na liberdade de suas criaturas; *ibid.*, p. 43.

96. J. Maritain, *Primacia de lo Espiritual*, Buenos Aires, Ed. Club de Lectores, 1982, pp. 23, 27, 111 e 145; e cf. J. Maritain, *Para una Filosofía de la Persona Humana*, Buenos Aires, Ed. Club de Lectores, 1984, pp. 164, 176-178, 196-197, 221 e 231.

97. J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatan, 1982, pp. 38, 44, 50, 69 e 94-95.

98. *Ibid.*, pp. 79-82; e cf. J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Livr. Agir Ed., 1966, pp. 96-102.

99. J. Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 (reed.), p. 92, e cf. pp. 45 e 96.

100. Cf. *ibid.*, pp. 29, 49-50, 93 e 104.

101. Cf. J. Maritain, *Humanisme intégral*, Paris, Aubier, 2000 (reed.), pp. 18, 37, 137 e 230-232.

102. M. Mazower, *Dark Continent : Europe's Twentieth Century*, London, Penguin Books, 1999 [reed.], pp. 88 e 161, e cf. pp. 61-73, 120-122, 168, 238-239, 305 e 406.

deste último, a “civilização” pareceu ter-se desvanecido, sendo por vezes vislumbrada em um horizonte longínquo, como uma miragem.

Da tensão entre civilização e barbárie dão importante testemunho os *Diários*, esquecidos em nossos dias, de humanistas que sobreviveram a duas guerras mundiais, como Georges Duhamel, Romain Rolland, e René Cassin, dentre outros. O médico e humanista G. Duhamel, por exemplo, em seu *Diário* da primeira guerra mundial, intitulado *Civilização - 1914-1917*, advertia para o fato de que “a guerra tornou-se uma indústria, um empreendimento mecânico e metódico de matanças”, uma verdadeira “réplica da civilização propriamente dita”¹⁰³. Posteriormente, em seu *Diário* da eclosão da segunda guerra mundial, voltou a denunciar a “ideologia bárbara” da guerra, em meio à propaganda, destruindo a civilização com sua “falta de humanidade”. O próprio Ocidente contribuiu a este quadro sinistro, mas o espírito do humanismo poderia ressurgir das cinzas¹⁰⁴.

Outros sobrevivente de duas guerras mundiais, que deixou *Diários* de ambas (o *Journal des années de guerre - 1914-1918*, e o *Journal de Vézelay - 1938-1944*), também abordando a tensão entre “civilização” e barbárie, foi Romain Rolland. Cedo se notabilizou como um pacifista, mas, ante a ascensão de Hitler, perdeu a fé em seus ideais de pacifista, e passou a concentrar-se na “segurança coletiva”. Ao narrar a irrupção da II guerra mundial, denunciou a demagogia, o fanatismo, a propaganda e as mentiras, que a precipitaram¹⁰⁵, e o clima de angústia e terror que logo pairou sobre todos¹⁰⁶, em meio aos escombros em que passaram a se encontrar os “povos civilizados”, de novo frente à “barbárie”¹⁰⁷.

Por vezes R. Rolland tentou buscar respostas, a este quadro sinistro, na leitura dos clássicos¹⁰⁸, - como também o fazia Simone

103. G. Duhamel, *Civilisation - 1914-1917*, Paris, Mercure de France, 1944, pp. 53 e 274-275.

104. Cf. G. Duhamel, *Mémorial de la guerre blanche - 1938*, Paris, Mercure de France, 1945, pp. 41, 95, 100, 102 e 170.

105. Cf. R. Rolland, *Journal de Vézelay - 1938-1944*, 2a. ed., Paris, Bartillat, 2012, pp. 109, 112, 115, 120, 172-173, 242, 273-274, 283, 311 e 317.

106. Cf. *ibid.*, pp. 134, 142, 159 e 412.

107. Cf. *ibid.*, pp. 202 e 275.

108. Cf. *ibid.*, pp. 26, 172 e 394; e cf. também, e.g., R. Rolland, *Au-dessus de la mêlée*, op. cit. *infra* n. (110), pp. 82 e 177-178; R. Rolland, *Vida de Tolstói*, Barcelona, Acantilado, 2010, pp. 7-236.

Weil¹⁰⁹. Em seu livro *Clerambault - Histoire d'une conscience libre pendant la guerre* (1920), denunciou a guerra - com sua inconsciência, suas mentiras e brutalidades, e seus lucros - como “la faillite de la civilisation”, fazendo abstração da “consciência universal”¹¹⁰. Em um célebre manifesto pacifista, na época da I guerra mundial, R. Rolland ressaltou a tensão constante entre a “civilização” e a barbárie, e alertou que não se pode, em nome de uma “civilização”, buscar destruir ciminalmente outra¹¹¹.

Os biógrafos de R. Rolland ressaltaram seu idealismo humanista¹¹², sua ferrenha oposição às mentiras e à “monstruosa *raison d'État*”, e sua decidida defesa da unidade do gênero humano¹¹³. Stefan Zweig, admirador de R. Rolland, destacou seu “heroísmo de espírito”, seu combate ao “mundo real” para defender o “invisível” e denunciar a “falência da civilização” e o retorno à barbárie pelo recurso à guerra¹¹⁴. R. Rolland combateu sobretudo a “ideologia da guerra”, lamentando a sorte de milhões de seres humanos que se imolavam tragicamente sem sequer saber por que, deixando-se “absorver pela mentira da coletividade”. Para ele, “a guerra das massas, a brutalidade uniformizada, a mobilização ao comando” desprovido de “personalidade”, constituíam “o mais terrível crime contra a liberdade” humana¹¹⁵.

Outro a sobreviver duas guerras mundiais foi René Cassin, um livre-pensador, que cedo começou a refletir sobre a relação entre o Estado e o cidadão, movido por sua preocupação com o sofrimento dos vulneráveis e para evitar o maior mal da civilização, a barbárie dos devastadores conflitos armados. Em suas recordações amargas das duas guerras mundiais, R. Cassin denunciou os “Estados-Leviatãs”, que tragicamente transformaram os seres humanos em instrumentos ou escravos, deles dispondo

109. Cf. S. Weil, “L’Iliade’ ou le poème de la force” [1940-1941], in *Oeuvres*, Paris, Gallimard, 1999, pp. 527-552; S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opression Social* [1954], Barcelona, Paidós, 1995 [reed.], pp. 43-150.

110. R. Rolland, *Clerambault - Histoire d'une conscience libre pendant la guerre*, Paris, Libr. P. Ollendorff, 1920, pp. 28, 42 e 69.

111. R. Rolland, *Au-dessus de la mêlée* [1914], Paris, Payot, 2013 [reed.], p. 158, e cf. pp. 70, 82, 120, 132-135 e 178.

112. Cf. A.R. Levy, *L'idéalisme de Romain Rolland*, Paris, Nizet, 1946, pp. 11-290.

113. J.-B. Barrère, *Romain Rolland*, Paris, Seuil, 1978, pp. 53, 57, 118 e 169.

114. S. Zweig, *Romain Rolland*, Paris, Belfond, 2000 [reed.], pp. 273, 275 e 284.

115. *Ibid.*, pp. 305, 337, 346 e 366.

totalmente, esquecidos ser próprio de toda civilização tratar a pessoa humana como um fim em si mesma¹¹⁶ (para evocar a célebre expressão de E. Kant). No entanto, a visão hegeliana já proclamara a inexistência de indivíduos (como fins), entregues ao Estado; na visão de R. Cassin, com o advento dos Estados totalitários, os “Estados-Leviatãs” passaram a justificar tudo (em meio à propaganda e aos fanatismos), inclusive o extermínio em massa de seres humanos¹¹⁷.

Já no período do entre-guerras R. Cassin passou a meditar sobre os meios de assegurar proteção aos indivíduos contra os desmandos da soberania estatal. Em sua ótica, face ao despotismo, ao armamentismo e à ameaça da guerra, impunha-se - como prioridade - estabelecer limites à soberania estatal¹¹⁸. Para isto, cabia desviar as atenções do Estado para a sociedade civil e os indivíduos, o que R. Cassin logrou mais tarde fazer, nos trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹¹⁹. R. Cassin valorizava o direito de petição individual internacional (por violações de direitos humanos), que não encontrou guarida na Declaração Universal de 1948, mas apenas mais tarde, no Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos¹²⁰.

Bem antes disso, no entanto, R. Cassin propunha, já em 1930, ao abordar o estatuto pessoal, que o fator de conexão fosse a residência, e não a nacionalidade (a tese que prevalecia na época), de modo a ampliar a proximidade das pessoas e a vindicação de seus direitos no cenário internacional, face a mudanças territoriais e migrações¹²¹. Já vinha, pois, contemplando a idéia da afirmação da pessoa humana frente ao próprio Estado, bem antes da eclosão da II guerra mundial. Com os horrores e a devastação desta advindos, veio a reação da consciência

116. Cf. R. Cassin, *La pensée et l'action*, Boulogne-sur-Seine, Éd. F. Lalou, 1972, pp. 63, 67 e 69.

117. Cf. *ibid.*, pp. 66 e 69-70.

118. J. Winter e A. Prost, *René Cassin and Human Rights - From the Great War to the Universal Declaration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 11, 19, 47, 66, 70, 85, 188 e 336.

119. *Ibid.*, pp. 147, 162, 221-227, 238-240, 244-245, 343 e 350.

120. Cf. A.A. Caçado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª. ed., vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Edit., 2003, pp. 51-87.

121. Cf. R. Cassin, “La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois”, 34 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1930) pp. 655-810.

humana, em um dos raros momentos de lucidez da história contemporânea: a da adoção pelas Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Anos depois, René Cassin exclamou que, com a Declaração, “algo novo” surgiu no mundo¹²². Encontrou ele tempo para deixar para a posteridade seu relato circunstanciado do processo *coletivo* de elaboração da referida Declaração, em um período de tempo relativamente breve (1946-1948). Destacou, em particular, a *universalidade* da mesma (que não havia sido antecipada no início daquele processo de elaboração), o *ideal comum* de todos por ela representado e a servir de base a um verdadeiro ordenamento internacional, e a relevância dos *princípios gerais* a revelarem a unidade do gênero humano e os “atributos essenciais” da pessoa humana¹²³.

1. Civilização e Barbárie no Tempo

A obra magistral de Arnold J. Toynbee (*Um Estudo de História*), publicada em dez tomos entre 1934 a 1954¹²⁴, examinava o movimento gênese/crescimento/ruptura/desintegração das civilizações¹²⁵, em que se perfilava o curso da tragédia¹²⁶. Não obstante, também detectava a busca da universalidade¹²⁷, e os *contatos ou encontros entre as civilizações* no espaço e no tempo¹²⁸, para então deixar registrada sua profissão de fé na liberdade pessoal e na justiça social¹²⁹. A leitura de A.J. Toynbee sempre me impressionou por sua erudição e sua honestidade intelectual: não se

122. Cf. R. Cassin, *La pensée et l'action*, *op. cit. supra* n. (94), p. 118, e cf. pp. 103-118.

123. Cf. R. Cassin, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, 79 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 237-368.

124. Os três primeiros tomos foram publicados em 1934; os três seguintes em 1939; e os restantes em 1954. A versão condensada foi publicada em 1946 (tomos I-VI) e 1957 (tomos VII-X); a partir de 1960 esta versão (aos cuidados de D.C. Somerwell) passou a ser reimpressa em um tomo único: A.J. Toynbee, *A Study of History*, Oxford, Oxford University Press, 1970 (3ª. reimpr.), pp. 1-1003.

125. A.J. Toynbee, *A Study of History*, *op. cit. supra* n. (123), pp. 48-558 e 826-850.

126. Cf. *ibid.*, pp. 678-701.

127. Cf. *ibid.*, pp. 559-677.

128. Cf. *ibid.*, pp. 702-818.

129. Cf. *ibid.*, pp. 898-903.

acanhava em confessar suas crenças, tendo vivido e trabalhado em um mundo marcado por cataclismos sociais e sucessivas atrocidades.

A.J. Toynbee tomava por “civilização” a menor unidade de estudo histórico a que se poderia chegar, ou seja, a sociedade, o meio social em exame. “Civilização” e “sociedade” se interrelacionavam, sendo para ele termos equivalentes. Escrevendo pouco após a segunda guerra mundial, A.J. Toynbee advertia (em *A Civilização Posta à Prova*, 1948) que a iniquidade humana não foi eliminada com o desenvolvimento do conhecimento técnico-científico, mas sim amplamente aumentada. Cada uma das civilizações passadas estava convencida de que era a única verdadeiramente civilizada, e de que as demais eram bárbaras¹³⁰.

No entanto, a guerra passou a ser - e continuava sendo - a causa da morte de muitas civilizações. Urgia, assim, por um fim às guerras, e a outras perversidades da “tecnologia moderna”, que aumentavam as disparidades sociais. A grande tragédia constatada por A.J. Toynbee residia no fato de ter o ser humano alcançado grande progresso no conhecimento técnico científico, não acompanhado de avanço equivalente no plano espiritual¹³¹. Só logramos aprender mediante o sofrimento, para A.J. Toynbee, nossa descoberta é a mesma de Ésquilo, pois é através do sofrimento que alcançamos o saber¹³².

Nos últimos dois séculos e meio, em plena era dos Estados nacionais, - prosseguiu A.J. Toynbee, - tem-se assistido a uma sucessão de perseguições, deportações, expulsões e massacres¹³³. Como falar em Estados “civilizados”? A tecnologia, mesmo avançada, - ponderava A.J. Toynbee, - permanece na “superfície da vida”, podendo ter um “efeito profundamente desintegrador” na vida espiritual de uma sociedade; a religião, por outro lado, desce às suas raízes¹³⁴. No “decorso de uma geração”, - acrescentou em 1950, - “aprendemos duas verdades

130. A.J. Toynbee, *Estudos de História Contemporânea*, 3a. ed., São Paulo, Cia. Edit. Nacional, 1967, pp. 35, 75, 209 e 266; K.W. Thompson, *Toynbee's Philosophy of World History and Politics*, Baton Rouge/London, Louisiana State University Press, 1985, p. 216.

131. A.J. Toynbee, *Estudos de História...*, *op. cit. supra n.* (129), pp. 243; K.W. Thompson, *Toynbee's Philosophy*, *op. cit. supra n.* (129), pp. 71-72, 74, 189, 199 and 204.

132. A.J. Toynbee, *Estudos de História...*, *op. cit. supra n.* (129), pp. 26 e 110-111.

133. *Ibid.*, pp. 297-300.

134. *Ibid.*, p. 289.

fundamentais”: uma, que toda guerra é uma guerra de extermínio, e outra, que a melhoria da técnica militar é “habitualmente, senão sempre, o sintoma do declínio de uma civilização”. Estas lições parecem esquecidas em nossos dias¹³⁵.

A.J. Toynbee constatou a tragédia nos acontecimentos humanos; examinou o surgimento, o crescimento, a ruptura e a desintegração das civilizações em meio à imutabilidade da natureza humana, - como um padrão na história. Alertou para o efeito devastador das guerras em meio à propaganda. Para ele, os elementos político e econômico são manifestações superficiais e triviais da natureza de uma civilização, ao passo que seu elemento cultural é “sua alma”. A.J. Toynbee jamais se desesperou: em um diálogo concedido ao final de sua vida, ponderou que percebia que a humanidade tomava os primeiros passos para assumir um sentido de “responsabilidade coletiva” pelas atrocidades ocorridas no século passado, como, e.g., “a humanização do tratamento de prisioneiros”, e a “vindicação dos direitos humanos fundamentais e universais”¹³⁶.

Sempre insistindo em que só se pode aprender com o sofrimento, A.J. Toynbee manteve e cultivou durante toda sua vida o “sentimento íntimo” (*inner feeling*), sua própria forma de religião pessoal¹³⁷, - desde sua primeira pesquisa, sobre o genocídio dos armênios em 1915-1916 (primeira obra a respeito, publicada em 1916)¹³⁸, - até seus últimos escritos. No final de sua vida, confessou o historiador humanista, ao concluir seu monumental *A Study of History*, que foi tomado por um sentimento de espanto quanto ao “destino humano”, por haver se mantido “consciente da tragédia dos eventos humanos”. Mediante o estudo da história, havia buscado compreender o universo, ou seja, “compreender o incompreensível”¹³⁹. Ao final de sua jornada, A.J. Toynbee admitiu que se encontrava diante dos mistérios do

135. A.J. Toynbee, *Guerra e Civilização*, Lisboa, Edit. Presença, 1963 [reed.], pp. 20, 29 e 178; e cf. também J. de Romilly, *La Grèce antique contre la violence*, Paris, Éd. Fallois, 2000, pp. 18-19 e 129-130.

136. [A.J. Toynbee,] *Toynbee on Toynbee (A Conversation between Arnold J. Toynbee and G.R. Urban)*, Oxford/N.Y., Oxford University Press, 1974, pp. 9, 26, 38, 80, 85 e 103-104.

137. *Ibid.*, pp. 110-113.

138. A.J. Toynbee, *Les massacres des Arméniens - Le meurtre d'une nation (1915-1916)*, Paris, Ed. Payot & Rivages, 2012 [reed.], pp. 35-315.

139. [A.J. Toynbee,] *Toynbee on Toynbee, op. cit. supra* n. (135), pp. 26-28, 38 e 40.

universo e da existência humana, das indagações quanto ao destino, e da tragédia da condição humana.

Outro historiador que examinou as civilizações em uma escala temporal, Fernand Braudel, escreveu que abarcam elas períodos bem mais longos que qualquer outro fenômeno social, e seu estudo requer insumos de todas as ciências sociais, ademais da própria história. Para F. Braudel, o traço mais marcante das civilizações, em sua virtual totalidade, é a religião, seguida dos diferentes tipos de *modus vivendi*, vida familiar, relações laborais. F. Braudel ademais assinalou, em sua *História das Civilizações*, que estas flutuam em ciclos, por vezes rompidos abruptamente, uma vez que cada geração busca contradizer sua predecessora¹⁴⁰.

2. *A Projeção da Barbárie no Tempo*

Um historiador da atualidade, Niall Ferguson, ao retomar a temática da civilização, recorda - ainda que ligeiramente - o valioso legado de A.J. Toynbee (os ciclos civilizatórios no *A Study in History - supra*), para em seguida rechaçar como equivocada a proposição de D. Huntington de um pretendido *Conflito de Civilizações*. Para N. Ferguson, tal “conflito” não se constata na atualidade. Desde o chamado “fim” da guerra fria, - como assinala em seu próprio livro *Civilização*, - o que realmente ampliou foram os conflitos (armados) internos ou locais, dentro de determinados meios sociais, e não “entre civilizações”. No entanto, - acrescenta, - estas últimas têm que permanecer atentas às ameaças, não de outras civilizações, mas das manipulações e da ignorância que ocorrem em seu próprio seio¹⁴¹. Com efeito, a contrário do que pretendeu demonstrar S. Huntington, não há claras linhas divisórias e mutuamente excludentes entre as civilizações: estas têm interagido, se interrelacionado e influenciado *inter se*¹⁴². O problema real

140. F. Braudel, *A History of Civilizations* [1963], London/N.Y., Penguin Books, 1995 [reed.], pp. 9-10, 18, 23, 25-26 e 28.

141. N. Ferguson, *Civilization*, London, Penguin Books, 2012, pp. 297, 313 e 324-325.

142. Cf. O. Korhonen, “Dialogue among Civilizations: International Law, Human Rights and Difference”, in *Dialogue among Civilizations - Finnish-Iranian Human Rights Expert Dialogue* (eds. L. Hannikainen e S.K. Sajjadpour), Rovaniemi, University of Lapland Ed., 2002, pp. 36-37.

reside no uso indevido da linguagem, somado à ignorância, no interior de cada uma delas.

Com efeito, as atrocidades perpetradas nas últimas décadas não desaparecem com os falecimentos de suas vítimas, em sua grande maioria pessoas inocentes. Os sofrimentos delas decorrentes projetam-se no tempo, gerando efeitos em sucessivas gerações, retumbando em suas consciências. Tive ocasião, a esse respeito, de dedicar um capítulo de meu livro de memórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos à “Projeção do Sofrimento Humano no Tempo” (cap. XIX). Aí condensei as reflexões que desenvolvi precisamente sobre este tema em meus Votos Arrazoados nos casos, *inter alia*, dos *Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana* (2000), de *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (reparações, 2002), de *Bulacio versus Argentina* (2003), de *Tibi versus Equador* (2004), dos *Irmãos Gómez Paquiyauri versus Peru* (2004), e da *Comunidade Moiwana versus Suriname* (2005-2006)¹⁴³. Sendo o sofrimento parte integrante da condição humana, está sempre trazendo à tona o enigma do mal¹⁴⁴, e desafiando todos a enfrentá-lo.

Em um destes meus Votos, e.g., no caso da *Comunidade Moiwana* (Interpretação de Sentença, de 08.02.2006), observei, em um plano metajurídico, *inter alia* que

“(…) Para o grande historiador A.J. Toynbee, só se pode medir o ‘progresso’ mediante o conhecimento realmente extraído do sofrimento humano com os ‘fracassos das civilizações’, ao passo que, para outro erudito historiador, J. Burckhardt, são as obras do espírito humano, devidamente preservadas, desafiando o passar do tempo, (...) que constituem o verdadeiro sentido da história. Há que lutar pelo primado da memória sobre a crueldade humana; ao voltar os olhos para trás, a miséria da condição humana só pode inspirar um sentido de piedade (...)

(…) O presente caso dos N’djukas da *Comunidade Moiwana* no Suriname, rico em ensinamentos, resgatou a importância da

143. A.A. Caçado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2013, pp. 163-169.

144. M. Neusch, *L’énigme du mal*, Paris, Bayard, 2007, pp. 44 e 113, e cf. p. 79.

preservação das expressões culturais, como forma de comunicação do ser humano com o mistério insondável do mundo exterior, assim como do cultivo da memória pessoal e coletiva, da convivência dos vivos com seus mortos, e do imperativo do primado da justiça e do respeito nas relações de todos, dos vivos *inter se*, e destes com seus mortos” (paras. 29 e 32).

Daí a importância, - se não necessidade, - de guardar sua memória histórica dos sofrimentos passados (inclusive como forma de reparação às vítimas), de buscar delas extrair as duras lições, para assegurar-nos de que não se repitam. Daí a relevância e a necessidade de concentrarmos nossa atenção já não tanto nos Estados, mas sobretudo nas condições de vida das populações, - como se pode depreender da própria Carta das Nações Unidas, - buscando o caminho rumo à unidade do gênero humano¹⁴⁵, mais além das relações amistosas das nações¹⁴⁶. Os atos finais do ciclo recente das Conferências Mundiais das Nações Unidas apontam hoje claramente a esta meta.

No entanto, tendo participado de alguns momentos decisivos deste ciclo de Conferências Mundiais, - do qual tão gratas memórias guardo¹⁴⁷, - já há alguns anos me permiti alertar que lamentavelmente ainda

145. Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 1a. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2010, pp. 1-726.

146. Thérèse Delpech, *El Retorno a la Barbarie en el Siglo XXI*, Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 2006, pp. 21-22, 42-46, 192, 246, 250 e 279-280. - Persiste um décalage entre o papel das civilizações (que apontam para a universalidade) nas relações internacionais e a visão estritamente inter-estatal, árida e atomizada, das mesmas; cf. Y. Ben Achour, *Le rôle des civilisations dans le système international - Droit et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant/Éd. Univ. Bruxelles, 2003, pp. 44-45, 187, 305-306 e 313. Há que ter sempre presente a importância das culturas, que buscam atender as necessidades - pessoais e espirituais - dos seres humanos (cf., e.g., L.A. White e B. Dillingham, *O Conceito de Cultura*, Rio de Janeiro, Contraponto Ed., 2009, pp. 29-31 e 105), e, - acrescentaria eu, - buscam encontrar um sentido para suas vidas.

147. Cf. A.A. Cançado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57; A.A. Cançado Trindade, “A Conferência Mundial de Direitos Humanos: Lições de Viena”, 10 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (1994) pp. 232-237; A.A. Cançado Trindade, “Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate

persiste no cenário internacional contemporâneo uma grande contradição, “consistente na emergência de temas globais, de interesse de toda a humanidade, paralelamente ao recrudescimento de ódios seculares, de base étnica, nacional, religiosa ou cultural”¹⁴⁸. Efetivamente, “os avanços no conhecimento científico não têm logrado livrar o mundo da ameaça dos velhos conflitos e antagonismos e da destruição”¹⁴⁹.

Há, em definitivo, que voltar a cultivar a cultura, para não recair na barbárie. A cada um está reservada a busca da auto-realização pessoal, inclusive para preservar a “humanidade transcendental” da pessoa humana. Para alcançar e realizar estas metas, incumbe a cada um manter a consciência viva, pois os obstáculos a superar são desafiadores: as distorções propiciadas pelo tecnicismo e as especializações; a desorientação conduzida pelos meios de comunicação de massa e pela fálacia do “mercado livre”; a indiferença quanto aos grandes temas e aos verdadeiros problemas que nos circundam¹⁵⁰.

Há que se manter consciente dos sofrimentos das gerações anteriores, e cultivar a memória das lições deles extraídas. Como assinaei em 1999 em meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (vol. II):

“Os horrores deste século agonizante, de dimensões apocalípticas, excedem os de séculos precedentes, apesar de todos os avanços tecnológicos paralelos. Os horrores das duas guerras mundiais, do holocausto, do *gulag*, dos conflitos internos contemporâneos, dos atos de genocídio - em distintas partes do mun-

International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences”, *op. cit. infra* n. (201), pp. 285-309; A.A. Cançado Trindade, “As Consultas Mundiais das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano (1990)”, 33 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1990-1993) n. 129-130, pp. 107-125.

148. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 343.

149. *Ibid.*, p. 343.

150. Cf., e.g., Michel Henry, *A Barbárie [La Barbarie]*, São Paulo, Realizações Edit., 2012, pp. 92, 105, 118-119, 183, 185, 194 e 211. Quanto aos chamados “mercados livres”, e o fomento desvairado do consumo, são incapazes de se preocupar com a sorte das gerações presentes e futuras; é inaceitável que professem buscar uma “economia forte”, descuidando-se inteiramente dos que jazem na miséria ou pobreza crônica, em meio à mais completa “desregulamentação financeira”; cf., e.g., Jeffrey Sachs, *The Price of Civilization*, London, Vintage, 2012, pp. 32-33, 41, 133 e 183.

do como no sudeste asiático, na Europa central (ex-Iugoslávia), na África (Ruanda), - abalaram a fé no progresso e no futuro. O aumento da brutalização, com a intensificação da produção dos armamentos usados em conflitos de destruição em massa no século XX, contou com organização, administração e tecnologia, ainda que dirigidas cruel e tragicamente à destruição eficiente e racionalizada de inúmeras vidas humanas.

(...) A sucessão das crueldades trágicas deste século está a impor uma consciência permanente da capacidade do ser humano de destruição de si mesmo e de seus semelhantes. Impõe, por isso mesmo e de igual modo, uma consciência permanente das lições do passado e uma humildade bem maior quanto ao progresso e aos avanços materiais e tecnológicos do ser humano. (...)

(...) É a partir [da consciência dos direitos humanos] que se há de evitar e combater o uso indevido do poder das tecnologias e o das comunicações em função dos interesses de uns poucos e não do bem comum. É a partir dela que se há de afirmar o primado de valores humanos universais¹⁵¹.

VII. Considerações de Ordem Jurídica

No plano do pensamento jurídico, têm-se envidado esforços no sentido de assegurar o primado do direito sobre a força e as disparidades factuais. Um dos exemplos reside nos esforços, nesse sentido, de Raul Fernandes, que, no entanto, pouco escreveu: nenhum tratado ou livro de direito internacional, sequer curso ou manual algum. Não obstante, o pouco que deixou para a posteridade (alguns artigos) revela uma notória erudição. Ainda mais, esteve nos lugares certos nos momentos de tomados de decisões históricas, - às quais efetivamente contribuiu, - que deixaram rastro no desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Tal desenvolvimento progressivo foi objeto constante de suas preocupações, e meta de seus esforços nos foros internacionais. Dentre os poucos artigos que escreveu, há dois que considero de particular relevância para conhecer e apreciar a contribuição de Raul Fernandes

151. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit. supra* n. (147), pp. 339-340 e 344.

ao desenvolvimento do direito internacional: versam eles sobre “As Modificações do Conceito de Soberania”, e “O Princípio da Igualdade Jurídica dos Estados na Atividade Internacional do Pós-Guerra”, respectivamente¹⁵².

No primeiro desses artigos, Raul Fernandes observou que, desde que a idéia de soberania emergiu com os Estados nacionais independentes, ficou claro que, em seu aspecto externo, tal idéia comportava limitações para viabilizar as relações harmônicas entre os Estados. No entanto, não foi isso o que ocorreu, e “durante quatro séculos”, - assinalou Raul Fernandes em 1949, - a idéia de soberania veio “viciar a construção do Direito Internacional, introduzindo nele as contradições e as deficiências que ainda impedem o seu aperfeiçoamento orgânico”¹⁵³. Com efeito, já na antiguidade se dizia *ubi societas ibi jus*, em claro reconhecimento de que não pode haver sociedade, - seja de indivíduos, seja de nações, - “sem normas de procedimento que disciplinem as relações de uns com outros”¹⁵⁴. Os chamados “fundadores” do direito das gentes internacional prontamente assentaram limites à soberania estatal nas máximas do direito natural¹⁵⁵ (cf. *infra*).

Com o passar dos tempos se podia ver que a projeção da soberania na ordem externa era a independência estatal. Mas os Estados não se contentavam com isso, e alimentavam seu afã e sua pretensão de alcançar um “poder supremo”¹⁵⁶, renunciando, em fins do século XIX, os desastres que daí adviriam. O que o mundo veio a contemplar foi

152. Cf. MRE, *Raul Fernandes - Nonagésimo Aniversário*, vol. I: *Conferências e Trabalhos Esparsos*, Rio de Janeiro, MRE, 1967, pp. 117-133 e 165-186, respectivamente.

153. R. Fernandes, “As Modificações do Conceito de Soberania”, *in ibid.*, p. 119, e cf. pp. 120-121.

154. *Ibid.*, p. 119.

155. Assim, por exemplo, já no século XVI, Francisco de Vitoria ensinava (em Salamanca) que é a própria comunidade internacional que se encontra atingida por toda injustiça. Assim sendo, - prosseguia F. Vitoria, - em nome da solidariedade internacional, da “sociedade humana”, cabe postular “a reparação de toda iniquidade”, pois os Estados “devem fazer respeitar não somente seus direitos subjetivos, mas ainda a lei objetiva internacional”; *cit. in ibid.*, p. 120; e cf. A.A. Cançado Trindade, “*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*”, *in 24 Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* - Rio de Janeiro (2008) n. 32, pp. 197-212.

156. R. Fernandes, “As Modificações do Conceito de Soberania”, *in op. cit. supra* n. (152), pp. 120-121.

“a anarquia pelo choque das soberanias irrefreadas”¹⁵⁷. Os Estados revelaram que, na realidade, em sua visão distorcida, “a soberania residia na força”¹⁵⁸. Foi a Carta das Nações Unidas que, em seu entender, extraindo as duras lições dos cataclismos resultantes dos conflagrações da primeira metade do século XX, veio a reconhecer “as restrições necessárias da soberania externa”, de modo a resguardar a paz mundial¹⁵⁹ e fomentar o desenvolvimento dos Estados-membros. Raul Fernandes concluiu sua monografia observando que, desde então, para o bem geral, multiplicaram-se tais restrições ou limites, - por convenções ou pelo costume, - reduzindo assim os choques ilimitados e discricionários que o dogma da soberania “implica por definição”, e favorecendo - pelas “normas objetivas” do direito internacional - a interdependência e o progresso social, à luz da Carta das Nações Unidas¹⁶⁰.

No segundo de seus artigos, Raul Fernandes argumentou que o princípio da igualdade jurídica dos Estados se tomava, cada vez mais, a base do direito internacional moderno¹⁶¹. A própria solução judicial das controvérsias internacionais, em seus avanços, testemunhava a relevância do princípio da igualdade jurídica dos Estados, para a própria *realização da justiça* no plano internacional¹⁶². Foram os Estados poderosos que sempre preferiram a desigualdade, e que, perigosamente, sempre resistiram à jurisdição obrigatória¹⁶³. Após recordar e prestar um elegante tributo a seus nove colegas no Comitê Consultivo de Juristas¹⁶⁴ que, por designação da Sociedade das Nações, redigiu em 1920 o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), Raul Fernandes alertou contra a política de poder das grandes potências¹⁶⁵. Ao concluir seu artigo, evocou uma advertência de Ernest Nys, contra o perigo das pretensões infundados das grandes potências, e ressaltando a relevância do

157. *Ibid.*, p. 121.

158. *Ibid.*, p. 122.

159. *Ibid.*, pp. 126-127.

160. *Ibid.*, pp. 129-130.

161. R. Fernandes, “Le principe de l’égalité juridique des États dans l’activité internationale de l’après-guerre”, *in ibid.*, pp. 167-168.

162. *Ibid.*, p. 174.

163. *Ibid.*, pp. 175-176.

164. A saber: Adatci, Altamira, de Lapradelle, Descamps, Hagerup, Loder, Philimore, Ricci Busatti e Root; cf. *ibid.*, pp. 172-173.

165. Cf. *ibid.*, pp. 183-185.

princípio da igualdade jurídica dos Estados, precisamente por erguer-se contra as referidas pretensões das grandes potências¹⁶⁶.

Em outra ocasião, em uma palestra sobre a Sociedade das Nações, ministrada em 28.07.1925, Raul Fernandes referiu-se ao repúdio do militarismo, e à nova visão da “paz fundada na justiça”, no que então se lhe afigurava como a “aurora de um verdadeiro direito internacional”¹⁶⁷. A nova ordem internacional teria que se pautar, acrescentou, pelo pacifismo, pela “diplomacia aberta”, e pela universalização da Sociedade ou Liga das Nações¹⁶⁸, para a “prevenção das guerras”¹⁶⁹. A Liga das Nações tornava possível, em sua Assembléia, o exercício do princípio da igualdade jurídica dos Estados¹⁷⁰. A própria CPJI - prosseguiu - foi criada tendo em mente o princípio da igualdade jurídica dos Estados, buscando sua “sujeição ao império do Direito nas relações internacionais”, mediante a nova proposição da *jurisdição obrigatória*, contra a qual se haviam insurgido as grandes potências¹⁷¹.

A partir daí, Raul Fernandes concentrou-se neste ponto de sua preleção, - o da jurisdição obrigatória, - e revelou a motivação que o animara meia-década antes, nos trabalhos do Comitê Consultivo de Juristas da Sociedade das Nações (de redação do Estatuto da CPJI), e em sua proposta - que superou um impasse - da *cláusula facultativa da jurisdição obrigatória* da Corte da Haia. Na visão de Raul Fernandes, a “obrigatoriedade da jurisdição” da CPJI, pela segurança jurídica que proporciona, era a meta a ser alcançada¹⁷². Em suas próprias palavras, “o ideal, de que precisamos nos aproximar cada vez mais, é o da justiça obrigatória nos litígios puramente jurídicos. Os juízes árbitros não suprem o indispensável órgão judiciário internacional(...)”¹⁷³. Chegou ele inclusive a prever, - tamanha era sua esperança neste sentido, - que a jurisdição obrigatória se consolidaria na CPIJ¹⁷⁴. Cabia impulsar os

166. *Ibid.*, p. 186.

167. R. Fernandes, *A Sociedade das Nações*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1925, pp. 6, 10-11, 15 e 31.

168. *Ibid.*, pp. 13, 34, 43 e 47.

169. *Ibid.*, p. 34.

170. O que não ocorria em Conferências diplomáticas da época; *ibid.*, p. 22, e cf. p. 48.

171. *Ibid.*, p. 41.

172. Cf. *ibid.*, pp. 41-42.

173. *Ibid.*, p. 40.

174. *Ibid.*, p. 43.

avanços sem precedentes logrados “nestes cinco anos”, - acrescentou, - para melhor enfrentar “as iniquidades e as violências que bordam os caminhos da História”¹⁷⁵.

Nas últimas décadas, seu legado tem por vezes sido recordado¹⁷⁶, e é para mim uma satisfação também fazê-lo nesta cerimônia de hoje, 22 de agosto de 2013, aqui na UNILA, tal como o tenho feito em meus Votos Individuais na Corte Internacional de Justiça. Sua proposta da “cláusula facultativa da jurisdição obrigatória” foi um avanço na época (1922-1939), mais infelizmente veio a ser, desde então, distorcida pela prática subsequente e inconsequente de vários Estados, que não entenderam seu propósito (ou não quiseram entendê-lo), e o desvirtuaram.

Com isto, as esperanças têm se desviado, em nossos tempos, para as *cláusulas compromissórias*, como tenho sustentado nos últimos anos (a exemplo de meu extenso Voto Dissidente no supracitado caso relativo à *Aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (Geórgia versus Federação Russa, exceções preliminares, Sentença de 01.04.2011), e como voltarei a assinalar, dentro de pouco mais de um mês, na cerimônia programada para 23 de setembro de 2013, que terá lugar na sede da CIJ, na Haia, em comemoração do centenário da inauguração do Palácio da Paz.

Permito-me, ainda, recordar aqui que, pouco após a II guerra mundial, uma geração de juristas que emigraram da Alemanha nazista para escapar das atrocidades do III *Reich* veio em muito a contribuir, nos anos seguintes, ao desenvolvimento do pensamento jurídico nos domínios do direito internacional público e privado, e do direito comparado¹⁷⁷. Também houve os que permaneceram na Alemanha, resistiram à tirania e mantiveram admiravelmente sua liberdade de espírito. Karl

175. *Ibid.*, p. 48.

176. Gilberto Amado, “Raul Fernandes (Traços para um Estudo)”, in: MRE, *Raul Fernandes - Nonagésimo Aniversário*, vol. II: *Cinco Retratos*, Rio de Janeiro, MRE, 1968, pp. 9-47; R. Saraiva Guerreiro, “Homenagem da Comissão Jurídica Interamericana ao Dr. Raul Fernandes”, in *XIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA* (1988) pp. XI-XXII.

177. Cf. [Vários Autores,] *Jurists Uprooted* (eds. J. Beatson e R. Zimmermann), Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 1-783.

Jaspers, por exemplo, descartou o realismo materialista, e buscou construir um humanismo filosófico da liberdade humana¹⁷⁸.

Nem mesmo o totalitarismo nazista abalou sua resistência corajosa, sua fé no humanismo e sua dedicação à filosofia da razão. Encerrada a II guerra mundial, buscou demonstrar a culpa coletiva alemã¹⁷⁹. No pós-guerra, K. Jaspers continuou a se preocupar com a possibilidade do retorno à barbárie, e a estudar a tendência do ser humano à auto-destruição, tal como ilustrado por seu *cri de coeur* contra a nova corrida armamentista (desta feita nuclear), - com conseqüências devastadoras, como exposto em seu livro *A Bomba Atômica e o Futuro do Homem* (1958)¹⁸⁰.

A seu turno, Gustav Radbruch, ao final de sua vida, rechaçou terminantemente o positivismo jurídico, sempre subserviente ao poder e à ordem estabelecida, e formulou sua comovente profissão de fé no jusnaturalismo¹⁸¹. Sua lúcida mensagem tem se projetado no tempo¹⁸². Pouco antes da comovente conversão de G. Radbruch ao jusnaturalismo, - imortalizada graças à devoção de seus alunos e discípulos da Escola de Heidelberg, - Franz Neumann dava a público seu clássico *Behemoth* (1942), evocando o monstro apocalíptico (a par do Leviatã) a governar a terra deserta (consoante a escatologia hebraica, com origem na Babilônia). Em

178. Cf. K. Jaspers, *Introduction à la philosophie*, Paris, Libr. Plon, 2009 [reed.], pp. 5-182. Sobre a necessidade de buscar a transcendência, cf. K. Jaspers, *La Fe Filosófica*, Buenos Aires, Ed. Losada, 2003 (reed.), pp. 19, 54-55, 65, 149 e 157-158.

179. Cf. S. Kirkbright, *Karl Jaspers - A Biography*, New Haven/London, Yale University Press, 2004, pp. 165, 193, 196-197, 213-214 e 218, e cf. pp. 169, 171 e 221. E cf. K. Jaspers, *The Question of German Guilt* [1948], 2a. ed., N.Y. Fordham University Press, 2001, pp. 3-117.

180. K. Jaspers, *La bombe atomique et l'avenir de l'homme* [1958], Paris, Buchet/Chastel, 1963, pp. 11-692. Desde sua advertência, vez por outra têm surgido, cada vez mais raramente, novas críticas dos atuais avanços científicos e tecnológicos, cercados de uma aparente falta de consciência dos enormes riscos que acarretam; Carlos París, *Crítica de la Civilización Nuclear - Tecnología y Violencia*, Madrid, Ed. Libertarias, 1991, pp. 75, 83, 202-203 e 206-210. Há uma mercantilização de tudo, inclusive do próprio ser humano, em meio ao primitivismo da corrida armamentista; em suma, em nossa civilização, sobressaem, ante a glorificação do mercado, as características da busca do êxito e do desprezo pelo ser humano; cf. *ibid.*, pp. 114, 216-217 e 236.

181. Cf. G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3ª. ed., México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 9-180.

182. Cf., e.g., R. Alexy, *The Argument from Injustice - A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3-130.

seu célebre livro, F. Neumann, pensador ligado à Escola de Frankfurt, examinou como a máquina estatal todo-poderosa tornou os indivíduos, a ela sujeitos, inteiramente impotentes. O direito positivo forjado pelo nacional-socialismo passou a contrapor-se ameaçadoramente ao próprio legado da “civilização”. Os textos legais passaram a “adulterar a justiça”, em meio à propaganda e ao terror, próprios da “ideologia totalitária”¹⁸³.

O direito - dissociado da justiça - passou a ser um instrumento de repressão, aplicado mecanicamente a todos que se atrevessem a não aceitar a “autoridade incondicional do governo”; a obediência, - inclusive na guerra de extermínio, na guerra total, - tinha efetivamente que ser incondicional¹⁸⁴. Livres-pensadores e estudiosos da cultura passaram a ser tidos como “inimigos”¹⁸⁵. O direito interno estatal passou a prevalecer sobre o próprio direito internacional, em meio ao mais completo irracionalismo, que enganou o “mundo civilizado”¹⁸⁶.

Rechaçando todo e qualquer universalismo, o *grossdeutsche Reich*, - acrescentou F. Neumann, - criou “seu próprio direito internacional” para o espaço que lhe correspondia e que conquistava pela força bruta. Em outras palavras, o direito interno positivo desprezava o direito internacional e o legado da “civilização”, ignorava todo e qualquer sistema de proteção internacional (e.g., de minorias), e repudiava o princípio básico da igualdade, fruto da “civilização ocidental”, sem explicação alguma¹⁸⁷. A partir da visão do “povo racial soberano”, passou-se sem hesitação ao “direito de guerra”¹⁸⁸; passou-se, com fanatismo e sem preocupação alguma, da civilização à barbárie, com as mais devastadoras conseqüências, sobejamente conhecidas.

VIII. A Falsidade da Alteridade entre “Civilizado” e “Bárbaro”

As considerações, a que já me referi, de ordem psicológica (item V, *supra*), também marcam presença na literatura. Há, com efeito, uma

183. F. Neumann, *Behemoth - Pensamiento y Acción en el Nacional-Socialismo* [1942], México, Fondo de Cultura Económica, 2005 [reimpr.], pp. 27, 38, 51 e 58.

184. *Ibid.*, pp. 63, 71, 81, 91, 138 e 152.

185. *Ibid.*, p. 161.

186. *Ibid.*, pp. 180-182 e 194-195.

187. *Ibid.*, pp. 187-188, 190-193 e 196.

188. *Ibid.*, p. 199.

inegável arrogância ou pretensão, que perdura ao longo dos séculos, em supor que quem não compartilha os mesmos costumes não é “civilizado”, é “bárbaro”. No início do século XX, Joseph Conrad (nascido Józef T.N. Korzeniowski, e crescido em um país europeu particularmente trágico, ocupado por uma potência estrangeira) deu a público em 1902 seu livro *Coração das Trevas* (*Heart of Darkness*), que terminara de escrever em 1899, derivado da experiência de sua jornada no Congo como comandante marítimo. Em 1878, o poder colonialista havia anunciado a criação do “Estado Livre do Congo”, - um esquema dissimulado para explorar o marfim (e roubá-lo), mediante o trabalho forçado e a escravização da população local.

O cliché então corrente evocava a alteridade entre “civilização” e “barbárie”. No referido livro de J. Conrad, o personagem Kurtz, considerando-se “civilizado”, por provir de um Estado hegemônico, busca impor seu reinado aos autóctones, movido por sua fantasia febril. Com o passar do tempo, a própria população local se deu conta de que em suas terras já não havia leis, podendo cada um fazer o que bem quisesse, inclusive matar impunemente. A barbárie havia sido assim instaurada por um famigerado ilusionista, que se apresentava com mensageiro ou portador da “civilização”.

O “civilizado” se tornou um “bárbaro”, o maior deles, ao invés de transformar os que via como “bárbaros” em “civilizados”. A falsidade da alteridade entre “civilizado” e “bárbaro”, - estimulando o racismo, o colonialismo, e o imperialismo, - é central no livro de J. Conrad, que gerou muita controvérsia. O referido livro não deixa de ser também premonitório, como ilustrado pelos horrores das décadas seguintes, inclusive após o colonialismo, nos devastadores conflitos armados na região dos Grandes Lagos no continente africano, e também em outros continentes. Sabe-se, e.g., que o conhecido filme *Apocalypse Now* (1979), de F.F. Coppola, sobre a tenebrosa guerra do Vietnã, buscou inspiração - com adaptações - no livro *Coração das Trevas*.

As trevas a que se referia J. Conrad em seu livro são as que envolvem os “civilizados” (a exemplo do enigmático personagem Kurtz), a escuridão do vazio moral de sua existência, a escuridão que termina por envolver a todos e residir dentro de cada um, em meio à ganância colonialista e à opressão que a acompanha. As chamadas “missões civilizatórias” (*missions civilisatrices*) foram, ao invés disso, missões

de barbárie, durante as quais as potências colonialistas projetaram sua crueldade sobre outros povos. A alteridade entre “civilização” e “barbárie” mostrava-se, assim, uma falácia, uma falsidade. O germe da “civilização” e da “barbárie” encontra-se dentro de cada um, dentro de todos. Cabe a cada um cultivar-se, dedicar-se à cultura, para evitar que a barbárie venha irromper.

Em meados do século XX, William Golding rebateu a premissa do “bom selvagem” de Jean-Jacques Rousseau, em seu livro, permeado de tensão e desespero, *O Senhor das Moscas* (*Lord of the Flies*, 1954). A obra narra o comportamento, cada vez mais cruel, de um grupo de meninos, entregues à própria sorte, após um acidente aéreo, em uma ilha deserta do Pacífico. W. Golding, marcado pela segunda guerra mundial¹⁸⁹, buscou demonstrar que os indivíduos, ainda que reflitam o que aprenderam em seu meio social, são capazes de realizar o bem assim como o mal, pois são portadores de um e outro. Dentro de cada indivíduo encontram-se e bem e o mal, em constante tensão.

Decorridos alguns anos, já na história mais recente, constata-se que, enquanto alguns países supostamente “civilizados” se afundaram em regimes totalitários, outros países supostamente “civilizados” se dedicaram ao terrorismo de Estado para “combater” o dogma totalitário. Forjando cada um sua ideologia, cada um vitimava pessoas sujeitas a sua jurisdição sem o menor constrangimento ou escrúpulo, sem qualquer sentimento de culpa, seguindo os cânones de seu próprio dogma. As lições do passado recente (as duas guerras mundiais) foram prontamente esquecidas, “substituídas” pelas novas estratégias da chamada “geopolítica”.

Os Estados, em sua vasta maioria, em distintos continentes, se esmeravam em construir um “homem novo” mediante o totalitarismo, ou em combater este “inimigo” mediante o terrorismo de Estado, praticados ambos em casa, e exportados. Exemplos desta contraposição se estendem das décadas de cinquenta a oitenta do século XX. Onde estavam os países “civilizados”? Passou a ser virtualmente impossível detectá-los, em meio às manipulações e mentiras, que se tornaram próprias de nossos tempos, e da atualidade em distintos contextos, ao passarem a permear os meios de “comunicação de massa”.

189. Que três décadas depois da publicação deste livro receberia o Prêmio Nobel de Literatura, em 1983.

Já em meados do século XX, ao publicar, em 1949, seu livro *1984*, George Orwell alertava para o mal advindo do controle absoluto da sociedade pelo Estado totalitário. O relatado se passa em um país fictício, chamado pelo autor de Oceania. O controle absoluto da população se dava pela “teletela”, pelo partido único, pelo Ministério da Verdade (encarregado de ocultá-la ou encobri-la). Embora o totalitarismo estatal já existisse, com milhões de vítimas, quando *1984* foi dado a público, em outros aspectos foi também verdadeiramente premonitório: as manipulações mediante o mal uso da linguagem, as distorções históricas, as distorções semânticas e a propaganda a serviço da tirania, as manipulações pelos meios de “comunicação de massa” sem qualquer responsabilidade, a quebra da privacidade, a tortura psicológica. O referido livro continua a revestir-se de atualidade.

A ninguém é dado tratar os outros como “bárbaros”, dando-se por “civilizado”. Na história universal, na época das guerras de conquista, os rotulados como “bárbaros” não o eram por natureza. Ao contrário, foram os conquistadores que, considerando-se “civilizados”, comportaram-se, com sua violência extrema e sua selvageria no tratamento dos demais, como “bárbaros”. Bartolomeu de Las Casas (1474-1566) foi um precursor humanista a advogar a *igualdade* dos povos (ainda que se encontrando estes em distintos graus de desenvolvimento), e, com base nesta igualdade, a sustentar a *unidade* do gênero humano, também apregoada por Francisco de Vitoria (século XVI) e Francisco Suárez (século XVII).

Com efeito, o conceito de “bárbaro”, remontando aos antigos gregos, surgiu para denotar os que não eram helenos: inicialmente se referia aos que usavam um idioma distinto, para depois se referir a pretensas diferenças na cultura e na “qualidade humana”. Bartolomeu de Las Casas rechaçou a falsidade da alteridade entre “civilizados e “bárbaros” e a pretensão de “superioridade” de uns sobre outros, ressaltando ser natural que cada povo tivesse seu idioma e sua cultura; opôs-se, no século XVI, com veemência à barbárie perpetrada pelos conquistadores contra os indígenas¹⁹⁰.

190. Cf., para uma análise circunstanciada, e.g., N. Matsumori, *Civilización y Barbárie - Los Asuntos de Indias y el Pensamiento Político Moderno (1492-1560)*, Madrid, Edit. Biblioteca Nueva, 2005, pp. 71, 73, 83, 86 e 88-90; ainda no século XVI, também Montaigne (1533-1592) criticava o fato de que cada um passou a considerar como “bárbaro” o que não pertencesse a seu meio e tivesse outros costumes.

Por sua vez, F. Vitoria, já no primeiro meado do século XVI, também defendeu a igualdade entre todos os seres humanos (independentemente de suas crenças), e, em suas célebres *Relecciones* na Universidade de Salamanca, também rechaçou a alteridade entre “civilizado” e “bárbaro”; para ele, a “civilidade” estava aberta a todos pela aquisição de uma boa educação, e todos têm “domínio e razão por natureza”, em decorrência de sua imagem de Deus (*imago Dei*)¹⁹¹. Las Casas, atento às lições de Vitoria, e elaborou seu próprio pensamento, apoiando-se nos discursos do Renascimento¹⁹². Com o advento do Humanismo, as idéias de ambos passaram a ecoar com mais influência, já não mais se considerando o cristianismo como requisito indispensável da “civilização”.

Las Casas formulou a crítica mais contundente do colonialismo dos conquistadores (cuja pretensa legitimidade rechaçou), e da falsa alteridade entre “civilização” e “barbárie”, e pregou incansavelmente a compaixão pelos índios, e inclusive o dever de reparação aos mesmos. Las Casas descartou terminantemente aquela falsa alteridade, invocada para tentar justificar a dominação dos povos e a guerra, inteiramente ilegítimas¹⁹³. Já os teólogos espanhóis F. Vitoria e F. Suárez buscaram substituir a alteridade entre “civilizado” e “bárbaro” pela simples “civilidade”, e exerceram considerável influência na conceitualização do direito das gentes nascente, a partir da idéia de uma justiça *objetiva* como emanações também no plano subjetivo do *jus*¹⁹⁴.

Resgatando os ensinamentos de Cícero, assinalaram o imperativo da justiça de buscar a realização do bem comum, e, em última análise, do

191. Cf. *ibid.*, pp. 90-91, 94 e 129-130, e cf. pp. 140, 149-150, 257, 260 e 263. Na visão de Las Casas, todos os seres humanos necessitam não só a razão, mas também a prudência; ninguém foi criado por Deus para ser servo dos demais, a todos foi concedido o livre arbítrio (*ibid.*, p. 40). Cf. também, e.g., P. Borges, *Quién Era Bartolomé de Las Casas*, Madrid, Edic. RIALP, 1990, pp. 282-283, 293-298 e 305-306.

192. Recorde-se que os humanistas renascentistas se concentravam na *dignitas hominis*, celebrando a *centralidade* do ser humano; sobre este ponto em particular, cf., e.g., A. Pele, *El Discurso de la Dignitas Hominis en el Humanismo del Renacimiento*, Madrid, Univ. Carlos III de Madrid/Edit. Dykinson, 2010, pp. 17, 19-21, 29-30, 37, 41-42, 45, 47, 55, 58, 62-68, 92, 101, 108 e 119.

193. Cf. L. Mora-Rodríguez, *Bartolomé de Las Casas - Conquête, domination, souveraineté*, Paris, PUF, 2012, pp. 19, 25, 114, 149, 156, 160, 228-229 e 231-233 e 235-239-241.

194. Cf. N. Matsumori, *Civilización y Barbárie...*, *op. cit. supra* n. (189), pp. 271-272 e 275.

ideal da *humanitas*¹⁹⁵. Vitoria agregou que a comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre o livre arbítrio de cada Estado individual¹⁹⁶, e, em sua segunda *Relectio - De Indis* (1538-1539), sustentou o dever de reparação de “todos os danos”, inclusive em meio a hostilidades armadas¹⁹⁷. A partir do *jus naturale*, tanto Vitoria como Suárez - “fundadores” do direito internacional - visualizaram, com raciocínios distintos, um direito das gentes universal: enquanto a concepção de Vitoria do *jus gentium* realçava a importância dos princípios gerais de justiça, Suárez desenvolveu uma filosofia do direito aplicável a situações concretas.

A partir de enfoques distintos, Vitoria e Suárez alcançaram a meta comum de conceber um ordenamento jurídico universal (abarcando os indivíduos e os Estados), baseado na *recta ratio*, proibindo o que é mal, e buscando o *bem comum*, tendo as obrigações legais necessariamente um conteúdo ético. A partir de então, a falsa alteridade entre “civilização” e barbárie” estava desmascarada. Nas construções doutrinárias de Vitoria e Suárez despontaram a unidade e a universalidade do gênero humano, em um ordenamento verdadeiramente universal, para a realização do bem comum, baseado na *recta ratio*. A pessoa humana passou a ser vista como *sujeito* de direito, uma idéia básica que se projetou nos séculos seguintes¹⁹⁸.

A partir da asserção da idéia da *igualdade humana*, Francisco de Vitoria e Bartolomeu de Las Casas tornaram-se pioneiros na postura contra a opressão¹⁹⁹. E nas construções de Francisco de Vitoria e Francisco Suárez, a comunidade internacional era tida, de fato, como uma

195. Cf. M. Luque Frías, *Vigencia del Pensamiento Ciceroniano en las Relaciones Jurídico-Teológicas del Maestro Francisco de Vitoria*, Granada, Edit. Comares, 2012, pp. 272, 275-279, 398-399 e 418-419.

196. Cf. Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* [1538-1539], in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

197. Cf. F. Vitoria, “*Relección Segunda - De los Indios*” [1538-1539], in *Obras de Francisco de Vitoria...*, *op. cit. supra* n. (195), p. 827, e cf. pp. 282-283; e cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 73-74, e cf. pp. 169-170.

198. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-212; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens - L'accès des individus à la justice internationale: Le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 7-184.

199. Bartolomeu de Las Casas tinha, em particular, um problema religioso: empenhou-se, a partir de 1514, na luta em defesa dos índios, em busca da salvação eterna, - e sua própria e a dos demais; foi sincero em seus firmes argumentos, e atuou como

comunidade; e ambos propugnaram pela *igualdade* tanto entre as nações como entre os indivíduos, de Estados iguais. O *principio da igualdade* era fundamental para ambos, Vitoria e Suárez, - não havendo qualquer razão jurídica ou justificativa para a desigualdade entre os indivíduos ou entre os Estados²⁰⁰. Ambos destacaram as relações entre a igualdade e a justiça, e seus ensinamentos - também neste particular - têm, em meu entender, se mostrado perenes, resistindo à erosão do tempo.

No século XVIII, Denis Diderot (1713-1784), em seu *Tratado da Barbárie dos Povos Civilizados* (1780), também denunciou a crueldade e a barbárie dos conquistadores do Novo Mundo. Onde estavam as “nações civilizadas”? Ao destruir todos os mitos e enganos dos colonizadores (europeus), ponderou que a lei deixaria de sê-lo se não fosse igual para todos, e que a pretensão de agir como “nação civilizada” não passava de um “disparate”. As desigualdades nasciam da opressão, e geravam a infelicidade. Nesse jogo de forças, o “civilizado” era o que se afigurava como o mais “bruto”. Para D. Diderot, o problema era que as potências não se regiam pela razão ou justiça, mas sim pela força e conveniência, cometendo os piores crimes, sempre que lhe fossem de utilidade²⁰¹.

D. Diderot denunciou duramente os conquistadores, por sua absoluta falta de princípios e embriaguez, que os levaram a “exterminar todos aqueles que já haviam despojado”, fazendo, com barbárie, “desaparecer da face da terra” uma “infinidade de povos”, em busca de ouro e com fanatismo, tendo cometido “crimes abomináveis”²⁰². Por isso, - acrescentou, - se dispusera escrever o seu “*Tratado da Barbárie dos Povos Civilizados*”²⁰³. E arrematou Diderot, de forma lapidar:

um Dom Quixote de La Mancha do pensamento jusinternacionalista; cf. P. Borges, *op. cit. supra* n. (166), pp. 305-306.

200. Cf., e.g., J. Brown Scott, *The Catholic Conception of International Law* [Francisco de Vitoria and Francisco Suárez], Clark/N.J., Lawbook Exchange Ed., 2008, pp. 25, 130, 137-142 e 239. Nas relações entre as nações e os povos, imbuídas de solidariedade e compaixão, Vitoria e Suárez buscavam o primado da razão; cf. J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law* [Francisco de Vitoria and Francisco Suárez], Washington D.C., Georgetown University Pubs., 1928, pp. 20-21, 89, 91, 99 e 101.

201. D. Diderot, *Tratado de la Barbarie de los Pueblos Civilizados* [1780], Barcelona, Edit. Pasado & Presente, 2011 [reed.], pp. 65, 70, 89, 101, 109 e 136, e cf. pp. 85, 104-105 e 143.

202. *Ibid.*, pp. 177-178, e cf. 192-193.

203. *Ibid.*, p. 186.

“A história do homem civilizado não é senão a história de sua miséria. Todas as páginas estão manchadas de sangue, algumas de sangue dos opressores e outras de sangue dos oprimidos. Deste ponto de vista, o homem se revela mais malvado e mais desgraçado do que o animal. (...) As sociedades humanas não têm deixado de atacar-se entre si”²⁰⁴.

Posteriormente, em meados do século XX, em um de seus artigos esparsos (“Algumas Reflexões sobre as Origens do Hitlerismo”, 1940), Simone Weil (1909-1943) alertou para a dominação e crueldade do hitlerismo totalitário, que, com seu espírito “anti-jurídico, anti-filosófico, anti-religioso”, buscava fazer crer que os que considerava “inimigos” eram “um perigo para a civilização”²⁰⁵. Criticando o “culto da grandeza” do regime totalitário, advertiu ela, ademais, que a perpetração de sucessivos massacres não levaria a vitória alguma de um determinado Estado, mas sim ao agravamento da tensão conducente à “destruição mútua” dos Estados em choque²⁰⁶. Onde estariam, nesta conflagração, os “países civilizados”? Em outro escrito (“Reflexões sobre a Barbárie”, 1939), acrescentou, de modo penetrante, que

“lorsqu’un groupement humain se croit porteur de civilisation, cette croyance même le fera succomber à la première occasion qui pourra se présenter à lui d’agir en barbare. À cet égard, rien n’est plus dangereux que la foi en une race, en une nation, en une classe sociale, en un parti. (...) Je voudrais proposer de considérer la barbarie comme un caractère permanent et universel de la nature humaine, qui se développe plus ou moins selon que les circonstances lui donnent plus ou moins de jeu. (...) Je proposerais volontiers ce postulat: on est toujours barbare envers les faibles”²⁰⁷.

204. *Ibid.*, p. 148.

205. S. Weil, “Quelques réflexions sur les origines de l’hitlérisme - 1940”, in: S. Weil, *Oeuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, p. 375, e cf. p. 372.

206. *Ibid.*, p. 385, e cf. p. 380.

207. S. Weil, “Réflexions sur la barbarie - 1939”, in: S. Weil, *Oeuvres, op. cit. supra* n. (180), p. 506.

Simone Weil chegou a sonhar com uma “nova civilização”, baseada no “amor ao bem”, e a pregá-la²⁰⁸, mas faleceu prematuramente, aos 34 anos de idade, no desespero; deixou, no entanto, como legado²⁰⁹, seus pensamentos luminosos.

Desde seus dias, até o presente, o que se tem testemunhado é uma atenção crescente às ilusões do “progresso” material, e um descuido crescente em relação ao necessário progresso moral. Com isto, há um esquecimento de que muitas civilizações “desapareceram vítimas de seus próprios êxitos”²¹⁰. Não raro buscaram a dominação dos mais frágeis mediante agressões, e praticaram a violência com premeditação, o que os levou à própria destruição²¹¹, como pretenderam fazer com os mais vulneráveis.

IX. Sob a “Custódia do Estado” em Condições Infra-Humanas

O Estado moderno tem, não raro, privado da liberdade a numerosas pessoas e as submetido a condições infra-humanas de detenção, não por terem cometido algum crime, mas tão só por cultivarem certas idéias que os veio a tornar perseguidos políticos. O uso indevido do encarceramento, por esta e outras razões (e.g., livrar-se dos “socialmente indesejáveis”), tem suas raízes históricas. Há, com efeito, relatos históricos de que, por exemplo, na Idade Média, os insanos perambulavam livremente pelos povoados, e somente a partir do século XVII passaram os insanos e miseráveis a ser vistos como um “problema social”, e a ser por isso indevidamente punidos com a privação da liberdade.

Como relata criticamente Michel Foucault, os afetados pela loucura (como negação da razão) passaram a ser confinados e esquecidos nos cárceres, ainda que a “civilização” constituísse “um *milieu* favorável

208. Cf. S. Weil, *Oeuvres, op. cit. supra* n. (204), pp. 1021-1023.

209. Seus escritos esparsos parecem, à medida em que o tempo passa, atrair crescente atenção; para um debate recente, cf., e.g., [Vários Autores,] *Simone Weil e o Encontro entre as Culturas* (org. M.C.L. Bingemer), São Paulo/Rio de Janeiro, Paulinas/Ed. PUC-Rio, 2009, pp. 7-356.

210. R. Wright, *Breve Historia del Progreso - Hemos Aprendido por fin las Lecciones del Pasado?*, Barcelona, Ed. Urano, 2006, p. 24.

211. *Ibid.*, pp. 49, 89 e 147, e cf. pp. 20-21, 67 e 124.

ao desenvolvimento da loucura²¹². Com o passar do tempo, os asilos da era do positivismo, longe de constituírem um espaço terapêutico, se transformaram em um “espaço jurídico” de condenação em meio²¹³ à indiferença social. A marginalização dos “indesejáveis” tem, pois, suas raízes históricas, e se generalizou nos tempos modernos, com a crescente burocracia estatal, em meio a condições infra-humanas e à persistente indiferença do meio social. Onde estão os “países civilizados”?

A despeito das injustiças infligidas aos “indesejáveis” e aos perseguidos políticos, não há que passar despercebido que, do fundo dos cárceres sombrios, floresceram, no entanto, obras literárias, como, dentre outras, as de Graciliano Ramos (*Memórias do Cárcere*, 1953, obra póstuma) e Antonio Gramsci (*Cartas do Cárcere*, 1947, obra póstuma, e *Cadernos do Cárcere*, 1948). Também há exemplos dos privados de liberdade (em condições insalubres) sem sequer saber porque: os penetrantes escritos de Franz Kafka no período do entre-guerras, são premonitórios, como se estivessem alertando para o horror que ainda estava por vir.

Em seu manifesto contra a indiferença, em meados do século XX, A. Gramsci se insurge contra a crueldade da burocracia estatal, cujos funcionários, ao criarem uma espécie de Estado dentro do Estado, “oprimem os cidadãos pela tirania de uma incompetência sem igual, ao mesmo tempo impessoal e irresponsável²¹⁴. Para ele, diante de tudo isto, o erro estava dentro de cada um de nós, em nosso diletantismo e na ligeireza ou superficialidade de nossas vidas²¹⁵. Diante de nossa indiferença, o Estado fazia o que bem entendia (inclusive fazia a guerra), sendo o único juiz de seus próprios atos²¹⁶. Onde estavam os “países civilizados”? Talvez o que tenha descrito mais veementemente esta situação, já no século XIX, tenha sido F.M. Dostoiévski, em suas *Recordações da Casa dos Mortos* (1862)²¹⁷: aí advertiu, com

212. M. Foucault, *Madness and Civilization - A History of Insanity in the Age of Reason* [1961], N.Y., Vintage, 1988, pp. 48-49, 107 e 217.

213. *Ibid.*, p. 269.

214. A. Gramsci, *Pourqu'oi je hais l'indifférence*, Paris, Éd. Payot & Rivages, 2012 [reed.], p. 158.

215. *Ibid.*, p. 199.

216. *Ibid.*, p. 202.

217. Cf. F. Dostoiévski, *Souvenirs de la maison des morts*, Paris, Gallimard, 1997 [reimpr.], pp. 35-416.

rara lucidez, que o grau de civilização alcançado por qualquer sociedade podia ser medido ou avaliado entrando em seus cárceres, - situados entre os últimos redutos (verdadeiros *sancta sanctorum*) do Estado soberano.

X. Novas Manifestações da Barbárie Contemporânea

Atento à história do pensamento humano, Albert Schweitzer (1875-1965), pensador humanista²¹⁸, juntou esforços para escrever sua própria *Filosofia da Civilização* (*Kulturphilosophie*, 1923), tendo como *Leitmotiv* a ética do respeito à vida (*veneratio vitae*). Pregou a salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda violência externa que pudesse oprimi-la; para isto, cabia contar com “o domínio da razão”²¹⁹. Para ele, “o essencial da civilização não consiste em conquistas materiais”, mas no aperfeiçoamento do ser humano e na melhoria das condições sociais em que vive²²⁰. Em sua oportuna advertência, os avanços tão só da “civilização” material são “responsáveis por um agravamento calamitoso dos problemas sociais e políticos” (e.g., a luta de classes), tendo inclusive levado à eclosão da I guerra mundial em 1914²²¹.

O conhecimento técnico, desprovido de valores, empossou a todos de “um poder tão violento e destruidor”, se não devastador, que

“o vencido e o vencedor se arruinaram por um tempo imprevisível. As conquistas técnicas também nos capacitaram para assassínatos à distância e para a prática de genocídios, de modo a eliminar em nós o último traço de humanidade, - e com isso constituíram apenas o desejo mais cego que serviu aos perfeitos instrumentos mortíferos, sem conseguir separar, em sua ação de dizimação, o combatente e o não-combatente.

As conquistas materiais não constituem, portanto, civilização, mas se tornam civilização apenas na medida em que a atitude

218. Laureado com o Prêmio Nobel da Paz em 1952.

219. Cf. A. Schweitzer, *Filosofia da Civilização* [1923], São Paulo, Edit. Unesp, 2011 [reed.], pp. 7-8, 10, 34, 82 e 299.

220. *Ibid.*, p. 76.

221. *Ibid.*, p. 78.

civilizada consiga influenciá-las no sentido do aperfeiçoamento do indivíduo e do coletivo”²²².

Para A. Schweitzer, o essencial da civilização consiste, em suma, na incorporação, em todas as áreas da atividade humana, dos avanços “que sirvam ao aperfeiçoamento intelectual” do ser humano; a “essência da civilização” reside no “respeito à vida”, em benefício de cada pessoa e da humanidade²²³. Em outro livro (*Pilgrimage to Humanity*), A. Schweitzer assinalou que a essência da cultura reside no “aperfeiçoamento ético dos indivíduos e da sociedade”²²⁴. A “natureza doentia” da *Realpolitik* levou a Europa a uma tragédia; para A. Schweitzer, o bem consiste na preservação e exaltação da vida, e o mal reside em sua destruição. Mais do que nunca – arrematou - necessitamos a “ética da reverência pela vida”, o que requer responsabilidade²²⁵.

Lamentavelmente a advertência de A. Schweitzer não ecoou suficientemente na época, e o conhecimento técnico, desprovido de valores, continuou a ser usado para a destruição. Tornou-se, ele, mais um pensador humanista a presenciar duas guerras mundiais. Onde estavam e estão os países “civilizados”? No segundo meado do século XX, a partir dos anos sessenta, e até fins dos anos oitenta, as preocupações do pensamento humanista passaram a voltar-se à precipitação da vida cotidiana (a crescente “pressa” no mundo pós-industrial), ao afã do consumismo em meio ao crescente “valor” atribuído às atividades comerciais, ao linguajar manipulador (de sempre) da imprensa, às novas “doutrinações” (próprias do prolongado período da guerra fria), ao armamentismo, à irrupção de novos tipos de conflitos, ao desvanecimento do espírito crítico, à ruptura das tradições familiares e sociais, à despersonalização da vida individual, - em suma, à recorrente *desumanização*, em suas novas manifestações.

Uma vez terminados os grandes conflitos armados mundiais e regionais, as grandes potências voltaram a buscar o poder hegemônico, ao

222. *Ibid.*, p. 78.

223. *Ibid.*, pp. 80, 304, 311 e 315. Para sua própria trajetória de vida, cf., e.g., Joseph Gollomb, *La vie ardente d'Albert Schweitzer*, Paris, Éd. Sun, 1965, pp. 62-177.

224. A. Schweitzer, *Pilgrimage to Humanity [Weg zur Humanität]*, N.Y., Philosophical Library, 1961, p. 1.

225. *Ibid.*, pp. 87-88, 99 e 101.

invés de se concentrar nas lições extraídas das experiências das gerações sacrificadas. Os conhecimentos científico e tecnológico modernos não foram assimilados pela cultura; ao contrário, passaram a miná-la, e a ser postos a serviço da política de poder, configurando um novo retorno da tragédia da existência humana²²⁶. Na verdade, a tragédia nunca deixou de permear a existência humana, e os sofrimentos daí decorrentes parecem inevitáveis²²⁷. Novas gerações voltariam a ser sacrificadas, em meio a novos conflitos armados conflagrados pela *razão de Estado*. Onde estavam e estão os “países civilizados”?

Nestes novos conflitos, já não mais *inter*-estatais, mas *intra*-estatais, perpetraram-se novos e sucessivos atos de genocídio e crimes contra a humanidade, ademais de crimes de guerra²²⁸. Nos foros internacionais,

226. Cf., nesse sentido, J.-M. Domenach, *Le retour du tragique*, Paris, Éd. Seuil, 1967, pp. 137, 141, 155, 161, 164-165, 169-171 e 259.

227. Cf., nesse sentido, W. Kaufmann, *Tragedy and Philosophy*, Princeton/N.J., Princeton University Press, 1969 [reed.], pp. 115, 117, 120, 125, 129-134, 309 e 314-315.

228. Cf., e.g., Y. Ternon, *Guerres et génocides au XXe siècle*, Paris, Éd. Odile Jacob, 2007, pp. 9-379; B.A. Valentino, *Final Solutions - Mass Killing and Genocide in the Twentieth Century*, Ithaca/London, Cornell University Press, 2004, pp. 1-309; G. Bensoussan, *Europe - Une passion génocidaire*, Paris, Éd. Mille et Une Nuits, 2006, pp. 7-460; B. Bruneteau, *Le siècle des génocides*, Paris, Armand Colin, 2004, pp. 5-233; G. Prunier, *Africa's World War - Congo, the Rwandan Genocide, and the Making of a Continental Catastrophe*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1-468; J.W. Honig e N. Both, *Srebrenica - Record of a War Crime*, London, Penguin Books, 1997 [repr.], pp. 3-186; S. Matton, *Srebrenica - Un génocide annoncé*, Paris, Flammarion, 2005, pp. 21-420; K. Moghalu, *Rwanda's Genocide - The Politics of Global Justice*, N.Y., Palgrave, 2005, pp. 1-236; S. Totten, W.S. Parsons e I.W. Charny (eds.), *Century of Genocide - Eyewitness Accounts and Critical Views*, N.Y./London, Garland Publ., 1997, pp. 3-466; J. Sémelin, *Purificar e Destruir - Usos Políticos dos Massacres e dos Genocídios*, Rio de Janeiro, DIFEL, 2009, pp. 19-532; L. Rees, *El Holocausto Asiático*, Barcelona, Crítica Ed., 2009, pp. 13-212; A. Cardoso Botelho, *Holocausto em Angola*, 2a. ed., Lisboa, Vega, 2008, pp. 15-532; B. Kiernan, *Blood and Soil - A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven/London, Yale University Press, 2007, pp. 1-697; M. Kullashi, *Effacer l'autre - Identités culturelles et identités politiques dans les Balkans*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 7-246; R. Gellately e B. Kiernan (eds.), *The Specter of Genocide - Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 [repr.], pp. 3-380; N.M. Naimark, *Stalin's Genocides*, Princeton/N.J., Princeton University Press, 2012 [repr.], pp. 1-154; J. Brent, *Dentro dos Arquivos de Stalin*, Rio de Janeiro, Edit. Record, 2013, pp. 7-347; P. Preston, *El Holocausto Es-*

continuou-se a eludir o comércio de armas e de mercenários. Ainda que não involucrados formalmente em novos conflitos, há os que continuam a buscar o lucro mediante o comércio clandestino de armas, mediante o extermínio dos demais. É este um tema que vinha sendo, há décadas, afastado da agenda internacional, sem maiores explicações.

Basta notar que, durante décadas, o comércio de armas vinha sendo envolto em clandestinidade, e tratado como um verdadeiro “assunto de Estado”, sem qualquer preocupação de natureza ética²²⁹. Somente há pouco, este ano, no âmbito das Nações Unidas, foi enfim adotado, em 02.04.2013, o Tratado sobre o Comércio de Armas, buscando regulamentar o comércio de armas convencionais, que até o presente logrou alcançar não mais que oito ratificações.

Outra preocupação do pensamento humanista, que passou a atrair maior atenção, sobretudo a partir da década dos noventa até o presente (com a sucessão dos *Relatórios sobre o Desenvolvimento Humano* do PNUD, de 1990 em diante, e o ciclo de Conferências Mundiais das Nações Unidas, a partir de 1992), tem sido com as precárias condições de vida da população em todas partes²³⁰. As desigualdades e pobreza crônicas se fazem presentes em todas as sociedades, sem que apareçam

pañol, Barcelona, Debate Ed., 2011, pp. 17-805; M.A. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-283; M. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick/N.J., Transaction Pubs., 1997, pp. 1-309; Enzo Traverso, *L'histoire comme champ de bataille - Interpréter les violences du XXe. siècle*, Paris, Éd. La Découverte, 2012, pp. 5-289; E. Hecht e P. Servent, *Le siècle de sang 1914-2014 - Les vingt guerres qui ont changé le monde*, Paris, Perrin, 2014, pp. 9-395; M.W. Daly, *Darfur's Sorrow - A History of Destruction and Genocide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-316.

229. Cf., nesse sentido, Conseil Pontifical “Justice et Paix”, *Le commerce international des armes - Une réflexion éthique*, Vaticano, Edit. Vaticana, 1994, pp. 3-36; D. Facchini, M. Sasso e F. Vignarca, *Armi, un Affare di Stato*, Milano, Chiarelettere, 2012, pp. 3-238.

230. A.A. Cançado Trindade, “Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences”, in *Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law, ed. N. Ando), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; e cf. A.A. Cançado Trindade, “Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights: Recent Developments”, in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law* (eds. N. Al-Nauimi e R. Meese), Deventer, Kluwer, 1995, pp. 1051-1077.

os responsáveis. Em muitos meios sociais, a pobreza crônica inclusive se agrava em nossos dias, na segunda década do século XXI. Onde estão os “países civilizados”?

*XI. O Princípio Básico da Igualdade e Não-Discriminação
em um Mundo de Desigualdades*

1. A Idéia da Igualdade Humana em Projeção Histórica

Este problema perene traz à baila o princípio básico da igualdade e não discriminação. A esse respeito, há de início que ter em mente que a idéia da igualdade humana já estava presente nos primórdios do direito das gentes²³¹, bem antes de encontrar expressão nos instrumentos internacionais que conformam seu *corpus juris gentium*, tal como o conhecemos em nossos tempos. Assim, a idéia da *igualdade humana* era subjacente à concepção da *unidade do gênero humano*. Não obstante, não deixa de ser paradoxal, se não trágico, constatar que os avanços, nos dois últimos séculos, no domínio do conhecimento científico e tecnológico, tenham gerado desigualdades recorrentes entre os seres humanos, como evidenciado - em lugar da distribuição - pela concentração de riqueza nas mãos de poucos, com uma conseqüente marginalização social de segmentos cada vez mais amplos da população.

Já em meados do século XVIII, em seu célebre *Discurso sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens* (1754), Jean-Jacques Rousseau denunciava e criticava de modo contundente a exploração do homem pelo homem na sociedade da época, em meio à hipocrisia generalizada e à degradação dos valores éticos, dando margem à desigualdade crescente entre os homens²³². No final do século XIX, Leon Tolstoi denunciava a nova escravidão de seu tempo, em que a maioria das pessoas estava submetida à vontade de uma minoria, que utilizava

231. Presente, por exemplo, no pensamento de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez e de Bartolomé de Las Casas, pioneiros na postura contra a opressão. O princípio fundamental da igualdade e não-discriminação é hoje um dos pilares básicos do *corpus juris* da proteção internacional dos direitos humanos.

232. J.-J. Rousseau, *Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los Hombres* [1754], México/Madrid, Edivisión/Alba, 1999 (reimpr.), pp. 31-141.

o poder público para “obter benefícios pessoais” às custas dos demais (os trabalhadores), tidos como “inferiores”²³³.

L. Tolstoi alertava para o uso indevido do monopólio estatal da “violência organizada”. Tal situação configurava, para ele, uma nova forma de escravidão, lamentavelmente discriminando os pobres, os enfermos e os vulneráveis; as relações sociais deveriam fundamentar-se na razão, e não na injustiça²³⁴. Enfim, para L. Tolstoi, o recrutamento, dentre os trabalhadores pobres, de pessoal para as guerras, para atacar pessoas indefesas, vulnerava a própria liberdade de pensamento, e conduzia a crimes contra a humanidade; não se deveria forçar os recrutados a atos de extrema violência²³⁵.

A insuficiente atenção dedicada pela doutrina jurídica até o presente, ao princípio básico da igualdade e não-discriminação, encontra-se longe de guardar proporção com a importância fundamental de tal princípio, tanto na teoria como na prática do Direito. Nas últimas décadas do século XX, a igualdade e a não-discriminação passaram a ser invocadas em relação a indivíduos e grupos de indivíduos, em situação de vulnerabilidade, nas mais variadas circunstâncias²³⁶. A gradual consolidação dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, veio refletir a crescente conscientização do princípio, - pilar básico de todos estes sistemas de proteção, - do respeito da dignidade humana, contribuindo assim à prevalência do princípio da igualdade e não-discriminação²³⁷. Ainda assim, o combate à discriminação parece, em última análise, tal como em Sísifo, um trabalho ou uma luta sem fim.

233. L. Tolstoi, *La Esclavitud de Nuestro Tiempo* [1900], Barcelona, Littera, 2000 [reed.], pp. 63, 80 e 85.

234. *Ibid.*, pp. 86-87, 89, 91 e 97.

235. *Ibid.*, pp. 101, 103-104 e 121.

236. As bases para atendê-los e protegê-los já se encontravam - desde meados do século XX - em instrumentos básicos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 1), e a Carta das Nações Unidas de 1945 (segundo parágrafo preambular). Com efeito, o direito das gentes, e, mais particularmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem se confrontado com formas distintas e sucessivas de discriminação, e a proibição desta última continua a ter vigência em nossos dias.

237. Determinadas expressões passaram a emergir sucessivamente, tais como, e.g., “igualdade perante a lei”, “igual proteção da lei”, e “não-discriminação por força de lei”, nesta seqüência. Subjacentes a elas encontram-se valores humanos; a cristalização da expressão “igualdade perante a lei” se deve a sua presença marcante no direito público interno comparado. Estas expressões vieram associar-se às obrigações cor-

Com efeito, o princípio básico da igualdade e não-discriminação veio a ter uma incidência em setores distintos das relações humanas, e tem logrado avanços na eliminação da discriminação racial (final dos anos sessenta e década dos setenta), na promoção da igualdade entre os sexos (final dos anos setenta e década dos oitenta), na proteção das pessoas deslocadas (final dos anos oitenta e década dos noventa). Desde então (fins dos anos noventa) e até o presente (meados de agosto de 2013), concentra-se nos desafios da condição das pessoas mais recentemente afetadas pelo empobrecimento, das vítimas de distúrbios e conflitos internos, e dos migrantes indocumentados.

No final das contas, o princípio básico da igualdade e não-discriminação encontra-se nos fundamentos do próprio Direito das Nações Unidas, assim como nos dos sistemas regionais de direitos humanos dotados de tribunais internacionais de direitos humanos. Estes últimos (Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, e Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos), estabelecidos por Convenções regionais de direitos humanos, operam em continentes distintos no âmbito da universalidade dos direitos humanos.

2. Igualdade e Não-Discriminação, e o Drama dos Desenraizados

Na atualidade, na segunda década do século XXI, o que não dizer das sociedades nacionais baseadas e estruturadas na desigualdade? Onde estão os “países civilizados”? Embora o princípio básico da igualdade e não-discriminação, desde sua proclamação na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, passasse a ser crescentemente invocado em instrumentos internacionais e mesmo em constituições nacionais, nem por isso persuadiu os donos do poder a deixar de perpetuar as desigualdades reinantes no seio das sociedades nacionais. Face a tais desigualdades, persistences e crescentes em nossos dias, onde estão dos países “civilizados”?

Tragicamente, o progresso material de alguns tem-se feito acompanhar do fechamento das fronteiras aos que buscam a sobrevivência pelo trabalho em condições dignas. As fronteiras têm-se aberto,

respondentes do Estado, consagradas em numerosos instrumentos internacionais de direitos humanos hoje existentes.

no mundo da falsidade da “globalização”, aos capitais e serviços, e têm-se fechado aos seres humanos, situados em escala de prioridade bem inferior que a dos capitais e serviços, por parte de seus próprios semelhantes. Onde estão os países “civilizados”? Tal fechamento de fronteiras aos seres humanos (inclusive por países que, em outras eras, beneficiaram-se dos livres fluxos migratórios) tem-se feito acompanhar de aparecimento de novas formas de servidão humana (tráfico clandestino de pessoas, prostituição forçada, exploração laboral, dentre outras), de que os migrantes indocumentados não raro são vítimas²³⁸.

Migrações e deslocamentos forçados, aumentados e intensificados a partir da década de noventa²³⁹, têm se caracterizado particularmente pelas disparidades nas condições de vida entre o país de origem e o de destino dos migrantes. Suas causas são múltiplas, a saber: colapso econômico e desemprego, colapso nos serviços públicos (educação, saúde, entre outros), desastres naturais, conflitos armados gerando fluxos de refugiados e pessoas deslocadas, repressão e perseguição, violações sistemáticas de direitos humanos, rivalidades étnicas e xenofobia, e tantas outras formas de violência²⁴⁰. Onde estão os países “civilizados”? Recentemente, a assim-chamada “flexibilização” nas relações trabalhistas, em meio à “globalização” da economia, tem também gerado mobilidade, acompanhada de insegurança pessoal e de um medo crescente do desemprego²⁴¹.

238. M. Lengellé-Tardy, *L'esclavage moderne*, Paris, PUF, 1999, pp. 26, 77 and 116, and cf. pp. 97-98. Ainda que os sistemas escravagistas tenham sido abolidos, têm persistido as segregações, e têm surgido novas formas de exploração - clandestinas - dos seres humanos; cf., e.g., O. Pétré-Grenouilleau, *A História da Escravidão*, São Paulo, Boitempo Edit., 2009, pp. 9-146.

239. Cf. UNHCR, *The State of the World's Refugees - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

240. N. Van Hear, *New Diasporas - The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 e 151; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20. E cf. também, e.g., H. Domenach e M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 42-126. - Há que se dedicar à reflexão para tentar evitar que se volte a cometer o mal, tendo em mente a facilidade com que foi ele cometido, em verdadeiras catástrofes ao longo do século XX; Hannah Arendt, *Condições morais* [1971], Paris, Payot & Rivages, 1996 [reed.], pp. 55-56, 58 e 73.

241. N. Van Hear, *op. cit. supra* n. (85), pp. 251-252, e cf. p. 260. Cf. também, e.g., R. Bergalli (coord.), *Flujos Migratorios y Su (Des)control*, Barcelona, OS-

Onde estão os países “civilizados”? Migrações e deslocamentos forçados, com o conseqüente desenraizamento de tantos seres humanos, acarretam traumas (e.g., abandono do lar, separação de famílias, perda de propriedade, humilhações de tratamento arbitrário e injustiças sofridas). Como Simone Weil advertiu, já na metade do século XX, - em um dos mais belos livros já escritos a respeito, - “ter raízes é talvez a necessidade mais importante e a menos recohecida da alma humana”, e “uma das mais difíceis de definir”²⁴².

Na mesma época e na mesma linha de pensamento, Hannah Arendt alertou para os sofrimentos dos desarraigados (a perda do lar e da familiaridade do quotidiano, a perda da profissão e do sentimento de utilidade aos demais, a perda da língua materna como expressão espontânea dos sentimentos), assim como a ilusão de esquecer o passado²⁴³. Outros, no mesmo sentido, alertaram que a própria maneira de ver o mundo está em grande parte condicionada por fatores como o local de nascimento, a língua materna, os cultos, a família, e a cultura, - demonstrando a relevância das *raízes* do próprio espírito humano²⁴⁴.

Em seu livro *O Tempo dos Desenraizados* (2003), Elie Wiesel, - Prêmio Nobel da Paz em 1986, que sofrera ele próprio o drama do desenraizamento, - ponderou que os antigos refugiados continuam de algum modo a ser refugiados para o resto de suas vidas; escapam de um exílio para projetar-se em outro, onde tudo parece provisório, sem sentir-se em casa em lugar algum. Continuam sempre a recordar o lugar de onde

PDH/Anthropos Edit., 2006, pp. 138, 152 e 244-248; M. Greenwood Arroyo and R. Ruiz Oporta, *Migrantes Irregulares, Estrategias de Supervivencia y Derechos Humanos: Un Estudio de Casos*, San José of Costa Rica, IIHR, 1995, pp. 9-159; dentre outros.

242. Simone Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reimpr. 1995), p. 41. - Sobre o drama contemporâneo do desenraizamento, cf. A.A. Cançado Trindade, “Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos Frente a la Conciencia Jurídica Universal”, in *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (eds. A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago), 4a. ed. rev., San José da Costa Rica, ACNUR, 2006, pp. 33-92.

243. Hannah Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgeois Ed., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 e 125-127. E cf. também, sobre a matéria, e.g., C. Bordes-Benayoun e D. Schnapper, *Diasporas et nations*, Paris, O. Jacob Ed., 2006, pp. 7, 11-12, 45-46, 63-65, 68-69, 129 e 216-219.

244. J.-M. Domenach, *Le retour du tragique*, Paris, Éd. Seuil, 1967, p. 285.

vieram²⁴⁵, cultivando suas memórias como uma forma de se defenderem da condição adversa de pessoas desenraizadas. Mas a “celebração da memória” tem também suas limitações, pois os desenraizados encontram-se privados de horizontes, e do sentido de pertencer a algum lugar²⁴⁶. Têm sempre necessidade de ajuda demais. O drama dos vitimados parecer ser negligenciado ou esquecido à medida em que o tempo passa, e os desenraizados terminam tendo que aprender a viver em meio à inevitável diminuição, lenta e gradual, até mesmo de suas próprias memórias²⁴⁷.

Em meu Voto Arrazoado no caso trágico da *Comunidade Moiwana versus Suriname*, adjudicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Sentença de 15.06.2005), concentrei-me precisamente na projeção do sofrimento humano no tempo dos migrantes daquela Comunidade, que sobreviveram um massacre (perpetrado em 29.11.1986 na vila N’djuka Maroon de Moiwana, no Suriname), tendo alguns deles escapado para a Guiana Francesa. Caracterizei o suplício que sofreram como

“[dano] espiritual. Em sua cultura, encontram-se ainda atormentados pelas circunstâncias das mortes violentas das pessoas que amavam, e o fato de que os mortos não tiveram um enterro apropriado. Esta privação, gerando um sofrimento espiritual, tem perdurado por quase vinte anos, do momento da perpetração do massacre de 1986 - engajando a responsabilidade do Estado - até o presente. Os N’djukas não se esqueceram de seus mortos” (par. 29).

Somente com a mencionada Sentença de 2005, quase duas décadas depois, encontraram afinal reparação, com o reconhecimento judicial de seu sofrimento e outras formas de reparação ordenadas. No âmbito destas últimas encontra-se a garantia pelo Estado de seu retorno

245. E. Wiesel, *O Tempo dos Desenraizados* [*Le temps des déracinés*, 2003], Rio de Janeiro, Edit. Record, 2004, pp. 18-19.

246. *Ibid.*, pp. 21, 32, 181 and 197.

247. *Ibid.*, pp. 212, 235, 266 and 278. Para sua preocupação com a necessidade de preservação da memória, cf. também Elie Wiesel, *L’oublié*, Paris, Éd. Seuil, 1989, pp. 29, 63, 74-77, 109, 269, 278 e 336.

voluntário e seguro a suas terras natais²⁴⁸. Não foi esta a primeira vez que abordei a questão da projeção do sofrimento humano no tempo e da crescente tragédia do desenraizamento; anteriormente, também o fizera em meu Voto Concordante (pars. 1-25) na Resolução da CtIADH de Medidas Provisórias de Proteção (de 18.08.2000) no caso dos *Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana*, assim como em meu Voto Arrazoadado (pars. 10-14) no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (reparações, Sentença de 22.02.2002)²⁴⁹, e retomei a questão em apreço em meu supracitado Voto Arrazoadado no caso mais recente da *Comunidade Moiwana*.

3. Igualdade e Não-Discriminação, e o Abandono dos Esquecidos do Mundo

O princípio básico da igualdade e não-discriminação faz-se presente em todas e quaisquer situações, inclusive em situações-limite, como as dos abandonados nas ruas do mundo. Estes últimos, na atualidade, têm tido suas causas levadas a um tribunal internacional, como a CtIADH. Como assinalai, por exemplo, em meu Voto Arrazoadado no caso da *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguai* (Sentença da CtIADH de 29.03.2006), observei que transcorridos sete anos da Sentença paradigmática da CtIADH no caso dos “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, mérito, Sentença de 19.11.1999),

“os abandonados e esquecidos do mundo voltam a alcançar um tribunal internacional de direitos humanos em busca de justiça, nos casos dos membros das *Comunidades Yakye Axa* (Sentença de 17.06.2005) e *Sawhoyamaxa* (a presente Sentença). No *cas d’espèce*, os arrancados forçosamente de seus lares e terras ancestrais, e socialmente marginalizados e excluídos, efetivamente

248. Para o texto completo de meu Voto Arrazoadado no caso da *Comunidade Moiwana versus Suriname*, cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), Mexico, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 539-567.

249. Para os textos completos de meus referidos Votos Concordantes e Arrazoados, cf. *ibid.*, pp. 876-883 e 321-330, respectivamente.

alcançaram uma jurisdição internacional, perante a qual finalmente encontraram a justiça” (par. 37).

E em meu Voto Arrazoadado no mencionado caso da *Comunidade Moiwana*, abordei ainda a projeção do sofrimento humano no tempo (pars. 24 e 29-33), tal como o fiz igualmente em meus Votos Arrazoados no caso dos “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, reparações, Sentença de 26.05.2201) e no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (reparações, Sentença de 22.02.2002). Mais recentemente, em meu Voto Arrazoadado no caso *Servellón García e Outros versus Honduras* (Sentença de 21.09.2006), retomei este ponto, face à tragédia contemporânea dos atentados contra os direitos humanos em meio à descomposição do tecido social, e alertei:

“A violência gratuita e desnecessária por parte de órgãos e agentes do poder estatal, sobretudo contra os segmentos mais vulneráveis da população, e a exclusão e punição, assim como o confinamento, dos ‘indesejáveis’ como ‘respostas’ estatais a um ‘problema social’, tem sido uma constante na história do Estado moderno. Não têm ocorrido só nos países da América Latina, mas também da Europa e de todo o mundo. (...) O assassinato de crianças nas ruas do mundo é, ademais de uma violação grave dos direitos humanos, uma manifestação da loucura dos ‘civilizados’, a mais enfática e assustadora negação da razão” (par. 24).

O caso *Servellón García e Outros*, - acrescentei, - era “um dos muitos casos congêneres que ocorrem diariamente em toda a América Latina e em todo o mundo. O Estado cria os ‘indesejáveis’, ao deixar de cumprir as funções sociais para as quais foi historicamente criado, e depois os marginaliza, exclui, confina, ou mata (ou deixa que os matem)” (par. 26). Ao menos, no presente caso, - concluí, - os esquecidos do mundo tiveram sua causa alçada ao conhecimento de um tribunal internacional de direitos humanos, a CtIADH, e

“As humilhações e sofrimentos de que padeceram foram judicialmente reconhecidos, com suas conseqüências jurídicas para os responsáveis pelos mesmos. Na presente Sentença, a Corte

advertiu para a perigosa estigmatização de que crianças e jovens pobres estariam condicionados à delinquência, que cria um `clima propicio' para que aqueles menores em situação de risco se encontrem diante de uma ameaça latente a sua vida e integridade e liberdade pessoais" (par. 113).

XII. Considerações Finais

1. De Volta aos Princípios Gerais do Direito

Ao concluir estas reflexões, retorno aos princípios gerais do direito, que se encontram, - como se sabe, - incluídos no rol das "fontes formais" constantes do artigo 38 do Estatuto da CIJ. Infelizmente, têm sido negligenciados pela doutrina jurídica contemporânea, embora requeiram e mereçam a mais cuidadosa atenção. Com efeito, há princípios gerais do direito comuns a todos os sistemas jurídicos nacionais, e que se encontram inelutavelmente ligados aos próprios fundamentos do Direito; os princípios gerais do direito abarcam igualmente os princípios do próprio direito internacional. Em meu entender, tais princípios informam e conformam as normas e regras do direito internacional, e são uma manifestação da consciência jurídica universal.

Os referidos princípios gerais do direito têm sempre marcado presença na busca da Justiça, não obstante as distintas percepções desta última em distintos países. Têm sido reiteradamente reafirmados, ao longo do tempo, e retêm plena validade em nossos dias. O positivismo jurídico tem sempre tentado, em vão, minimizar o papel destes princípios, mas a verdade é que, sem eles, não há sistema jurídico algum, seja nacional ou internacional. Eles dão expressão à idéia de uma justiça *objetiva*, abrindo caminho à aplicação do direito internacional universal, o novo *jus gentium* de nossos tempos, tal como o conceito²⁵⁰.

Considero da maior relevância o papel dos princípios gerais, tal como o assinala, por exemplo, em meu Voto Concordante no paradigmático

250. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2a. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726.

Parecer Consultivo n. 18 (de 17.09.2003) da CtIADH sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*:

“Todo sistema jurídico tem princípios fundamentais, que inspiram, informam e conformam suas normas. São os princípios (derivados etimologicamente do latim *principium*) que, evocando as causas primeiras, fontes ou origens das normas e regras, conferem coesão, coerência e legitimidade às normas jurídicas e ao sistema jurídico como um todo. São os princípios gerais do direito (*prima principia*) que conferem ao ordenamento jurídico (tanto nacional como internacional) sua ineludível dimensão axiológica; são eles que revelam os valores que inspiram todo o ordenamento jurídico e que, em última análise, provêm seus próprios fundamentos. (...) Dos *prima principia* emanam as normas e regras, que neles encontram seu sentido. Os princípios encontram-se assim presentes nas origens do próprio Direito. Os princípios nos mostram os fins legítimos a buscar: o bem comum (de todos os seres humanos, e não de uma coletividade abstrata), a realização da justiça (nos planos tanto nacional como internacional), o necessário primado do direito sobre a força, a preservação da paz. A contrário dos tentam - a meu ver em vão - minimizá-los, entendo que, se não há princípios, tampouco há verdadeiramente um sistema jurídico. Sem os princípios, a ‘ordem jurídica’ simplesmente não se realiza, e deixa de existir como tal”²⁵¹.

Dois anos depois deste histórico Parecer da CtIADH, em meu *Curso Geral de Direito Internacional Público* ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, em julho-agosto de 2005, sustentei meu entendimento, sedimentado ao longo dos anos, no sentido de que os princípios gerais do direito formam o *substratum* do próprio ordenamento jurídico, mostrando-se indispensáveis (o *jus necessarium*, distinto e bem mais além do mero *jus voluntarium*), e expressando a idéia de uma “justiça *objetiva*” (própria do jusnaturalismo), de alcance

251. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 68-69, pars. 44 e 46.

universal. São os princípios gerais do direito que inspiram a interpretação e aplicação não só das normas jurídicas, como também o próprio processo legiferante de sua elaboração²⁵².

Os princípios fundamentais são os alicerces da própria justiça; ao longo dos séculos, o pensamento jusnaturalista sempre ressaltou sua relevância. O *jus necessarium* assim se configura por se tratar de leis justas, emanadas da *recta ratio*, e que precisamente por isso requerem o dever de consciência de seu cumprimento²⁵³. Em meu entender, os princípios gerais do direito, que assim se revestem da maior importância na interpretação e aplicação do direito internacional e em seu desenvolvimento progressivo, foram ao longo dos séculos captados pela consciência humana, no âmbito tanto dos sistemas jurídicos nacionais como do direito das gentes. Quanto aos primeiros, cabe ter presente, por exemplo, que a intangibilidade das garantias judiciais e do devido processo legal encontra-se inelutavelmente ligada ao primado do Estado de Direito em uma sociedade democrática.

Tive ocasião de ressaltar este ponto em um memorável Seminário sobre a matéria realizado em Hong Kong, China, no qual me permiti advertir que, independentemente de que tenhamos em mente os elementos componentes do direito a um processo justo (*fair trial*), como desenvolvidos nos países de *common law*, ou então os derivados das garantias fundamentais (*garanties fondamentales*), como desenvolvidos nos países de *droit civil*, o certo é que no presente domínio estamos ante princípios gerais *do Direito*, universalmente reconhecidos, e podemos conceitualizar como “Estados civilizados” todos os que, em última análise, respeitam plenamente os direitos humanos (na medida e enquanto os respeitam) e asseguram a todas as pessoas sob suas respectivas jurisdições o livre e pleno exercício daqueles direitos (na medida e enquanto o asseguram)²⁵⁴. O respeito aos direitos

252. A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 90-92.

253. Cf., e.g., B. Hamilton, *Political Thought in Sixteenth-Century Spain (A Study of the Political Ideas of Vitoria, De Soto, Suárez and Molina)*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 20, 28, 50-52, 56, 106 e 170.

254. A.A. Cançado Trindade, “The Right to a Fair Trial under the American Convention on Human Rights”, in *The Right to Fair Trial in International and Com-*

humanos constitui, em última análise e em suma, a melhor medida do grau de “civilização”²⁵⁵.

2. *Premissa Confirmada*

O reconhecimento dos “princípios gerais do direito”, e sua inserção no rol das fontes “formais” do direito internacional constante do artigo 38 do Estatuto da chamada Corte Mundial da Haia (CPJI/CIJ), que na atualidade tenho a honra de servir como magistrado, revestiu-se e se reveste da maior relevância, e requer maior atenção por parte da doutrina jurídica contemporânea. O acréscimo, àquela categoria, do qualificativo “reconhecidos pelas nações civilizadas”, foi, na minha percepção, inadvertido, feito sem reflexão e sem o menor espírito crítico, pois em 1920, em 1945, e em 2013, é impossível determinar quais sejam as “nações civilizadas”. Só podemos identificar as que se comportam de modo “civilizado” por algum tempo, e na medida em que assim se comportam.

A nenhum país é dado considerar-se como essencialmente “civilizado”. A meu ver, referido qualificativo foi acrescentado aos “princípios gerais do direito” no artigo 38 do Estatuto da CPJI em 1920 por letargia mental, e foi mantido no Estatuto da CIJ em 1945, no qual permanece até o presente (meados de 2013), por inércia mental, e sem espírito crítico. Devemos todos ter um pouco mais de coragem e humildade em relação à nossa condição humana, dada a notória propensão à maldade ilimitada. Dos antigos gregos aos contemporâneos, a existência humana tem estado sempre envolta em tragédia. Definitivamente, não existem nações ou países “civilizados” *per se*, mas tão só os que se comportam de modo civilizado por algum tempo, e na medida em que desse modo se comportarem.

Assim sendo, devemos permanecer atentos, e envidar todos os esforços, para tentar prevenir ou evitar a irrupção recorrente da barbárie. Este posicionamento se torna ainda mais imperioso em uma época como a atual, marcada pela pressão impiedosa da pressa e da luta vã

parative Perspective (ed. A. Byrnes), Hong Kong, Ed. University of Hong Kong, 1997, pp. 4-11.

255. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit. supra* n. (147), p. 344.

e glória contra o passar do tempo, em que cada vez menos se lê e menos se pensa, e se deixa de extrair as lições do passado. É a lição que me permito extrair desta inauguração da Cátedra de Direito Internacional na Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA), em Foz do Iguaçu, na tarde de hoje, 22 de agosto de 2013.

Ao concluir minhas reflexões, considero demonstrada a premissa geral de que parti. Em suma, deve-se ter sempre em mente que, efetivamente, não há nações que sejam por sua natureza civilizadas. Há, precisamente, nações que por algum tempo se comportam de modo civilizado, enquanto e na medida em que atuam em conformidade com o direito internacional, e com o devido respeito aos direitos da pessoa humana. E a fonte *material* última do direito internacional, como de todo o Direito, é, como venho há anos assinalando²⁵⁶, a *consciência humana*, a consciência jurídica universal.

256. Cf., *inter alia*, A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368; A.A. Cançado Trindade, “El Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal”, in *Forum Deusto - Movimientos de Personas e Ideas y Multiculturalidad* (ed. J. Elzo), Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 65-120; A.A. Cançado Trindade, “La *Recta Ratio* dans les Fondements du *Jus Gentium* comme Droit International de l’Humanité”, 10 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2010) pp. 11-26.

CAPÍTULO II

CIEN AÑOS DE DESARROLLO JURÍDICO EN DEFENSA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

*Jean Michel Arrighi*¹

1. El proceso que dio nacimiento al sistema jurídico e institucional interamericano, se inició en 1889 con la Primera Conferencia Internacional Americana en Washington DC. A partir de allí se elaboraría un vasto tejido de normas e instituciones, pionero en el desarrollo del derecho internacional. Tratados sobre arbitraje, sobre uso de recursos naturales compartidos, derecho de los tratados, derechos y deberes de los Estados, la codificación del derecho internacional privado, son solo algunos ejemplos del patrimonio jurídico aquí elaborado, el que luego tendría repercusiones en el orden jurídico universal. Pero también fue el ámbito de creación de numerosas instituciones de cooperación en los más variados campos: derechos del niño (Instituto Interamericano del Niño), de la mujer (Comisión Interamericana de Mujeres), de desarrollo agrícola (Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura), de salud (Organización Panamericana de la Salud); se propuso ya desde un inicio constituir un Banco de desarrollo, que luego sería el BID, y hasta tener una corte interamericana de justicia, y todo con el apoyo de una secretaría, la Unión Panamericana, que luego, en 1948, sería la Organización de los Estados Americanos².

2. En 1906 se celebró en la ciudad de Rio de Janeiro, entonces capital de Brasil, la Tercera Conferencia Internacional Americana. Presidía la delegación del país sede el gran jurista e incansable luchador contra la esclavitud, Joaquim Nabuco. Allí se adoptó, entre otras, la convención por la cual se creaba la Junta Internacional de Jurisconsultos. De acuerdo

1. Secretario de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA; miembro del *Institut de Droit International*.

2. Ver nuestro curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, *L'Organisation des États Américains et le droit international*, 355 RCADI, 2011. El texto de muchos de estos tratados pueden consultarse en la obra del actual Presidente de la Sociedad Brasileira de Derecho Internacional, el profesor Wagner Meneses, *Direito Internacional na América Latina*, editora Ithala, Curitiba, 2008.

con este tratado, ésta se compondría de representantes gubernamentales, tendría como misión la preparación de un proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y de otro de Derecho Internacional Público y “las demás cuestiones que importen un progreso jurídico efectivo, o que tiendan a la eliminación de causas de desinteligencias o conflictos entre aquellos mismos Estados”. La Junta tuvo su sede en Rio de Janeiro. Se reunió por primera vez en 1912 y fue Eptacio Pessoa, entonces Ministro del Supremo Tribunal Federal y futuro Presidente de la República, su primer presidente efectivo³. Con el tiempo y luego de numerosos cambios en su denominación y naturaleza, pero no en cuanto a su función esencial de desarrollar el derecho internacional en las Américas, es hoy el Comité Jurídico Interamericano, órgano de la OEA. Pocos años después se constituiría la Sociedad Brasileira de Derecho Internacional a la que estas líneas van como mi sentido homenaje por su labor en la difusión del derecho internacional.

3. Este Comité Jurídico Interamericano, que mantiene su sede en Rio de Janeiro, está integrado por once juristas que, elegidos por la Asamblea General, representan al conjunto de los países de las Américas, y “tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente” (artículos 99 a 105 de la Carta de la OEA). Es decir, competencias muy amplias, no sólo para proponer convenciones, sino también leyes nacionales, y tanto en el campo del derecho internacional público como del derecho internacional privado, todo lo cual puede hacerlo ya a solicitud de los órganos políticos de la OEA ya por iniciativa propia.

4. El derecho internacional en las Américas aseguró la paz continental como no ocurriera en ninguna otra región, a los largo de todo el siglo XX. Como ya más de una vez lo escribiera: si uno compara el mapa de las Américas de 1889 con el de hoy, es casi el mismo. Esta comparación en cualquier otra región entre esos mismos años muestra cambios enormes. Y detrás de cada uno de estos cambios en los mapas

3. El presidente provisorio fue el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Lauro Sevariano Müller, pero fue Pessoa quien presidió los trabajos.

y en los nombres de los estados hay guerras y millares de muertos. En nuestra región las controversias llegaron siempre a alguna forma de solución pacífica prevista en el respeto al derecho internacional y al no uso de la fuerza en las relaciones entre Estados.

5. Los grandes males de la región se produjeron en los ámbitos internos, en los fracasos de los ordenamientos jurídicos y de las instituciones nacionales para contener golpes de estado, violaciones masivas de derechos humanos, exclusiones, desigualdades y discriminaciones. De ahí el llamado temprano al orden jurídico interamericano para venir al auxilio de los países en el logro de verdaderos estados democráticos de derecho, lo que, hay que reconocerlo, tuvo sus aplicaciones perversas durante el período de la Guerra Fría, escudadas en interpretaciones de situaciones previstas en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR). Es bien conocido el caso del desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁴. Es menos conocido, en cambio, el de la defensa del sistema democrático, aunque ambos conocieron inicios en común.

6. La Novena Conferencia Americana, reunida en Bogotá en 1948, y sobre la base de proyectos elaborados con la participación del Comité Jurídico Interamericano, aprobó tanto la Carta de la OEA como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵. La Carta, en su preámbulo, habla de que “el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. En su artículo 5 c), actual 3 d), la misma Carta dice que “la solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política

4. Y para su estudio detallado me remito a la vasta obra del ex Presidente de la Sociedad Brasileira de Derecho Internacional y actual juez de la Corte de La Haya, Antonio Augusto Cançado Trindade, entre la cual, y para solo citar un ejemplo, su *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª edición, ed.Fabris, Porto Alegre, Brasil, 1997-2003, y más recientemente, *El ejercicio de la función jurisdiccional internacional, memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ed.Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, 2011

5. Aprobó también el “Pacto de Bogotá” de Solución de Controversias. En cambio quedaron en el camino el Convenio Económico y el denominado Pacto Constitutivo del Sistema Interamericano, asinatura aún pendiente.

de los mismos sobre la base del ejercicio de la democracia representativa”. Y todo ello adoptado en tiempos en que los sistemas políticos y la organización interna de los países miembros de las organizaciones internacionales, empezando por la reciente Organización de las Naciones Unidas, era cuestión de la exclusiva jurisdicción doméstica, y para nada de la incumbencia del derecho internacional.

7. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, anterior unos meses a la Declaración Universal, dice que uno de los derechos del individuo es el de “tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres” (artículo XX) y agrega como uno de los deberes del individuo el de “votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitado para ello” (artículo XXXIII). Queda acá, sin duda, la referencia a la democracia como forma de gobierno, en particular a la denominada “democracia representativa”, en forma mucho más clara que la fórmula más amplia, y por lo tanto ambigua, que tiene la Declaración Universal⁶, al referirse tanto a los derechos como también a las obligaciones del ciudadano.

8. Pero de “democracia” se hablaba mucho por esos tiempos en todo el mundo y en los más variados sentidos. Era entonces una palabra que se acompañaba de los más diversos adjetivos y que era utilizada para justificar todo tipo de gobierno incluyendo a los más autoritarios y autócratas. De ahí que en 1959 la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, reunida en Santiago de Chile, adoptara una Declaración por la que enumera los principales requisitos de un régimen democrático. Entre ellos señala “el imperio de la ley”, “la independencia de los poderes”, “la fiscalización de la legalidad de los actos de gobierno por órganos jurisdiccionales”, “elecciones libres”, “la incompatibilidad

6. Dice el Artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dice que: “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

de la democracia con la perpetuación en el poder”, “respeto de los derechos fundamentales de la persona humana”, “medios judiciales eficaces para la protección de los derechos humanos”, “libertad de información y de expresión”, “justas y humanas condiciones de vida”. En suma lo que hoy casi todos entendemos cuando se habla de “democracia”, pero que estaba lejos de ser tan claro por entonces. Para ahondar más en ello, la reunión encomendó al Consejo de la OEA la preparación de “un proyecto de Convención sobre el ejercicio efectivo de la democracia representativa”. A su vez, esta misma reunión de cancilleres resolvió “crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos ..encargada de promover el respeto de tales derechos”⁷.

9. Pero le seguirán tiempos de dictaduras en el sur y de enfrentamientos sangrientos en el centro de las Américas. Los órganos políticos de la Organización, su Consejo y luego de creada, su Asamblea General, serán integrados por los representantes de dictadores. Así que de democracia representativa ni hablar, y mucho menos de una convención para asegurar su ejercicio. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, huérfana por veinte años de la Convención que debía organizar sus trabajos y establecer un tribunal interamericano, debió ir creando su propio marco de actividades, muchas veces ante la más férrea oposición de los gobiernos representados en las instancias políticas de la OEA.

10. Para volver a hablar de “democracia” habrá que esperar mediados de los años ochenta. Fin de la guerra fría, fin de las dictaduras del sur, procesos de paz y llamado a elecciones en América Central serán el nuevo marco que permitirá al derecho internacional surgido del sistema interamericano dar todo su apoyo a estos procesos. Aprovechando una profunda reforma a la Carta en 1985 (“Protocolo de Cartagena de Indias”), a poco de asumir el diplomático y jurista brasileño Joao Clemente Baena Soares la Secretaría General de la OEA, se introdujo, entre las propósitos de la Organización el de “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención” (artículo 2 b). Ya no se trata de aspiración o de un principio a ser cumplido por los Estados; ahora se trata de una competencia de la

7. La reforma de 1967 de la Carta de la OEA (“Protocolo de Buenos Aires”) la incorpora como uno de los órganos de la organización regional.

organización internacional, de toda ella, de todos y cualquiera de sus órganos, incluida la Secretaría General. Será ella pues la puerta para que desde allí, el Secretario General organice, por ejemplo, tareas de fortalecimiento institucional en los países que lo solicitaron y, sobre todo, pusiese en marcha las misiones de observación electoral. Si hasta entonces era práctica habitual el fraude electoral, hoy, luego de años de trabajo de estas misiones, el fraude es la excepción y es rápidamente denunciado. Este cambio no es poca cosa en la historia regional.

11. ¿Pero qué ocurriría si un nuevo golpe de estado se produjese en alguno de los miembros de la OEA? En una decisión también pionera en el derecho internacional, la Asamblea General aprobó la resolución 1080 del año 1991. En ese entonces la organización ya contaba con nuevos miembros (los países del Caribe anglosajón y Canadá) y todos ellos, nuevos y antiguos, eran, por primera vez, todos Estados democráticos⁸. De acuerdo con esta resolución, en caso de interrupción irregular de un gobierno democráticamente electo, los órganos competentes (reunión *ad hoc* de Cancilleres o Asamblea General) adoptarán “las decisiones que se estime apropiadas, conforme a la Carta y al derecho internacional”. Fórmula vaga, imprecisa y de gran latitud, que pronto tuviera que aplicarse cuando el golpe militar en Haití en ese mismo año 1991 o cuando quien rompiera con el orden constitucional fuera el propio gobierno democráticamente electo (Perú, 1992 y Guatemala, 1993)⁹. En todos los casos se restableció el orden constitucional¹⁰.

12. Le siguió una nueva reforma a la Carta de la OEA (“Protocolo de Washington”), que en 1992 introdujo su actual artículo 9. De acuerdo con él “un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea

8. Seguía, vestigio de la Guerra Fría, la suspensión de Cuba, en virtud del TIAR, de su participación en todas las instituciones del sistema interamericano y no sólo de la OEA. Aprobada en 1962 fue recién dejada sin efecto en el año 2009.

9. Para un análisis de todos los casos de aplicación de las normas interamericanas de defensa de la democracia y la bibliografía recomendada, ver nuestro libro *La OEA y el derecho internacional*, ed. Porrúa, México, 2015, pp.116-132.

10. En el caso de Paraguay, en 1996 y en 2000, levantamientos contra el gobierno constitucional no lograron su objetivo. El Consejo Permanente de la Organización amenazó a los alzados en armas con sanciones en virtud de la 1080.

General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado”. Acá ya no hay dudas en cuanto a la sanción a adoptar. Pero el hecho de que una reforma a la Carta sólo obliga a quienes la han ratificado y que esta reforma no lo ha sido por todos los países miembros ha dado como resultado que nunca, hasta la fecha por lo menos, haya sido invocada esta disposición.

13. En el año 2000 un caso de fraude en las elecciones presidenciales en Perú dejó en evidencia el vacío en las normas: acá ya no estábamos frente a un gobierno derrocado, acá estábamos frente a la imposibilidad de saber cuál era el gobierno constitucionalmente electo. Se recurrió entonces a la regla más amplia, la del artículo 2b, y con el fin de promover y consolidar la democracia se intentaron gestiones para realizar nuevas elecciones, lo que recién pudo llevarse a cabo una vez que renunciara el presidente en ejercicio y un presidente interino pusiese en marcha este nuevo proceso electoral.

14. La Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, en su reunión del año 2001 en Quebec, le solicitó a la OEA la adopción de una Carta Democrática Interamericana, cosa que hiciera ese mismo año la Asamblea General, el 11 de setiembre en Lima, mediante una resolución¹¹. Este texto va más allá de un nuevo marco sancionatorio. La Carta Democrática abre un abanico de posibles acciones las unas a solicitud de los gobiernos cuando éstos vean en riesgo su proceso político (artículo 17), otras a solicitud del Consejo Permanente o del Secretario General pero con la autorización del gobierno (artículo 18) y otras, finalmente, en caso de ruptura, que llevan a la suspensión del Estado por decisión de la Asamblea General (artículo 21). Los gobiernos de Nicaragua y de Ecuador acudieron al Consejo Permanente. En 2004 y 2005 el primero para lograr un entendimiento entre el poder ejecutivo y el congreso y en 2005 el segundo para el apoyo a la elección de nuevos magistrados supremos luego de la disolución inconstitucional de la Corte por el presidente que luego fuera destituido por el poder

11. La Carta Democrática Interamericana no es un tratado, no requiere de ratificación por parte de los miembros de la OEA para su aplicación, obliga inmediatamente a todos los órganos de la Organización (la Asamblea General es el órgano supremo). La experiencia de la reforma de 1992 sirvió de ejemplo a no imitar.

legislativo. En todos estos casos misiones designadas por el Consejo Permanente de la OEA colaboraron en resolver las situaciones de crisis institucional. Finalmente, cuando en el año 2009, un comando militar expulsara del país al presidente de Honduras, la Asamblea General decidió por unanimidad la suspensión del Estado, situación que se prolongara hasta el año 2011. Es decir que, pese a algunas limitaciones, la Carta Democrática ha logrado sus propósitos en los casos de ruptura del orden democrático o cuando el gobierno la ha invocado para solicitar el apoyo de la organización. Pero acá una de esas limitaciones: “gobierno” en derecho internacional, y la Carta Democrática no escapa a ello, es el Poder Ejecutivo que es quien tiene la representación internacional del Estado. Es sólo él quien puede o invocar la Carta o participar de las votaciones en aplicación de la misma. Ello excluye a los otros poderes del Estado, los que no tienen la legitimación necesaria para poner en marcha estas posibles acciones.

15. Aún con esta limitación, disponemos hoy en el sistema interamericano de un conjunto de instrumentos jurídicos, todos vigentes, y que tienen como finalidad prevenir, o sancionar, la ruptura del orden constitucional en un país miembro: una norma muy amplia en la Carta de la OEA, dos resoluciones “una de 1991 y otra de 2001- de la Asamblea General. Por supuesto que la democracia es más que ello, pero tampoco le pidamos al derecho internacional que todo lo debe resolver la primera responsabilidad es la que tiene el orden interno y sus ciudadanos. No pasemos de ver en todo una intervención del orden internacional a pedirle a éste que resuelva todo; es importante mantener las distancias entre el uno y el otro. Mucho se ha logrado, aunque no siempre valorado: entre 1900 y 1990 hubo unos ciento ochenta golpes militares, o sea dos por año en promedio; entre 1991 y hoy, solo dos golpes militares, o sea uno cada más de diez años .algo es algo . Es imposible saber los golpes que no ocurrieron, pero la historia ha cambiado, rápidamente, y para mucho mejor, aunque la memoria sea corta. En algo, seguramente, tuvo que ver nuestro derecho internacional regional. Una cláusula similar previendo la suspensión del país donde se haya producido una ruptura constitucional ha sido también incorporada en instrumentos subregionales, tal lo que ha ocurrido en el MERCOSUR o en la UNASUR.

16. Pero no son éstas las únicas disposiciones de la Carta Democrática Interamericana. En especial ella subraya el vínculo existente

entre democracia, derechos humanos y desarrollo. Comienza diciendo que “los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos, la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de América” (artículo 1). Continúa con la aseveración de que “la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos...” (artículo 7) y luego afirma que “la democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente” (artículo 11).

17. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 tenía ya referencias a la “sociedad democrática” en sus artículos 15 (derecho de reunión) y 16 (libertad de asociación). Y tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han insistido en el vínculo entre democracia y derechos humanos. Recientemente son numerosos los informes de la primera y los fallos de la segunda que hacen mención de la Carta Democrática Interamericana, en particular en aquellos relativos a la libertad de expresión, a los derechos de los partidos políticos y de las organizaciones sociales o a los referidos a los derechos políticos. Y en lo relativo al vínculo entre democracia y desarrollo, la Asamblea General, en el año 2012 aprobó la Carta Social de las Américas, seguida, en 2015, de la adopción de su Plan de Acción.

18. Así como en el pasado el derecho ya centenario elaborado en la región permitió un mapa de paz entre los países americanos, los más recientes pasos de las últimas décadas en lo referido a la protección de los derechos humanos y a la defensa de la democracia representativa han logrado pasos gigantescos. Baste comparar lo que hoy tenemos con lo que era la región hace apenas cuarenta años atrás, en tiempos de dictaduras y de violación masiva de los derechos humanos. Por supuesto que falta mucho, pero también se ha avanzado muchísimo en la interrelación entre desarrollo del derecho internacional y fortalecimiento de las instituciones y de las normas nacionales. Tanto el caso del mecanismo de seguimiento en el marco de la OEA del cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 como de la adopción y difusión de la ley-modelo interamericana sobre acceso a la información de 2010 son buen ejemplo de ello.

19. Estas pocas líneas no tienen otra intención que la de resaltar algunos de los logros del sistema interamericano en estas décadas. Nunca

han llovido las alabanzas a la OEA, seamos sinceros, por el contrario. Algunas fueron críticas merecidas, en particular en tiempos de guerra fría, pero críticas que lo fueron a la mala aplicación por parte de los países de instrumentos jurídicos comunes, que son ellos, y no otros, los que decidieron. Otras, las más, fruto del prejuicio y del desconocimiento. No espero convencer; sólo lanzar el debate, provocarlo. Es la OEA nuestra organización; en ella hemos desarrollado instituciones y normas novedosas; de ellas hemos obtenido resultados que en nada pueden avergonzarnos, por el contrario; fortalecerla depende de nosotros.

20. Vaya aquí mi homenaje modesto a este centenario que marca el aporte enorme del Brasil al derecho internacional en las Américas. Mi admiración por sus juristas, sus diplomáticos, sus magistrados tanto nacionales como internacionales, muchos de los cuales tuvieron al Boletín de la Sociedad Brasileira de Derecho Internacional como tribuna.

CAPÍTULO III

“LA IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA”

*Guillermo Palao Moreno*¹

1. Introducción

1. Durante las últimas tres décadas, la Unión Europea² ha desplegado una intensa labor codificadora en el ámbito del Derecho Internacional privado, cuya base legal se sitúa actualmente en el artículo 81 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³, para así dar cumplimiento a su política en el ámbito de la Cooperación judicial en materia civil. Como resultado directo de esta productiva actividad legislativa, se han elaborado numerosos Reglamentos y Directivas que se han ocupado de diversos ámbitos en relación con materias de naturaleza civil y mercantil, desde los distintos sectores del Derecho Internacional privado.

En esta línea y desde una perspectiva estrictamente conflictual de forma singular –sin pretender abordar en este estudio los logros alcanzados desde la perspectiva de los otros sectores propios del Derecho Internacional privado–, el artículo 81.2,c) el legislador de la UE dispone que, cuando resultada necesario “*para el buen funcionamiento del mercado interior*”, se podrán adoptar medidas legislativas que garanticen “*la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes*”. Así pues y en virtud de este precepto, han sido varios los instrumentos europeos que disponen de normas de conflicto de leyes, por medio de los que se ha desarrollado ese objetivo favorecedor del desarrollo y la consolidación del mercado europeo⁴.

1. Catedrático de Derecho Internacional privado. Universitat de València (España). E-mail: Guillermo.palao@uv.es.

2. En adelante, UE.

3. En adelante, TFUE.

4. Así, ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014 (8ª ed.), pp. 90-91.

2. Pues bien, de un análisis de tales normas de conflicto sobresale el peso creciente que en todos ellos juega el principio de autonomía de la voluntad, a partir del cual se permite a las partes elegir la ley estatal rectora a la relación jurídica subyacente. Una decidida apuesta por este principio que ha surgido de forma gradual en el sistema, pero que se encuentra plenamente consolidada en la actualidad. Y ello, de forma paralela al reconocimiento que el principio autonomista ha obtenido igualmente –no ya en el la normativa sustantiva-, en el sector de la competencia judicial internacional y, en general, en relación con la resolución de controversias transfronterizas en materias de naturaleza privada –desde la perspectiva internacional-privatista-.

Pues bien, este decidido impulso del principio autonomista trae causa, entre otros motivos, en los propios objetivos de construcción del mercado interior –debido al efecto “facilitador” y a la certeza legal y a la seguridad jurídica que genera-, así como se vincula al propio proceso de “privatización” al que se ha sometido a determinados sectores del ordenamiento jurídico durante las últimas décadas –incluidos el Derecho de Familia y Sucesiones⁵-, pero que también implica situar a la persona –su identidad y sus intereses- en el centro del sistema conflictual –aunque sin por ello desprenderse de la tutela del interés público general, por medio de expedientes tradicionales como la excepción de orden público o el recurso a las normas imperativas-, permitiéndole “disponer” de forma flexible de la respuesta conflictual –hasta cierto punto, como se podrá comprobar-⁶.

Ciertamente, como se podrá apreciar en las siguientes páginas de este estudio, el efecto y el alcance que posee este importante principio de corte subjetivo, va a variar de un ámbito a otro, a la hora de su plasmación en la práctica. Entre otros motivos, por la dispar “disponibilidad” de tales materias y el distinto peso que en ellos cuenta el interés público y los principios de orden público. Sin embargo, llama poderosamente la atención como la autonomía de la voluntad conflictual

5. Vid. NAGY, C.I., “What functions may party autonomy have in international family law and succession law? An EU perspective”, *NiPR* 2012, pp. 576-585

6. Destaca en este ámbito el influyente trabajo de JAYME, E., “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours* 1995 (251), pp. 9-268. También, MANKOWSKI, P., “Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht”, *IPRax* 2004, pp. 282-290.

juega ya un papel central en todos y cada una de las materias reguladas en la actualidad y, en consecuencia, se ha convertido en una constante y en una pieza esencial en el Derecho Internacional privado de la UE. Y ello, incluso para aquellos ámbitos donde tradicionalmente no había encontrado acomodo la autonomía de la voluntad conflictual en los sistemas autónomos de Derecho internacional privado de los Estados Miembros de la UE –como son, por ejemplo, el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones-. Se podría decir, por tanto, en que la autonomía de la voluntad conflictual se habría convertido en una constante y en una seña de identidad del proceso de integración europeo⁷.

En atención de lo expuesto, el presente trabajo persigue poner de manifiesto la virtualidad y el alcance que posee el principio de la voluntad conflictual en la evolución y en el vigente sistema de Derecho Internacional privado de la UE⁸. De este modo, además de llevar a cabo un inventario de los preceptos donde se respalda el principio autonomista, se analizará su importancia y los límites que lo condicionan en la actualidad. Un análisis que, además de sus consecuencias para el propio mercado interior europeo, puede ser considerado como material comparativo para aquellos sistemas en los que el señalado principio posee una menor importancia y su papel se encuentran en fase de reconsideración.

2. La Consolidación Del Pactum de Lege Utenda en el Derecho de Obligaciones Internacional

3. El *pactum de lege utenda* ha jugado un rol protagonista en relación con el Derecho de obligaciones internacional de forma tradicional. Así, de forma paralela a su inveterada aceptación para las situaciones puramente internas -en los distintos ordenamientos civiles y mercantiles

7. Sobre esta cuestión, MANSEL, H.-P., “Pateiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswhal und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrecht”, en LEIBLE, S. y UNBERATH, H. (Ed.), *Brauchen wir ein Rom 0-Verordnung?*, Jena, JNV, 2013, pp. 241-292.

8. En esta línea sobresale el premonitorio y ya clásico trabajo de VON OVERBECK, A., “L’irrésistible extensión de l’autonomie en droit international privé”, en: AA.VV., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 619-636.

estatales de corte sustantivo-, igualmente se ha ido consolidando su reconocimiento para las reglas de conflicto de leyes que ordena las situaciones privadas internacionales. Sin lugar a dudas, su peso siempre ha sido mayor para el ámbito de las obligaciones contractuales, destacando como motor de la contratación internacional actual. No obstante, sobresale el hecho de que su virtualidad también ha encontrado paulatinamente un hueco al respecto del sector de las obligaciones no contractuales en los últimos tiempos. Pues bien, ambas plasmaciones encuentran acomodo en el actual Derecho Internacional privado de la UE, consolidando así su importancia en esta región.

2.1. La Tradicional Aceptación para las Obligaciones Contractuales

4. Como se ha expuesto y es bien conocido, la autonomía de a voluntad conflictual encuentra su ámbito de extensión natural en el ámbito de la contratación internacional, siendo uno de los motores del mismo. La cual se manifiesta generalmente por medio de la inclusión de una cláusula de elección de ley en el contrato internacional. En esta línea, la justificación de su importancia se apoya, entre otros beneficios, en proporcionar un incremento en la previsibilidad en el resultado y en la seguridad jurídica que proporciona a las partes, así como por implicar un ahorro de costes –de información y de litigación- para los contratantes.

Esa importancia justifica su amplia extensión en numerosos sistemas autónomos de Derecho internacional privado de forma tradicional, en la actualidad, al igual que su constante plasmación en diversos convenios e instrumentos de origen internacional –tal y como se aprecia en el ámbito interamericano con la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de 1994⁹ o, desde una perspectiva internacional, ha sucedido recientemente con la elaboración de los Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado¹⁰.

9. En particular en su Artículo 7. Texto disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm (consultado el 15.8.2015).

10. Texto disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=135. Estos “Principios” han sido incorporados en 2015 por el legislador pa-

5. En la actualidad, la normativa aplicable a esta materia en el ámbito de la UE se sitúa en el Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) –conocido como Reglamento Roma I-¹¹. Un instrumento que resulta aplicable, como señala su artículo 1.1 a “*las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes*”¹², y donde el respeto de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes alcanza la categoría de principal principio rector del instrumento; permitiendo así a los contratantes elegir el ordenamiento estatal regulador de su relación y, en consecuencia, donde se apuesta decididamente por favorecer la previsibilidad y la seguridad jurídica en relación con la gestión legal los contratos internacionales.

Pues bien, es de forma particular, en su artículo 3, donde se aprecia la generosidad con la que juega el principio autonomista, al establecer¹³:

“Artículo 3. Libertad de elección.

1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

raguayo, por medio de la Ley No 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (texto disponible en: http://www.hcch.net/upload/contractslaw_py_es.pdf) (consultado el 15.8.2015).

11. *D.O.U.E.* núm. L 177, de 4.7. 2008; corr. err., *D.O.U.E.* núm. L 309, de 24.11.2009. El cual encuentra su precedente en el Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*D.O.C.E.* núm. L 266, de 9.10.1980).

12. Para la delimitación de su ámbito de aplicación, ténganse en cuenta las siguientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE): SSTJUE, de 27.10.1998, en el asunto C-51/97, *Réunion européenne and others, Rec.*, 1998I, p. I-6511; de 17-9-2002, en el asunto C-334/00, *Tacconi, Rec.*, 2002, p. I-7357; o de 5.2.2004, en el asunto C-265/02, *Frágil, Rec.*, 2004, p. I-1543. Disponibles a través de: <http://curia.europa.eu/> (consultado el 15.8.2015).

13. Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., “España”, en: ESPLUGUES MOTA, C., HARGAIN, D. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Edisofer y B de F, Madrid y Montevideo, 2008, pp. 369-433, pp. 377-381.

2. *Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros.*

3. *Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.*

4. *Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.*

6. En virtud del artículo 3.1 del Reglamento Roma I se concede una gran amplitud para que las partes elijan la ley que va a regular su contrato, tanto de forma expresa como tácita. A este respecto, como es sabido, la autonomía de la voluntad expresa, de un lado, consiste en la designación de la ley rectora del contrato en el mismo por medio de su plasmación en el propio contrato –tal y como sería, por ejemplo, la incorporación de una cláusula de elección de Derecho en el mismo-. Algo que ha de satisfacer ciertos requisitos para reconocer su existencia y validez que, como establece el artículo 3.5, se determinará por lo previsto en los artículos 10 (consentimiento y validez material), 11 (validez formal) y 13 (incapacidad) del Reglamento Roma I.

De otro lado, según se desprende del citado artículo 3, la voluntad tácita hace referencia a aquella que resulte “*de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”. Tal y como sucedería, por lo que haría a “*los términos*”, con la existencia en el contrato de cláusulas de sumisión a determinados tribunales, la utilización de un

contrato-tipo empleado por una organización, la vinculación del mismo a la normativa o el reglamento propio de un ordenamiento estatal o la elección expresada en relaciones anteriores existentes entre las partes¹⁴. Por lo que haría a las “circunstancias del caso”, se podrían citar la nacionalidad o la residencia habitual de las partes, el lugar de celebración o de ejecución del contrato, la moneda pactada o el idioma en que se redactó el contrato, e incluso el comportamiento procesal de las partes.

7. Cuando se pasa a un análisis de las condiciones fijadas en el artículo 3 del Reglamento Roma I, se ha de comenzar señalando que la mención de la “ley”, se referirá exclusivamente a la ley estatal vigente. Por consiguiente, no resulta posible realizar una referencia genérica al Derecho de la UE, al Derecho Internacional o a la *Lex Mercatoria* en este ámbito¹⁵. Junto a ello, este precepto permite la elección de la ley rectora de la totalidad o tan sólo de una parte del contrato, permitiendo así el fraccionamiento del régimen rector mismo (un fenómeno conocido como *depeçage*).

Una elección que, desde una perspectiva temporal, podrá llevarse a cabo “*en cualquier momento*”, aunque el cambio posterior de la ley aplicable ni afectará a la validez formal del contrato (ordenado por el artículo 11), ni “*afectará a los derechos de terceros*”. Además de lo dicho, resulta igualmente de interés señalar que el artículo 20 del Reglamento Roma I excluye la posibilidad de acudir al reenvío en este ámbito.

8. Por lo que respecta a los límites de la elección de ley aplicable al contrato –y al margen de los tradicionales y más generales basados en el juego de las disposiciones imperativas o en el orden público¹⁶–, hay que tomar en consideración el tenor de los numerales 3º y 4º del artículo 3 del

14. El Considerando 12 del Reglamento Roma I se refiere, a modo de ejemplo, a la posibilidad de que las partes hayan incorporado un acuerdo de sumisión a un foro como “*uno de los factores*” que han de tenerse en consideración para concretar tal elección de ley tácita.

15. No obstante, el Considerando 13 permite a las partes que realicen una “*incorporación por referencia*” de un “*Derecho no estatal o un Convenio internacional*”, en virtud de su autonomía de la voluntad material, dejando así la puerta abierta a que en el futuro pueda admitirse la selección por las partes de un Derecho no estatal. Al respecto, PALAO MORENO, G., “La futura normativa común de compraventa europea y el Derecho Internacional Privado”, *Foro de Derecho Mercantil* (Colombia) 2014, pp. 97-123.

16. Respectivamente, artículos 9 y 21.

Reglamento Roma I. Por un lado, el artículo 3.3 impide que pueda eliminarse el juego de las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo, ya sea de la *lex contractus* o del ordenamiento del país donde se sitúen todos los demás elementos pertinentes de la situación, para evitar la “internacionalización” fraudulenta del régimen jurídico del contrato¹⁷.

Por otro lado, el artículo 3.4 también elimina la posibilidad que se excluyan aquellas “*disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo*” que provengan del Derecho comunitario y que se encuentren plasmadas en una transposición nacional de las mismas, siempre que todos los demás elementos del contrato estuvieran localizados en uno o varios Estados miembros¹⁸.

2.2. *La Aplicación para las Obligaciones Extracontractuales*

9. El fenómeno de la “privatización” ha alcanzado igualmente a un sector del Derecho de obligaciones donde tradicionalmente no se había manifestado: la responsabilidad civil extracontractual. Algo que ha provocado la extensión del principio autonomista a este ámbito del ordenamiento jurídico y que se ha trasladado igualmente al Derecho Internacional privado, donde han sido poco habituales las manifestaciones de la *electio iuris* desde una perspectiva comparada. En este sentido y debido a su tradicional relación con el sistema punitivo, resultaba habitual que en los sistemas de Derecho Internacional privado se contara con un criterio de conexión objetivo y generalmente territorial, sin que se incorporara la autonomía de la voluntad conflictual en este ámbito –entre otros, debido a su tradicional conexión con el Derecho penal y las normas de comportamiento.

Una tendencia muy restrictiva al principio autonomista que se encontraba generalizada que, sin embargo, se ha ido matizando en los últimos años –al transitar el sistema de responsabilidad civil no contractual de un objetivo punitivo a una finalidad principalmente compensatoria-. Y

17. El concepto de “*disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo*” es más restrictivo que el de “Leyes de policía” previsto en el artículo 9, como señala el Considerando 37.

18. Una previsión que encuentra su origen en la Sentencia del TJCE en el asunto *Ingmar* (STJCE, de 9 de noviembre de 2000, en el asunto C-381/98, *Ingmar GB Ltd. C. Eaton Leonard Technologies Inc*, Rec. 2000, p. I-9305.

ello, primeramente al ir permitiéndose a las partes a optar por acudir a la ley del lugar de acción o del resultado lesivo en supuestos de “delitos a distancia” y, más tarde, por medio de una plasmación más clara y directa de la posibilidad de llevar a cabo un *pactum de lege utenda*.¹⁹ Algo que habría tenido lugar, entre otros motivos y de forma paralela a como ha ocurrido con la materia contractual, debido a la seguridad jurídica y al alto nivel de previsibilidad que proporciona a las partes, así como por el ahorro de costes que propicia.

10. Desde la perspectiva de la UE esta directriz se ha visto plasmada, con un carácter general, en el artículo 14 del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) –conocido como Reglamento Roma II-²⁰, al disponer:

“Artículo 14. Libertad de elección.

1. Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan:

a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien

b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño.

La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros.

2. Cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo.

19. Vid. FAUVARQUE-COSSON, B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J., París, 1996, p. 346.

20. *D.O.U.E.* núm. L 199, de 31 de julio de 2007. Al respecto, BACH, I., “Article 14”, en HUBER, P. (Ed.), *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Sellier, Munich, 2011, pp. 324-342; PALAO MORENO, G., *Responsabilidad extracontractual en el Derecho Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 312-317.

3. Cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

11. Resulta difícil encontrar una plasmación más clara y directa de la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de las obligaciones no contractuales en nuestros días, como la que se lleva a cabo en el artículo 14 del Reglamento Roma II. Así –guardando un cierto paralelismo con el artículo 3 del Reglamento Roma I antes analizado- su apartado 1 dispone con rotundidad que “*Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan*”. Una elección que, para garantizar la seguridad jurídica²¹, podrá realizarse de forma expresa –esto es, por medio de un pacto de elección de ley-, o de forma tácita –esto es, cuando resulte “*de manera inequívoca de las circunstancias del caso*”-.

No obstante y a pesar de su amplio reconocimiento, el artículo 14 del Reglamento Roma II igualmente limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual²² -inspirándose también en lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento Roma I- al establecer que “*no perjudicará los derechos de terceros*” –entre los que se situarían las compañías de seguros, de forma singular-.

12. Al respecto de las condiciones que el mencionado Reglamento realiza de la plasmación de este principio y por lo que hace al momento de manifestar la elección, el numeral 1º distingue entre dos tipos de situaciones, según “*todas las partes (involucradas) desarrollen (o no) una actividad comercial*”. De este modo y si todos ellos desarrollaran una relación comercial, se les permitirá con total libertad que puedan seleccionar la ley rectora a la situación de responsabilidad extracontractual que les vincula -incluso con anterioridad a que se hubiera producido el daño-.

Sin embargo, y en vistas a la protección de la entendida como parte “débil” de la relación, si estos sujetos no desarrollaran una actividad

21. Como se establece en su Considerando 31.

22. Al margen de lo establecido en los artículos 16 –“Leyes de policía”- y 26 –“Orden público del foro”-.

comercial, únicamente se aceptaría el acuerdo de ley rectora a la responsabilidad que se hubiera llevado a cabo con posterioridad al momento en el que se produjera el acto que generó el perjuicio –aceptándose por lo tanto el pacto, pero únicamente *a posteriori*-²³.

13. No obstante y a pesar de los beneficios que implica este reconocimiento del *pactum de lege utenda*, lo cierto es que este ejercicio de la autonomía de la voluntad no suele producirse en la práctica, pudiendo tener lugar en los casos en los que la obligación extracontractual se manifestara en el marco de una relación previa entre las partes –como sería generalmente un contrato-. Además, para que se lleve a cabo su juego y determinar el momento cuando pudiera alcanzarse tal pacto, habrá que definir previamente qué se entiende por el término “*actividad comercial*”. Una labor para la que podría acudir como criterio interpretador, *a contrario*, a la definición que desde distintos ámbitos normativos comunitarios –como se hace, entre otros, en el artículo 6 del Reglamento Roma I-, se ha llevado a cabo de la categoría “*contratos celebrados con consumidores*”.

Junto a ello, los apartados 2 y 3 del artículo 14 establece la imposibilidad de internacionalizar artificialmente la relación que vincula a las partes –a ejemplo de lo consignado en el artículo 3, apartados 3 y 4, del Reglamento Roma I-. Así y de un lado, en su numeral 2º se dispone esta posibilidad al respecto de la ley del Estado donde se localicen todos los “*elementos relevantes*” de la situación. A su vez y de otro lado, en el apartado 3º hace lo mismo en relación con “*las disposiciones de Derecho comunitario*” –cuando éstas hubieran sido objeto de incorporación, “*tal y como se apliquen en el Estado miembro del foro*”-, en las situaciones en las que la ubicación de los “*elementos pertinentes*” se ubicaran en uno o varios Estados miembros de la UE -en clara referencia a la Sentencia del TJCE en el asunto *Ingmar*, antes citada-.

3. La Incorporación Paulatina Del Principio Autonomista en el Derecho de Familia Internacional

14. El Derecho de Familia constituye uno de los ámbitos del Derecho privado donde el principio de autonomía de la voluntad ha encontrado tradicionalmente una mayor oposición. Y ello, tanto desde

23. De este modo se expresa su Considerando 31.

una perspectiva material o sustantiva, como en relación a la dimensión estrictamente conflictual. No en vano, se trata de un sector donde los intereses públicos han contado con un mayor peso que los estrictamente privados, siendo decisivo en el mismo el peso de los principios de orden público propios de cada ordenamiento estatal. A pesar de lo dicho, también en esta materia se advierte una cierta tendencia hacia la “privatización” normativa y el peso del método subjetivo. Y ello, entre otros motivos, como resultado de la importancia creciente que se le otorga a la persona y a su libertad a la hora de configurar sus relaciones familiares –además de la certeza y previsibilidad que genera a las partes, desde una perspectiva práctica-.

Como resultado de lo expuesto, esta marcada tendencia favorecedora del principio autonomista, igualmente se ha ido trasladando gradualmente a la ordenación de las relaciones familiares –tanto desde una óptica interna, como al respecto de aquellas situaciones de naturaleza internacional-; haciéndose eco de ello el legislador de la UE, al desarrollar su sistema de normas de conflicto de leyes en cada vez más materias propia del Derecho de Familia²⁴.

3.1. Su Consolidación para las Obligaciones de Alimentos

15. En primer lugar, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad conflictual ha sido especialmente generoso en materia de obligación de alimentos. Y ello, a pesar de que se haya llevado a cabo de forma indirecta y no directamente por parte del legislador de la UE.

24. Sobre esta problemática, AÑOVEROS TERRADAS, B., “La autonomía de la voluntad como principio rector de la normas de Derecho Internacional privado comunitario de la familia”, en FORNER DELAYGUA, J./ GONZÁLEZ BEILFUSS, C./ VIÑAS FARREÉ, R. (Eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borrás*, Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 119-131; ARTUCH IRIBERRI, E., “La libertad individual y las parejas ante el Derecho Internacional privado”, *R.E.D.I.* 2002, I, pp. 41-63; CARLIER, J.Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992; CARRUTHERS, J., “Party autonomy in the legal regulation of adult relationships. What place for party choice in Private International Law?”, *International and Comparative Law Quarterly* 2012, pp. 881-913; GANNAGÉ, P., “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue critique de droit international privé* 1992, pp. 425-454.

En este sentido y para empezar, es cierto que el legislador de la UE no ha desarrollado una norma de conflicto específica en este ámbito. No obstante, al establecer su sistema en esta materia, lleva a cabo una remisión a un instrumento donde sí se lleva a cabo este reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad. Así, el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos²⁵, establece en su artículo 15 lo siguiente:

“Artículo 15. Determinación de la ley aplicable

La ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en lo sucesivo, «el Protocolo de La Haya de 2007») en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento”.

16. Ahora bien, una vez realizada esta remisión²⁶, va a ser en el artículo 8 del Protocolo de La Haya de 2007, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias²⁷, donde se encuentra plasmado el alcance que posee la autonomía de la voluntad conflictual en esta materia, al señalar lo siguiente:

“Artículo 8 Designación de la ley aplicable

1. No obstante lo dispuesto en los artículos 3 al 6, el acreedor y el deudor de alimentos podrán designar en cualquier momento una de las leyes siguientes como aplicable a una obligación alimenticia:

- a) la ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación;*
- b) la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación;*

25. D.O.U.E. núm. L7, de 10.1.2009.

26. Vid. Considerandos 8 y 20.

27. Texto disponible en: <http://www.hcch.net> (consultado el 15.8.2015). Sobre el mismo, BONOMI, A., “The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations”, *Yearbook of Private International Law* 2008, pp. 333 y ss.

- c) la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones;*
- d) la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación.*
- 2. Tal acuerdo deberá constar por escrito o ser registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta, y deberá ser firmado por ambas partes.*
- 3. El apartado 1 no se aplicará a las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 18 años o a un adulto que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses.*
- 4. No obstante la ley designada por las partes en virtud del apartado 1, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, determinará si el acreedor puede renunciar a su derecho a alimentos.*
- 5. A menos que en el momento de la designación las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, ésta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes”.*

Así las cosas, el artículo 8 del Protocolo de La Haya de 2007 se decanta por el principio de autonomía de la voluntad conflictual, precisamente en un ámbito del Derecho de Familia que cuenta con una marcada impronta patrimonial. De ahí que no sorprenda tanto la apuesta que ha llevado a cabo el legislador internacional -y que ha acogido el de la UE- a favor del *pactum de lege utenda*.

17. Sin embargo, y a diferencia de la amplia acogida que el principio ha tenido en el ámbito obligacional, en este caso su virtualidad se ve ciertamente limitada en su plasmación práctica. Algo que se ha llevado a cabo, de forma principal, desde dos perspectivas diferentes.

En primer lugar, la elección que se permite a las partes se encuentra condicionada a que se trate de determinados ordenamiento estatales que poseen una especial relación con la relación, sin poder elegir cualquier otro distinto de los señalados. Es decir, no se trata de una libertad absoluta –como sucede en el ámbito obligacional-, sino que se ha limitado la posibilidad de seleccionar la ley rectora de la obligación

de alimentos a algunos ordenamientos con los que guarda relación y que son los siguientes –como se establece en su apartado 1º-: la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes –en tanto que directamente relacionado con su medio social-, o la ley que regía su régimen económico o la disolución de su matrimonio –al plantearse la reclamación de alimentos generalmente como una cuestión vinculada o incidental a aquellas-. En este sentido y en definitiva, a pesar del amplio reconocimiento que se realiza en el artículo 8 del principio de autonomía de la voluntad conflictual, se limita su ejercicio práctico a ciertas leyes estatales vinculadas con la relación.

18. En segundo lugar, en los numerales 2 a 5 del artículo 8, se establecen ciertas cautelas de naturaleza protectora o tuitiva, que tienen por objeto tanto equilibrar los intereses en presencia, como garantizar que las partes lleven a cabo una elección “informada” de la ley rectora de la obligación de alimentos. Así, de un lado, en el apartado 2 se obliga a que el acuerdo de elección de ley se plasme por escrito –o se respete una formalidad equivalente, si se manifestara en el medio digital- para que quede constancia del mismo. Por otro lado y según se dispone en el apartado 3º, no se reconocerá validez a aquellos acuerdos que afectaran a ciertas partes “débiles” –como menores o incapaces- que no pudieran proteger sus intereses.

Asimismo, también con un ánimo protector –esta vez del acreedor y su previsibilidad-, en el apartado 4º se reconoce la posibilidad de que la ley de residencia habitual del acreedor determine la posibilidad de que pueda renunciar a su derecho. Por último, en el apartado 5º se establece una exigencia de información previa a las partes y de las consecuencias de la elección, para que tomen consciencia del resultado de la elección y les resulte aplicable el acuerdo alcanzado.

3.2. Su Incorporación en el Ámbito de la Disolución Matrimonial

19. También en el ámbito de la disolución matrimonial se advierte una apertura a favor de la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de la UE²⁸. En esta línea, uno de los aspectos más novedo-

28. En el mismo sentido, DIAGO DIAGO, P., “El matrimonio y sus crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad”, *Revista Española de Derecho Internacional* 2014, Vol. LXVI, pp. 49-79, pp. 77-78.

sos del Reglamento (UE) núm. 1259/2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial (también conocido como Reglamento Roma III)²⁹, reside precisamente en la apuesta que se hace por la posibilidad de las partes pacten la ley rectora de su disolución matrimonial, convirtiéndose así en verdadero principio general de este instrumento europeo³⁰.

Ahora bien, esta opción por el principio autonomista responde a una tendencia ya presente en varios Estados europeos a favor de su reconocimiento e implantación -aunque para otros vaya a implicar una verdadera revolución-, que se apoya en las ventajas que aporta a las partes -al favorecer, entre otros, la seguridad jurídica, la previsibilidad, el ahorro de costes y la flexibilidad-³¹. En este sentido, el artículo 5 dispone lo siguiente³²:

Artículo 5. Elección de la ley aplicable por las partes.

“1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

- a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;*
- b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;*
- c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o*
- d) la ley del foro.”*

29. D.O.U.E. núm. L 343, de 29.12.2010.

30. Como se reconoce en su Considerando 18.

31. Tal y como se indica en el Considerando 15.

32. Sobre el mismo, FIORINI, A., “Rome III –choice of law in divorce: is the Europeanization of Family Law going too far?”, *International Journal of Law, policy and the Family* 22 (2008), pp. 175-205; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Article 5”, en CORNELOUP, S. (Dir.), *Droit européen du divorce*, Lexis Nexis, Paris, 2013, pp. 545-555; PALAO MORENO, G., “Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz* 2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 451-531, pp. 492-503; QUEIROLO, I. y CARPANETO, L., “Considerazioni critiche sull’estensione dell’autonomia privata e separazione e divorzio nel regolamento “Roma III””, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2012, pp. 59-86.

20. En cualquier caso, el artículo 5 del Reglamento Roma III establece diversas condiciones para que se pueda llevar a cabo una elección de la ley aplicable para que resulte eficaz. Así y para empezar, del precepto se extrae que la posibilidad de elección de la ley rectora a la disolución matrimonial -entendida como realizada a favor de un ordenamiento estatal, sin que quepa un fraccionamiento de la ley rectora, aunque sí la aplicación sucesiva de varios ordenamientos- se pone a disposición exclusiva de las partes -sin que, en principio se prevea la intervención de una autoridad pública o delegar en un tercero-, teniendo que manifestarse de forma expresa -sin que, en principio, quepa su expresión tácita-.

Ahora bien, el precepto no prevé la posibilidad de una elección de ley absoluta, sino que únicamente podrán seleccionar -de forma alternativa-, cuatro ordenamientos distintos y directamente vinculados con la relación³³: la residencia habitual común de las partes, la última residencia y uno de ellos todavía reside allí, la ley nacional de uno de las partes, o la ley del foro. Y ello, al margen de los límites que la elección de ley encuentra en otros preceptos del mismo instrumento europeo³⁴.

21. De este modo y según las opciones previstas en las letras a) y b), se favorecería el recurso a la *lex fori* y la conocida como “carrera a los tribunales”, al coincidir con el resultado al que conduciría acudir a los foros previsto en el artículo 3 del conocido como Reglamento Bruselas II *bis* -esto es, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000-³⁵. Un resultado similar se alcanzaría, asimismo, en virtud de lo establecido en la letra d) del mencionado precepto.

No obstante, al no recogerse del mismo modo la opción por el criterio de la nacionalidad -tal y como se recoge en la letra c), o como se acoge en el Reglamento Bruselas II *bis*-, su juego conduciría a un resultado distinto³⁶. A su vez y desde una perspectiva temporal, el acuerdo de ley aplicable se debe celebrar o modificar con anterioridad a que

33. Vid. Considerando 16.

34. De forma señalad, los artículos 10, 12 y 13.

35. *D.O.U.E.* núm. L 388, de 23.12.2003.

36. El criterio de la “nacionalidad” deberá concretarse según lo dispuesto en el ordenamiento cuya nacionalidad se alegara, aun cuando se ve matizado por la

se produjera la interposición de la demanda –siempre que no se seleccione la ley del foro–, aunque igualmente podría celebrarse durante el procedimiento, según lo que se disponga en la *lex fori*³⁷.

22. Junto a lo expuesto y por lo que respecta al consentimiento y a la validez del pacto *de lege utenda*, los artículos 6 y 7 del Reglamento Roma III se refieren al consentimiento y la validez material del acuerdo de elección de ley aplicable, así como a su validez formal, respondiendo al objetivo de garantizar un “consentimiento informado” de las partes³⁸. Por su parte, el artículo 6 consigna que la existencia y la validez del acuerdo de elección de ley aplicable se regirán por lo dispuesto en la ley putativa del pacto. No obstante, si cualquiera de los cónyuges negara haber dado su consentimiento, podrá alegar su inexistencia de conformidad con el ordenamiento del país donde se situara su residencia habitual –localizada temporalmente en el momento en que se presentara la demanda–.

Por otra parte, el artículo 7.1 exige que el convenio deberá celebrarse por escrito o “*por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio*”, así como contar con la firma de ambos y la fecha³⁹. Asimismo y de modo particular, este precepto prevé la aplicación de determinados ordenamientos vinculados a la relación, como establecen: el numeral 2º con las exigencias de la ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges, el 3º en caso de no la residencia habitual y los requisitos formales previstos por sus leyes fueran distintos, el juego de tan una sola de estas legislaciones, o el 4º la ley del país de la residencia habitual de sólo uno de los cónyuges, cuando se situara en un Estado miembro participante.

3.3. Perspectivas de Futuro: Su Reconocimiento al Respecto Del Régimen Económico Matrimonial.

23. Aunque sea únicamente de forma breve -debido a que se encuentra en fase de elaboración y todavía no ha sido aprobado-, debe hacerse

jurisprudencia del TJUE relativa a la conciliación de este criterio con los principios y las libertades del TFUE. Vid. Considerando 22.

37. “En tal caso, debe bastar con que dicha designación sea registrada por el órgano jurisdiccional de conformidad con la ley del foro”, como se subraya en el Considerando 20.

38. En este sentido, su Considerando 18.

39. Con un ánimo garantista, como recuerda el Considerando 19.

referencia a un nuevo ámbito en el que el legislador de la UE está planeando incorporar el principio de autonomía de la voluntad conflictual en materia familiar: el régimen económico matrimonial⁴⁰. Así, según se dispone en la redacción actual del artículo 16, de la Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales⁴¹:

“Artículo 16. Elección de la ley aplicable

Los cónyuges o futuros cónyuges podrán elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, que deberá ser una de las leyes siguientes:

- a) la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, o*
- b) la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección, o*
- b) la ley del Estado de nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección”.*

24. En efecto, resulta lógico pensar que se incorpore la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo de elección de ley aplicable, en relación con un ámbito tan marcadamente patrimonial como el del régimen económico matrimonial. Una opción que, sin embargo y como sucede en los supuestos anteriormente analizados en el ámbito del Derecho de Familia, no se podrá llevar a cabo de forma absoluta, sino que se limita a ciertos ordenamientos que se encuentran conectados con la

40. Al respecto de tales iniciativas legislativas, KROLL, K., “Unifications of conflicts of law in Europe- Matrimonial property regimes-“, en BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (Eds.), *European challenges in contemporary family law*, Intersentia, Amberes, 2008, pp. 379-393; QUINZÁ REDONDO, P. y GRAY, J., “La (des) coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen económico matrimonial y los Reglamentos en material de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2014, pp. 513-540; RODRÍGUEZ BENOT, A., “La armonización del régimen económico matrimonial en la UE: La Propuesta de Reglamento de 2011” en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 555-572.

41. COM (2011) 126 final.

relación jurídica subyacente. Una serie de criterios que cuentan con un carácter marcadamente personal tal y como serían –con un carácter alternativo entre ellos-, o bien la residencia habitual común de los cónyuges, o bien la nacionalidad o la residencia habitual de cualquiera de las partes.

Un destacable reconocimiento de la eficacia de un *pactum de lege utenda* que, sin embargo, no se ha contemplado para los efectos patrimoniales en los supuestos de parejas registradas. En esta línea, el artículo 15 de la Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁴², no menciona esta posibilidad, sino que opta directamente por un criterio objetivo basado en “*la ley del Estado de registro*”.

4. La Reciente Aceptación de la Professio Iuris en el Derecho de Sucesiones Internacional

25. La plasmación más reciente del principio de autonomía de la voluntad conflictual en un instrumento de origen europeo nos lleva al Derecho de Sucesiones. En este sentido, el artículo 22⁴³ del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁴⁴, incorpora el principio de la autonomía de la voluntad conflictual por vez primera en un instrumento uniforme de origen europeo en materia sucesoria –en forma de *professio iuris*-.

Esta nueva plasmación del principio se relaciona directamente con el impulso que éste ha experimentado fuera del Derecho de obligaciones,

42. COM (2011) 127 final.

43. BONOMI, A., “Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen”, en BONOMI, A. y SCHMID, CH. (Eds.), *Successions internationales. Réflexions autour du future règlement européen et de son impact pour la Suisse*, Schulthess, Zurich, 2010, pp. 23-55; PALAO MORENO, G., “Artículo 22”, en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Duir.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 149-158.

44. *D.O.U.E.* núm. L 201, de 27.7.2012.

gracias al cual se ha instalado definitivamente en la UE como principio regulador del Derecho sucesorio, contando con el precedente del Convenio de La Haya de 1989, sobre la Ley aplicable a las Sucesiones por causa de la muerte⁴⁵. Además, con esta solución se ofrece una solución centrada en el interés del *de cuius* que favorece la seguridad jurídica y la previsibilidad en este sector –al permitirle planificar su sucesión en situaciones internacionales-, al igual que se incorpora un cierto grado de flexibilidad –al dejar en las manos del testador la posibilidad de seleccionar un ordenamiento estatal alineado a sus intereses-⁴⁶. Así, la literalidad de este precepto establece:

“Artículo 22. Elección de la ley aplicable

1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

2. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.

3. La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida.

4. Cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones mortis causa”.

26. Por lo que respecta a su plasmación concreta, en el primer párrafo del apartado 1º del artículo 22 se establece con total claridad que toda persona podrá seleccionar su ley nacional como rectora de su sucesión. Esta opción se alinea así con aquellos ordenamientos estatales que se encuentran basados en el principio de nacionalidad –aunque,

45. Texto disponible en: <http://www.hcch.net> (consultado el 15.8.2015). Sobre el mismo, AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 396-397.

46. Vid. con carácter general, FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010.

en este caso, como solución alternativa a la residencia habitual que contempla en artículo 21 como primer criterio del sistema-. Además y desde una perspectiva práctica, se le permitiría a la persona integrar jurídicamente la gestión legal de su sucesión en el ordenamiento del país donde residía y tenía su medio social, o acudir voluntariamente a su ordenamiento de origen y que –de este modo- se respete su identidad cultural. Aunque para ello no se exige que dicha nacionalidad sea realmente la efectiva, ni que exista ningún tipo de vinculación significativo con dicho ordenamiento jurídico en concreto.

El artículo 22 fija asimismo el momento en el que deberá concretarse la nacionalidad que, en principio, también dependería de la voluntad de la persona, reforzándose la importancia que posee la seguridad jurídica en este ámbito. En este sentido, se tratará de aquella nacionalidad que este sujeto tenga o bien cuando llevó a cabo la elección, o bien en el momento de la muerte. Ahora bien, mientras que la primera posibilidad no debería suscitar mayores problemas -siendo susceptible de coincidir con aquella seleccionada cuando se realizó la disposición *mortis causa*-, la segunda alternativa puede generar una cierta incertidumbre y serias dudas en cuanto a su motivación.

Este ordenamiento, en consonancia con el principio de unidad de la sucesión que inspira el instrumento europeo, estará llamado a ordenar todas las cuestiones sucesorias y se referirá a todos los bienes del causante. En definitiva, se ha optado por una orientación de corte liberal, otorgando un lugar central al principio autonomista en este ámbito. Sin embargo, esta opción podría ser objeto de críticas, por el carácter limitado y restrictivo de su plasmación⁴⁷; al permitir la selección únicamente de la ley nacional y no prever también el juego de otros ordenamientos igualmente conectados con la sucesión –como serían la ley de su residencia habitual, la *lex rei sitae* o el ordenamiento rector del régimen económico matrimonial-.

27. El párrafo II del Artículo 22.1 se enfrenta a los problemas de una eventual bi- o plurinacionalidad que pudieran suscitarse en la práctica. En este sentido, en tales supuestos la persona puede optar entre la ley de su nacionalidad -ya sea la propia del momento cuando

47. Además de la limitación que impondría el juego de expedientes como la excepción de orden público, tal y como se establece en el Artículo 35.

realizó la elección-, o entre aquella que detente cuando se produzca el fallecimiento.

Por lo tanto, esta regla autoriza a que la persona seleccione de entre las nacionalidades que tenga en ese momento –en situaciones de cambio de la nacionalidad-, para determinar cuál de ellas se empleará para localizar la ordenación de la sucesión. Sin embargo, dicha aproximación no sólo autoriza la elección de un ordenamiento que podría no estar significativamente vinculado con la relación, sino que tampoco establece una respuesta satisfactoria para la determinación de la ley aplicable a la sucesión en situaciones de doble nacionalidad, para los supuestos en los que la persona que posea varias nacionalidades o cuando no lleve a cabo dicha selección.

28. A la hora de establecer la forma que puede adoptar la elección de la ley aplicable a la sucesión, el numeral 2º consigna que la misma podrá llevarse a cabo de forma expresa y tácita. Así, al respecto de la expresa, se dispone que la persona tendrá que llevar a cabo la elección expresa “*en forma de disposición mortis causa*” –pudiendo así, planificar su sucesión-. Por lo que hace a la tácita, se contempla que será válida la elección que resulte “*de los términos de una disposición de ese tipo*”⁴⁸.

Por su parte, en el apartado 3º del Artículo 22 se expone de forma suscita que la validez material del acto por medio del cual se hubiera realizado la elección, se regulará por lo dispuesto en el ordenamiento elegido⁴⁹. No obstante, el acuerdo por medio del que se seleccione tal ley habrá que considerarlo como un acuerdo autónomo e independiente de la disposición en la que se contenga, conservando su validez en los casos en los que la mencionada disposición se considere inválida.

Por último, la elección de una determinada ley no implica su petrificación, pudiendo modificarse con posterioridad. En esta línea, el precepto contempla la posibilidad de que se lleve a cabo la modificación o la revocación de la ley seleccionada por la persona. Eso sí, tal y como

48. Tal y como sucedería, a modo de ejemplo y como dispone el Considerando 39, cuando se hubiera hecho mención en el testamento a la ley nacional del testador o a disposiciones particulares de dicho ordenamiento.

49. Y ello, como destaca el propio Considerando 40: “aun cuando la ley elegida no prevea la elección de la ley en materia de sucesiones”, con un objetivo de procurar la uniformidad en su ordenación.

señala en el apartado 4º, para que este cambio sea aceptado, se habrá de cumplir con las exigencia en cuanto a la forma que resultaran aplicable a las modificaciones o revocaciones de las disposiciones *mortis causa*.

5. *A Modo de Conclusión*

29. El legislador de la UE, en su ánimo de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos europeos y de los residentes en su interior, está llevando a cabo un intenso esfuerzo legislativo que se alinea con los principios y libertades –señaladamente la libertad de circulación de personas en la UE- que informan sus textos fundacionales y orientan al legislador europeo. Esta decidida labor normativa cuenta con magníficos ejemplos en el ámbito de la conocida como “Cooperación judicial en materia civil” que afectan a todos los sectores clásicos del Derecho Internacional privado y a una multiplicidad de materias tanto mercantiles como estrictamente civilistas.

De un análisis somero de los diferentes instrumentos que se han ido elaborando en relación con esta política europea, se extrae el papel central que ha ido ganando de forma paulatina el principio de autonomía de la voluntad en su configuración. El cual informa en la actualidad a todos los sectores propios del Derecho internacional privado, aunque su manifestación más característica se aprecie al respecto de los sectores de la competencia judicial internacional y el de la determinación de la ley aplicable –siendo este último el que ha constituido el objeto de nuestro estudio-.

30. En este sentido, cuando se ha tratado de establecer nuevas normas de conflicto de leyes, el legislador europeo ha manifestado un singular apoyo al principio de autonomía de la voluntad conflictual en su elaboración. Y ello, no sólo en relación con el ámbito tradicional del Derecho de obligaciones, sino también incluso en materias propias del Derecho de Familia e incluso para el Derecho de Sucesiones, convirtiéndose en una verdadera seña de identidad del proceso codificador europeo. Efectivamente, el impulso y la amplitud con el que se ha reconocido el principio autonomista no es idéntico para cada materia –siendo más intenso para el ámbito obligacional y más limitado para el resto-, pero ello no resta mérito al impulso que ha dado al mismo. Y ello, entre otros motivos, con el objetivo de garantizar un alto nivel de certeza y de seguridad jurídica,

al igual que permitir incorporar un cierto nivel de flexibilidad y situar a la persona –y sus intereses- en el propio centro del sistema regulador de las situaciones privadas internacionales.

Con ello, se podría decir que el principio de autonomía de la voluntad constituye en nuestros días –al menos se ha podido comprobar en el sector de las normas de conflicto de leyes- un elemento fundamental del sistema, un destacado motor de creación normativa en el proceso de construcción de la UE e incluso una seña de identidad del mencionado proceso. Una apuesta que ha de ser bienvenida, en nuestra opinión, por los evidentes beneficios y ventajas que ofrece y han sido puestos de manifiesto –tanto para las partes, como para el propio proceso de integración regional europeo-.

Y ello, a pesar de que este impulso haya de ser tratado con cautela, al ser distinto el nivel de “disponibilidad” con el que cuentan las distintas materias abordadas, así como su nivel de “privatización” en nuestros días. Una circunstancia que, no en vano, ha sido tomada en consideración por el propio legislador europeo en la elaboración de las distintas respuestas conflictuales que ha ido elaborando, graduando así la intensidad con el que ha acogido el principio autonomista y sus límites de un instrumento normativo a otro.



CAPÍTULO IV

O STJ E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS: DEZ ANOS DE ATUAÇÃO

Nadia de Araujo¹⁻²

Introdução

Desde que lhe foi transferida a competência originária para conceder *exequatur* a cartas rogatórias e homologar sentenças estrangeiras por meio da Emenda Constitucional 45/04, o STJ tem atuado com a excelência que lhe é costumeira para construir uma jurisprudência sólida e coerente, a fim de promover a cooperação jurídica internacional e estabelecer o país como um porto seguro do ponto de vista jurídico.

O presente artigo tem por objetivo empreender um balanço geral dos dez anos de atuação do STJ como responsável pela homologação dos laudos arbitrais estrangeiros. A análise parte de dados de uma pesquisa³ realizada para identificar todos os laudos arbitrais estrangeiros, de cunho comercial, que tiveram sua homologação deferida ou indeferida pelo STJ, desde janeiro de 2005 estendendo-se até setembro de 2015.

I. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras

Com o desenvolvimento do comércio internacional, a arbitragem internacional há muito se firmou com o meio de solução de controvérsias

1. Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Comparado pela George Washington University. Professora de Direito Internacional Privado na PUC-Rio. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aposentada. Advogada.

2. A Autora gostaria de agradecer o valioso auxílio prestado pela advogada Carolina Noronha, que participou da elaboração desse artigo. Sua incansável atuação se deu no auxílio da pesquisa dos casos, conferindo todos os dados, na revisão do texto e das notas, mas também na discussão das ideias aqui esposadas. No entanto, a autora assume inteira responsabilidade pelo texto final.

3. Os dados colhidos no curso da pesquisa foram organizados em formato de uma planilha, a qual integra o presente artigo sob a forma de Anexo I.

nos grandes negócios internacionais. No entanto, no Brasil, esse movimento só ganhou destaque após a promulgação da Lei de Arbitragem, que tratou do instituto em caráter geral, e da arbitragem internacional, em particular. No caso das arbitragens internacionais, a grande mudança trazida pela Lei de Arbitragem foi a dispensa da exigência de dupla homologação para que o laudo surtisse efeitos no território nacional.⁴

O reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras estão disciplinados no Capítulo VI do diploma legal. As sentenças arbitrais são consideradas estrangeiras pelo critério geográfico da localização da sede da arbitragem e equiparadas às sentenças judiciais estrangeiras, na esteira do que ocorre com os laudos nacionais, que constituem um título executivo judicial.

Quando a execução da sentença arbitral estrangeira no Brasil não se dá de forma espontânea, é indispensável proceder à sua homologação perante o STJ para que seus efeitos sejam reconhecidos no território. Na ausência de cumprimento, será preciso proceder à sua homologação.

A legislação aplicável é a mesma referente às demais decisões estrangeiras, seguindo o disposto na LINDB⁵ e no Regimento Interno do STJ. O recém-aprovado Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) cuida da homologação de decisão estrangeira em capítulo próprio⁶. A Lei de Arbitragem traz ainda os requisitos para homologação e os casos em que o pedido pode ser negado.⁷

O Brasil afinal aderiu à Convenção de Nova Iorque, que hoje se encontra perfeitamente integrada ao sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 4.311/2002. Destaque-se que os requisitos da convenção não discrepam daqueles previstos na própria Lei de Arbitragem, eis que tal diploma foi fonte de inspiração para o legislador nacional. É interessante notar, ainda, que a Lei de Arbitragem prevê expressamente a observância necessária dos tratados internacionais em matéria de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, o que certamente

4. Nos termos do Art. 35 – “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.”

5. Art. 15.

6. Trata-se do Capítulo VI, abrangendo os artigos 960 a 965.

7. A Lei n.º 13.129/2015, que recentemente alterou a Lei de Arbitragem, não trouxe modificações aos requisitos para homologação das sentenças arbitrais estrangeiras.

abarcava a Convenção de Nova Iorque⁸. Não obstante, apesar de contar com dispositivo expresso⁹ a respeito dos requisitos necessários ao reconhecimento dos laudos, a convenção ainda não tem sido muito citada pelo STJ.¹⁰

O sistema brasileiro de reconhecimento de decisões estrangeiras é calcado no modelo italiano de deliberação, e é do tipo concentrado. Para

8. Capítulo VI – Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras - “Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional. Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal. Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.”

9. Artigo V - “1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.”

10. A Convenção é expressamente citada apenas nos casos SEC 856/GB, SEC 8844/FR e SEC 3709/US.

isso, cumpre-se uma única etapa, hoje diretamente no STJ. A tarefa fora designada pela Constituição de 1934 ao STF, até a entrada em vigor da denominada Reforma do Judiciário,¹¹ que transferiu a competência originária da cooperação jurídica internacional para o STJ, a partir de 2005.

No julgamento do pedido de homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, não se avalia o mérito do que foi decidido,¹² pois se cuida de verificar tão somente o cumprimento dos requisitos formais de homologabilidade exigidos pela legislação brasileira e, apenas tangencialmente, o mérito da questão ao avaliar se esta não ofende a ordem pública e a soberania nacional.¹³ É o chamado sistema de con-

11. A Reforma do Judiciário transferiu a competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça. Cf.: BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dez. 2004. Assim, buscando dar cumprimento ao disposto na Constituição Federal, o STJ editou, em primeiro lugar, a Resolução n. 22, de 31 de dezembro de 2004, e em seguida, a Resolução n. 9, com regras mais detalhadas e em vigor até hoje. Os artigos 5 e 6 cuidam das regras sobre homologação de sentenças estrangeiras. Atualmente, a matéria está prevista no Regimento Interno do STJ.

12. Cf. para a parte histórica veja ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

13. Além do que consta na Lei de Arbitragem, a matéria de homologação é disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro em tratados internacionais e na lei interna. O Brasil ratificou os seguintes tratados internacionais após a vigência da Lei 9307/96, os quais devem ser observados para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: Convenção Interamericana de Arbitragem Internacional Comercial (Panamá 1975), Decreto 1902/96; Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Montevideu 1979), Decreto 2411/97; Convenção de Nova Iorque (Nova Iorque 1958), Decreto 4311/02 e, Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Buenos Aires 1998), Decreto 4709/03. Entre os documentos de origem internacional, destaca-se o Protocolo de Lãs Lenas, que disciplina a cooperação jurídica internacional entre os países do Mercosul e que foi internalizado no Brasil pelo Decreto 2067/96. Neste, verifica-se uma simplificação para os pedidos oriundos de países do Mercosul, em que o próprio juiz estrangeiro remete por carta rogatória a decisão, que assim é diretamente homologada. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl nos EDcl na CR 398 / AR. Relator para Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Dje 12.08.2010. No Código de Processo Civil, art. 483: “A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Resolução n. 9 do STJ; Lei de Introdução ao Código Civil, no seu art. 15:

tenciosidade limitada: apesar de se tratar de uma ação judicial, o mérito não pode ultrapassar os limites impostos pelas regras atinentes ao reconhecimento, determinadas na legislação local.

Desde a época em que o STF era responsável pela matéria, a decisão era da alçada da Presidência, de forma monocrática, a menos que houvesse impugnação ao pedido pela parte ré, por ocasião da citação. Nesses casos, havia distribuição a um novo relator e o processo passava a ser julgado pelo Plenário. Também o STJ adotou esse sistema, mas remetendo-o à Corte Especial.

Com a transferência da competência para o STJ, foram distribuídas até 2015, mais de quatorze mil sentenças estrangeiras, dentre as quais 59 são laudos arbitrais estrangeiros de cunho comercial já julgados, embora não necessariamente já transitados em julgado.¹⁴

Interessante notar que, enquanto a maioria das decisões estrangeiras tendo por objeto questões de cunho familiar foi homologada por meio de julgamento monocrático, no caso dos laudos arbitrais estrangeiros, cujo objeto trata de questões de cunho comercial, raros são os casos decididos monocraticamente pelo Presidente. A grande maioria foi objeto de impugnação e passou a integrar a classe das sentenças estrangeiras contestadas (SECs), cujo julgamento é realizado pela Corte Especial do STJ, composta pelos quinze ministros mais antigos e presidida pelo Presidente.¹⁵

A impugnação frequente nos pedidos de homologação contribui sobremaneira para dilatar o tempo de tramitação do processo, já que a

“Será executada no Brasil a sentença estrangeira proferida no estrangeiro que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo Único: Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.”

14. A data limite da pesquisa que computou a existência de 59 laudos arbitrais estrangeiros já julgados pelo STJ é 22.09.2015

15. Art. 2º do Regimento Interno – “O Tribunal funciona: (...) §2º. A Corte Especial será integrada pelos quinze Ministros mais antigos e presidida pelo Presidente do Tribunal.”

Corte Especial se reúne apenas com a presença da maioria absoluta de seus membros¹⁶, sendo as decisões tomadas pelo voto da maioria.

A análise do tempo decorrido entre a autuação e o proferimento da decisão em muito acompanha a própria trajetória decrescente do volume de manifestações dos Ministros do STJ. Nos primeiros anos em que a competência para julgar os pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros lhe fora transferida, os casos eram objeto de inúmeros pedidos de vista e de discussões acirradas. Nos dias atuais, em que a maior parte das controvérsias já se encontra pacificada, os pedidos de homologação têm sido deferidos não só por unanimidade como no curso de uma mesma seção.¹⁷

A partir do estudo realizado¹⁸, é possível extrair algumas considerações de cunho geral bastante pertinentes sobre os julgamentos realizados nesses dez anos.

Em primeiro lugar, um volume considerável – cerca de 40% - dos laudos arbitrais estrangeiros já julgados pelo STJ foram distribuídos em seu primeiro ano de competência, em 2005, sendo 34% oriundos do STF¹⁹. Nos anos seguintes, a média de laudos arbitrais estrangeiros distribuídos foi de aproximadamente 4 por ano.

16. Art. 172 do Regimento Interno - “A Corte Especial, que se reúne com a presença da maioria absoluta de seus membros, é dirigida pelo Presidente do Tribunal. Parágrafo único - No julgamento de matéria constitucional, intervenção federal, ação penal originária, uniformização da jurisprudência, sumulação de jurisprudência e alteração ou cancelamento de enunciado da súmula, será exigida a presença de dois terços de seus membros.

17. De todos os pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros já deferidos ou indeferidos pelo STJ, apenas 4 o foram por maioria: SEC 833/US, SEC 349/JP, SEC 2410/UY, SEC 885/US.

18. Foram objeto de análise e detalhamento no Anexo I as sentenças estrangeiras em que já foi proferida decisão monocrática ou acórdão, conforme o caso, julgando procedente ou improcedente o pedido de homologação.

19. Tendo em vista a decisão acerca da aplicação imediata da EC 45/04 em função de seu caráter processual, todos os casos então em andamento no STF foram encaminhados ao STJ, ganhando nova numeração. (“A continuidade do julgamento, por esta Corte, da presente carta rogatória encontra óbice no disposto no art. 1º da EC 45, de 8-12-2004, que transferiu do STF para o STJ a competência para o processamento e o julgamento dos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras e de concessão de exequatur às cartas rogatórias. É pacífico o entendimento no sentido de que as normas constitucionais que alteram competência de tribunais possuem eficácia imediata, devendo ser aplicado, de pronto, o dispositivo que promova esta alteração. Precedentes

Em segundo lugar, seja em função do maior volume de processos no início da nova competência ou do natural cuidado no trato de matéria antes nunca tratada pelo Tribunal, a tramitação dos primeiros casos arrastou-se ao longo de diversos anos. Em contrapartida, nota-se o avanço e consolidação da posição favorável aos laudos, o que resultou em maior celeridade na tramitação dos casos novos nos últimos cinco anos.

Veja-se que no primeiro ano em que exerceu sua competência, apenas dois casos foram julgados pelo STJ: a SEC 802/US e a SEC 856/GB, ambas provenientes do STF e distribuídas nos anos de 2002 e 2003, respectivamente. Todas as demais sentenças estrangeiras que haviam sido distribuídas no STF e ainda se encontravam pendentes de decisão, bem como aquelas distribuídas diretamente no STJ, só foram começar a ser apreciadas a partir de meados de 2006. De destacar que a primeira SEC submetida diretamente ao STJ, a SEC 1/KR, só teve seu trânsito em julgado em 2013, quase nove anos depois de iniciada. A campeã no tempo de tramitação, contudo, foi a SEC 885/US que, distribuída no STF em 2001, só transitou em julgado doze anos depois, em 2013.

A análise da média de tempo de tramitação dos pedidos de homologação dos laudos arbitrais estrangeiros no STJ ao longo dos anos é exemplificativa de uma verdadeira especialização do Tribunal na matéria. A partir de 2010, nota-se uma significativa redução no tempo de tramitação. Todavia, se considerarmos a natureza do processo de homologação e a simplicidade de suas etapas, é possível concluir que, ainda hoje, o tempo de tramitação é excessivo.

II. O descabimento de recurso extraordinário

Uma das razões para a demora excessiva na tramitação dos pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros, entretanto, encontra-se mais no comportamento das próprias partes do que na atuação do STJ. Um fator que contribui sobremaneira para que os julgamentos se arrastem ao longo dos anos é a insistência – infundada, na maior parte das

(...). Questão de ordem resolvida para tornar insubsistentes os votos já proferidos, declarar a incompetência superveniente deste STF e determinar a remessa dos autos ao egrégio STJ.” (CR 9.897-AgR, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 30-8-2007, Primeira Turma, DJE de 14-3-2008.)

vezes - da parte vencida em opor-se à homologação, mediante a interposição de recursos visivelmente protelatórios. Os embargos de declaração são figuras recorrentes, estando presentes em alarmantes 52% dos casos. Em 32% dos casos, foi interposto, ainda, recurso extraordinário, embora fosse cristalina a ausência de qualquer questão de cunho constitucional.

Boa parte dos recursos extraordinários foi indeferida de plano no STJ²⁰ e praticamente todos tiveram seu seguimento negado pelo STF²¹. Do exame dos casos, verifica-se que os supostos argumentos de violação à Constituição Federal dizem respeito a questões cuja jurisprudência uníssona do STF considera como sendo de caráter reflexo, não constituindo afronta direta à Carta Magna e, conseqüentemente, sem qualquer possibilidade de sucesso.

A posição do STJ a respeito reflete o entendimento pacífico do STF acerca da matéria. A título de exemplo, na SEC 831/FR, o recurso extraordinário interposto pela requerente, além de ter sido inadmitido pelo STF e o agravo regimental negado, deu azo à aplicação de multa de 5% do valor da causa. No caso, o recurso assentava-se na suposta violação de garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, o que reiteradamente já foi considerado pelo STF em remansosa jurisprudência como uma ofensa meramente reflexa à Constituição, não permitindo o manejo do recurso constitucional. O STF demonstrou que argumentos deste tipo não só são desprovidos de qualquer importância para a comprovação da violação do texto constitucional, como também impossíveis de análise, ante a necessidade de se voltar a revolver o conjunto probatório, o que é de todo inadmissível no sistema de recurso extraordinário. Tão descabido o recurso que o STF o entendeu como abusivo e, por conta disso, aplicou multa por litigância de má-fé, por ter agido a parte com “*desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual*.”²²

Em outro recurso extraordinário que chegou a subir para o STF, o M. Gilmar Mendes reiterou o posicionamento da Corte no sentido de que

20. Nos seguintes casos foi determinada a subida do recurso para o STF: SEC 1/KR, SEC 349/JP, SEC 831/FR, SEC 874/CH, SEC 894/UY, SEC 918/IT, SEC 2410/UY, SEC 4837/BO, SEC 9713/US, SEC 9714/US.

21. Apenas o RE interposto no âmbito da SEC 894/UY e da SEC 9713/US ainda estão pendente de julgamento.

22. AG.REG. no RE 595.276, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 16.04.2010, p.7.

a matéria é eminentemente infraconstitucional e não pode ser objeto de análise pela corte constitucional e citou o *leading case* que havia enfrentado a questão da constitucionalidade da lei de arbitragem, na SE 5206/EP, quando ainda o tema era da competência originária do STF.²³ Tratou-se de recurso interposto no âmbito da SEC 349/JP, sob alegação de ofensa ao princípio de inafastabilidade do acesso à Justiça.

A posição firme do STF e do STJ é de repelir veementemente o inconformismo das partes ao tentar subverter o procedimento para adicionar nova instância aos processos de homologação. Somente mediante a consolidação dessa posição é que a interposição de recursos dessa natureza deixará de obstar a finalização dos processos de homologação.

Com efeito, o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras no Brasil é um procedimento adstrito a um único tribunal, o STJ, que decide os casos em instância única e definitiva. Visa somente verificar os requisitos formais e a não incidência de violação à ordem pública para promover a adequação da sentença estrangeira a um título com as mesmas características de uma sentença nacional, e portanto executável da mesma forma.²⁴ Como bem aduziu Barbosa Moreira, a sentença oriunda do exterior é capaz de adquirir eficácia no país, após procedimento formal de reconhecimento praticado por órgão nacional, que se dá através da homologação.

Os objetivos de celeridade e simplificação de procedimentos conseguidos com a Reforma do Judiciário seriam desconsiderados ao se adicionar uma etapa recursal que terminaria ao fim e ao cabo por anular a transferência de competência promovida pela EC 45/04. Ora, totalmente descabido procurar argumentos de teor constitucional em uma matéria de cunho eminentemente infraconstitucional. E essa tentativa,

23. “Por fim, reafirmo que, como bem apontou o aresto atacado, a aplicação da Lei de Arbitragem não derogou ou alterou qualquer cláusula contratual, mas antes fez valer o contrato firmado pelo recorrente que já previa a cláusula arbitral, não havendo que se falar em violação do art. 5º, XXXVI, da CF/1988, matéria que, inclusive, não foi prequestionada na instância de origem.” (RE 598754 AgR / DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 24.09.2014, p.8)

24. Para conhecer a evolução do sistema de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil, veja-se por todos, Barbosa Moreira, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 14ª ed., vol. 5, Arts. 476 a 565, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.57 e seguintes.

ainda que infrutífera, foi responsável pelo aumento do prazo de tramitação dos processos de homologação, o que é de todo inaceitável.

III. O deferimento e o indeferimento dos pedidos de homologação

Com relação ao posicionamento da Corte, verifica-se que a larga maioria dos pedidos de homologação foi deferida. Nos poucos casos em que indeferida, que correspondem a 10% do total, a negativa teve por fundamento a contrariedade à ordem pública.

É interessante notar que a maior parte dos casos de indeferimento foi julgada pelo STJ nos primeiros anos de competência, tendo o último indeferimento ocorrido em 2012.²⁵ Aos poucos, a jurisprudência foi se consolidando em favor da homologação, com acórdãos contundentes no sentido de estabelecer claros limites entre as questões de mérito e a ordem pública. A se confirmar a tendência do tribunal, a cada dia os casos de indeferimento terão peso menor nas estatísticas de homologação.

Adicionalmente, a análise comparativa das homologações deferidas e indeferidas nos permite concluir que o STJ não se atém para o tipo de matéria tratada nos laudos quando procede à sua análise, fixando-se apenas nos aspectos processuais da discussão, a despeito da tentativa reiterada das partes em trazer para o centro do julgamento questões relativas ao mérito.

Não obstante, vale destacar que a maioria dos casos diz respeito a contratos internacionais tendo por objeto a compra e venda de *commodities*, estando o algodão no topo da lista, seguido do café. Todos os casos de algodão foram julgados na Inglaterra, por Câmaras especializadas, como a Liverpool Cotton Association, substituída pela International Cotton Association.

Com relação às disputas relativas à compra e venda internacional, a CCI é a Câmara mais usada, mas a escolha da sede dessas arbitragens é bastante variada, ora em Paris, Montevidéu, Miami e Nova Iorque. Dentre as câmaras selecionadas, ainda se destacam a AAA americana e a LCIA de Londres. De notar que nem sempre os acórdãos fornecem maiores detalhes sobre o local da arbitragem, a câmara utilizada ou suas regras.

25. SEC 885/US.

A constatação do posicionamento favorável do STJ em relação aos pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros permite-nos concluir que a matéria se encontra madura e pacificada, garantindo às partes a segurança necessária para decidirem-se pela realização de arbitragens no exterior quando conveniente, sem o temor de que haja qualquer tipo de indefinição com relação à execução posterior desses laudos no Brasil. Talvez aos poucos o julgamento monocrático²⁶, que hoje é a exceção, passe a ser a regra, o que seria providencial para agilizar o cumprimento dos laudos no território nacional.

Na medida em que a posição do STJ se consolida, evita-se que partes inconformadas recorram à via judicial para procurar rediscutir o que já foi decidido soberanamente pela instância arbitral.

IV. Temas importantes decididos pelo STJ

Dentre as diversas questões comumente suscitadas pelas partes como impeditivas da homologação dos laudos arbitrais estrangeiros por ofensa à ordem pública, cumpre-nos destacar três com relação aos quais o STJ firmou posicionamento marcante.

a) Comprovação da manifestação de vontade

Um ponto recorrente nos processos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras diz respeito à comprovação da existência e validade da cláusula arbitral. Esse é um tema caro ao STJ, pois a manifestação da vontade das partes em escolher a arbitragem, e com isso demonstrar sua renúncia à possibilidade de usar o aparato estatal, precisa estar comprovada de forma cabal. Nesse sentido, a Lei de Arbitragem também exige a convenção de arbitragem válida.²⁷

26. Apenas os seguintes casos foram julgados monocraticamente, SE 1305/FR, SE 3795/UY, SE 4980/GB, SE 7591/US, SEC 1305/FR e SE 7629/US.

27. Lei 9307/06, “Art. 38: Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido

A discussão da matéria é tratada como análise da conformação à ordem pública. Em dois pedidos, o indeferimento da homologação se deu ante a ausência de comprovação da manifestação da vontade das partes em se submeter ao juízo arbitral, por ausência de cláusula arbitral ou de sua assinatura.

Todavia, é certo que a posição do STJ não tem sido formalista e a interpretação tem nuances que merecem ser discutidas. Com efeito, na SEC 856/GB, apesar de não haver aderência da parte à convenção arbitral, o STJ entendeu que houve manifestação tácita de vontade em prol da arbitragem, pois a parte compareceu e aceitou a instauração do procedimento arbitral, tendo inclusive indicado árbitro. O STJ, uma vez mais, destacou a importância de se respeitar as práticas comerciais internacionais e de apurar a conduta das partes quando confrontadas com um pedido de instauração de arbitragem.²⁸

violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.”

28. Veja-se a ementa e alguns trechos da SEC 856/GB: “EMENTA Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida.”

Veja-se trechos do voto do Min. Relator: “Ora, sabido que no comércio internacional a prática é a de submeter os conflitos decorrentes da execução dos contratos ao regime da arbitragem, sendo certo que no caso da compra e venda de algodão a Liverpool Cotton Association, Ltd. É entidade própria com tradição em arbitragem nesse mercado especializado. Se o contrato foi parcialmente cumprido, se dos autos consta a indicação precisa de que a parte requerida efetivamente manifestou defesa sobre o mérito da controvérsia, sem impugnar a instauração do Juízo arbitral, não me parece razoável acatar a impugnação apresentada na contestação. Ademais, se a empresa requerida, tomando conhecimento da instauração do Juízo arbitral, não apresentou impugnação sobre a ausência da convenção arbitral, mas, ao contrário, apresentou sua defesa, não se pode negar que houve o reconhecimento da cláusula arbitral. A leitura da contestação revela que a argumentação desenvolvida está centrada na inexistência

Ecoam ainda em diversos acórdãos posteriores²⁹ os argumentos do Ministro Carlos Alberto Direito para quem “a prática internacional em contratos da espécie deve ser sempre relevada”. O Ministro frisou assim a importância dos usos e costumes do comércio internacional para validar a cláusula, reconhecendo como praxe nas negociações internacionais o aceite tácito. Com isso, concluiu que houve “manifestação indubitosa sobre a existência da cláusula compromissória.” Nos casos posteriores, o STJ manteve sua preocupação em preservar a escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias para o bom funcionamento do comércio internacional, apesar das infrutíferas tentativas das partes requeridas em procurar impedir a homologação através da utilização do argumento da ordem pública que lhes permitisse rediscutir o mérito da

de concordância expressa sobre a cláusula compromissória. Mas, como demonstrado, houve inequívoca aceitação da convenção arbitral, a tanto equivale a participação da empresa requerida no processo, de acordo com carta que ela própria remeteu contendo suas razões de mérito para defender-se. Em conclusão, considerando a prática internacional em contratos da espécie, que deve ser sempre relevada, não vejo como desqualificar a existência da convenção arbitral. A participação da requerida no processo, com a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro indica manifestação indubitosa sobre a existência acordada da cláusula compromissória.” Por sua vez, o MINISTRO LUIZ FUX, em voto vista, também aduziu: “Sr. Presidente, referendo o brilhante voto do ilustre Ministro-Relator, inclusive na mesma linha do Supremo Tribunal Federal, que considerou a cláusula compromissória tácita; é uma questão do Direito Comercial, em que a formalidade obstativa da homologação não teria o menor sentido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº. 856. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, DF, 18 de maio de 2005.

Na SEC 887, veja-se o trecho: “Quanto ao primeiro – não-comprovação de prévia convenção arbitral –, creio não haver dúvidas da pré-existência da convenção de arbitragem, e os documentos trazidos aos autos fartamente o demonstram. Não só a própria sentença arbitral que, ao relacionar contrato por contrato que lhe fora submetido, faz referência à mencionada convenção, como os documentos juntados às fls. 199/231 expressamente se referem ao mencionado acordo. Portanto, esse requisito foi atendido, não constituindo motivo impeditivo da homologação.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº. 887. Relator Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 03 de junho de 2006.

29. A título exemplificativo destaca-se a SEC 866/GB e a SEC 967/GB. Ambas remetiam a contratos internacionais de compra e venda de commodities (grãos e algodão, respectivamente). As arbitragens foram realizadas por instituições especializadas, a primeira, pela THE GRAIN AND FEED TRADE ASSOCIATION (GAFTA), e a segunda pela LIVERPOOL COTTON ASSOCIATION – LCA, ambas no Reino Unido, e com larga tradição para essas matérias-primas.

controvérsia. Nota-se o respeito do STJ ao princípio da autonomia da vontade ao validar a cláusula arbitral pactuada se as partes “aderiram livremente aos contratos que continham expressamente a cláusula compromissória.”³⁰

Esta questão foi discutida em detalhes na SEC 3709/US, em que a requerida, American Telecommunication do Brasil Ltda contestou a homologação da sentença arbitral sob o fundamento de que não teria firmado a cláusula arbitral. Em seu voto, esclarece o Relator que de fato o contrato em que inserida a cláusula compromissória não havia sido firmado pela requerida. Todavia, restou inquestionável a adesão da requerida ao procedimento arbitral a partir do momento em que esta compareceu diante do Tribunal Arbitral e apresentou sua manifestação, com pedido, inclusive, de reconvenção. A declaração expressa nesse sentido pelo advogado que a representava, conforme carta enviada por este ao Tribunal Arbitral, representou a adesão da requerida à cláusula arbitral e ao procedimento. Para o Relator, no que foi seguido por todos os votantes, esta carta “apresenta-se como perfeito compromisso arbitral, apto a satisfazer o requisito legal da vinculação da requerida ao procedimento arbitral, com função semelhante à cláusula arbitral.”³¹ Ainda sobre a validade da representação, esclareceu a Corte que a homologação da sentença arbitral atendeu aos ditames da Lei de Arbitragem e, especificamente, da Convenção de Nova Iorque, em seu artigo V, I a.³² Por fim,

30. Veja-se o trecho da SEC 507/GB: “Em que pesem os argumentos expendidos, da análise dos autos exsurge certo que as ora requeridas não só aderiram livremente aos contratos que continham expressamente a cláusula compromissória, como tiveram amplo conhecimento da instauração do procedimento da arbitragem, sendo certo que apresentaram mais de uma manifestação – considerações preliminares (fls. 370/385) e defesa (fls. 352/369). A partir do momento em que as requeridas celebraram contratos que continham a referida cláusula aderiram expressamente à possibilidade de solução de litígios pelo via arbitral, sendo despicienda agora, nesta seara, a tentativa de se discutir a onerosidade do procedimento. No mesmo sentido, mostra-se incabível a alegação da OITO EXPORTAÇÃO de ofensa à ordem pública, ao argumento de que o procedimento arbitral além de trazer limitações ao seu direito de defesa, permite que uma empresa estrangeira que praticou a justiça privada ainda tenha o direito de cobrar valores das partes prejudicadas, sendo certo que no Brasil vige a regra do monopólio da Jurisdição, não podendo os particulares exercerem a auto-tutela.” (STJ, SEC 507/GB. Relator Min. Gilson Dipp, DJ 13.11.2006).

31. Para caso similar, ver SEC 1210/GB.

32. No mesmo sentido, veja-se SEC 831/FR, em que a requerida alegava não ter aderido à obrigação arbitral quando assumiu o controle da companhia contra

há alguns casos em que a parte procurou desqualificar a cláusula arbitral ao argumento de que se tratava de contrato de adesão. Nesse sentido, é relevante o posicionamento do STJ na SEC 507/GB, ao considerar que a aferição da natureza do contrato e, por consequência, da anuência das partes à arbitragem, significaria adentrar no mérito do caso, o que seria incabível nos estreitos limites do pedido de homologação.³³

b) A questão da fundamentação da sentença arbitral

Uma questão comumente suscitada como afronta à ordem pública diz respeito à fundamentação da sentença arbitral. Na SEC 5692/US, a parte requerida alegou ofensa à ordem pública por ausência de fundamentação do laudo arbitral, o que importaria em violação ao princípio da ampla defesa.

No acórdão, o Ministro Ari Pargendler esclareceu que a motivação adotada e os aspectos formais da decisão seguiram a lei do país de onde foi proferida, e portanto a sua concisão não poderia inibir a homologação. Mais uma vez o STJ manifestou-se firmemente pelo respeito à decisão arbitral, em homenagem ao sistema brasileiro de contenciosidade limitada, que impede qualquer análise mais profunda do mérito da decisão. A decisão foi no mesmo sentido da SEC 760/US, na qual o

quem se iniciara a arbitragem. O Tribunal arbitral enfrentou a alegação e sobre ela decidiu que a requerida, incorporar a companhia contra quem se iniciara a arbitragem, assumiu todos os direitos e obrigações, inclusive a cláusula arbitral em questão. A Corte desconsiderou o argumento de ofensa à ordem pública e deferiu o pedido de homologação.

33. Veja-se os seguintes trechos do acórdão na SEC 507/GB, STJ: “Alega, ainda, a requerida OITO EXPORTAÇÃO a ineficácia da cláusula compromissória ante não observância do disposto no art. 4º da Lei de Arbitragem, tendo em vista que em contratos de adesão é necessário que a cláusula em questão seja acolhida pela parte aderente (o que ocorreria se ela tomasse a iniciativa de recorrer à arbitragem) ou, então, que a cláusula seja destacada em negrito e rubricada pelas partes.... Antes de analisar a alegação, faz-se mister registrar que o controle judicial da homologação da sentença arbitral estrangeira está limitado aos aspectos previstos nos artigos 38 e 39 da Lei nº 9.307/96, não podendo ser apreciado o mérito da questão objeto da arbitragem ... Na hipótese, para a eventual análise da alegação de que o contrato objeto da arbitragem é “de adesão”, seria necessário o exame do mérito da relação de direito material afeto ao objeto da sentença estrangeira homologanda, o que se mostra inviável na presente via.” (STJ, SEC 507/GB. Relator Min. Gilson Dipp, DJ 13.11.2006).

requerido também fizera alegação similar, pleiteando o reconhecimento da nulidade de laudo sucinto da AAA. Não obstante, o STJ entendeu que a decisão apresentou fundamentação suficiente e por isso deveria ser homologada.

Apesar de não ter expandido em mais detalhes as razões de seu voto, é certo que o Ministro Pargendler nada mais fez do que seguir a antiga jurisprudência do STF, mantida pelo STJ, de que no curso da homologação aplica-se, de forma indireta, o direito estrangeiro A forma pela qual o tribunal estrangeiro se pronuncia atende ao que a lei local determina, e conseqüentemente, não cabe no curso da homologação discutir sua sistemática, mesmo que divergente daquela utilizada no Brasil. Assim, em outros temas, decisões estrangeiras sucintas oriundas de outros países ou de autoridades que no Brasil não teriam competência para tal, como os divórcios proferidos por autoridades administrativas no Japão (que nada mais são do que uma mera certidão), são consideradas adequadas para o cumprimento dos requisitos legais e são assim deferidas.

Não se pode pretender invocar a ofensa à ordem pública, única possibilidade de impedir a homologação de um laudo arbitral estrangeiro por meio da análise do mérito, para qualquer tipo de inconformismo com o resultado ou desconhecimento do sistema adotado na arbitragem internacional. É evidente que a arbitragem possui um procedimento diverso daquele adotado na via judicial, mas desde que a manifestação de vontade tenha sido livre, não é possível voltar a atrás ou alegar desconforto com suas características. A invocação da ordem pública precisa ser compreendida dentro de estreitos limites, na maior parte das vezes ligados a preceitos de direitos fundamentais, que são a base da proteção judicial ao indivíduo. Diferenças pontuais não devem ser alçadas a esse patamar, que deve ser compreendido em caráter bastante restrito.

Ainda no sentido de fortalecer essa posição, são igualmente aplicáveis aos laudos arbitrais estrangeiros os dispositivos da Convenção de Nova Iorque, que consagra a autonomia da vontade das partes. Ou seja, escolhida a arbitragem como meio de solução de controvérsias, não há como posteriormente procurar meios de evitar o cumprimento dos laudos arbitrais. A lei brasileira inspirou-se na Convenção, que posteriormente também passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Na verdade o propósito da arbitragem é o cumprimento espontâneo, devendo a execução forçada ser excepcional.

c) O deferimento da tutela de urgência

O último tópico que merece ser analisado diz respeito à possibilidade de deferimento de tutela de urgência no curso da ação de homologação, nos termos do artigo 216-G do Regimento Interno do STJ³⁴.

É preciso esclarecer que a posição clássica do STF era no sentido de negar o deferimento de qualquer pedido que antecipasse os efeitos da sentença alienígena ou tivesse natureza liminar.³⁵

No entanto, a Resolução STJ n. 9/2005 radicalmente modificou essa situação ao sereferir expressamente à possibilidade de antecipação da tutela e de concessão de medida de urgência³⁶, desde que presentes os requisitos aplicáveis às medidas dessa natureza em geral: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O permissivo se manteve no Regimento Interno do STJ.

A despeito dessa previsão legal é inexpressivo o número de pedidos deferidos ao longo desses dez anos. No que se refere aos casos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros, poucos foram aqueles em que as partes solicitaram ao STJ a concessão de tutela de urgência que, afinal, chegou a ser concedida apenas na SE 5692/US.

Apesar da aparente impopularidade do pedido, o tempo elevado de tramitação dos processos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros é fonte não apenas de inquietude, mas de fundada preocupação de que parte requerida se desfaça de seus bens neste meio tempo inviabilizando, assim, o cumprimento da decisão. A antecipação da tutela inverteria essa equação e tornaria a posição do credor mais segura e confortável, assegurando sem sombra de dúvidas a execução futura. Ademais, a concessão da tutela de urgência em muito contribuiria para desencorajar a interposição de recursos protelatórios, eis que o devedor já arcaria com o ônus de ter seus bens separados em garantia da execução da sentença arbitral desde o início do processo.

34. Art. 216-G: “Admitir-se-á a tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentença estrangeira.”

35. Veja-se, a esse respeito, o *leading case* no STF, SE 3408/CH.

36. Conforme Art. 5º, §3º.

Conclusão

Esses dez anos de atuação do STJ como corte competente para julgar os pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras evidenciam a imprescindibilidade da consolidação da arbitragem como método confiável, inviolável mesmo, de resolução de controvérsias nos contratos internacionais.

Da análise das decisões monocráticas e acórdãos já proferidos pelo STJ com relação a laudos de cunho comercial, é possível vislumbrar os contornos de uma atuação especializada e consistente, favorável à arbitragem e deferente às manifestações de vontade das partes.

As perspectivas do processo de homologação são promissoras. De sua parte, nota-se um efetivo empenho do STJ em garantir que a celeridade que tanto caracteriza o procedimento arbitral se reflita também na etapa de reconhecimento e execução dos laudos estrangeiros. Mas esta é uma tarefa que cabe igualmente às partes. É preciso que se deixe de lado o inconformismo e se reconheça que a homologação é uma medida de cooperação jurídica internacional, e não instância de revisão. Apenas mediante o esforço conjunto de todos os envolvidos no processo é que será possível construir uma imagem verdadeiramente positiva da arbitragem internacional no Brasil para os parceiros comerciais do país.

Bibliografia

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. São Paulo: Atlas, 2008;
- ARAÚJO, Nadia. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. *In*: Brasil, Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Cooperação em Matéria Civil. 3ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012;
- _____. A nova lei de Arbitragem e os “princípios uniformes dos contratos internacionais”, elaborados pelo UNIDROIT. *In*: CASTELLA, Paulo Borba. (Org). Arbitragem – a nova lei brasileira (9307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTR, 1997;

- ___ . Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: comentários à Resolução nº 9/005/Nadia de Araujo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2010;
- ___ . Direito Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira. 5ª. Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2011;
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 14ª ed., vol. 5, Arts. 476 a 565, Rio de Janeiro: Forense, 2008;
- ___ . Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.7, n.37;
- BARROSO, Luis Roberto; TIBURCIO, Carmen (coord.); *O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1934;
- CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 2ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1968;
- DECCACHE, Antonio. *Os Requisitos de Forma da Cláusula Compromissória Inserida nos Contratos Comerciais Internacionais e a Jurisprudência do STJ / Antonio Deccache – 2014 – 175p. /dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas*;
- DOLINGER, Jacob. *Brazilian International Procedural Law In DOLINGER, J. ; ROSENN, K. . Panorama Of Brazilian Law*. MIAMI, FLORIDA, EUA: North South Center da Univ. Miami e Editora Esplanada, 1992;
- DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmem. *Direito Internacional Privado (Parte especial): Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;
- FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. *Laudos Arbitrais estrangeiros – Reconhecimento e execução: Teoria e Prática*. Curitiba: Juruá, 2003;
- FITCHNER, José Antonio. *Novos temas de arbitragem/ José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer, André Luís Monteiro*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014;
- FUX, Luiz. *Homologação de sentença estrangeira*. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto.(Org.) *O Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

- LEE, João Bosco. A Homologação de sentença estrangeira: a convenção de Nova York e o direito brasileiro de arbitragem. In CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. São Paulo: Atlas, 2007;
- LEME, Selma Ferreira, Reconhecimento da Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo28.pdf>, Acesso em 01.12.2014.
- MARTINS, Pedro Batista, (Org.) Arbitragem. São Paulo: Atlas, 2007;
- POLIDO, Fabrício B. P. . Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado. 1a. ed. Curitiba: Juruá, 2013;
- PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de Sentenças arbitrais estrangeiras, In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro Batista.(Org.). Arbitragem. São Paulo: Atlas, 2007;
- TENÓRIO, Oscar. Direito Internacional Privado. 9ª ed., vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos,1970;
- TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

QUADRO GERAL DAS DECISÕES EM HOMOLOGAÇÃO DE LAUDOS ARBITRAIS ESTRANGEIROS

SE/SE nº Requerente	Relator	Autuação no STJ	Acórdão/ Decisão Monocrática	Resultado	Recurso* - Data do Julgamento *após acórdão/decisão monocrática	Trânsito em Julgado	Duração aprox. (anos)
1. SEC 1/KR (Kia Motors Corporation)	Min. Maria Thereza de Assis Moura	03/01/2005	19/10/2011	Homologada parcialmente	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 06/06/2012 ▪ RE nos Edcl na SEC: prejudicado/não admitido pelo STJ em 03/12/2012 ▪ ARE no RE nos Edcl na SEC: determinada a subida do RE para o STF em 28/02/2008 ▪ ARE 741287: negado seguimento pelo STF em 14/08/2013 	29/08/2013	8,8
2. SEC 349/IP (Mitsubishi Electric Corporation)	Min. Eliana Calmon	13/01/2005 (SE n. 8847 proveniente do STF, autuada em 26/08/2004)	21/03/2007	Homologada (corrigido erro material em sede de EDcl)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: acolhidos em parte pelo STJ em 01/08/2007 para sanar erro material no acórdão ▪ RE nos Edcl na SEC: não admitido pelo STJ em 07/02/2008 ▪ ARE no RE nos Edcl na SEC: determinada a subida do RE para o STF em 09/12/2008 ▪ RE 598754: negado seguimento ao RE em 17/06/2014 e negado provimento ao agravo regimental em 09/09/2014 (trânsito em julgado em 09/10/2014) ▪ AC 2608 (para conferir efeito suspensivo ao RE): prejudicada por perda do objeto com julgamento do RE em 10/11/2014 (trânsito em julgado em 18/11/2014) 	09/10/2014	10,3

3.	SEC 507/GB (Grain Partners SPA)	Min. Gilson Dipp	14/01/2005 (SE n. 8450 proveniente do STF, autuada em 12/02/2004)	18/10/2006	Homologada	▪ EDcl na SEC; 06/12/2006	rejeitados pelo STJ em 07/03/2007	3,1
4.	SEC 611/US (First Brands do Brasil Lda./ STP do Brasil Ltda.)	Min. João Otávio de Noronha	19/01/2005 (SE n. 8567 proveniente do STF, autuada em 26/04/2004)	23/11/2006	Homologada	▪ EDcl na SEC; 18/04/2007 ▪ RE nos EDcl na SEC; julgado deserto pelo STJ em 25/09/2007	rejeitados pelo STJ em 23/10/2007	3,5
5.	SEC 760/US (Tremond Alloys and Metals Corp)	Min. Felix Fischer	16/02/2005 (SE n. 9124 proveniente do STF, autuada em 15/12/2004)	19/06/2006	Homologada		Não aplicável 12/09/2006	1,8
6.	SEC 802/US (Thales Geosolutions Inc)	Min. José Delgado	24/02/2005 (SE n. 7243 proveniente do STF, autuada em 16/01/2002)	17/08/2005	Homologada		Não aplicável 04/10/2005	3,8

<p>7. SEC 826/KR (Ssangyong Corporation)</p> <p>Min. Hamilton Carvalhido</p>	<p>28/02/2005 (SE n. 7278 proveniente do STF, autuada em 06/02/2002)</p> <p>15/09/2010</p> <p>Não homologada (matéria já regulada por decisão judicial brasileira)</p>	<p>AgRg na SEC: não conhecido pelo STJ em 17/11/2010</p> <p>RE no AgRg na SEC: indeferido liminarmente pelo STJ em 01/03/2011</p> <p>ARE no RE no AgRg na SEC: não conhecido pelo STJ em 29/03/2011</p>	<p>02/05/2011</p> <p>9,4</p>
<p>8. SFC 831/FR (Spie Enertrans S.A.)</p> <p>Min. Arnaldo Esteves Lima</p>	<p>02/03/2005 (SE n. 8292 proveniente do STF, autuada em 29/10/2003)</p> <p>03/10/2007</p> <p>Homologada</p>	<p>EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 13/03/2008</p> <p>RE nos EDcl na SEC: admitido pelo STJ e remetido ao STF em 29/09/2008</p> <p>RE 593276: negado seguimento pelo STF em 20/01/2009</p> <p>AgRg no RE: negado provimento pelo STF em 23/03/2010</p> <p>AgRg no RE: não decidido pelo STF em razão de trânsito em julgado em 07.06.2010</p>	<p>07/06/2010</p> <p>6,7</p>
<p>9. SEC 839/FR (Bouvery International S.A.)</p> <p>Min. Cesar Asfor Rocha</p>	<p>02/03/2005 (SE n. 5573 proveniente do STF, autuada em 16/04/1997)</p> <p>16/05/2007</p> <p>Homologada</p>	<p>Não aplicável</p>	<p>28/08/2007</p> <p>10,5</p>
<p>10. SEC 856/GB (L'Aiglon S.A.)</p> <p>Min. Carlos Alberto Menezes Direito</p>	<p>03/03/2005 (SE n. 7941 proveniente do STF, autuada em 29/04/2003)</p> <p>18/05/2005</p> <p>Homologada</p>	<p>EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 03/08/2005</p> <p>EDcl nos EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 21/09/2005</p> <p>RE nos EDcl nos EDcl na SEC: negado seguimento pelo STJ em 08/11/2006</p> <p>AI 650743: negado provimento pelo STF em 27/05/2009</p>	<p>09/06/2009 (ExeSEC 856/GB 28/03/2006)</p> <p>6,2</p>

<p>SEC 866/GB (Oleaginosas Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera Inmobiliaria y Agropecuaria)</p> <p>11.</p>	<p>03/03/2005 (SE n. 7299 proveniente do STF, atuada em 26/02/2002)</p> <p>Min. Felix Fischer</p>	<p>17/05/2006</p> <p>Não homologada (inexistência de compromisso arbitral)</p>	<p>EDecl na SEC: rejeitados pelo STJ em 07/03/2007</p> <p>02/05/2007</p> <p>5,3</p>
<p>SEC 833/US (Subway Partners CV)</p> <p>12.</p>	<p>02/03/2005 (SE n. 5911 proveniente do STF, atuada em 08/09/1998)</p> <p>Min. Eliana Calmon</p>	<p>16/08/2006</p> <p>Não homologada (não respeitado o contraditório)</p>	<p>EDecl na SEC: rejeitados pelo STJ em 16/05/2007</p> <p>RE nos EDecl na SEC: negado seguimento pelo STJ em 08/02/2008</p> <p>26/03/2008</p> <p>9,7</p>
<p>SEC 874/CH (Union Europeene de Gymnastique UEG)</p> <p>13.</p>	<p>07/03/2005 (SE n. 7406 proveniente do STF, atuada em 07/05/2002)</p> <p>Min. Francisco Falcão</p>	<p>19/04/2006</p> <p>Homologada</p>	<p>EDecl na SEC: rejeitados pelo STJ em 07/02/2007</p> <p>RE nos EDecl na SEC: negado seguimento pelo STJ em 11/06/2007</p> <p>AI 681901: STF determinou subida do RE em 26/09/2007</p> <p>RE 570499: negado seguimento pelo STF em 15/03/2011</p> <p>30/03/2011</p> <p>9,0</p>
<p>SEC 885/US (Kanematsu USA Inc)</p> <p>14.</p>	<p>07/03/2005 (SE n. 6858 proveniente do STF, atuada em 13/03/2001)</p> <p>Min. Eliana Calmon</p>	<p>18/04/2012</p> <p>Não homologada (inexistência de compromisso arbitral)</p>	<p>EDecl na SEC: 16/03/2011 (anulou acordão de 02/08/2010 por não ter sido incluído em pauta)</p> <p>EDecl nos EDecl na SEC: rejeitados pelo STJ em 17/12/2012</p> <p>22/03/2013</p> <p>12,2</p>

15.	SEC 887/FR (Bouvery International S/A)	Min. João Otávio de Noronha	07/03/2005 (SE n. 5773 proveniente do STF, autuada em 27/02/1998)	06/03/2006	Homologada	Não aplicável	18/04/2006	8,3
16.	SEC 894/UY (Litsa Líneas de Transmisión del Litoral S/A)	Min. Nancy Andrighi	09/03/2005 (SE n. 8455 proveniente do STF, autuada em 18/02/2004)	20/08/2008	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 15/02/2012 ▪ EDcl nos EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 07/05/2012 ▪ RE na SEC: admitido pelo STJ e remetido ao STF em 30/08/2012 ▪ RE 715400 na SEC: negado seguimento pelo STF em 14/11/2013 ▪ AgRg no RE na SEC: apresentado para julgamento em 18/09/2015 	Em tramitação	Indefinido
17.	SEC 918/IT (Guidosimplex – Società in Nome Coletivo di Fiancarlo Venturini / Guidosimplex Drive Ltda.)	Min. Castro Meira	18/03/2005	26/06/2007	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: negado seguimento pelo STJ em 04/09/2007 ▪ AgRgRD nos EDcl na SEC: acolhido pelo STJ em 22/11/2007 para inclusão de requerente no polo ativo do pedido de homologação ▪ RE nos EDcl na SEC: julgado prejudicado/ indeferido liminarmente/não admitido pelo STJ em 11/09/2013 ▪ ARE na SEC: STJ determinou subida para correto em 23/10/2013 ▪ ARE 789830 na SEC: negado seguimento pelo STJ em 03/03/2014 	18/03/2014 (carta de sentença encaminhada à Seção de Expedição para envio por 02/06/2008)	9,1

18.	SEC 966/GB (Ecom Agroindustrial Corp Ltda.)	Min. Francisco Falcão	04/04/2005 (SE n. 7528 proveniente do STF, atuada em 05/08/2002)	01/12/2008	Extinto sem j. do mérito (acordo)	Não aplicável	16/12/2008	6,5
19.	SEC 967/GB (Plexus Cotton Limited)	Min. José Delgado	04/04/2005 (SE n. 7748 proveniente do STF, atuada em 12/12/2002)	15/02/2006	Não homologada (inexistência de compro- misso arbitral; corrigido erro material em sede de EDcl)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: acolhidos parcialmente pelo STJ em 01/08/2006 para sanar erro material no acórdão ▪ EDcl nos EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 18/10/2006 	19/12/2006	4,1
20.	SEC 968/CH (Gottwald Port Technology GMBH)	Min. Felix Fischer	04/04/2005 (SE n. 8354 proveniente do STF, atuada em 01/12/2003)	30/06/2006	Extinto sem j. do mérito (ausência legit. ativa)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 23/11/2006 	21/02/2007	3,3
21.	SEC 978/GB (Indutech SPA)	Min. Hamilton Carvalho	07/04/2005	17/12/2008	Não homologada (cláusula compromis- sória não assinada)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 18/03/2009 ▪ RE nos EDcl na SEC: não admitido pelo STJ em 05/06/2009 	20/06/2009	4,3

22.	SEC 1210/GB (International Cotton Trading Limited ICT)	Min. Fernando Gonçalves	14/07/2005	20/06/2007	Homologada	RE na SEC: não admitido pelo STJ em 07/02/2008	04/03/2008	2,7
23.	SEC 1302/KR (Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda.)	Min. Paulo Galotti	18/08/2005 (SE n. 7141 proveniente do STF, atuada em 31/10/2001)	18/06/2008	Homologada	Não aplicável	23/10/2008	7,1
24.	SE 1305/FR (redistribuída com SEC, mas requerida retratou) (NahuelSAT S/A)	Min. Hamilton Carvalhido	18/08/2005 (SE n. 7595 proveniente do STF, atuada em 03/09/2002)	17/12/2007	Homologada	Não aplicável	12/02/2008	5,5
25.	SEC 1657/US (Forbes Inc / Forbes Global Inc)	Min. Aldir Passarinho Junior	01/02/2006	19/12/2007	Extinto com j. do mérito (acordo)	Não aplicável	11/02/2008	2,1
26.	SEC 2410/UY (Construções y Auxiliar de Ferrocarriles S/A / CAF Brasil Indústria e Comércio S/A)	Min. Francisco Falcão	01/12/2006	18/12/2013	Homologada parcialmente (cumulação de correção monetária e variação cambial ofende ordem pública)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 2 EDels na SEC: um rejeitado e outro acolhido sem efeitos infringentes pelo STJ para correção de erro material e explicitação dos fundamentos do acórdão em 21/05/2014 ▪ RE nos EDels na SEC: em relação a 3 pontos distintos, julgado prejudicado, indeferido liminarmente e não admitido pelo STJ em 28/08/2014 ▪ ARE no RE nos EDels na SEC: determinado encaminhamento dos autos ao STF em 10/10/2014 ▪ ARE 852199: negado seguimento em 19/12/2014 ▪ AgRg no ARE 852199: negado provimento em 24/02/2015 ▪ EDcl no AgRg no ARE 852199: rejeitados em 17/03/2015 	23/04/2015	8,5

27.	SEC 2716/US (Bayliner Marine Corporation)	Min. Humberto Martins	27/04/2007	30/11/2011	Extinto sem j. do mérito (acordo)	Não aplicável	06/01/2012	4,8
28.	SEC 3035/FR (Atecs Mamesmann GMBH)	Min. Fernando Gonçalves	30/08/2007	19/08/2009	Homologada	Não aplicável	16/09/2009	2,1
29.	SEC 3660/GB (Devcot S/A)	Min. Arnaldo Esteves Lima	20/05/2008	28/05/2009	Homologada	▪ EDcl na SEC: não conhecidos pelo STJ em 03/02/2010	25/03/2010	1,9
30.	SEC 3661/GB (Plexus Cotton Limited)	Min. Paulo Galotti	20/05/2008	28/05/2009	Homologada	▪ EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 30/06/2009	24/08/2009	1,3
31.	SEC 3709/US (Converse Inc)	Min. Teori Albino Zavascki	06/06/2008	14/06/2012	Homologada	Não aplicável	24/08/2012	4,3
32.	SE 3795/UY (Supriceel Logística Ltda.)	Min. Presidente do STJ	16/07/2008	20/05/2014	Homologada	Não aplicável	06/06/2014	6,0
33.	SEC 3891/GB (Weil Brothers Conitton Inc)	Min. Humberto Martins	19/08/2008	02/10/2013	Homologada	Não aplicável	07/11/2013	5,3

34.	SEC 3892/GB (Weil Brothers Cotton Inc)	Min. Humberto Martins	20/08/2008	19/11/2014	Homologada	Não aplicável	10/02/2015	6,6
35.	SEC 4024/GB (Keytrade AG)	Mfn. Nancy Andright	03/10/2008	07/08/2013	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 20/11/2013 ▪ RE nos EDcl na SEC: indeferido liminarmente/julgado prejudicado pelo STJ em 28/02/2014 ▪ AgRg no RE nos EDcl na SEC: negado provimento pelo STJ em 21/05/2014 	14/06/2014	6,5
36.	SEC 4213/GB (Weil Brothers Cotton Inc)	Min. João Otávio de Noronha	16/12/2008	19/06/2013	Homologada (corrigido erro material em sede de EDcl)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: acolhidos pelo STJ em 01/08/2013 para sanar erro material no acórdão 	02/09/2013	4,8
37.	SEC 4415/US (Jess Smith e Sons LLC)	Min. Aldir Passarinho Junior	20/03/2009	29/06/2010	Homologada	Não aplicável	10/09/2010	1,5
38.	SEC 4439/GB (Western Bulk Carriers)	Min. Teori Albino Zavacki	26/03/2009	24/11/2011	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: rejeitados pelo STJ em 16/05/2012 	25/06/2012	3,3
39.	SEC 4516/US (Allstate Insurance Company)	Min. Sídney Beneti	24/04/2009	16/10/2013	Homologada	Não aplicável	21/11/2013	4,6

<p>40. SEC 4837/BO (YPFB Andina S/A)</p> <p>M/9502.in. Eliana Calmon</p> <p>06/08/2009</p> <p>15/08/2012</p> <p>Homologada</p>	<p>▪ EDeI na SEC: rejeitados pelo STJ em 17/12/2012</p> <p>▪ RE nos EDeI na SEC: julgado prejudicado/não admitido pelo STJ em 17/05/2013</p> <p>▪ ARE na SEC: determinada subida para STF em 17/06/2013</p> <p>▪ ARE 761.279 na SEC: negado seguimento pelo STF em 01/08/2013</p> <p>▪ AgRg no ARE na SEC: negado provimento pelo STF em 27/08/2013</p>	<p>16/09/2013</p> <p>4,2</p>
<p>41. SE 4980/GB (Paramount Têxteis Indústria e Comercio Ltda.)</p> <p>Min. Presidente do STJ</p> <p>22/09/2009</p> <p>01/06/2011</p> <p>Homologada</p>	<p>Não aplicável</p>	<p>15/06/2011</p> <p>1,8</p>
<p>42. SEC 5692/US (Newedge USA LLC)</p> <p>Min. Benedito Gonçalves</p> <p>18/05/2010</p> <p>20/08/2014</p> <p>Homologada</p>	<p>▪ EDeI na SEC: juntados em 08/09/2014</p> <p>▪ Adiamento do julgamento em 05/11/2014</p> <p>▪ MC 17411 (para arresto dos bens do requerido): deferido parcialmente.</p> <p>▪ EdeI na MC 17411: acolhidos em 18/08/2014</p> <p>▪ AgRg na MC 17411: interposto pelo requerido, não provido em 20/08/2014</p> <p>▪ Adiamento do julgamento da MC em 05/11/2014</p> <p>▪ EDeI na SEC: rejeitados em 20/05/2015</p> <p>▪ EDeI nos EDeI na SEC: rejeitados em 16/09/2015</p>	<p>Em tramitação</p> <p>Indefinido</p>

43.	SEC 5828/IT (Emanuele Marchetti)	Min. João Otávio de Noronha	24/06/2010	19/06/2013	Homologada	▪ EDcl na SEC: 02/10/2013	rejeitados pelo STJ em 06/11/2013	3,4
44.	SEC 6335/US (LDCBSA)	Min. Felix Fischer	24/11/2010	21/03/2012	Homologada		Não aplicável	1,5
45.	SEC 6365/US (Mandate Holdings LLC)	Min. Eliana Calmon	01/12/2010	06/02/2013	Homologada	▪ EDcl na SEC: 17/04/2013	rejeitados pelo STJ em 11/06/2013	2,6
46.	SEC 6753/AU (Queensland Cotton Corporation Ltd)	Min. Maria Thereza de Assis Moura	04/04/2011	07/08/2013	Homologada		Não aplicável	2,5
47.	SEC 6760/GB (Queensland Cotton Corporation Ltd)	Min. Sidnei Beneti	05/04/2011	25/04/2013	Homologada		Não aplicável	2,2
48.	SEC 6761/GB (Oliam International Ltd)	Min. Nancy Andright	05/04/2011	02/10/2013	Homologada		Não aplicável	2,6

49.	SE 7591/US (Odd Lot Internacional LLC)	Min. Presidente do STJ	03/11/2011	10/04/2012	Homologada	Não aplicável	29/05/2012	0,6
50.	SE 7629/US (Modec Inc / Modec International Inc)	Min. Presidente do STJ	16/11/2011	16/11/2012	Homologada	Não aplicável	30/11/2012	1,1
51.	SEC 8242/HK (Huawei do Brasil Telecomunicações Lida)	Min. Maria Thereza de Assis Moura	20/04/2012	04/03/2015	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDel na SEC: rejeitados em 06/05/2015 ▪ EDel nos EDel na SEC: rejeitados em 01/07/2015 ▪ RE: juntado em 18/08/2015 	Em tramitação	Indefinido
52.	SEC 8847/FR (Paladin PM Holmes Brazil Investors LLC)	Min. João Otávio de Noronha	29/08/2012	20/11/2013	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDel na SEC: rejeitados pelo STJ em 29/01/2014 ▪ MC 20206/SP: deferida medida cautelar de protesto contra alienação de bens para garantir resultado útil da homologação em 01/02/2013. 	15/02/2014	1,5
53.	SEC 9502/RU (Russakaya Kozha – Companhia Acionária Fechada)	Min. Maria Thereza de Assis Moura	18/01/2013	01/07/2014	Homologada	Não aplicável	21/08/2014	1,5

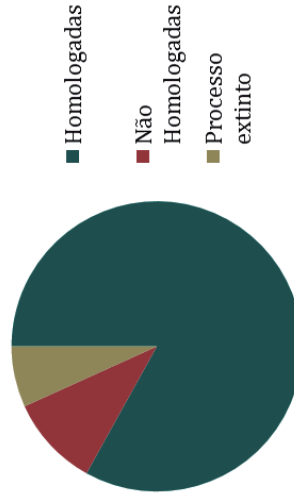
54.	SEC 9713/US (Transcafé S/A)	Min. João Otávio de Noronha	11/03/2013	30/06/2014	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDel na SEC: negado provimento em 04/03/2015 ▪ RE nos EDel na SEC: prejudicado quanto à alegação de violação do art. 93, IX da CF e indeferido liminarmente quanto à alegação de violação do art. 5º da CF por inexistência de repercussão geral em 29/04/2015 ▪ ARE no RE nos EDel na SEC: remissão dos autos para o STF em 18/05/2015 ▪ ARE 894465: conclusos ao relator em 10/06/2015 	Em tramitação	Indefinido	
55.	SEC 9714/US (Tristao Trading (Panama) S.A.)	Min. Maria Thereza de Assis Moura	11/03/2013	21/05/2014	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDel na SEC: um embargo rejeitado e outro não conhecido pelo STJ em 01/07/2014 ▪ RE nos EDel na SEC: não admitido em 29/09/2014 ▪ AgRg no RE nos EDel na SEC: não conhecido em 20/10/2014 ▪ ARE 862170: negado provimento por intempestividade em 11/02/2015 ▪ EDel no ARE: desprovidos em 26/06/2015 	17/08/2015 (arquivado definitivamente)	2,5	
56.	SEC 9880/US (CIMC Raffles Offshore Limited / Yantai CIMC Raffles Offshore Limited)	Min. Maria Thereza de Assis Moura	11/04/2013	21/05/2014	Homologada		Não aplicável	12/06/2014	1,2
57.	SEC 10643/JP (Caso Computer Co., Ltd)	Min. Humberto Martins	05/09/2013	19/11/2014	Homologada		Não aplicável	10/02/2015	1,5
58.	SEC 10658/SE (Helsingborgs IF)	Min. Humberto Martins	09/09/2013	01/10/2014	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDel na SEC: conclusos para julgamento em 06/11/2014 	Em tramitação	Indefinido	

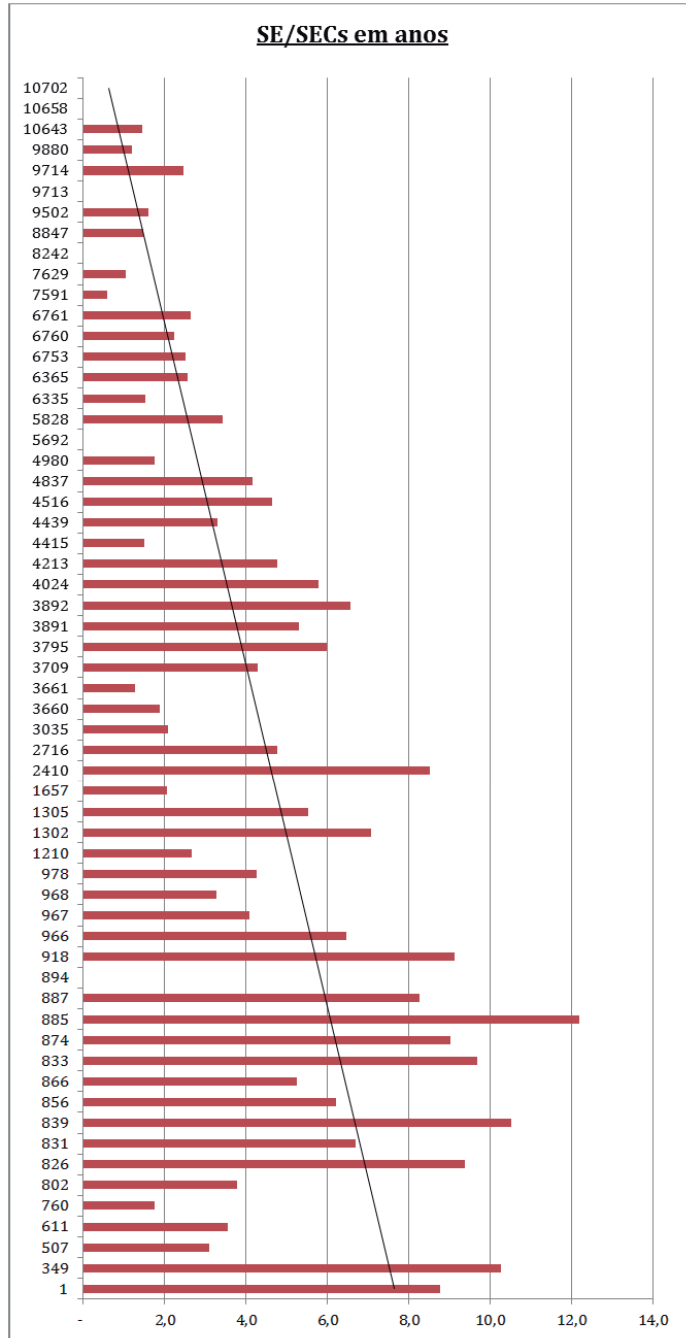
SEC 10702/ CH (Asia Steel e Metals Limited)	Min. Laurita Vaz	18/09/2013	04/03/2015	Homologada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ EDcl na SEC: rejeitados em 06/05/2015 ▪ RE nos EDcl na SEC: prejudicado quanto à alegação de violação do art. 93, IX da CF e indeferido liminarmente quanto à alegação de violação do art. 5º da CF por inexistência de repercussão geral em 06/08/2015. ▪ Agravo regimental: protocolado em 17/08/2015. 	Em tramitação	Indefinido
---	---------------------	------------	------------	------------	--	---------------	------------

Relatório	
Total de casos:	59
Duração média: *desconsiderando processos em tramitação	4,6 anos

* última atualização: 22/09/2015
 ** caracteres de pesquisa em acórdãos e decisões monocráticas: arbitral | homologação (67 acórdãos/142 decisões monocráticas)
 *** parâmetros de seleção: arbitragens de cunho comercial | processos já com decisão/acórdão proferido a respeito do pedido de homologação
 **** parâmetros para apuração da duração: data de autuação | data do trânsito em julgado

Panorama dos pedidos de homologação:







CAPÍTULO V

LA CONTRIBUCIÓN DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DE LA OEA AL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SUS 110 AÑOS DE EXISTENCIA

Fabián Novak¹

1. Introducción

Es un verdadero honor poder participar de las celebraciones por los 100 años del Boletín de la Sociedad Brasileira de Derecho Internacional, teniendo en cuenta los aportes que esta publicación ha brindado para el enriquecimiento de la reflexión y el análisis en nuestra región de los más importantes temas que componen esta disciplina.

En tal sentido, el artículo que a continuación presentamos, pretende abordar la contribución que otra institución centenaria ha efectuado en favor del desarrollo del Derecho Internacional, en la que han participado notables juristas brasileños y que además tiene su sede oficial en Río de Janeiro, Brasil; me refiero al Comité Jurídico Interamericano de la OEA que el próximo año cumple 110 años de existencia.

2. Antecedentes

El antecedente más remoto del Comité Jurídico Interamericano (CJI) se remonta al 23 de agosto de 1906, cuando a propósito de la Tercera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Río de Janeiro, se crea la *Junta Internacional de Jurisconsultos*, con el propósito de fortalecer el espíritu de paz en la región, contribuir a la organización de la sociedad internacional y al desarrollo y consolidación del Derecho Internacional. Esta Junta —que es anterior a la Comisión de Derecho

1. Abogado, Master en Derecho Internacional Económico y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la especialidad de Derecho Internacional Público. Director del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la PUCP. Fue también Viceministro de Políticas para la Defensa del Ministerio de Defensa del Perú (2006-2008). Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Asociado del Institut de Droit International.

Internacional de las Naciones Unidas e incluso al Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Sociedad de Naciones que se creó en 1924— se instaló formalmente el 26 de junio de 1912 en Río de Janeiro y suspendió sus trabajos, poco tiempo después, en 1914, por el estallido de la Primera Guerra Mundial.²

Posteriormente, la Quinta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Santiago de Chile del 25 de marzo al 3 de mayo de 1923, reorganizaría este órgano bajo el nombre de *Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro*, cuya sesión más fecunda tuvo lugar entre el 18 de abril y el 20 de mayo de 1927, cuando se elaboraron y aprobaron dos grandes proyectos de código: uno de derecho internacional público, dirigido fundamentalmente por el jurista brasileño Epitácio Pessoa y otro de derecho internacional privado cuyo relator fue el también profesor brasileño Lafayette Pereira. De estos dos importantes proyectos surgirán posteriormente los Tratados de La Habana de 1928. Asimismo, en esta histórica sesión, se aprobaron doce instrumentos de derecho internacional público y privado, entre ellos, el denominado Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, en honor al gran jurista cubano que condujo su elaboración. Los otros once instrumentos versaban sobre materias como asilo, neutralidad, extradición, condición jurídica de los extranjeros, guerras civiles, etc.³ Luego, en su sesión de Montevideo de 1933, esta Comisión aprobó por unanimidad el proyecto de Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, donde consagró el principio de no intervención y el de igualdad jurídica de los Estados.⁴

Más tarde, del 23 de setiembre al 3 de octubre de 1939, se celebra en la ciudad de Panamá la Primera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los países americanos, a cuyo término se emitió la Resolución VI por la cual se decidió la creación del *Comité*

2. REBAGLIATI R., Orlando. “El Comité Jurídico Interamericano cien años después”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *El Comité Jurídico Interamericano. Un siglo de aportes al Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2006, p. 338.

3. RIBEIRO, Renato. “A contribuição da Comissão Jurídica Interamericana ao Desenvolvimento e à Codificação do Direito Internacional”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XVI Curso de Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 1989, pp. 150 y 155-156.

4. *Ibid.*, p. 156.

Interamericano de Neutralidad, que remplazaría a la Comisión de Jurisconsultos y estaría integrado por siete juristas del continente americano, sesionando por primera vez en 1940. La sustitución se produciría por la necesidad de contar con un órgano que apoyara a los países americanos frente al inicio de la Segunda Guerra Mundial. Concretamente, este Comité debía analizar el mantenimiento de una política conjunta de neutralidad frente a la guerra, recomendar medidas para proteger al continente americano e indicar acciones de cooperación económica para efectos de proteger a las repúblicas americanas de los impactos negativos de la guerra en la economía internacional.⁵ No obstante, como consecuencia del bombardeo del Japón a Pearl Harbor y la intervención de los Estados Unidos en la guerra, se rompió la neutralidad de la región frente a este conflicto, por lo cual se dieron por concluidas las labores de este órgano y, en 1942, durante la Tercera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada del 15 al 28 de enero de ese mismo año, en Río de Janeiro, se dictó la Resolución XXVI por la cual este Comité fue remplazado por el *Comité Jurídico Interamericano*, con funciones de mayor importancia, y cuyos miembros no representaban a ningún gobierno sino al conjunto de la organización.⁶

Años más tarde, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, con ocasión de la IX Conferencia Internacional Americana se aprobó la Carta de Bogotá, tratado constitutivo de la Organización de Estados Americanos (OEA), que creó el *Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, compuesto por delegados de los gobiernos. Este consejo contaría con una comisión permanente que sería el Comité Jurídico Interamericano antes citado y que estaba integrado por nueve juristas de los países miembros.

Por último, el 27 de febrero de 1967 se celebraría en Buenos Aires la III Conferencia Interamericana Extraordinaria, que aprobó el Protocolo

5. CALLEJAS BONILLA, Policarpo. “La obra del Comité Jurídico Interamericano en el desarrollo y codificación del Derecho Internacional”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XI Curso de Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 1985, pp. 267-268.

6. APARICIO, Jaime. “El Comité Jurídico Interamericano y los nuevos desafíos del derecho interamericano”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XXXVI Curso de Derecho Internacional* (2009). Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2010, p. 352.

de Reformas a la Carta de la OEA, el mismo que eliminó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y lo remplaza por el Comité Jurídico Interamericano, que a partir de ese momento sería además el órgano principal de la organización en materia jurídica internacional. Este órgano tendría como sede la ciudad de Río de Janeiro, dado el aporte del Brasil en la creación de los distintos órganos que dieron lugar a este comité.⁷

3. Composición y competencias

El Comité Jurídico Interamericano está integrado por once reputados juristas nacionales de los países miembros de la OEA, los cuales son elegidos para un período de cuatro años, en base a ternas presentadas por los Estados. La Asamblea General hace la elección mediante un régimen que tenga en cuenta la renovación parcial y, procure en lo posible, una equitativa representación geográfica.

En cuanto a sus competencias y/o atribuciones, estas se encuentran reguladas por tres instrumentos jurídicos de naturaleza diversa: la Carta de la OEA, el Estatuto y el Reglamento del Comité.

Las disposiciones relativas a las competencias del Comité contenidas en estos tres instrumentos, tienen por tanto una jerarquía normativa diferente, en tanto el primero es un tratado internacional de carácter fundacional, el segundo está contenido en sucesivas resoluciones aprobadas por la Asamblea General de la OEA,⁸ mientras que el tercero fue adoptado y sucesivamente modificado por resoluciones del propio Comité.⁹

7. *Idem.*

8. El Estatuto fue aprobado por Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES. 89 (II-0/72) en su segundo período ordinario de sesiones, celebrado en Washington D.C., del 11 al 21 de abril de 1972. El Estatuto fue posteriormente modificado por la Resolución AG/RES. 885 (XVII-0/87) aprobada en el décimo séptimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrada en Washington D.C., en noviembre de 1987, y por la Resolución AG/RES. 2282 (XXXVII-0/07) aprobada en el trigésimo séptimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrada en Panamá, en junio de 2007.

9. El Comité aprobó su primer Reglamento el 15 de agosto de 1949. Posteriormente, aprobó un nuevo Reglamento en el período ordinario de sesiones celebrado del 25 de julio al 23 de agosto de 1972, habiendo sido enmendado en los períodos ordinarios de sesiones de enero-febrero de 1976, agosto de 1986, enero-febrero de 1987 y julio-agosto de 1991.

De una lectura integral, conjunta y sistemática de los tres instrumentos antes mencionados,¹⁰ es posible concluir que el Comité Jurídico Interamericano de la OEA tiene cinco competencias o atribuciones principales:¹¹

- a. Absolver consultas (esto es, brindar asesoría) sobre asuntos jurídicos de carácter internacional que le sean requeridas por los órganos de la OEA (competencia consagrada en el artículo 99 de la Carta, en el artículo 12 literal a) del Estatuto y en el artículo 5 literal a) del Reglamento).
- b. Realizar estudios y trabajos preparatorios sobre asuntos jurídicos de carácter internacional encomendados por la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los Consejos de la Organización (competencia consagrada en el artículo 100 de la Carta, en el artículo 12 literal b) del Estatuto y en el artículo 5 literal b) del Reglamento).
- c. Realizar, por iniciativa propia, los estudios y trabajos preparatorios que considere convenientes (competencia consagrada en el artículo 100 de la Carta, en el artículo 12 literal c) del Estatuto y en el artículo 6 literal a) del Reglamento).¹²

10. En este punto, resulta fundamental la aplicación del Principio de interpretación de los tratados denominado *Del Contexto* según el cual, se debe analizar “el conjunto del tratado o instrumento internacional en cuestión, cada una de sus partes y todas ellas relacionadas entre sí. El contexto del tratado puede también desprenderse de otros instrumentos diferentes al tratado mismo, como podrían ser las Resoluciones dictadas” sobre dicho texto. Al respecto, véase DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo De Palma, 1997, p. 211; YASSEEN, Mustafá. “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”. En: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1976, volumen III, tomo 151, pp. 1-114; NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y Fuentes*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 209.

11. NOVAK, Fabián. *Fortalecimiento de la Competencia Consultiva del Comité Jurídico Interamericano*. Informe presentado en el 75 Período Ordinario de Sesiones, Río de Janeiro, Brasil, 3-14 de agosto de 2009, pp. 1-3.

12. Nótese en este caso, que si bien el Reglamento no incorpora esta competencia en su artículo 5 y, por tanto, no la califica como “atribución principal”, sí la establece en su artículo 6, que al igual que el artículo 5, está contenido en el título III denominado “Atribuciones”.

- d. Sugerir la celebración de conferencias y reuniones especializadas sobre temas jurídicos de carácter internacional (competencia consagrada en el artículo 100 de la Carta, en el artículo 12 literal d) del Estatuto y en el artículo 6 literal b) del Reglamento).¹³
- e. Establecer relaciones de cooperación con entidades nacionales e internacionales dedicadas al desarrollo o codificación del Derecho Internacional o al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de asuntos jurídicos de interés internacional (competencia consagrada en el artículo 103 de la Carta, en el artículo 12 literal e) del Estatuto y en el artículo 7 del Reglamento).¹⁴

Adicionalmente, la Carta de la OEA y el Reglamento del Comité Jurídico Interamericano hacen mención a otras dos competencias, las mismas que no están presentes en el capítulo “Atribuciones” del Estatuto. Sin embargo, este último instrumento hace referencia a ellas, cuando en su artículo 3 alude a las “finalidades” del Comité e indirectamente en el artículo 33 (Secretaría) señala el procedimiento para tramitar las opiniones del Comité al interior de la Organización. Estas competencias adicionales son:

- f. Elaborar proyectos de tratados o formular dictámenes sobre asuntos de interés regional, que se refieran al desarrollo progresivo del Derecho Internacional y a su codificación (competencia consagrada en el artículo 99 de la Carta y en el artículo 5 literal d) del Reglamento).¹⁵

13. En relación a esta competencia, sólo el Estatuto precisa que la sugerencia puede ser hecha a la Asamblea General o a los Consejos de la OEA, lo cual traduce el consenso que tuvo el Grupo de Trabajo correspondiente, según lo refiere el Relator de la Subcomisión I de la Comisión Especial de Panamá. Véase COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Proyecto de Estatuto del Comité Jurídico Interamericano*. Río de Janeiro, 26 de marzo de 1971, p. 275.

14. Este es el caso por ejemplo de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, UNITAR (Instituto de Formación Profesional e Investigación de las Naciones Unidas), UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), IDI (Institut de Droit International), entre otros.

15. De acuerdo al artículo 3 literal b) del Reglamento, esta competencia puede ser ejercida por iniciativa propia o a instancia de los órganos mencionados en el artículo 100 de la Carta de la OEA.

- g. Estudiar los problemas jurídicos referidos a la integración de los Estados Miembros y a la posibilidad de uniformar sus legislaciones en lo que fuera conveniente (competencia consagrada en el artículo 99 de la Carta y en el artículo 5 literal e) del Reglamento).¹⁶

4. Miembros Destacados

En sus más de cien años de existencia, el Comité Jurídico Interamericano ha contado entre sus miembros con juristas y diplomáticos muy destacados de diversas nacionalidades que no solo aportaron de manera notable a los trabajos de este órgano interamericano sino también al desarrollo en general del derecho internacional en la región.

Sin ánimo de establecer una lista cerrada o exhaustiva y sólo a manera de ejemplo podríamos recordar los siguientes nombres: en el caso de Argentina, Luis Podestá Costa (profesor y autor de diversos libros de Derecho Internacional y ex canciller de su país). Por Brasil, Eptácio Pessoa (ex Presidente del Brasil), Afrânio de Mello Franco (ex Ministro de Relaciones Exteriores), Haroldo Valladão (Profesor Emérito de Derecho Internacional Privado) y João Clemente Baena Sôares (ex Secretario General de la OEA). Por Chile, Edmundo Vargas Carreño (jurista, diplomático y tratadista) y Eduardo Vío Grossi (profesor y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Por Colombia, José Joaquín Caicedo Castilla (eminente internacionalista y diplomático). En el caso de Cuba, Francisco García Amador (profesor y eminente jurista). Por El Salvador, Reinaldo Galindo Pohl (diplomático, ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y árbitro internacional). Por Estados Unidos de América, Charles Fenwick (tratadista e internacionalista reputado). Por Guatemala Francisco Villagrán-Kramer (prolífico tratadista y ex vicepresidente de su país). Por México, Antonio Gómez Robledo (diplomático y eminente tratadista) y Alfonso García Robles (diplomático y premio nobel de la Paz). En el caso de Nicaragua, tenemos a Alejandro Montiel Arguello (ex ministro de relaciones exteriores, ex juez de la Corte Suprema y tratadista); mientras que en el caso del

16. De acuerdo al artículo 3 literal c) del Reglamento, esta competencia puede ser ejercida por iniciativa propia o a instancia de los órganos mencionados en el artículo 100 de la Carta de la OEA.

Perú, se puede recordar las figuras de Luis Marchand Stens (ex Ministro de Relaciones Exteriores), y Roberto Maclean Ugarteche (profesor y tratadista de derecho internacional privado); entre muchos otros.¹⁷

5. Aportes al Derecho Internacional

Con el propósito de reseñar algunos de los principales aportes efectuados por el Comité Jurídico Interamericano en sus casi 110 años de existencia, dividiremos estos en tres grupos:

5.1. Proyectos de Convención, Guías de Principios, Leyes Modelo e Informes

Al respecto, conviene abordar este acápite en función de las siguientes materias:

a. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el campo de los Derechos Humanos la labor del Comité Jurídico Interamericano ha sido muy prolífica y trascendente.

Así, en julio de 1945 aprobó el Anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo Proyecto final se culminó y aprobó el 8 diciembre de 1947, el mismo que devino en la histórica Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, primer instrumento interamericano de protección de los derechos humanos, incluso anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Posteriormente, en octubre de 1947 el Comité Jurídico Interamericano trabajó la elaboración de un documento destinado a la consagración de derechos humanos de carácter económico, social y cultural en la región, anticipándose de manera notable a los trabajos que luego emprendería las Naciones Unidas, y que dieron lugar al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1977; al respecto, la labor del Comité culminó el 8 de diciembre de aquel año, aprobando la denominada Carta Interamericana de Garantías Sociales.

17. RIBEIRO, Renato. *Ob. cit.*, pp. 165-167.

Asimismo, los temas de apatridia, asilo y refugio han estado permanentemente en la agenda de trabajo del Comité, dando lugar a numerosos informes y proyectos de tratados. En este sentido tenemos por ejemplo el Proyecto de Convención sobre Nacionalidad y Condición de Apátridas de julio de 1952, el Proyecto de Convención sobre Régimen de Asilados, Exiliados y Refugiados Políticos así como el Proyecto de Convención sobre Asilo Diplomático de setiembre del mismo año, el Proyecto de Convención sobre Refugiados de abril de 1966, entre otros. Es particularmente destacable el ya citado proyecto de convención sobre asilo diplomático que daría lugar a la Convención de Caracas de 1954, aprobada en la Décima Conferencia Internacional Americana y que consagraría las disposiciones más avanzadas en la materia, tales como: la obligatoriedad de la calificación unilateral del asilado por parte del Estado asilante, la obligatoriedad del otorgamiento del salvoconducto como consecuencia de la calificación, la definición de urgencia así como las conexiones de esta institución con la figura de la extradición. Adicionalmente, esta convención también tuvo el mérito de ampliar el antiguo concepto de delincuentes políticos al de “personas perseguidas por motivos o delitos políticos”, y precisar que en caso de ruptura de relaciones diplomáticas entre el Estado asilante y el territorial, el agente diplomático saldrá del Estado territorial con el asilado y, si no pudiera, este último deberá ser entregado a la representación de un tercer Estado.¹⁸

De otro lado, se debe resaltar que el Comité desde muy temprano avizó la creación de un tribunal de derechos humanos regional para la defensa de las libertades y derechos fundamentales de su población. Incluso, la IX Conferencia Internacional Americana le encomendó la elaboración de un Estatuto de una corte interamericana para proteger los derechos del hombre. Sin embargo, en su informe de setiembre de 1949, el Comité Jurídico Interamericano consideró que la falta de derechos sustantivos sobre la materia constituía un gran obstáculo para la elaboración del referido estatuto, razón por la cual recomendó la elaboración previa de una convención americana de derechos humanos.

18. CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. “La obra del Comité Jurídico Interamericano”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *II Curso de Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 1979, pp. 18-19 y 24.

El proyecto de esta convención fue sometido a consideración de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro en 1965, la cual decidió convocar a una Conferencia Especializada Interamericana, que se celebró en San José de Costa Rica y que adoptó el 22 de noviembre de 1969, la actual Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.¹⁹

Más recientemente, ante el proceso de reflexión sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos planteado por la Asamblea General en el 2011, el Comité Jurídico Interamericano a petición de esta, elaboró el documento CJI/doc.400/12 rev.3 “Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos”, el cual fue aprobado en su 80 período ordinario de sesiones celebrado en México, D.F., en marzo de 2012, mediante la resolución CJI/RES.192 (LXXX-O/12), siendo enviado al Consejo Permanente y posteriormente a la Asamblea General. Este documento contiene un conjunto de recomendaciones destinadas al fortalecimiento de los órganos del sistema, las mismas que fueron recogidas favorablemente por diversos órganos del sistema y especialmente por el Secretario General de la OEA, en el informe final que elaboró al respecto.

Por último, se debe también destacar que en la misma sesión de marzo de 2012, el Comité aprobó la Guía de Principios sobre la Diversidad Cultural en el Desarrollo del Derecho Internacional, desarrollada en 14 puntos, donde establece que el reconocimiento de la diversidad cultural a nivel constitucional y legal debe ir acompañado de prácticas interculturales signadas por la equidad, el equilibrio, el respeto y la tolerancia, siendo la aplicación efectiva de la diversidad cultural una herramienta adecuada para el fortalecimiento de la democracia y sus elementos esenciales.

b. Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional

Desde muy temprano, el Comité Jurídico Interamericano mostró preocupación por diversos temas vinculados al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Penal Internacional. En este sentido, elaboró

19. HERDOCIA SACASA, Mauricio. “Prólogo”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *El Comité Jurídico Interamericano. Un siglo de aportes al Derecho Internacional*. Río de Janeiro: Secretaría General de la OEA, 2006, pp. XV y XVI.

por ejemplo el Proyecto de Convención sobre Extradición (diciembre de 1954), el Proyecto de Convención sobre Terrorismo y Secuestro de Personas con fines de Extorsión (setiembre de 1970), un nuevo Proyecto de Convención Interamericana sobre Extradición (febrero de 1977) y el Proyecto de Convención que define la Tortura como Crimen Internacional (febrero de 1980).

Posteriormente, luego de la creación de la Corte Penal Internacional en 1998, el Comité Jurídico Interamericano se ha abocado en diversas oportunidades a realizar estudios y proyectos de guías y leyes modelo con el propósito de fortalecer los trabajos y la eficacia de dicho tribunal.

En este sentido, el Comité ha elaborado una Guía de Principios Generales y Pautas en Materia de Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional (2011) así como un Informe²⁰ y una Ley Modelo para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (2013).²¹

c. Derecho Internacional Privado

Una de las áreas donde el Comité Jurídico Interamericano ha realizado aportes sustantivos es la del Derecho Internacional Privado.

Así, en primer lugar, tenemos el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante elaborado por el profesor cubano Antonio Sánchez de Bustamante y aprobado el 18 de abril de 1927 por la Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro, el cual estuvo basado en el Tratado de Lima de 1878, los Tratados de Montevideo de 1889-1890, en los proyectos preparados por la Quinta y Sexta Comisión y en el Proyecto de Código elaborado por el jurista brasileño Lafayette Rodríguez Pereira. Este Código consta de 437 artículos y representa el

20. VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. “Los aportes del Comité Jurídico Interamericano de la OEA en la promoción de la Corte Penal Internacional y en el Derecho Internacional Humanitario”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XXXIX Curso de Derecho Internacional* (2011). Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2012, pp. 238 y 249.

21. AG/RES.2795 (XLIH-O/13) “Promoción y Respeto del Derecho Internacional Humanitario”, EN: Actas y Documentos del cuadragésimo tercer período ordinario de sesiones, la Antigua, Guatemala, del 4 al 6 de junio de 2013, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.P/XLIH-O.2, 3 de octubre de 2013, pp. 159-164

más importante esfuerzo integrador de codificar las principales normas del Derecho Internacional Privado en América. Este cuerpo normativo fue aprobado en la Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada el 28 de febrero de 1928 en La Habana, Cuba, siendo suscrito por veinte Estados.²²

Asimismo, el Comité Jurídico Interamericano impulsó la celebración de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (las denominadas CIDIP), a efectos de codificar los principales temas de esta área del derecho en las Américas. Para ello el Comité elaboró informes y proyectos de convenciones para ser discutidos en dichas reuniones, muchas de las cuales serían finalmente adoptadas por los Estados participantes.

Esto ocurrió por ejemplo, en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada en Panamá, en 1975, y que aprobó seis convenciones, basada en los proyectos elaborados por el Comité entre el 26 de julio y el 27 de agosto de 1973. Estas convenciones fueron: a) Convención Interamericana sobre Exhorto o Cartas Rogatorias; b) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; c) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; d) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; e) Convención Interamericana sobre Régimen Legal de los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero; y f) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.²³

Una situación similar ocurrió en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo, Uruguay, del 23 de abril al 8 de mayo de 1979, y donde se aprobaron ocho convenciones en base a los proyectos preparados por el Comité Jurídico Interamericano. Estas Convenciones fueron: a) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; b) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles; c) Convención Interamericana

22. VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. "La contribución de América al Derecho Internacional Privado", en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Comité Jurídico Interamericano. Un siglo de aportes al Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2006, p. 421.

23. *Ibid.*, p. 425.

sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; d) Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; e) Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero; f) Convención Interamericana sobre el Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado; g) Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y h) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre exhorto y cartas rogatorias.²⁴

Posteriormente, se celebraría la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en 1984 en La Paz, Bolivia, y que aprobó cuatro convenciones: a) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; b) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado; c) Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras; y d) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Mas tarde, la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, se llevaría a cabo nuevamente en Montevideo, Uruguay en 1989, la misma que aprobó tres convenciones: a) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; b) Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias y c) Convención Interamericana sobre el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera.²⁵

La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, se realizó en México en 1994 y aprobó dos convenciones: a) La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y, b) La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Por su parte, la Sexta Conferencia, que se desarrolló en Washington DC en el 2002, aprobó los siguientes instrumentos, nuevamente sobre la base de los documentos y el informe preparado por el Comité Jurídico Interamericano para tal efecto:²⁶ a) Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias;

24. *Ibid.*, p. 426.

25. *Ibid.*, p. 427.

26. Véase CJI/doc. 64/01 así como CIDIP-VI/doc. 10/02.

b) Carta de Porte Directa Uniforme Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera; y c) Carta de Porte Directa Uniforme No-Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carreteras.²⁷

Como se puede apreciar, la labor de codificación y unificación del Derecho Internacional Privado en la región ha sido una tarea emprendida e impulsada con éxito por el Comité Jurídico Interamericano, logrando uniformar los sistemas del *civil law* y del *common law*.²⁸

d. Derecho Internacional Público

El Comité Jurídico Interamericano ha sido también pionero en la afirmación continental de importantes principios del Derecho Internacional Público; este fue el caso del Proyecto de Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados adoptado en 1933, a partir de los trabajos elaborados por el Comité desde 1928 y que permitió la consagración del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados así como del principio de igualdad jurídica de los Estados, independientemente de su situación particular.

A lo anterior debemos añadir otros trabajos del Comité Jurídico Interamericano como el Proyecto sobre Reconocimiento de Gobiernos de Facto (setiembre de 1949), el Informe sobre los Efectos Jurídicos de las Reservas en los Tratados Multilaterales (diciembre de 1954); el Informe sobre Inmunities de los Navíos de Estado (agosto de 1956), los Informes sobre Responsabilidad Internacional de los Estados (setiembre de 1958 y agosto de 1961), el Informe sobre Sujetos de Derecho Internacional (setiembre de 1962), el Informe sobre Uso Industrial y Agrícola de los Ríos y Lagos Internacionales (setiembre de 1965) o el Proyecto de Convención Interamericana sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados (febrero de 1983).²⁹ Actualmente, el Comité se encuentra analizando dos temas, el de la inmunidad jurisdiccional de

27. VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. *Ob. Cit.*, 2006, pp. 428-429.

28. ORTÍZ MARTÍN, Gonzalo. "Los trabajos del Comité Jurídico Interamericano y la CIDIP-II", en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *VIII Curso de Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 1981, p. 349.

29. RIBEIRO, Renato. *Ob. cit.*, pp. 161-165.

los Estados y la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales, los cuales darán lugar posiblemente a una guía de principios sobre la materia.

e. Derecho Internacional del Mar

Varios de los principios del denominado nuevo Derecho del Mar se gestaron en el seno del Comité Jurídico Interamericano. Así, en julio de 1952, el Comité elaboró el Proyecto de Convención sobre Mar Territorial y cuestiones afines, en el cual se haría referencia a una “zona de protección, control y aprovechamiento económico” hasta una distancia de 200 millas marinas (artículo 2), lo que sería el antecedente más remoto de la zona económica exclusiva consagrada treinta años después, en la Convención del Mar de 1982. Asimismo, este proyecto de convención establecía la soberanía exclusiva del Estado ribereño sobre el suelo, subsuelo y aguas de la plataforma continental (artículo 1).³⁰

Posteriormente, el 21 de julio de 1965 el Comité emite su dictamen sobre la Extensión del Mar Territorial, compuesto de una introducción y una declaración con un proyecto de convención, en el cual afirma que la anchura de este espacio llega hasta un máximo de 12 millas marítimas (artículo 1). De igual forma declara que este espacio no prejuzgaba respecto de la extensión de aquella parte de la alta mar, más allá de la milla 12, en la que el Estado ribereño tiene un interés especial para el mantenimiento de la productividad de los recursos vivos del mar y un derecho preferente para su aprovechamiento (artículo 3).³¹ Vemos nuevamente como el Comité reafirma en este proyecto de convención las dos zonas marítimas que luego serían incorporadas en la Convención del Mar de 1982 y, asimismo, como define la extensión del mar territorial. Sobre esto último y la importancia de este dictamen, señala García Robles:

[...] constituye el primer caso en que un órgano interestatal haya llegado a tomar una decisión unánime sobre la anchura del mar territorial, empresa en la que, como es sabido, fracasaron tanto la

30. RICALDONI, Américo Pablo. “El Comité Jurídico Interamericano y el Derecho del Mar”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *VII Curso de Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 1980, p. 134.

31. *Ibid.*, p. 139.

Conferencia de La Haya, convocada por la Sociedad de las Naciones en 1930, como la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y las dos Conferencias reunidas en Ginebra en 1958 y 1960, respectivamente, bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas.³²

Finalmente, los dos espacios ya señalados, serían posteriormente reafirmados por el Comité Jurídico en sus Resoluciones sobre Derecho del Mar de 18 de agosto de 1972 y 9 de febrero de 1973, que basadas en el informe titulado “Mar Territorial y Mar Patrimonial: Bases para una Posición Latinoamericana sobre el Derecho del Mar” (aprobado en marzo de 1971), postulaba un mar territorial de 12 millas y un “mar patrimonial” hasta la milla 200 (en el cual el Estado Ribereño debía tener el derecho exclusivo de explorar, conservar y explotar los recursos naturales del mar, del suelo y subsuelo y, donde se consagraria el derecho de libre navegación y sobrevuelo así como el tendido de cables submarinos en favor de terceros Estados). Estos informes recomendaban además que esta posición debía ser asumida por todos los países latinoamericanos en la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar que se llevaría a cabo pocos meses después, específicamente en diciembre de 1973, por iniciativa de las Naciones Unidas.³³ Sobre el aporte del Comité Jurídico Interamericano a la formación del nuevo derecho del mar y a la distinción de estas dos zonas marítimas, concluye el jurista Galindo Pohl:

Ha de reconocerse que el Comité Jurídico Interamericano produjo una declaración que ha obtenido el apoyo de territorialistas, patrimonialistas y sostenedores de la zona económica, y de los latinoamericanos y del miembro norteamericano del Comité. La alternativa que el Comité enfrentó durante el tiempo que consagró a este estudio, fue la de su fracaso en la obtención de los votos de la

32. GARCÍA ROBLES, Alfonso. *Anchura del Mar Territorial*. México: El Colegio de México, 1966, p. 8.

33. VARGAS CARREÑO, Edmundo. “La contribución del Comité Jurídico Interamericano a la creación del mar patrimonial o zona económica exclusiva”, COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Comité Jurídico Interamericano. Un siglo de aportes al Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2006, pp. 406-407.

mayoría para cualquier texto que, fuera del espíritu de compromiso, hubiese recogido por entero alguna de las posiciones en presencia. El aporte propiamente latinoamericano al nuevo régimen de los mares consiste en la configuración de la zona de interés primordialmente económico para el Estado costero, intermedia entre el mar territorial tradicional y la alta mar. Su preservación está enteramente garantizada con el acuerdo obtenido por el Comité. Han quedado incólumes las reivindicaciones marítimas latinoamericanas. Es más, esas reivindicaciones han salido fortalecidas, en cuanto han sido identificados sus elementos comunes y las divergencias se han mostrado más débiles que la necesidad de una política común en vísperas de la Tercera Conferencia del Mar.³⁴

f. Solución Pacífica de Controversias

Tempranamente, en 1929, la entonces Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro elaboró un proyecto de acuerdo sobre solución pacífica de controversias, denominado Pacto Gondra, en el cual ya se expresaba de manera genérica, la obligación de los Estados americanos de solucionar pacíficamente sus diferencias, sin recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza.

Posteriormente, en 1945, la XXXIX Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en México, recomendó que el Comité Jurídico Interamericano preparara un proyecto de sistema interamericano de paz, tarea que fue cumplida y luego entregada a los gobiernos para recabar sus observaciones. A partir de estas últimas el Comité redactó un proyecto definitivo (Proyecto sobre el Sistema Interamericano de Paz, noviembre de 1947), que fue sometido a la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá. Este proyecto daría lugar al Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, mas conocido como Pacto de Bogotá de 1948.³⁵

Este tratado establece un conjunto de mecanismos de solución de controversias de naturaleza política-diplomática y jurídica; concretamente

34. OEA. *Recomendaciones e informes del Comité Jurídico Interamericano*, volumen X, 1967-1973, 1978, p. 583.

35. HERDOCIA SACASA, Mauricio. *Ob. Cit.*, 2006, p. XIV.

la negociación, mediación, conciliación, buenos oficios, así como la solución arbitral y judicial, en este último caso, el sometimiento de los Estados Partes a la Corte Internacional de Justicia de La Haya.³⁶ Este tratado ha sido especialmente útil para los países americanos en los últimos años, pues han recurrido a él en diversas ocasiones y en especial al tribunal de La Haya (Nicaragua-Honduras, Nicaragua-Colombia, Costa Rica-Nicaragua, Perú-Chile, Bolivia-Chile, Argentina-Uruguay, etc), para resolver disputas territoriales, sin recurrir a la fuerza y apelando mas bien al derecho internacional para darles solución.

g. Derecho Corporativo y Derecho del Comercio Internacional

El interés del Comité Jurídico Interamericano por los temas vinculados al comercio internacional estuvo presente desde los primeros años de su funcionamiento. Así tenemos los diversos informes preparados sobre las empresas transnacionales y la actuación de estas en la región americana (1968, 1976, etc.), el Proyecto de Ley Uniforme sobre Arbitraje Comercial Internacional (diciembre de 1952), el Proyecto de Resolución sobre Compra-Venta Internacional de Mercaderías (agosto de 1973), así como los diversos proyectos de convención elaborados en el marco de las CIDIP y que ya fueran señalados en un acápite anterior.

De otro lado, en marzo de 2012, el Comité adoptó la resolución CJI/RES.188 (LXXX-O/12) “Proyecto de ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada,” en la que se recomienda la adopción de un esquema sencillo y ágil para la creación de nuevas formas de organizaciones corporativas con relación a los negocios pequeños y a las pequeñas y medianas empresas, considerando la contribución que estas nuevas formas de organizaciones corporativas pueden realizar al desarrollo económico en los Estados miembros.³⁷

Finalmente, el Comité aprobó en marzo de 2014 la resolución CJI/RES.205 (LXXXIV-O/14) “Responsabilidad Social de las Empresas

36. CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. “La obra del Comité Jurídico Interamericano”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *I Curso de Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 1975.

37. NEGRO, Dante. “La Labor del Comité Jurídico Interamericano”, en: *Agenda Internacional*, Año XXII, número 33, Lima: Instituto de Estudios Internacionales/ Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas” mediante la cual aprueba el Informe que lleva el mismo título y la Guía de Principios, primer instrumento interamericano sobre la materia, que puede servir de base para que los Estados miembros de la OEA, en el marco de la Asamblea General, adopten un documento referencial que contribuya con los esfuerzos que se llevan adelante en la región en el campo de la responsabilidad social empresarial.³⁸

h. Fortalecimiento de la Democracia

El Comité Jurídico Interamericano ha sido sensible a uno de los principales temas de preocupación de la OEA, cual es la democracia. En este sentido, en su Resolución CJI/RES.I-3/95 de 1995 señaló que “todo Estado del Sistema Interamericano tiene la obligación de ejercer efectivamente la democracia en su sistema y organización política” y, que esta “obligación existe frente a la Organización de Estados Americanos”.³⁹ De igual forma, en esta misma Resolución enunció que el Estado que “incurre en incumplimientos de ejercer efectivamente la democracia representativa adquiere la obligación de restablecer dicho ejercicio efectivo”.⁴⁰

Posteriormente, el Comité Jurídico Interamericano contribuyó de manera importante en la elaboración de proyectos de lo que sería la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de Lima del 11 de setiembre de 2001, y que sin duda constituye el instrumento de mayor desarrollo en el tema. En este no sólo se establecen con claridad los elementos que componen la democracia sino también las acciones que deben ser emprendidas para su defensa y mantenimiento.

38. *Idem.*

39. HERDOCIA SACASA, Mauricio. “La contribución del Comité Jurídico Interamericano a los nuevos desarrollos del Derecho Internacional en las Américas”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XXXV Curso de Derecho Internacional* (2008). Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2009, p. 172.

40. HERDOCIA SACASA, Mauricio. “El aporte del Comité Jurídico Interamericano y del Sistema Interamericano a la Democracia Representativa”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XXXIII Curso de Derecho Internacional* (2006). Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2007, p. 243.

Un tema directamente vinculado al fortalecimiento de la democracia es el del acceso a la información pública. En este sentido, el Comité Jurídico Interamericano elaboró un documento titulado Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información (2008) en el cual se consagra el acceso a la información pública como un derecho humano fundamental, amparándose para ello en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Asunto Claude Reyes vs Chile*, 2006). Asimismo, el documento consagra entre sus principios aquel por el cual se presume que toda información pública es accesible, estando sujeta sólo a un limitado régimen de excepciones, el mismo que debe estar acorde con una sociedad democrática.

De otro lado, el Comité adoptó una importante resolución, ante diversos problemas suscitados en la región en materia de vigencia del orden democrático; nos referimos a la Resolución 159/Elementos Esenciales y Fundamentales de la Democracia Representativa y su Vinculación con la Acción Colectiva en el Marco de la Carta Democrática Interamericana (2009), en la cual se señalaría que la democracia no solo implica acceder al poder respetando los causas legales y constitucionales sino también mediante elecciones periódicas, libres y justas y basadas en el sufragio universal y secreto. De igual manera, se establece que la democracia no se agota en la forma de acceso al poder, sino que se extiende al ejercicio de este democráticamente, respetando la separación de poderes, la autonomía del poder judicial, la vigencia del Estado de derecho, fortaleciendo el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, respetando la irrestricta libertad de expresión y de prensa, las libertades y derechos humanos de la población, entre otros elementos. De esta manera, el Comité busca establecer con meridiana claridad los alcances de la obligación jurídica asumida por los países miembros de la OEA, cuando se comprometen a mantener al interior de ellos, la vigencia de un régimen democrático.

A todo ello podrían sumarse los diversos informes sobre la temática elaborados por este órgano permanente de la OEA, como el relativo a los Aspectos jurídicos de la interdependencia entre Democracia y Desarrollo Económico y Social (2005) y la Resolución aprobada

sobre el mismo tema (2006), así como el referente a los Mecanismos de Participación Directa y Fortalecimiento de la Democracia Representativa (2011),⁴¹ todos ellos destinados al único propósito de consolidar la democracia en la región.

5.2. Absolución de Consultas

En el ámbito de su competencia consultiva, el Comité Jurídico Interamericano ha absuelto diversas e importantes consultas jurídicas formuladas por países miembros de la OEA y, en otros casos, se ha manifestado respecto de la licitud de ciertos actos o normas con efectos extraterritoriales dictados por Estados u Organizaciones Internacionales, algunas de las cuales dieron lugar a encendidos debates al interior de este órgano así como a comentarios por parte de la doctrina de los publicistas.

La primera consulta presentada al Comité Jurídico Interamericano se produjo el 12 de junio de 1958 por el gobierno de Colombia, en relación a si los militares del servicio activo tenían derecho a solicitar asilo diplomático.⁴² Al respecto, el órgano interamericano señaló de manera clara que los militares tenían el derecho de buscar y obtener asilo en las mismas condiciones que los civiles, cuando son acusados o condenados por delitos políticos.⁴³

La segunda consulta, fue formulada en 1960 por el gobierno de Guatemala (mediante nota fechada el 30 de octubre de 1959) respecto de la situación jurídica de una parte de su deuda externa (denominada deuda inglesa).⁴⁴ Sobre este punto el Comité desestimó la consulta pues entendió que Guatemala solicitaba realmente un dictamen legal, para el

41. NEGRO, Dante. “La labor del Comité Jurídico Interamericano en 2011”, en: *Agenda Internacional*, año XVIII, número 29, Lima: Instituto de Estudios Internacionales/Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p.379.

42. MURDOCK, James y Hugo GOBBI. “The Inter-American Juridical Committee”, en: *American Journal of Comparative Law*. Universidad de Michigan, volumen 9, número 4, 1960, p. 600.

43. SIQUEIROS, José Luis. “La competencia del Comité Jurídico Interamericano como cuerpo consultivo de la OEA en asuntos jurídicos”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *El Comité Jurídico Interamericano. Un siglo de aportes al Derecho Internacional*. Río de Janeiro: Secretaría General de la OEA, 2006, p. 387.

44. MURDOCK, James y Hugo GOBBI. *Ob. Cit.*, p. 600.

cual no tenía competencia, salvo que lo solicitara el Consejo Permanente de la Organización.⁴⁵

Otra consulta planteada al Comité se produjo en 1972, la misma que dio lugar a que el Comité señalara como amenazas a la paz y a la seguridad del continente las maniobras navales o aéreas que en aguas jurisdiccionales de los Estados Americanos realizaran barcos o aeronaves de guerra de Estados extranjeros sin consentimiento previo.⁴⁶

Luego, en 1973 y 1975, el Comité se pronunció sobre diversos aspectos del colonialismo en América, incluyendo una Resolución en la cual afirmó que Panamá era “soberana dentro de la parte de su territorio denominada Zona del Canal y que en tal carácter, tiene derecho legítimo a sus recursos naturales”. Esta opinión generó un gran debate pues algunos miembros del Comité consideraron que este órgano no tenía competencia para manifestarse sobre aspectos controvertidos entre dos o más gobiernos de la organización, más aún cuando dicha resolución terminaba señalando que a Panamá le correspondía “asumir el control de la administración del Canal”.⁴⁷

En enero de 1976, se elaboró en el seno del Comité la Declaración sobre el Problema de las Islas Malvinas, y diez años después, ante la acción de Gran Bretaña de establecer una zona de exclusión y conservación en la zona marítima que circunda las islas, el Comité emitió una nueva declaración (1986), en la que señaló que “siendo contraria al derecho la ocupación de las Islas Malvinas por el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, lo es igualmente toda pretensión de ejercer actos de jurisdicción o fuerza en las zonas marítimas circundantes o de disponer de los recursos naturales que ellas contienen”.⁴⁸

Posteriormente, en 1992, el Comité también se manifestó respecto de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América de considerar como válidas las medidas extraterritoriales

45. FERNÁNDEZ DE SOTO, Guillermo. “El Comité Jurídico Interamericano y su función consultiva”, en: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XXXVII Curso de Derecho Internacional* (2010). Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2011, p. 264.

46. SIQUEIROS, José Luis. *Ob. Cit.*, 2006, p. 388.

47. FERNÁNDEZ DE SOTO, Guillermo. *Ob. Cit.*, p. 264.

48. Véase CJI/RES. I-II/ de 3 de febrero de 1987. *Informes y Recomendaciones* 1987, p. 35. Asimismo, FERNÁNDEZ DE SOTO, Guillermo. *Ob. Cit.*, p. 264.

tomadas por agentes federales y que llevaron a secuestrar al nacional mexicano Alvarez Machain en su propio territorio, para ser conducido a los Estados Unidos de América por agentes de la DEA, para ser juzgado en dicho país. El Comité, basado en el Derecho Internacional, estableció el carácter ilícito de la medida, en tanto violaba la soberanía mexicana y el principio de no intervención, lo que fue útil para que la víctima del secuestro fuera posteriormente liberado por la Corte de Distrito que lo procesó.⁴⁹

Más adelante en 1996, ante la promulgación por el Congreso de los Estados Unidos de América de la Ley Helms-Burton, por la cual se establecía la posibilidad de demandar en los Estados Unidos a quienes contrataran con el Gobierno cubano sobre propiedades confiscadas a nacionales norteamericanos, el Comité consideró que tal norma violaba el Derecho Internacional Público, en tanto ningún Estado puede ejercer actos de legislación y de jurisdicción en el territorio de otro.⁵⁰

Finalmente, en el 2008, nuevamente el Comité Jurídico Interamericano se pronunció respecto de la licitud de un acto, nos referimos a la Directiva de Retorno aprobada por el Parlamento de la Unión Europea. Al respecto, el Comité señaló que tal disposición no brindaba una adecuada garantía al debido proceso de los migrantes sujetos a expulsión, que los mecanismos de internamiento previstos para los migrantes no se ajustaban a los principios del derecho internacional, que la directiva tampoco daba una adecuada protección a los migrantes en condiciones vulnerables (niños, niñas y adolescentes) y que no se podía tratar como un delito el estatus migratorio de una persona, por todo lo cual finalmente expresó la necesidad de modificar la señalada directiva europea.⁵¹

5.3. Curso de Derecho Internacional

En 1972, por iniciativa del miembro guatemalteco del Comité Jurídico Interamericano, Adolfo Molina Orantes, se creó el Curso de Derecho Internacional de este órgano de la OEA, el mismo que se impartió

49. SIQUEIROS, José Luis. *Ob. Cit.*, 2006, p. 390.

50. CJI/SO/II/doc.67/96 rev. 5, de 23 de agosto de 1966. SIQUEIROS, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 391.

51. FERNÁNDEZ DE SOTO, Guillermo. *Ob. Cit.*, pp. 270-271.

por primera vez en 1973 y que se realiza desde entonces de manera ininterrumpida y anualmente en Río de Janeiro.⁵²

El curso gira en torno a un tema central distinto cada año y constituye una oportunidad para propiciar el intercambio de ideas y generar un diálogo abierto sobre temas de especial relevancia en el área del derecho internacional, así como para fomentar el estudio, la profundización y la especialización en estos temas.

El propósito de este curso es entonces educar y difundir entre jóvenes profesionales de la región interesados en el área, los avances y desarrollos alcanzados en el derecho internacional, convocando para ello entre sus profesores a prestigiosos juristas y diplomáticos americanos y del mundo entero. Los cursos son publicados cada año, resumiendo las clases dictadas en las diferentes áreas temáticas establecidas.

De esta manera, el curso que desde hace más de cuarenta años imparte el Comité Jurídico Interamericano, conjuntamente con el curso de Derecho Internacional que organiza anualmente la Academia de Derecho Internacional de La Haya, se ha convertido en un espacio académico que goza de gran prestigio y reconocimiento, en la formación de los nuevos cuadros de internacionalistas americanos.

6. Propuestas y retos a futuro

Mas allá del aporte efectuado por el Comité Jurídico Interamericano al desarrollo del Derecho Internacional en nuestro continente, a lo largo de estos 110 años de existencia, creemos pertinente formular algunas recomendaciones y propuestas destinadas a su fortalecimiento en el futuro:

- a. En primer lugar, resulta necesario desarrollar una labor de difusión de las labores y competencias del Comité al interior de la Organización de Estados Americanos y entre los países miembros, de forma tal que se conozcan las diversas posibilidades de colaboración que ofrece este órgano consultivo de la OEA.
- b. En segundo lugar, es necesario un mayor acercamiento del Comité a los Estados Miembros y órganos políticos de la Organización,

52. REBAGLIATI R., Orlando. *Ob. Cit.*, p. 352.

con el objetivo de conocer cuales son sus temas de preocupación y debate, en los cuales el Comité pueda colaborar. De esta manera se buscaría inscribir al Comité en la agenda permanente de la Organización, desarrollando informes, estudios o consultas que tengan relevancia para ésta.

- c. En tercer lugar, el Comité Jurídico Interamericano debe ampliar su red de contactos con universidades, institutos de investigación y ONG's, con carácter permanente y que cumpla un doble rol: por un lado, nutrir de información al Comité sobre los temas que se debaten en la agenda internacional y que eventualmente podrían ser del interés de la OEA; y por otro, difundir las investigaciones e informes del Comité a la comunidad académica internacional. Con ello, no sólo se lograría retroalimentar al Comité con información actualizada sobre los temas que son de preocupación e interés de la Comunidad Internacional sino también lograr un efecto multiplicador en la difusión de los resultados de sus investigaciones e informes. Esto permitiría además darle al Comité una mayor visibilidad y presencia en foros académicos internacionales, consolidando su prestigio e imagen fuera y dentro de la Organización.
- d. Finalmente, en cuarto lugar, a efectos de acelerar los trabajos del Comité se podría establecer una mayor y mejor programación de éstos, señalándose plazos y/o cronogramas de entrega. Adicionalmente, podrían revisarse las fechas de las sesiones del Comité, de manera que armonicen con las fechas de la Asamblea General, lo que permitiría una entrega siempre oportuna de los resultados obtenidos.

En síntesis, es mucho lo avanzado, pero es también mucho lo que resta por hacer en favor del fortalecimiento del Comité Jurídico Interamericano, que debe continuar aportando al desarrollo del derecho internacional en la región, como lo ha hecho hasta hoy.



CAPÍTULO VI

STATE RESPONSIBILITY IN THE PROTECTION OF MIGRANTS, REFUGEES AND STATELESS PERSONS

Antonio de Aguiar Patriota¹

The plight of those fleeing the Syrian conflict through the Mediterranean into Europe has drawn increased attention to refugees and to migrants. In many situations, these terms are used interchangeably. From a legal standpoint, however, it is particularly important to have a clear understanding of the definitions of migrant and refugee, as each category of displaced persons has very distinct implications under international law.

Definitions

The 1951 Convention on the status of refugees, as amended by its 1967 Protocol, defines refugee as someone who “owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”²

The cornerstone of the legal framework on refugees is the principle of “non-refoulement” – the prohibition to return a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. Enshrined in

1. Antonio de Aguiar Patriota is the Permanent Representative of Brazil to the United Nations since August 2013. Chair of the 60th Session of the Commission on the Status of Women and former chair of the Peacebuilding Commission of the UN (2013-2014). He served as Foreign Minister (2011-2013), Deputy Foreign Minister (2009-2010) and Ambassador to the United States (2007-2009).

2. Convention on the Status of Refugees, 1951, Article 1(A).2

Article 33 of the Refugee Convention³, it can be considered not only international customary law, but arguably *jus cogens*⁴.

The Convention also guarantees other rights to refugees, such as those of non-discrimination⁵ and freedom of religion⁶. They must also be treated, in all circumstances, at least as favorably as any other foreign national⁷. The Refugee Convention also has provisions in the areas of education⁸, housing⁹, and labor¹⁰.

Nevertheless, when addressing the issues related to large movements of refugees, it is crucial to bear in mind that this is a longstanding and global issue, which currently impacts most deeply the developing world. According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)¹¹, out of the ten countries that host the largest number of refugees in absolute terms, none is European.¹² In relative terms, only two are European: Sweden and Malta, at 9th and 10th place, respectively¹³.

3. “Article 33 - Prohibition of expulsion or return (“refoulement”)

1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.”

4. UNCHR. Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions. <http://www.unhcr.org/53b26db69.pdf>

5. Article 3: “The Contracting States shall apply the provisions of this Convention to refugees without discrimination as to race, religion or country of origin.”

6. Article 4: “The Contracting States shall accord to refugees within their territories treatment at least as favourable as that accorded to their nationals with respect to freedom to practice their religion and freedom as regards the religious education of their children.”

7. Refugee Convention, Article 7.1: “Except where this Convention contains more favourable provisions, a Contracting State shall accord to refugees the same treatment as is accorded to aliens generally.”

8. Refugee Convention, Article 22.

9. Refugee Convention, Article 21.

10. Refugee Convention, Articles 17, 18, 19 and 24.

11. UNHCR. *Mid-Year Trends 2015*. December 2015.

12. Turkey, Pakistan, Lebanon, Iran, Ethiopia, Jordan, Kenya, Uganda, Chad and Sudan.

13. Lebanon, Jordan, Nauru, Chad, Turkey, South Sudan, Mauritania, Djibouti, Sweden and Malta.

Many countries deserve special recognition for their individual efforts, which include hosting large refugee communities and striving to grant them access to justice, education, employment and health services. This is the case of Lebanon, Turkey, Jordan and Iran, to name but a few.

Migrants – a term which refers to those who reside outside their country of nationality for reasons other than those that qualify someone for refugee status – have fewer specific rights and protections, the most notable of them being the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (ICRMW). This instrument has far fewer ratifications than the Refugee Convention (48¹⁴ vs 145¹⁵).

14. States Parties to the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families: Albania, Algeria, Argentina, Azerbaijan, Bangladesh, Belize, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Egypt, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Indonesia, Jamaica, Kyrgyzstan, Lesotho, Libya, Madagascar, Mali, Mauritania, Mexico, Morocco, Mozambique, Nicaragua, Niger, Nigeria, Paraguay, Peru, Philippines, Rwanda, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, St. Vincent and the Grenadines, Syrian Arab Republic, Tajikistan, Timor-Leste, Turkey, Uganda, Uruguay. Brazil's accession is under consideration by Congress.

15. States Parties to the Convention on the Status of Refugees: Afghanistan, Albania, Algeria, Angola, Antigua and Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Bahamas, Belarus, Belgium, Belize, Benin, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Botswana, Brazil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Cameroon, Canada, Central African Republic, Chad, Chile, China, Colombia, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Democratic Republic of the Congo, Denmark, Djibouti, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, Egypt, El Salvador, Equatorial Guinea, Estonia, Ethiopia, Fiji, Finland, France, Gabon, Gambia, Georgia, Germany, Ghana, Greece, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Haiti, Holy See, Honduras, Hungary, Iceland, Iran, Ireland, Israel, Italy, Jamaica, Japan, Kazakhstan, Kenya, Kyrgyzstan, Latvia, Lesotho, Liberia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Madagascar, Malawi, Mali, Malta, Mauritania, Mexico, Monaco, Montenegro, Morocco, Mozambique, Namibia, Nauru, Netherlands, New Zealand, Nicaragua, Niger, Nigeria, Norway, Panama, Papua New Guinea, Paraguay, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Republic of Korea, Republic of Moldova, Romania, Russian Federation, Rwanda, Samoa, São Tomé and Príncipe, Senegal, Serbia, Seychelles, Sierra Leone, Slovakia, Slovenia, Solomon Islands, Somalia, South Africa, Spain, St. Kitts and Nevis, St. Vincent and the Grenadines, Sudan, Suriname, Swaziland, Sweden, Switzerland, Tajikistan, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Timor-Leste, Togo, Trinidad and Tobago, Tunisia, Turkey, Turkmenistan, Tuvalu, Uganda, Ukraine, United Kingdom, United Republic of Tanzania, Uruguay, Yemen, Zambia, Zimbabwe.

The absence of a more comprehensive instrument focusing on all migrants does not mean they do not enjoy rights – or, conversely, that States do not have obligations – in situations where the ICRMW does not apply. In fact, all human rights obligations are applicable to migrants, as stated by the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), to “all individuals within its territory and subject to its jurisdiction”¹⁶. General Comment 15 of the Human Rights Committee states that “the general rule is that each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens. Aliens receive the benefit of the general requirement of non-discrimination in respect of the rights guaranteed in the Covenant, as provided for in article 2 thereof. This guarantee applies to aliens and citizens alike.”¹⁷ The only exception applies to ICCPR’s article 25, which restricts to citizens the rights related to elections and public service.¹⁸

Another category of persons which is different from that of migrant and refugee, but can be related to both, is that of stateless persons. Differently from a refugee, who is unable to obtain protection from the State of which he or she is a national, a stateless person is not considered a national by any State. Two conventions regulate the issue of statelessness: the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, which provides the definition and the legal foundation to address the issue, and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, which sets norms related to the granting and withdrawal of nationality so as to prevent and combat statelessness. The 88 States bound to the

16. International Covenant on Civil and Political Rights, Article 2.1

17. Human Rights Committee, General Comment no. 15, paragraph 2. Available at: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CCPR_GEC_6625_E.doc

18. ICCPR Article 25: “Every *citizen* shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions:

- (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives;
- (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors;
- (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country.”

Convention on Stateless Persons¹⁹ must award stateless persons in their territory protections similar to those contained in the Convention on the Status of Refugees.

Responsibility to migrants, refugees and stateless persons

States have a responsibility towards migrants, refugees and stateless persons at the national and collective levels. Individual responsibility can also play a complementary role in this regard.

State responsibility, at both levels, has as its baseline the legal obligations each State is bound to, as well as customary norms of international law. It can and should go beyond this baseline, as obligations constitute the bare minimum, and not the limit to our action.

Collective Responsibility

The international community has a responsibility to act towards a solution of refugee situations. It is incoherent to defend a “responsibility to protect” civilians in distant conflicts while turning our backs to those same civilians fleeing conflict and persecution when they knock on our doors.

One of the manners through which the international community can exercise its responsibility is through prevention. A deep understanding of the root causes of displacement is a necessary step for an enhanced focus on preventive strategies. States, international organizations and non-governmental stakeholders can and should cooperate, in a spirit

19. Albania, Algeria, Antigua and Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Barbados, Belgium, Belize, Benin, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Botswana, Brazil, Bulgaria, Burkina Faso, Chad, Costa Rica, Côte d’Ivoire, Croatia, Czech Republic, Denmark, Ecuador, El Salvador, Fiji, Finland, France, Gambia, Georgia, Germany, Greece, Guatemala, Guinea, Honduras, Hungary, Ireland, Israel, Italy, Kiribati, Latvia, Lesotho, Liberia, Libya, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Madagascar, Malawi, Mali, Mexico, Montenegro, Mozambique, Netherlands, Nicaragua, Niger, Nigeria, Norway, Panama, Paraguay, Peru, Philippines, Portugal, Republic of Korea, Republic of Moldova, Romania, Rwanda, Senegal, Serbia, Sierra Leone, Slovakia, Slovenia, Spain, St. Vincent and the Grenadines, Swaziland, Sweden, Switzerland, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Trinidad and Tobago, Tunisia, Turkey, Turkmenistan, Uganda, Ukraine, United Kingdom, Uruguay, Zambia, Zimbabwe.

of solidarity, to effectively prevent the causes that force people to flee their homes – which must not be confused with preventing people from seeking safety and protection overseas.

The upsurge in conflicts around the world in recent years is the main reason behind the staggering numbers of refugees that merit our attention today. Conflict prevention is the best way not only to promote international peace and security, but also to avert forced displacement. It is the most cost effective measure, as it spares human lives and human suffering and it saves limited resources of the international community.

Another important aspect to be considered when seeking solutions to the issue of refugees is that, although the media portrayal of the current refugee crisis focuses on the flows of migrants and refugees to Europe, we should not lose sight of the fact that developing countries – frequently those neighboring conflict areas – are the ones hosting the largest number of refugees. This entails a need for the engagement of all stakeholders in order to find durable solutions, with a focus on international cooperation. States of origin reeling from conflict, frontline States faced with significant numbers of refugees, developing States willing to receive resettled families, among others, should count on adequate humanitarian and financial support from the wider international community in a way that allows for sustainable repatriation, integration or resettlement.

The interdependence of security and development plays a role in these efforts, especially in the context of prevention. This is also true for preventing forced displacement. Poverty eradication and inclusive social and economic development policies are significant factors in preventing the emergence of conflicts and forced displacement. The full implementation of the 2030 Sustainable Development Agenda by all States can make a positive contribution to build our collective resilience. The importance of development as a prevention tool also underscores the urgency to increase resources, and not simply transfer assistance and financial support from development to humanitarian assistance; it is important to recall that the developed world still falls short of its official development assistance (ODA) commitments. Full respect for human rights, particularly non-discrimination, and the promotion of the rule of law – with a focus on access to justice – can also play a role in preventing conflict.

The international community should strive to offer complementary prevention and protection to those people who may not necessarily qualify as refugees under the Convention but could also benefit from our solidarity and support. Such is the case, among others, of people displaced or under the threat of being displaced due to natural disasters and climate change. Latin America and the Caribbean have an extensive regional background on this issue, particularly through the Cartagena Process, initiated with the adoption of the Cartagena Declaration of 1984, through which the States of the region collectively recognized the expanded definition of the term “refugee”, so as to include those fleeing conflict or widespread violence²⁰. Subsequent reviews of the Declaration (including 2010’s Brasília Declaration and 2014’s Brazil Declaration and Plan of Action) also address the need to consider extending international protection to victims of natural disasters²¹ and human trafficking²², and contain regional commitments on the combating of statelessness. The *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR), under Brazil’s presidency, adopted its Declaration of Principles on the Protection of Refugees, in which Member States committed to provide the same rights to refugees as to foreign nationals with permanent resident status and recognized the contribution of refugees to the societies of their host countries.

20. Cartagena Declaration on Refugees, Conclusion 3: “Hence the definition or concept of a refugee to be recommended for use in the region is one which, in addition to containing the elements of the 1951 Convention and the 1967 Protocol, includes among refugees persons who have fled their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order.”

21. Brazil Declaration and Plan of Action, Paragraph 32: “Recognize the challenges posed by climate change and natural disasters, as well as by the displacement of persons across borders that these phenomena may cause in the region, and recognize the need to conduct studies and give more attention to this matter, including by the UNHCR”.

22. Brasília Declaration, Paragraph 7: “To consider the possibility of adopting appropriate national protection mechanisms to address new situations not foreseen by the international instruments for the protection of refugees, giving due consideration to the protection needs of migrants and victims of trafficking, including whether they are in need of international protection as refugees.”

Another relevant initiative in this area is the Protection Agenda, recently adopted by the States participating in the Nansen Initiative²³ and endorsed by Brazil, as a useful tool for increased preparedness and cooperation by States and the international community to prevent and respond to disaster displacement.

Although one may lament the fact that many are only paying attention to the plight of refugees because it affects the developed world, the renewed attention that the international community is currently giving to this topic is positive and can be harnessed to produce concrete results. While the UNHCR and United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA) have been conducting invaluable work on refugees for decades, during the past two years the issue has acquired a higher profile within the United Nations. The Secretary-General held a High Level Meeting at the margins of the General Assembly's General Debate in September 2015, and is convening another one on September 19th this year, expected to include the adoption of an outcome document with commitments by UN Member States. The United States has also expressed the intention to convene a summit at the margins of the UN meeting, with the intent to support the organization's efforts.

It is important to seek solutions to issues related to migration in a comprehensive manner, so as to ensure the protection of migrants and their integration to their host societies. While the UN has a Special Representative of the Secretary-General for International Migration, and the Human Rights Council has appointed Special Rapporteurs on the matter, significant agencies and *fora* (such as the International Organization for Migration and the Global Forum on Migration and Development) remain outside the UN system. It is necessary to ensure that these processes become more closely integrated so as to ensure more effective responses. The 2030 Agenda for Sustainable Development is also relevant in this context, not only for its specific targets on migration, but also for its underlying principle of "leaving no one behind", as migrants and refugees can be particularly vulnerable populations.

23. The Nansen Initiative was created by Norway and Switzerland in 2011 to address the protection of people displaced across borders in the context of disasters and the effects of climate change. Australia, Bangladesh, Costa Rica, Germany, Kenya, Mexico, Norway, the Philippines and Switzerland are members of the Steering Committee.

National Responsibility – Brazil's role

Brazil attaches great priority to the protection of migrants, refugees and stateless persons. It is party to the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol, to the 1954 Convention on Stateless Persons and to the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, and has submitted the accession to the Convention on the Rights of Migrant Workers for Congressional approval. Since 2013, Brazilian consulates in the Middle East have been issuing special visas on humanitarian grounds under simplified procedures to people affected by the Syrian conflict to travel to Brazil, where they can present an asylum claim. On this basis, more than 8,000 Syrians have been granted visas so far and over 2,200 Syrians have been formally recognized as refugees in Brazil.

In October 2015, the Government of Brazil and UNHCR signed an agreement to enhance and formalize cooperation to make this mechanism more efficient and secure, including through the exchange of information and expertise in Jordan, Lebanon and Turkey. Cooperation activities have already started and we expect this partnership with UNHCR to allow more Syrians to find a new home in Brazilian territory. Brazil is also engaged in talks with Germany to explore possibilities for bilateral cooperation to increase its assistance to refugees.

With regard to those fleeing natural disasters, Brazil has also been doing its part by granting visas on humanitarian grounds to tens of thousands of Haitians who were affected by the 2010 earthquake. It is important to note that the granting of those visas has nearly eliminated illegal migration from Haiti, which used to take place through the state of Acre. A “welcome center” that had been established there due to the high influx of migrants will probably be closed in the coming months due to lack of demand for its services, as Haitian citizens now arrive in Brazil through legal points of entry.

Brazil has also been fulfilling its responsibilities on the protection of stateless persons and on the reduction of statelessness. The World Humanitarian Summit, held in Istanbul, heard the testimony of Maha Mamo, a stateless youth who was born in Lebanon to Syrian refugee parents who could not, due to local legislation, transmit their nationality to their child. Under the same directive that provides the legal basis for the concession of humanitarian visas to Syrian refugees, Ms. Mamo

was granted a “laissez-passer” and a visa which allowed for her to live in Brazil as a refugee.

Brazil has also been fulfilling its obligations by making the necessary alterations to its legislation to prevent and combat statelessness. Following a sustained campaign by civil society, the media and politicians, Constitutional Amendment 54/2007 enabled stateless children born abroad to Brazilian parents to acquire Brazilian nationality upon registration at a consulate.

Pursuant to this Constitutional Amendment, Article 12 of the Brazilian Constitution now confers Brazilian citizenship by birth to all those born in Brazil and those born abroad to a Brazilian father or mother. It is estimated that the measure benefited more than 200,000 children who were stateless or at risk of statelessness. The measure also prevents new cases of statelessness.

Ensuring the integration of migrants and refugees to host societies – room for individual responsibility

The exercise of responsibility towards migrants, refugees and stateless persons should not be limited to offering resettlement. It should also entail efforts aimed at ensuring their full integration into host societies. This includes providing decent living conditions, protecting migrants and refugees from discrimination and arbitrary deportation, and combating xenophobic discourse.

Special attention should be given to dispelling harmful myths, such as the unscientific and ideological assertion of a correlation between migration and criminality. Several studies demonstrate precisely the opposite, including one published by the American Immigration Council in July 2015, “The Criminalization of Immigration in the United States”²⁴, which analyzed crime and migration data between 1990 and 2013. According to this study, between 1990 and 2013, the foreign-born share of the U.S. population grew from 7.9 percent to 13.1 percent, and the number of unauthorized immigrants more than tripled from 3.5 million to 11.2 million. During the same period, FBI data indicate that the violent

24. EWING, W., MARTÍNEZ, D., & RUMBAUT, R. *The Criminalization of Migration in the United States*. American Immigration Council, July 2015.

crime rate declined 48 percent—which included falling rates of aggravated assault, robbery, rape, and murder. Likewise, the property crime rate fell 41 percent, including declining rates of motor vehicle theft, larceny/robbery, and burglary. Furthermore, it showed that incarceration rates (which can be argued to be an imperfect measurement of criminal activity, as those with more resources have greater chances of escaping conviction) are lower among the immigrant population – including low-income, undocumented migrants – than among US citizens.

Associating migrants and refugees with terrorism is equally harmful. The legitimate aim of preventing and countering terrorism cannot be invoked to stigmatize entire migrant and refugee populations. The abject acts of a few cannot justify discrimination and intolerance against the many. Security concerns should not be addressed in ways that re-victimize those most vulnerable, who already bear the brunt of terrorism, conflict and persecution. Moreover, vilifying refugee and migrant populations can be counterproductive when we speak of combating terrorism and violent extremism. This type of discourse, by promoting the marginalization of entire communities, can foster the exclusionary environment that may leave some more vulnerable to extremist and radicalized rhetoric.

In this arena, civil society, the private sector, the media and even individuals can act, as a complement to State and international efforts, to foster integration and inclusion, by combating intolerance and xenophobia.

Final considerations

While by no means unprecedented, the current migrant and refugee crisis underlines the need for urgent and decisive national and collective response by States to fulfill their responsibilities. Non-governmental actors and individuals also have a decisive role to play. The numerous instruments on refugees that are in force provide a comprehensive legal framework for their protection. Further efforts are needed, however, to improve policies capable of ensuring the observance of these rights and fulfillment of these obligations, as well as of promoting solutions for specific refugee situations. At a systemic level, diplomatic efforts to enhance conflict prevention and promote conflict resolution remain of the essence to allow for truly durable solutions to this phenomenon.



CAPÍTULO VII

LES QUESTIONS PRÉALABLES DANS LE DOMAINE DES CONFLITS DE LOIS: *UNE RÉTROSPECTIVE*

*À la mémoire d'António Ferrer Correia
et de Wilhelm Wengler¹*

Éric Agostini²

Dans l'une des premières thèses de doctorat consacrées au problème spécifique des questions préalables, l'auteur³ dressait un tableau jurisprudentiel du contentieux intervenu en la matière. Sur 96 décisions présentées à l'époque comme posant une question préalable, un tiers seulement méritait cette appréciation à ses yeux. Quelques années plus tard, Cavers⁴ ironisait en remarquant qu'un aspect symptomatique de ce problème est qu'il se posait si rarement dans sa forme naturelle que les analystes étaient en peine d'en donner des exemples significatifs. À l'inverse, dans son ouvrage classique, Garde-Castillo⁵ affirmait que les cas dans lesquels paraissait se poser une question préalable étaient extrêmement nombreux.

1. En avril 1990, la Fondation Gulbenkian m'avait convié à un colloque qui s'était tenu au Centre culturel portugais de Paris, où j'étais intervenu sur le thème de la présente contribution (Eric Agostini, « Les questions préalables en droit international privé », *Droit international et droit communautaire*, Fondation Calouste Gulbenkian, Paris 1991, p. 25 à 31). Du fait de la présidence d'António Ferrer-Correia et de la présence de Wilhelm Wengler, je confesse y avoir éprouvé... une certaine appréhension.

2. Agrégé des Facultés de Droit – IEP. Professeur émérite à la Faculté de droit de Bordeaux. Avocat à la Cour (Bordeaux, France)

3. Völkert Hoffmeyer, *Das internationalprivatrechtliche Vorfragenproblem*, thèse Hambourg 1956, p. 123 et 124.

4. David Cavers, « Contemporary conflicts of law in American Perspective », *RCADI* 131 (1970.III), p. 75 à 308, spéc. p. 141 : « *A significant and comforting aspect of the problem is that it arises so infrequently in its pure form that scholars are hard put to find satisfactory actual examples* ».

5. Joaquín Garde Castillo, *La institución desconocida en derecho internacional privado*, Madrid 1947, p. 132 : « *Los casos en que aparece planteada una cuestión previa son numerosísimos* ».

Ces divergences d'appréciation s'expliquent par le fait qu'au contraire du renvoi qui avait effectué un long périple souterrain⁶ avant d'apparaître au grand jour et tout armé en France avec la note de Labbé sous le troisième arrêt *Forgo*⁷, les questions préalables n'ont été isolées en Allemagne qu'au début des années 1930⁸ sur un mode essentiellement théorique. Certes, Melchior⁹ attribuait la paternité de cette théorie à Waëchter¹⁰, Kahn¹¹ et Anzilotti¹², mais s'il est certain que d'autres¹³ ont contribué à l'engendrer, c'est bien lui qui l'a reconnue...

6. V. Maximilien Philonenko, *La théorie du renvoi en droit comparé*, thèse Paris 1934, p. 177 et suiv., Georges René Delaume, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, thèse Paris 1947, p. 100 et suiv. ; J.-P. Niboyet, « Froland, les conflits de qualifications et la question du renvoi », *Rev. crit. DIP* 1926, p. 1 et suiv., ou Rodolfo de Nova, *Il « rinvio »*, in *Froland e Boullenois, Dir. Int.* 1966, p. 361 et suiv.

7. Note au S. 1882.1.393, avec le rapport du conseiller Demangeat sous Cass. Req. 22 février 1882, *Grands arrêts de la jurisprudence française de DIP* (ci-après *Grands arrêts*) n° 8. Loin de moi, toutefois, la pensée de faire du renvoi une invention française. V. pour l'Angleterre, dès avant *Collier v. Rivaz* 2 Curteis (Ecclesiastical Reports) 855 (1841), l'arrêt *Balfour v. Scott, Brown's Parliamentary Cases* 534 (1793). À lire Philonenko (p. 178 ; v. aussi M.-A. Jagmetti, *Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter*, thèse Zürich 1961, p. 24), la décision la plus ancienne serait celle du Sénat de Milan intervenue en juillet 1634 et précédant de peu l'arrêt *Anne Billon* rendu par le Parlement de Rouen le 21 février 1652 (v. Niboyet et de Nova, cit. supra note 5).

8. George Melchior, « Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts », Berlin et Leipzig 1932, § 166 à 178, p. 245 à 265 ; et Wilhelm Wengler, « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *RabelsZ*, 1934, p. 148 à 251, trad. italienne par Luigi Ferrari-Bravo, *Antologia del diritto internazionale privato* (Quaderni di « Diritto internazionale »), Milan 1964, p. 113 à 202. Et v. « Nouvelles réflexions sur les questions préalables », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 165 à 215.

9. Melchior, § 165, p. 248 et 249. Resté en Allemagne en 1933, Melchior connut le sort de nombreux coreligionnaires, mais sa sœur et son beau-frère se réfugièrent en France où leur fils, le professeur Pierre Braun, contribua à fonder la Faculté de droit de Limoges et y dispensa des enseignements marquants de droit romain et d'anthropologie juridique.

10. Carl-Georg von Waëchter, « Über die Kollision der Privatgesetze verschieden Staaten », *Archiv für civilistische Praxis* 1841, p. 230 et s., et 1842, p. 1 et s., 161 et s., et 361 et s., spéc. p. 364 et s.

11. Franz Kahn, « Gesetzeskollisionen, Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrecht », *Jherings Jahrbücher...* 1891, p. 1 à 143, reproduit par O. Lenel et H. Lewald, *Abhandlungen zum IPR*, Berlin et Leipzig 1928, t. 1, p. 1 à 123, spéc. § 6, p. 22. À la place de Melchior, j'aurais également visé le § 28, p. 112.

12. Dionisio Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, 1905, p. 192 et 193.

13. En fait, nous verrons ci-après que l'on trouvait déjà la solution du problème chez C.-F. Gabba, *Introduzione al diritto civile internazionale italiano*, Memorie della

Toutefois, cette naissance était-elle vraiment heureuse pour la science du droit ? Goldschmidt¹⁴ y voyait un parfait faux problème ; Ehrenzweig¹⁵ quant à lui y pointait un conceptualisme exacerbé. Quant à Hoogstraten¹⁶, il était tout aussi négatif : « *Déjà, la broussaille des principes généraux tels que le renvoi, les qualifications, les droits acquis, l'ordre public, est inaccessible, sauf aux experts qualifiés. Faut-il y ajouter un chapitre spécial ?* ». Et commentant le Recueil de Mélanges où cette interrogation était émise, Francescakis¹⁷ se réjouissait que son auteur ait procédé « *avec une remarquable maîtrise et, dirons-nous aussi, avec un sympathique brio, à une exécution en règle de la doctrine des questions préalables* », pour conclure sans ambages : « *On a l'impression après l'avoir lu que la bête est morte, atteinte dans ses œuvres vives en Hollande et ailleurs. Et c'est tant mieux.* »

En France, cette oraison funèbre allait bientôt être suivie d'un acte de décès établi par la Cour de cassation elle-même. Dans son arrêt *Djenangi*¹⁸, en effet, la Haute Juridiction devait dire pour droit « *que s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a*

Reale Academia dei Lincei, Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche 1906, 5^e série (3 fascicules regroupés), spéc. p. 363 et 364.

14. Autre victime du nazisme, Werner Goldschmidt émigra en Espagne puis en Argentine. Dans *Suma del derecho internacional privado* (2^e éd. Buenos Aires 1961, spéc. n^o 55, p. 74), on peut lire « *El llamado problema de la cuestión previa es un mero pseudo-problema* ».

15. Albert A. Ehrenzweig, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Saint Paul, Minnesota 1962, § 118, p. 340 : « *Had the fiction of a foreign governing law been discarded a few decades ago, we might have been spared another miscreant of a conceptualism gone rampant. The "preliminary", "incidental", "subsequent", or "partial" question would never have reached even that modest standing that it now enjoys in the literature on the subject.* » Cet auteur a aussi connu des tribulations analogues à celles de Goldschmidt, mais plus au Nord (Berkeley).

16. M.-H. van Hoogstraten, « Le droit international privé néerlandais et la question préalable », *De conflictu legum, Mélanges offerts à RD Kollewijn et J. Offerhaus*, Leyde 1962, p. 209 à 2225, spéc. p. 223 et 224.

17. *Rev. crit. DIP* 1963, p. 866 et suiv., spéc. p. 870 repris in *La pensée des autres en droit international privé*, Thessalonique 1985, p. 209, spéc. p. 215.

18. Cass. 1^{re} civ. 22 avril 1986, *Djenangi* ; *Rev. crit. DIP* 1988.302, note J.-M. Bischoff ; *JDI* 1986.1025, note A. Sinay-Cytermann ; *JCP (G)* 1987.II.20878, obs. Eric Agostini.

la qualité de conjoint ni de définir selon quelle loi doit être appréciée cette qualité ». Autrement dit, à la question de savoir si « lorsque la loi applicable à une succession accorde un droit de succession au conjoint survivant, la question préalable de la validité du mariage doit [ou non] être tranchée par application de la loi désignée par la règle de conflit de la *lex causae*, c'est-à-dire par la règle de conflit de la loi successorale et non par la règle de conflit du *for* »¹⁹, la Cour de cassation française répond expressément par la négative et condamne avec la force d'un arrêt de principe la théorie des questions préalables²⁰. Dans la querelle entre les « *lex foristes* » et les « *lex causards* »²¹, elle tranche ouvertement en faveur des premiers. Autrement dit, à l'exception des questions préalables de statut personnel que peut poser les droits de la nationalité²² – où le recours à la loi désignée par le pays dont la nationalité est en cause paraît inéluctable – les questions préalables doivent être généralement réglées indépendamment de la question principale soumise au tribunal saisi.

Concrètement, il faut comprendre que l'application de toute règle de droit suppose la vérification de ce que la doctrine allemande²³ appelle le concept préjudiciel. Ainsi, pour savoir si les devoirs de fidélité,

19. Sabine Corneloup, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Travaux du Comité français de DIP* (ci-après TCFDIP) 2010-2012, p. 189 à 221, spéc. p. 189.

20. La proclamation est d'autant plus spectaculaire qu'elle était parfaitement inutile puisque, pour fonder le rejet, il aurait suffi à la Cour de cassation de reprendre le motif de la Cour de Paris qui avait estimé le « mari » irrecevable à invoquer l'inopposabilité d'un « divorce prononcé à sa propre demande ». En l'espèce, catholique de rite arménien, Djenangi se prétendait héritier de son ancienne épouse par application de son droit personnel déclaré compétent par la loi étrangère applicable à la succession de celle-ci alors qu'il avait demandé et obtenu le divorce en France. Mais à l'époque, l'estoppel (cf. J.-M. Bischoff, note précitée, p. 311 et 312) n'avait pas encore été accueilli par la jurisprudence française ; cf. Cass. 1^{re} civ. 6 juillet 2005, *Golshani*, *Rev. crit. DIP* 2006.602, H. Muir-Watt ; *JDI* 2006.608, note M. Behar-Touchais ; *Rev. arb.* 2005.993, note P. Pinsolle ; *D.*2006.1424, note Eric Agostini.

21. M.-H. van Hoogstraten, *cit. supra* note 15, spéc. p. 213.

22. Cf. Phocion Francescakis, « Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité », *RabelsZ* 1958, p. 466 et suiv.

23. Les quarante premières pages de l'article fondateur de Wengler (« *Die Vorfrage* ») sont consacrées à cette question. V. en français, François Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Paris LGDJ 1956 n° 290 à 304, p. 444 à 467, spéc. n° 290, p. 444 et 445.

secours, assistance et respect de l'art 212 C. civ. s'appliquent à deux personnes, il faudra se demander si elles sont mariées toutes les deux. De même, pour déterminer la qualité d'héritier, il faut établir le lien de parenté ou d'alliance ; exactement comme en droit public, le droit de vote est conditionné par la nationalité. Ainsi, en droit interne, poser une question de droit revient souvent à en soulever une autre.

En droit international privé, il en va exactement de même, sauf que les choses y sont généralement un peu plus compliquées. Dans notre cas, la réponse apportée par l'arrêt *Djenangi* implique que la question préalable de statut personnel sera résolue conformément aux règles de conflit du for et indépendamment du droit étranger applicable au problème successoral qui la pose. Pourtant, à la suite de Melchior et de Wengler, on pouvait parfaitement imaginer d'organiser un rattachement subordonné en soumettant la question préalable au droit désigné par les règles de conflit de la législation étrangère appelée à régir la question principale. Envisagé comme un conflit de systèmes²⁴, le problème des questions préalables pouvait parfaitement déboucher sur une application par le for de règles de conflit étrangères.

Ainsi, en s'en tenant au montage juridique imaginé par Eugène Djenangi pour accéder après coup à la succession de son ancienne épouse, du moment que la loi syrienne régissait ladite succession et y appelait le conjoint survivant, c'est à ses conceptions à elle qu'il fallait recourir pour identifier ce conjoint, ce qui conduisait à l'application du statut personnel catholique de rite arménien qui proclame l'indissolubilité du mariage canonique et qui excluait donc qu'on tînt compte du divorce français évoqué en note 19. Le lecteur aura compris que la ficelle était un peu grosse et qu'il était quelque peu maladroit de transformer ouvertement la théorie des questions préalables en procédé d'effraction juridique en faisant de Melchior et de Wengler les complices d'une fraude. Dans de tels atours, en effet, la théorie ici examinée pouvait difficilement prospérer, mais il y avait tout de même d'autres moyens juridiques – à commencer par l'*estoppel* – pour rejeter le pourvoi formé par Djenangi.

24. V. Alexandre N. Makarov, « Les cas d'application des règles de conflit étrangères », *Rev. crit. DIP* 1955, p. 431 et suiv., spéc. p. 451 ; Pierre Louis-Lucas, « Qualification et répartition », *Rev. crit. DIP* 1957.458 et suiv. ; Paul Lagarde, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. DIP* 1960.459 et suiv. ; et *Rép. dr. int.* 2^e éd., t. 3, v^o Question préalable.

Avec le tsunami du *volapük*²⁵ européen, est-il encore concevable de rouvrir le débat en France ? Du seul fait par exemple de la communication de Mme Corneloup (v. note 18), on voit bien que le problème se pose encore de manière générale et n'est pas résolu. Il faut donc s'y pencher et l'aborder sous l'éclairage de la doctrine lusitanophone dont l'apport est ici particulièrement remarquable²⁶.

Pour ce faire, partant du postulat que si le problème a été mal résolu, c'est qu'il avait été mal compris, nous en présenterons les **données** (I) avant d'en proposer la **solution** (II).

I – Données du Problème

Pour n'avoir été isolé que relativement récemment, le problème des questions préalables a davantage connu l'effervescence de la contestation que l'approfondissement paisible. Comme il vient d'être dit, il se ramène à la nécessité de vérifier l'existence d'un concept préjudiciel dont la loi étrangère compétente pour régir la question principale fait dépendre les modalités de son application.

Dans la mesure où c'est essentiellement à partir d'espèces ou d'hypothèses tirées du droit des successions que l'on raisonne généralement, nous continuerons de le faire. Cependant,, tout rapport juridique

25. Dans la 2^e édition de leurs *Grands arrêts* cit. supra note 6, spéc. p. 122, B. Ancel et Y. Lequette évoquaient effectivement cet ersatz de l'*esperanto*. Dans sa contribution aux *Mélanges Loussouarn* (« De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille », p. 245 à 263) ; le second stigmatise en page 247 une « *entreprise de subversion... du droit international privé traditionnel par le droit conventionnel* ».

26. Le début de la seconde moitié du siècle dernier a été fécond en monographies comme : Francisco de Assis Ferreira de Faria, *Da questão incidental em direito internacional privado*, thèse Coimbra 1957 ; Manuel Cortes Rosa, *Da questão incidental em direito internacional privado*, thèse Lisbonne 1960 ; Fernando Azevedo-Moreira, *Da questão prévia em direito internacional privado*, thèse Coimbra 1968 ; António Ferrer-Correia, « Da questão prévia em direito internacional privado », *Estudos Jurídicos*, t. 3, Droit international privado, Coimbra, 1970, p. 241 à 283 ; ou João Baptista Machado, « Les faits, le droit de conflit et les questions préalables », *Multitudo legum Jus unum, Mélanges Wengler*, Interrecht Berlin 1973, t. 2, p. 443 à 458. Anciens ou récents, j'en oublie certainement. Qu'ils veuillent bien me pardonner.

complexe peut se prêter au jeu comme par exemple la question de la validité de la dette garantie qui peut se greffer sur l'exigibilité de la caution²⁷.

En admettant Melchoir et Wengler comme pères prétendus des questions préalables, on est amené à rechercher si celles-ci ne présentent pas une parenté quelconque avec d'autres problèmes plus classiques et mieux identifiés comme les qualifications (A) ou le renvoi (B) ou encore avec cette difficulté plus mystérieuse et plus récente qu'est la substitution (C). Nous aurons établi de ce fait la spécificité du problème (D).

*

A/ Questions Préalables et Qualifications

C'est certainement par erreur de plume que Manuel Cortes Rosa²⁸ a pu écrire que le problème des questions préalables était logiquement antérieur à celui des qualifications. En effet, si l'application de toute règle de droit suppose qu'on ait identifié la matière à laquelle on va l'appliquer²⁹, la qualification vise à l'identification de la règle de conflit applicable³⁰ et la solution de la question préalable va permettre l'application du droit étranger déclaré compétent. La seconde est donc logiquement postérieure à la première.

Toutefois, cela n'implique aucunement que le *modus operandi* de l'une diffère de celui de l'autre. Ainsi, dans l'une de ses deux études

27. V. Wengler, *Die Vorfrage* (Antologia, p. 163) ou Martin Wolf (qui fut aussi contraint à un exil anglais), *Private International Law*, 1^{re} éd. Oxford 1945, p. 208 et 209.

28. Thèse cit. supra, note 25, p. 98 : « *a questão incidental é logicamente anterior ao problema das qualificações* ». V. la bonne analyse chez Hoffmeyer, cit. supra note 2, p. 18.

29. Dans sa contribution aux *Mélanges Chavanne* (« Théorie des ensembles et qualification pénale », p. 95 à 110), Jean Larguier montre parfaitement le mécanisme de l'opération qu'on retrouve *mutatis mutandis* dans toutes les branches du droit.

30. V. ainsi Ernst Rabel, autre exilé, américain cette fois (*Das Problem der Qualifikation*, *RabelsZ* 1931 (= juste avant l'exil), p. 241 à 288, spéc. p. 249 : « *Nicht die Sachnormen, sondern die Kollisionsnormen des Richters bestimmen die Qualifikation* ». Une fois ce mécanisme mis en œuvre, la question préalable pourra être posée par le droit matériel étranger applicable au litige principal. Ainsi que l'écrivait Jochen Schröder (*Die Anpassung von Kollisions und Sachnormen*, Berlin 1961, p. 81) : « *Die Vorfrage beschäftigt sich mit Systembegriffen im Tatbestand von Sachnormen die Qualifikation jedoch mit Systembegriffen im Tatbestand von Kollisionsnormen* ».

publiées en 1939, Robertson³¹ notait avec justesse que la ressemblance de la question préalable avec la qualification tenait à ce que toute application de la règle de conflit propre à une catégorie juridique particulière doit être précédée par la vérification de l'adéquation de la question posées à la règle appliquée. Seulement, ainsi que le relève aussi M. Azevedo-Moreira³², la qualification ne met jamais en cause deux systèmes de conflits comme tels mais exclusivement deux règles différentes au sein du même système juridique.

Dès lors, la résolution de la question préalable constituant une opération intellectuelle identique à celle de la qualification, si on l'inscrit dans le débat classique *qualification lege fori v. qualification lege causae*, on ne rend compte aussitôt qu'aucun des arguments décisifs qui, ici, s'opposent à la première, ne s'opposent pas, là, à la seconde.

En effet, sans parler de l'argument de la souveraineté qui est dépassé aujourd'hui, la doctrine classique avait opposé deux objections rigoureusement insurmontables aux auteurs qui prônaient le recours aux conceptions de la *lex causae* pour mener l'opération de qualification³³ :

+ le premier consistait à dire que du moment que qualifier revient à interpréter une règle de conflit, l'opération ne peut être menée que selon les conceptions du tribunal saisi : *ejus est interpretari cujus est condere* ;

+ le second se ramenait à une lapalissade : on ne peut pas qualifier autrement que *lege fori* du seul fait qu'au stade de l'opération de qualification, on ne connaît pas encore la *lex causae*.

Or, il est évident que, si ces deux arguments – le second surtout – ruinent irrémédiablement la théorie de la qualification *lege causae*,

31. A.-H. Robertson, « The preliminary question in the conflict of laws » *Law Quarterly Review* 1939, p. 565 à 584 ; et « A survey of the qualification problem in the conflict of laws », *Harvard Law Review* 1939, p. 747 à 772. Ici, *LQR* 1939, p. 568 : « Its similarity to the characterization process lies in the fact that any application of choice of law rules appropriate to any particular legal category must be preceded by the determination that a question falling into that category has arisen ».

32. Fernando Azevedo-Moreira, cit. supra note 25, p. 90 : « Um conflito de qualificação nunca põe em confronto direto dois sistemas de conflitos como tais, mais apenas duas normas de conflitos diferentes no seio de um mesmo sistema ».

33. V. H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé* I, n° 291 à 298.

ils sont totalement impuissants à s'opposer à la solution des questions préalables par recours aux conceptions de la loi étrangère appelée à régir la question principale :

- + d'un côté, c'est un concept préjudiciel du droit étranger applicable à la question principale qu'il convient d'interpréter ici³⁴ ;
- + de l'autre, et justement, à ce stade des opérations, la *lex causae* a déjà été identifiée.

En attendant une éventuelle confirmation ultérieure, l'intuition vient alors que les questions préalables correspondraient peut-être aux *qualifications en sous-ordre* que Bartin³⁵ avait proposées comme exceptions au principe de la qualification *lege fori* puisqu'elles ne commandaient pas l'identification de la loi applicable à la question principale soumise au tribunal saisi.

*

B/ Questions Préalables et Renvoi³⁶

Même s'il existe un plus petit dénominateur entre le renvoi et les questions préalables, celui de l'applicabilité d'une règle de conflit étrangère³⁷, les différences sautent aux yeux. D'abord, ces dernières recouvrent un conflit positif entre la *lex causae* applicable à la question

34. V. la remarquable proposition de João Baptista Machado (*Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, thèse Coimbra 1970, spéc. p. 369) : « *O problema se apresenta... como um simples problema de interpretação da norma reguladora de chamada questão principal* ».

35. Étienne Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. 1, Paris 1930, § 87, p. 231 à 236 ; et « Doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des conflits de lois », RCADI 31 (1930-1), p. 561 à 621, spéc. p. 608. À noter que l'on trouvait déjà l'esquisse de la notion au § 28 des *Gesetzeskollisionen* de Kahn (*Abhandlungen I*, p. 112). D'où la suggestion apportée en note 10.

36. V. Michael Sonnentag, *Der renvoi im Internationalen Privatrecht*, Tubingue, Mohr Siebeck 2001, p. 126 à 131.

37. En effet, Makarov (cit. supra note 23) voyait dans les deux hypothèses des cas d'*application médiate* des règles de conflit étrangères.

principale et les règles de conflit du for alors que le renvoi naît d'un conflit négatif. Ensuite, le problème du renvoi se pose au stade de la désignation du droit compétent alors que c'est seulement au moment de l'application de celui-ci que la question préalable va surgir³⁸.

Enfin, avec le renvoi, les règles en conflit appartiennent fréquemment à une qualification identique et embrassent le plus souvent l'intégralité du litige alors que, dans le cas des questions préalables, ces règles n'appartiennent jamais à une qualification identique et n'embrassent jamais qu'une partie du litige³⁹.

On pourrait donc être amené à croire que le renvoi et les questions préalables appartiennent à deux mondes différents et sont irréductibles l'un à l'autre⁴⁰. Pourtant, il est facile de comprendre qu'il peut y avoir des points communs plus forts que la simple applicabilité d'une règle de conflit étrangère à un cas ou à l'autre. Avec le renvoi partiel au second degré⁴¹, par exemple, on peut parfaitement se demander si l'on est en présence de l'un ou de l'autre des problèmes, sinon même des deux à la fois.

Quand en effet le droit bolivien de la nationalité commune d'Antenor et Maria Cristina Patiño accepte de régir leur divorce mais subordonne la recevabilité de la demande à l'admission de celui-ci par la loi du lieu de célébration du mariage, ce n'était pas vraiment un renvoi au second degré qu'il prononçait puisqu'il ne récusait pas sa compétence au fond⁴². De même, lorsque dans une affaire moins uni-

38. Comme l'écrivait Cortes-Rosa, cit. supra note 25, p. 100 : « *o problema da devolução so aparece depois* » ; et déjà, en ce sens, Alessandro Migliazza, *Le questioni pregiudiziali nel diritto internazionale privato*, Temi 1950, p. 477 à 506, spéc. p. 499 et 500.

39. V. Paul Lagarde, étude cit. supra, note 23, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 464 et 465 ; v. aussi Azevedo Moreira, cit. supra note 25, p. 85 ; et France Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, thèse Paris Dalloz 1973, n° 367.

40. V. G. Melchior, § 164, p. 246 : « *Diese Frage [= la question préalable] deckt sich nicht mit derjenigen nach der Zulässigkeit der Renvoi* ». En ce sens, Werner Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, 3^e éd. Zürich 1961, p. 217, note 10.

41. Ex. T. civ. Paris 28 juin 1950, *Patiño*, *Rev. crit. DIP* 1951.648, note H. Motulsky ; D.1953.175 ; S.1951.2.174 ; et Cass. 1^{re} civ. 15 mai 1963, *Patiño*, *Grands arrêts* n° 38 et les références.

42. En ce sens, Claude Giverdon, « Le renvoi au second degré », D.1953.chron.53 ; dans sa note à la Revue de 1951, Motulsky prétendait au contraire qu'il y avait bien renvoi.

versitairement médiatisée⁴³, la loi espagnole applicable à une prescription extinctive consultait la loi française pour savoir si le cours de ladite prescription avait ou non été interrompu, c'était encore un renvoi partiel au premier degré cette fois qu'elle prononçait sans pour autant se déclarer incompétente.

Finalement, avec des deux types de « renvoi », on se trouvait en fait dans une situation identique à celle où le droit transitoire du droit étranger déclaré compétent « renvoie » *ratione temporis* à une autre « loi » que celle que désigne la règle de conflit du for⁴⁴. En effet, le principe de sa compétence ne se discute pas ici, mais il fixe lui-même souverainement les modalités pratiques de son application.

Dans un cas comme dans l'autre, la frontière entre les deux mécanismes prétendument étrangers l'un à l'autre est extrêmement ténue pour ne pas dire inexistante. Et surtout, il est capital de noter qu'avec l'une des « figures du renvoi » pour parler comme Francescakis⁴⁵, on est automatiquement conduit à admettre le rattachement *lege causae* des questions préalables comme conséquence directe de l'accueil de principe du renvoi. Du moment, en effet, que « *The Court sitting here... must consider itself sitting in Belgium under the particular circumstances of the case* »⁴⁶, elle doit régler la question préalable comme le ferait le juge de l'ordre juridique étranger déclaré applicable à la question principale. De la sorte, on comprend parfaitement que le « naisseur » des questions préalables ait en son temps été le chantre de l'admission de la *foreign court theory* sur le continent européen⁴⁷.

En somme de comparaison en comparaison, nous venons au cœur du problème.

*

43. CA Pau 24 juin 1981, *Horn y Prado*, D.1981.569, note Éric Agostini.

44. Cass. 1^{re} civ. 3 mars 1987, *Leppert*, *Grands arrêts* n° 70 et les références.

45. *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse Paris Sirey 1958 n° 95, p. 99.

46. Sir Herbert Jenner in *Collier v. Rivaz*, cit. supra note 6.

47. George Melchior, op. cit. supra note 7, spéc. § 139 à 143, p. 207 à 216. En note 2 de la page 448 de son ouvrage cité en note 12, François Rigaux signale bien le rapprochement des deux.

C/ Questions Préalables et Substitution

Cette dernière difficulté « consiste dans la question de savoir si l'on peut substituer à un rapport de droit interne, considéré par la loi interne comme condition préjudicielle d'un effet juridique déterminé, un rapport analogue de droit étranger »⁴⁸.

Pour l'illustrer, on peut partir des effets secondaires dans l'État du for d'une adoption intervenue à l'étranger, et qui sont tributaires du degré d'interchangeabilité entre cette adoption étrangère et l'adoption française. Ainsi, dans la célèbre affaire *Ponnoucannamalle*⁴⁹, la succession litigieuse relevant du droit français, Paquirissamy ne se vit pas reconnaître la qualité d'héritier au sens de celui-ci parce que son père avait été adopté par le *de cuius* en présence d'enfants légitimes, ce qui était parfaitement conforme à son statut personnel tamoul⁵⁰, mais aussi totalement contraire à l'ordre public français de

48. Hans Lewald, *Règles générales des conflits de lois, Contribution à la technique du droit international privé*, RCADI 69 (1939-III), p. 1 à 147, spéc. p. 132. V. bientôt après, Giorgio Cansacchi, « Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le règlement des conflits de lois », RCADI 83 (1953.III), p. 79 à 162, spéc. p. 151 à 155 ; Paul Graulich, *Principes du droit international privé*, Paris 1961, n° 203, p. 147 à 149 ; François Rigaux, cit. supra note 22, n° 295 à 304, p. 450 à 467 ; et « Le conflit mobile en droit international privé », RCADI 117 (1966-1), p. 333 à 444, spéc. p. 333-334 et 396-397. Et v. surtout João Baptista Machado, « Problemas na aplicação do direito estrangeiro Adaptação e Substituição », *Boletim de la Faculdade de Direito* (Universidade Coimbra, ci-après BFDC) 1960, p. 327 à 351.

49. Cass. Req. 21 avril 1931, *Ponnoucannamalle*, S.1931.1.327, rapport Pilon, note Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 1932.526, rapport Pilon et note Niboyet.

50. Sachant que les intéressés étaient de l'Inde anglaise, on peut mener un parallèle avec les cinq comptoirs que nous avait laissés le traité de Paris de 1763. V. à ce sujet Léon Sorg, *Traité théorique et pratique du droit hindou applicable aux établissements français de l'Inde*, Pondichéry 1897, p. 114 à 117 ; et Henry Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris Sirey 1927, n° 205, p. 241 et 242. Ainsi, « le mariage devant assurer la sauvegarde du nom » (Sorg), l'adoption était possible pour se donner un héritier mâle, même en présence de filles légitimes. Sachant encore que l'arrêt d'appel émanait de la Cour de Saïgon (devenue Ho Chi Minh Ville), il y a fort à parier que, si l'affaire *Ponnoucannamalle* s'était nouée en Annam (= Protectorat) et non en Cochinchine (= colonie), la solution eût été inversée car on y pratiquait l'adoption destinée à se pourvoir de l'héritier mâle seul habile à mener le culte des Ancêtres. V. Pham-Quang Daù *Les principes fondamentaux du Nouveau Code civil annamite*, thèse Bordeaux 1933, p. 38 à 63, spéc. p. 62 à 63.

l'époque⁵¹. À l'inverse, l'adoption d'Alexandra Wassiliera par les époux Bioncourt⁵² fut admise à fonder en France un droit successoral car la différence existant entre la loi tsariste et le droit français antérieur à la loi du 19 juin 1923 n'était pas telle qu'une prise en considération de celle-ci eût été rendue impossible⁵³.

Dans ces deux hypothèses, le succès de la réclamation du demandeur supposait la vérification de la qualité pour l'émettre, et la question était de savoir si, en elle-même, l'adoption étrangère conférait une telle qualité⁵⁴. Tout était donc fonction de l'équivalence des concepts et de la compatibilité de l'institution étrangère avec les conceptions fondamentales du for. Or, comme l'écrivait Raape – à propos de l'arrêt *Ponnoucannamalle* d'ailleurs –, « *adoption ne vaut pas toujours adoption* »⁵⁵ ; et comme devait l'affirmer Jacques Maury dans le même but à la même chaire de l'Académie de la Haye⁵⁶, « *la question posée à la Cour de cassation était précisément de savoir si l'enfant adoptif de droit hindou pouvait être considéré comme « adopté » au sens de l'art. 357 du Code civil français* ». Ainsi, et plus récemment, pour déborder

51. Jusqu'à la loi du 11 juillet 1966, le droit français a interdit l'adoption dans une telle hypothèse. Puis, elle a été admise sur autorisation du président de la République. Système régalien auquel une loi du 22 décembre 1976 a substitué l'appréciation du juge (art. 353 al. 2 C. civ.).

52. CA Paris 10 juillet 1946, *Bioncourt*, *Rev. crit. DIP* 1947.142, concl. Frêche et note Batiffol ; *JCP* 1947.II.3392, note René Savatier ; *Gaz. Pal.* 1946.2.141.

53. Alors que le système du Code civil de 1804 voyait dans l'adoption un contrat exigeant de l'adoptant qu'il eût dépassé 50 ans et de l'adopté qu'il fût majeur, les Bioncourt avaient respectivement 49 et 45 ans et Alexandre n'était âgée que 12 ans. Il y avait donc une importante différence de degré, mais sans doute pas une différence de nature car aujourd'hui (art. 345 al. 3 C. civ.), c'est à partir de 13 ans que l'adopté doit consentir à sa propre adoption plénière.

54. Comp. en jurisprudence anglaise, *Re Wilby* [1956] P. 174 ; [1956] 1 All ER 27 ; [1956] 2 WLR 262 ; 1000 Sol. Jo 75 ; *Rev. crit. DIP* 1956.87, note W. Wengler. L'adoption de la fille des époux Skinner par les époux Wilby en Birmanie conformément au droit birman ne peut fonder une vocation successorale conformément au droit anglais. Outre la note de Wengler, v. Jochen Schröder, *op. cit. supra* note 29, p. 26 et 27.

55. Leo Raape, « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé », *RCADI* 50 (1934.IV), p. 401 à 544, spéc. p. 511.

56. Jacques Maury, « Règles générales de droit international privé », *RCADI* 57 (1936-III), p. 325 à 578, spéc. p. 556.

sur le droit de la nationalité, on a pu se demander si une *kafalah* musulmane était bien propre à conférer la nationalité française sur la base de l'art. 21-12 C. civ. dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003⁵⁷.

L'adoption a très largement contribué à nourrir le contentieux en la matière⁵⁸, mais elle n'est pas la seule puisque, par exemple, dans la fameuse affaire *Hyde v. Hyde*⁵⁹, la question était de savoir si le *potentially polygamous marriage* du droit mormon⁶⁰ était assimilable au *christian marriage* seul reconnu par le droit anglais ; ou encore, dans le premier arrêt *Ferrari*⁶¹, si la séparation de corps conventionnelle du droit italien correspondait à son homologue française aux fins de conversion automatique en divorce⁶² ; ou enfin, plus prosaïquement, la question préjudicielle avait pu consister à vérifier si la demande en garantie du droit néerlandais équivalait à la *Streitverkündung* allemande au sens du § 209 BGB qui énumère les cas d'interruption de la prescription⁶³.

On voit aussitôt – au-delà de la parenté évidente – une différence fondamentale entre les questions préalables et la substitution : les premières se posent du fait du droit étranger applicable à la question principale alors que la seconde n'est jamais soulevée que par la *lex fori*

57. Cass. 1^{re} civ. 14 avril 2010, JDI 2010-803, note Sabine Corneloup.

58. **Etats-Unis**, *Shaver v. Nash* (1930) 181, Ark. 1112 ; 29 S.W. (2nd) 298 ; v. Ernst Rabel, *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, t. 1, 2^e éd. Ann. Arbor 1958, p. 704 ; et Wengler, *Die Vorfrage*, Antologia, p. 128. L'adoption texane est-elle comparable à celle de l'Arkansas ? **Monaco** : CA Monaco 11 mai 1964, Beniamino, *Rev. crit. DIP* 1965.101, note Ph. Francescakis, cassé par Cour de Révision 6 mai 1965, *Rev. crit. DIP* 1965.708, note Ph. Francescakis : légitimation adoptive française au regard du droit monégasque. **Pays-Bas** : T. civ. Rotterdam 7 mars 1958, *Nederlandse Jurisprudentie* 1958, n° 378, JDI 1961.888, obs. Kollewijn : l'enfant adoptif belge peut-il demander réparation en Hollande ?

59. *Hyde v. Hyde* (1866), LR 1 P & D 130.

60. Pourtant à lire, Béatrice Bourdelois (*Mariage polygamique et droit positif français*, thèse Paris Economica 1993, spéc. p. 45, note 13), un auteur laisse entendre qu'à l'époque l'Utah ignorait la polygamie. Si l'on se rapporte au *Livre de Mormon* lui-même (*Livre de Jacob*, 2.27), l'affirmation est parfaitement exacte.

61. Cass. civ. 6 juillet 1922, *Ferrari*, *Grands arrêts* n° 12 et les références.

62. V. François Rigaux, op. cit. supra note 22, spéc. n° 303, p. 463 à 465 ; et João Baptista Machado, étude citée supra note 47, p. 346 et 347.

63. Reichsgericht 20 octobre 1905, RGZ 61.390, cité par Hans Lewald, cours cité note 47, spéc. p. 131 et 132.

elle-même pour les besoins de la solution du litige auquel elle s'applique. Autrement dit, les questions préalables se présentent comme des conflits de lois en forme de poupées russes⁶⁴ alors que la substitution se ramène à une difficulté résultant de l'existence d'un élément d'extranéité dans un litige principal relevant de la *lex fori*. Ainsi que l'énonce lumineusement João Baptista Machado, « *a questão prejudicial faz surgir dois problemas de ordems distintos : um problema de nível conflitual chamado questão prévia... e um problema de nível material, o problema de substituição* »⁶⁵.

De ce fait, nombreux sont les auteurs à parfaitement distinguer les deux problèmes⁶⁶ malgré des confusions chez beaucoup. Ainsi, lorsque le Tribunal suprême espagnol⁶⁷ se demande si un enfant adultérin légitimé conformément au droit cubain est un héritier au sens du droit espagnol, ce qui ne posait que le problème de la *substitution*, une certaine doctrine espagnole⁶⁸ y décela le problème des questions préalables, tout comme, en France, de nombreux auteurs ont confondu les deux problèmes⁶⁹. Il est vrai que ceux-là même ne voyaient pas très bien la différence avec le problème des qualifications.

64. La règle de conflit du for désigne un droit étranger pour régler la question principale et celui-ci pose à son tour une question préalable imposant de trancher un autre conflit de lois.

65. Étude citée supra note 47, spéc. p. 341. En ce sens, Paul Graulich, également cité en note 47, spéc. n° 228, p. 269 et 270 ; et cf. H.-P. Mansel, « *Zum Verhältnis von Vorfrage und Substitution* », *Festschrift J. Kropholler, Die richtige Ordnung*, Mohr Siebeck 2008, p. 353 et suiv.

66. Ex. A. Ferrer-Correia, p. 248 ; Cortes-Rosa (p. 78) ou F. Azevedo-Moreira qui ont été cités en note 25. V. encore Melchior § 163, p. 246 ; J. Schröder, p. 27 ; ou Paul-Heinrich Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin et Tubinge 1962, p. 240.

67. Tribunal Supremo, 10 octobre 1960, *Aranzadi* 1960, n° 3081, p. 1975.

68. Ex. Pecourt-Garcia, « *Rassegna di Giurisprudenza spagnola* », *Dir. Int.* 1963, p. 179 à 198, spéc. p. 181 à 183 ; Pastor-Ridruejo, Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española : la sentencia del Tribunal supremo del 10 de octubre 1960, *Themis* 1961, p1. 103 à 110, et, dès avant, Marín-Lopez, « *La cuestión incidental en DIP* », *Revista de derecho internacional* 1956, p. 125 à 146.

69. Ex. Étienne Martin, « *Adoption et transmission héréditaire* », *JDI* 1932, p. 5 à 25 ; A. Meierhof, *La portée des qualifications de droit international privé*, thèse Dijon 1938, p. 99 à 105 ; Niboyet, *Cours de droit international privé français*, 2^e éd. 1949, n° 478bis, p. 458 et 459 ; ou R. Merle, « *L'adoption en droit international privé* » in

Au risque de paraître exagérément scolaire, il faut donc rappeler qu'avec la substitution, l'interprétation du concept préjudiciel n'a aucun effet relativement aux conflits de lois puisque la législation compétente pour régir la question litigieuse est d'ores et déjà identifiée ; il s'agit seulement de savoir si le concept préjudiciel qui conditionne son application est ou non compatible avec le droit du for. Quant à la différence avec les questions préalables, elle est encore plus nette du fait que, dans toutes les décisions que nous venons d'énumérer, la question principale relevait invariablement de la *lex fori* si bien qu'aucun conflit de systèmes ne pouvait advenir, sa survivance supposant que le rapport principal soit soumis à une loi étrangère⁷⁰, ce qui est le cas des questions préalables et d'elles seules.

Pour comprendre immanquablement la différence entre les deux difficultés, il n'est que de se reporter à une affaire tranchée par la Cour fédérale argentine⁷¹ dans une espèce où les faits étaient antérieurs à l'introduction de l'adoption dans le droit de ce pays⁷². Une adoption ayant été prononcée en Italie conformément à la loi italienne au bénéfice d'un adoptant qui s'y trouvait domicilié, le litige opposait le *Consejo Nacional de Educación* et la fille adoptive qui se disputaient en Argentine la succession à un immeuble et à un compte courant ouvert dans ce pays. La première relevait de la *lex rei sitae* argentine et le seconde de la loi italienne du domicile du *de cuius*. Soumise à la *lex fori* argentine, la branche immobilière du litige posait le problème de la substitution : le for argentin pouvait-il reconnaître la qualité d'héritier à une fille adoptive italienne alors que son droit ignorait l'institution de l'adoption ? Relevant au contraire du droit italien, la branche bancaire de la succession posait quant à elle le problème des questions préalables et fut résolue par l'affirmative alors que la première le fut par la négative.

Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, Tubingue et Paris 1954, p. 325 à 361, spéc. p. 338 et 339.

70. V. sur ce point l'approche de Jacques Foyer, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, thèse Paris Dalloz 1964, n° 366, p. 255 et 256.

71. Cam. civ. 2 a Cap. Fed. 22 décembre 1948, *Grimaldi*, cité par Werner Goldschmidt, *Derecho internacional privado basado en la teoria trialista del mundo juridico*, Buenos Aires 1970, n° 116, p. 113.

72. Loi des 15 et 23 septembre 1948.

Toutefois, un analyste rigoureux objectera que sur le problème de la succession au compte-courant, il n'y avait eu en réalité aucune question préalable à trancher au sens technique du mot puisqu'aux yeux du droit italien compétent pour régir la question principale, la validité d'une adoption italienne régulièrement intervenue en Italie ne soulevait aucun problème. Cependant, s'il n'y avait pas de conflit de lois par ricochet dans cette affaire, il demeure que l'on était bien en présence de la nécessité d'interpréter le concept préjudiciel d'héritier, ce qui fut effectué par le recours aux canons de la loi matérielle applicable à chacun des aspects de la succession *Grimaldi*.

Malgré les immenses mérites de son travail, et malgré l'intérêt qu'il présente par ailleurs, il est donc impossible d'affirmer avec Garde-Castillo⁷³ qu'à l'image de l'arrêt *Forgo* pour le renvoi ou de l'arrêt *Bartolo* pour les qualifications, l'arrêt *Ponnoucannamalle* ait constitué l'arrêt fondateur de la théorie des questions préalables. Tout au contraire, cette décision ne fait qu'illustrer le problème de la substitution, mais on reconnaîtra bien volontiers que la complexité des cas litigieux est de nature à perturber la clarté de l'appréciation⁷⁴.

*

D/ La Question Préalable en Elle-Même

Avec le problème des questions préalables, le tribunal saisi doit trancher deux difficultés différentes : celle que lui pose la loi étrangère applicable à la question principale et la question incidente que soulève celle-ci. Aussitôt, on constate que l'articulation des deux questions fait

73. Op. cit. supra note 4, spéc. p. 128.

74. Ex. Trib. de grande inst. de Nice, 3 juillet 1963, *Somerset Maugham*, *Rev. crit. DIP* 1966-424, note Jacques Foyer ; JCP 1964.II.13830, note M. Simon-Depître ; JDI 1964.562, note A. Ponsard ; D.1964.347, note Delvolvé. À l'âge respectable – mais peut-être pas canonique – de 88 ans, le grand écrivain anglais avait adopté son secrétaire âgé de 57 ans. Sur tierce opposition de la fille légitime de l'adoptant, ce jugement fut rétracté du fait que l'adoption était nulle tant au regard du droit anglais (= adopté âgé de plus de 21 ans) que du droit français de l'époque (= présence d'un enfant légitime). Or, si le Tribunal n'avait pas opportunément écarté le conflit de lois au nom de l'équivalence, il aurait risqué de s'embrouiller dans un embrouillamini de renvoi et de questions préalables.

littéralement exploser la présentation qu'on a pris l'habitude d'en faire. Certes, la question est dite préalable parce que sa solution commande le sort de la question principale, mais si l'on s'en tient au déroulement procédural du litige, on voit que la prétendue question préalable ne peut surgir qu'après la question principale qui la pose et, de préliminaire, elle devient subséquente⁷⁵ ; la question principale est alors préalable à la question préalable elle-même.

Cependant, plus que la chronologie, c'est la logique qui doit régler l'ordre des préséances car la difficulté à résoudre est précisément de savoir – et exclusivement de savoir – si la question préalable doit être tranchée par le for indépendamment de la question principale par laquelle elle est entrée dans le débat ou conformément aux règles que pose le droit étranger applicable à cette dernière.

Ainsi, lorsque la Cour de cassation française rendit son arrêt *Beneddouché*⁷⁶, elle fut amenée à dire pour droit, avant d'invoquer l'effet atténué de l'ordre public, « *que..., si la loi française régit la dévolution successorale des immeubles sis en France la qualité de conjoint et l'établissement de la parenté nécessaire pour le jeu de la dévolution successorale relèvent de la loi personnelle* ». Dès lors, pour les partisans de la théorie des questions préalables, elle laissait entrevoir l'adoption d'une position favorable à leur cause. En effet, si c'était à la loi française de trancher selon ses propres conceptions les problèmes de statut personnel, c'est parce qu'elle était applicable à la question principale de succession. Mais inversement, les adversaires de ladite théorie pouvaient aussi crier victoire car, en affirmant qu'il fallait procéder à un traitement spécifique de la question préalable de statut personnel, l'arrêt *Beneddouché* annonçait en réalité l'arrêt *Djenangi* dont nous avons parlé plus haut⁷⁷.

On voit donc que l'essentiel est d'abord ici de distinguer le préalable du principal et ensuite de préciser la nature des rapports susceptibles

75. Cf. entre autres, Garde-Castillo, p. 127, qui se réfère à Wolff, cit. supra note p. 206 et 207 ; A.-H. Robertson, LQR 1939, p. 567 et 568 ; ou encore Arthur Nußbaum, *Grundzüge des internationalen Privatrechts unterbesonderen Berücksichtigung des amerikanischen Rechts*, Munich et Berlin 1952, § 11, p. 101 : « *Man kann sogar sagen, daß die Hauptfrage der sogenannten Vorfrage präliminier ist* ». Ainsi que le titre de son ouvrage le suggère, comme d'autres, Nußbaum dut un temps trouver refuge Outre-Manche.

76. Cass. 1^{re} civ. 3 janvier 1980, *Beneddouché*, *Grands arrêts* n° 61 et les références.

77. Cass. 1^{re} civ. 22 avril 1986, cit. supra note 17.

de dicter un *traitement autonome* de la question préalable⁷⁸. En partant du constant que « *le même problème peut, dans un cas, se poser comme une question préalable, dans un autre comme une question principale* »⁷⁹, on peut alors se demander dans la première ligne s'il ne serait pas possible de proposer une distinction en fonction de l'intensité des liens qui peuvent les unir. C'est ce à quoi s'était attaché Melchior⁸⁰ pour lequel, entre l'ombre du préalable et la lumière du principal, il aurait existé une zone de pénombre, la zone des *Teilfragen*⁸¹ que leur préjudicialité rattacherait à la première rubrique mais que leurs autres caractères rendraient inséparables de la seconde catégorie.

Toutefois, la proposition ne pouvait pas tenir du fait de sa totale imprécision évoquant d'assez loin les *essentialia*, les *naturalia* et les *accidentalialia* du droit romain⁸². D'ailleurs, il suffit de remarquer que de telles constructions sont seulement le fruit de réactions de défense en réaction au caractère quelque peu envahissant de la nouvelle doctrine. En effet, il ne faudrait pas voir des questions préalables partout. Ainsi, dans la fameuse affaire *Schwebel v. Ungar*⁸³, se demander si le divorce hébraïque italien

78. On retrouve cette expression en doctrine allemande (P.-H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 237, ou Hans Dölle, *Internationales Privatrecht, ein Einführung in seine Grundlagen*, Karlsruhe 1968, p. 104), en doctrine italienne (E. Vitta, *Diritto internazionale privato*, t. 1, Turin 1972, p. 465), ou en doctrine brésilienne (Haroldo Valladão, *Direito internacional privado*, t. 1, 2^e éd. São Paulo 1970, p. 265).

79. Makarov, cit. supra note 23 ; *Rev. crit. DIP* 1955, p. 452

80. *Grundlagen* § 173 à 175, p. 258 à 261. V. aussi dans cette ligne, Hoffmeyer, cit. supra note 2, p. 38 ; Rolf Serick, « Die Sondern Anknüpfung im internationalen Privatrecht », *RabelsZ* 1953, p. 636 à 650 ; Karl H. Neumayer, « Ehescheidung und Wiederer – Laugung der Ehesfähigkeit », *RabelsZ* 1955, p. 66 à 85 ; et « Zur Zivilehe eines Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen », *RabelsZ* 1972, p. 73 à 92. V. encore France Deby-Gérard, n° 392, p. 318 et 319 ; et surtout, Fernando Azevedo-Moreira, p. 118 à 138.

81. Melchior parlait de *Teil der Hauptfrage* (= partie de la question principale). Azevedo-Moreira parle de *questões parcéis*. L'expression *Teilfragen* est de Neumayer.

82. V. Paul Graulich, *Principes* n° 230, p. 171 et 172 ; outre la référence à Azevedo-Moreira donnée en note 79, v. p. 237 à 258 ; v. encore Hoogstraten, cit. supra note 15, spéc. p. 211 et 212 ; et Jacques Foyer, thèse cit. supra note 69, spéc. n° 368 à 370, p. 257 et 259.

83. *Schwebel v. Ungar*, App. Ontario 4 novembre 1963 ; *Rev. crit. DIP* 1965.321, note W. Wengler. Cf. aussi *Nouvelles réflexions...* *Rev. crit. DIP* 1966, p. 187 et 188. Autre totale confusion avec la question préalable chez K. Lysyk, « *Comments on Schwebel v. Ungar* », *Canadian Bar Review* 1965, p. 363 à 380.

des époux Waktor devait être reconnu au Canada permettait de répondre directement à la question de savoir si le mariage canadien ultérieur était ou non entaché de bigamie, sans qu'il y eût de question préalable à trancher.

De même, dans une affaire un peu moins ancienne qui défraya la chronique au point que la *Rabels Zeitung* lui consacra quasiment un numéro spécial⁸⁴, il s'agissait de savoir s'il était conforme à la *Grundgesetz* allemande d'interdire à un célibataire espagnol de souscrire un mariage valable avec une allemande divorcée au motif que celle-ci était dans les liens d'un mariage canonique non dissous. Dans cette dernière affaire, on se trouvait en réalité dans le cas de figure de l'arrêt *Djenangi* puisque la question était tout simplement de savoir si le juge allemand pouvait tenir un jugement de divorce allemand pour du vent⁸⁵.

Dans ces conditions, pour que le problème des questions préalables se pose, il faut, mais il suffit, qu'à l'occasion d'un litige appelant l'application d'une loi étrangère une question conceptuellement indépendante soit soulevée par celle-ci⁸⁶. Du seul fait qu'il ne s'agit pas d'une question préjudicielle au sens du droit processuel, le for va devoir la trancher et il le fera SOIT à partir de ses propres conceptions à lui SOIT à partir des conceptions du droit étranger déclaré applicable au litige. Pour choisir l'une ou l'autre de ces deux voies, il va être guidé par le degré d'interdépendance logique entre les deux questions⁸⁷, et c'est seulement si l'attraction de la question principale lui permet d'absorber la question préalable qu'on pourra constater une « *préjudicialité conflictuelle* » imposant de recourir à la *lex causae* pour trancher un éventuel conflit de lois concernant celle-ci.

84. *BVerfG* 4 mai 1971, *RabelsZ* 1972, p. 2 à 140. V. aussi les commentaires de Friedrich K. Juenger (« The German constitutional court and the conflict of laws », *Am. J. Comp. L.* 1972, p. 290 à 298) et de Catherine Labrusse, « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 1 à 46. Seul parmi les neuf annotateurs de la *RabelsZ*, Kurt Siehr (p. 93 à 115, spéc. p. 96 et 97) estimait que le problème posé au *BVerfG* n'était pas celui des questions préalables. V. aussi Fritz Sturm, « Scheidung und Wiederheirat von Spaniern in der Bundesrepublik », *RabelsZ* 1973, p. 61 à 79, spéc. p. 63 à 66.

85. Cf. Gerhardt Kegel, « Embarras de richesses », *RabelsZ* 1972, p. 27 à 34, spéc. p. 29 : « *Können wir hinnehmen daß den Spaniers unser Scheidungsurteil Luft ist ?* »

86. Alessandro Migliazza, étude cit. supra note 37, spéc. p. 483 à 485.

87. Comme l'écrivait Migliazza, p. 478 et surtout p. 486 et 487 : « *Il rapporto di pregiudizialità implica una interdipendenza logica di una questione con un'altra* ».

En distinguant selon que les problèmes liés étaient la *source* ou la *condition* l'un de l'autre, le doyen Pierre Louis-Lucas⁸⁸ avait entrevu la voie à suivre. Mais en réalité, celle-ci était tracée depuis 1906 par Gabba⁸⁹ puisqu'il écrivait en substance que la règle *Accessorium sequitur principale* joue aussi en droit international privé en sorte qu'un rapport d'accessoire à principal peut se manifester en droit civil international comme en droit civil interne entre droits de la même espèce et entre droits d'espèces différentes. Or la preuve évidente que, ce faisant, il pensait au problème précis que nul encore n'avait baptisé *Vorfrage* ou *Question préalable*, c'est qu'il écrivait à la page suivante⁹⁰ : « *un altro esempio della specie e il diritto agli alimenti, proveniente per legge da un dato rapporto di parentela* ».

Ainsi, du moment que « *la soumission de la question préjudicielle au droit de conflits du for revient... à la considérer de manière autonome, comme si elle se posait à titre principal devant l'organe d'application du droit* »⁹¹, on est bien obligé de poser en principe incontournable que le rattachement des questions préalables ne peut en aucun cas être opéré indépendamment de celui des questions principales⁹² : si l'on adopte le rattachement *lege fori*, la question préalable englobera la question principale et si l'on choisit la solution de la *lex causae*, c'est celle-ci qui absorbera celle-là.

88. « Qualification et répartition », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 153 à 183, spéc. p. 164 et suiv.

89. *Introduzione*, cit. supra note 12, spéc. p. 363 : « *Il canone accessorium sequitur principale vale, in tesi generale, anche nel gius civile internazionale... Accessorietà può darsi in gius civile internazionale come in quello nazionale, fra diritti della medesima specie, e fra diritti di specie differenti* ».

90. Gabba, p. 364. V. F. Azevedo-Moreira, p. 135 : « *O vinculo de prejudicialidade tem assim uma natura acessória* ».

91. F. Azevedo-Moreira, p. 142 : « *A submissão da questão prejudicial no direito de conflitos do foro equivale... a considerar aquela questão por forma autónoma, tal como se apresentasse a título principal perante o órgão de aplicação do direito* ».

92. V. Migliazza, cit. supra note 85, spéc. p. 486 : « *Il procedimento logiche porta alla sentenza consistendo in una catena di giudizi, caratterizzati dall'unicità del fine... ciascuno di questi giudizi e necessariamente collegato cogli altri* ». Autrement dit, il n'était pas convenable d'accuser la faction des *lex causards* de vouloir détacher la question préalable de la question principale ainsi que le faisait Hoogstraten (*De conflictu legum*, p. 219).

II – Solution du Problème

Contrairement à l'affirmation de Garde-Castillo⁹³, les véritables cas de questions préalables à avoir été tranchés en jurisprudence ne sont pas « *numerosíssimos* », mais au contraire rarissimes ; ainsi, en France, l'arrêt *Djenangi* qui en est une hypothèse typique est un cas isolé⁹⁴, bricolé en réalité pour justifier une transaction dolosive. Ce n'est pas dire toutefois que le mécanisme soit purement imaginaire et déconnecté de la pratique⁹⁵. Ainsi, dans sa session de Berlin de la fin du siècle dernier, l'Institut de droit international n'a pas fait sienne l'hostilité du droit français à la solution *lege causae* des questions préalables⁹⁶.

Il est alors paradoxal de constater que la plus haute juridiction française a affirmé « *que s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas... de définir selon quelle loi doit être appréciée cette qualité* » alors que, quelques années plus tard, les plus haute sommités mondiales de notre discipline préconisaient d'une manière beaucoup plus nuancée que « *la*

93. Op. cit. supra texte et note 4, p. 132.

94. Mais pas unique. Il y a près de 30 ans, j'avais été consulté dans une affaire successorale concernant un riche portugais d'origine roumaine. Au motif d'une résidence en France, des enfants de nationalité portugaise avaient pu faire tomber leur légitimité et établir leur filiation naturelle à son égard par application des art. 311-16, 322 al. 2 et 334-8 du Code civil qui ont été abrogés (art. 311-16) ou réformés depuis. La succession immobilière relevait de la loi française pour les immeubles situés en France et la succession mobilière de la loi portugaise du dernier domicile. Relativement à cette dernière, il y avait une question préalable de filiation qui, hélas, ne fut pas tranchée du fait d'une transaction entre les litigants. Déjà dans son article classique (*Rev. crit. DIP* 1960, p. 474 et 475), Paul Lagarde présentait très plausiblement l'arrêt *Heinrich* (Cass. 1^{er} civ. 22 mai 1957, *Rev. crit. DIP* 1957.466, note H. Batiffol) comme une illustration des questions préalables.

95. Sans parler des cas évoqués en note 93, il n'est que de rappeler qu'au Moyen-Âge, glossateurs et post-glossateurs raisonnaient à partir d'hypothèses d'école mais que, si c'est bien Karolus de Tocco qui a imaginé *Quod si Boloniensis conveniatur mutinae...* (Eduard-Mauritz Meijers, « Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge », *RCADI* 49 (1934-III), p. 547 à 683, spéc. p. 594), il serait parfaitement invraisemblable qu'un Bolognais ne se fût jamais rendu à Modène ni qu'il eût pu y être jugé. On pourrait d'ailleurs en déduire que l'anonymat des décisions de justice est plus ancien qu'on ne le croit.

96. Session de Berlin des 17-25 août 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 135.

prise en compte du droit international privé étranger... devrait être envisagée... e/ si, pour la décision d'une question préalable, la validité d'un acte peut être maintenue, soit par application des règles de conflit de la loi régissant la question principale, soit par application des règles de conflit régissant la question préalable ».

Dans ces conditions, même si son intérêt pratique ne semble pas immense, le combat de Melchior et de Wengler mérite d'être repris. À leur suite, nous allons essayer de démontrer l'inéluctabilité du recours à la *lex causae* (A) pour trancher les questions préalables, même si les hasards du résultat obtenu peuvent imposer un retour à la *lex fori* (B).

*

A/ Le RECOURS à la LEX CAUSAE

Du moment que question principale et question préalable sont dans une relation d'accessoire à principal, le traitement du problème devrait normalement se calquer sur les procédés du droit interne dont « *les uns sont des procédés de réduction ; on néglige ce qui est secondaire, les autres sont des procédés de nivellement d'assimilation ; on traire l'accessoire comme le principal dont il dépend* »⁹⁷. Cependant, dans la mesure où le fonctionnement de la règle *Accessorium* ne se manifeste le plus souvent qu'après qu'elle a joué⁹⁸, encore faut-il expliquer en quoi et pourquoi la question préalable serait simplement l'accessoire de la question principale qui la pose.

Ici, en s'en tenant de manière pragmatique au seul fait de la compétence de la loi matérielle étrangère pour régir la question principale, et faisant abstraction des propositions fascinantes de M. Paolo Picone⁹⁹

97. Voir sous Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil de Charles Beudant*, 2^e éd. t. IV, Les Biens n° 113, note 3. Outre la thèse de Gilles Goubeaux (*La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse Paris LGDJ 1965), v. celle de François Terré (*L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris LGDJ 1957, n° 390 à 464, p. 329 à 373).

98. Ex. Gilles Goubeaux, n° 10, p.22 : « *En définitive, on s'aperçoit que la qualification d'accessoire est attribuée après qu'on a joué le mécanisme de réduction ou de nivellement* ».

99. Paolo Picone, « *Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato* », *Rivista di diritto internazionale privato et processuale* 1981-309 ; « *Ordina-*

sur cette question fondamentale, il faut partir du fait d'évidence que la question préalable ne pose pas directement en elle-même au juge saisi. Elle ne lui apparaît en effet que « *masquée par l'écran de la question principale* »¹⁰⁰. Cependant, il est parfaitement possible que, directement ou indirectement, le tribunal saisi se fasse de la question une conception radicalement différente de celle du droit désigné par la loi applicable à cette question principale ; et surgit alors l'objection passionnée de Raape¹⁰¹ : « *Si une femme a été, du vivant de son mari, sa femme légitime, si elle a eu tous les droits d'une épouse mais a aussi rempli fidèlement tous ses devoirs, deviendra-t-elle soudain, après la mort de son mari, sa concubine, parce qu'un autre statut de conclusion du mariage, celui qui est indiqué par l'État du statut successoral décide maintenant différemment du statut appliqué jusqu'à présent ? C'est un résultat impossible :*

*Sie hat im Leben Liebe Gesät,
Sie wird im Tode Liebe ernten ».*

En plus de sa formulation éblouissante¹⁰², l'argument tirait toute sa force de la faiblesse de la justification initialement proposée au rattachement *lege causae* des questions préalables. En effet, il était usuel de l'expliquer par le désir d'assurer l'harmonie internationale des solutions¹⁰³, ce qui ne manquait pas d'entraîner un conflit avec

mento competente et diritto internazionale privato » Cedam Padoue 1986 ; et en français, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI* 197 (1986-II), p. 229 et suiv. ; et « Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 276 (2000-1), p. 9 et suiv. V. encore dans le même esprit prospectif la notion de « *for de raisonnement* » imaginée par George Droz (« Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI* 229 (1991-IV), p. 13 à 421, spéc. n° 394 et suiv.) ; et aussi A.-E. Gotlieb, « The incidental question revisited - Theory and practice in the conflict of laws », *International & Comparative Quarterly* 26 (1977), p. 734 et suiv., spéc. p. 759.

100. P. Lagarde, cit. supra note 23, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 468. La question préalable n'est jamais posée que « *par la question préalable et pour la question principale* ».

101. Cours cit. supra note 54, *RCADI* 50 (1934-IV), p. 492 et 493.

102. Les deux vers allemands cités par Raape sont l'épithaphe que l'écrivain Fritz Reuter (1810-1874) avait écrite pour sa femme Louise. Ils signifient à peu près qu'elle récoltera dans la mort l'amour qu'elle a semé durant sa vie. Au fond, comme disait Musset (*La nuit de mai*) : « Les plus désespérés sont les chants les plus beaux ».

103. Cf. François Rigaux, thèse cit. supra, note 22, spéc. n° 293, p. 448 et 449.

leur harmonie interne¹⁰⁴. Or il va de soi que si l'on propose au juge saisi une option consistant à ruiner la cohérence de la loi étrangère qu'il déclare compétente ou à saccager la structure de son propre ordre juridique, le choix sera vite fait. Sans que la liste en soit limitative, on comprend alors que des esprits aussi avisés que Ponsard¹⁰⁵, Jacques Foyer¹⁰⁶, Haroldo Valladão¹⁰⁷, Garde-Castillo¹⁰⁸, Emile Tyan¹⁰⁹, Vallindas¹¹⁰ ou Ferreira de Faria¹¹¹ aient pu céder à l'argument.

En rappelant comme il est dit en note 104 que Ponsard présidait la 1^{re} Chambre civile dans l'affaire *Djenangi*, nous comprenons que la Cour de cassation ait pris le parti de condamner la théorie des questions préalables qui était tirée du chapeau par le demandeur au pourvoi pour les besoins d'une cause douteuse. En effet, elle aurait parfaitement pu anticiper sur l'arrêt *Golshani* (supra texte et note 17) en consacrant la notion d'*estoppel* que la Cour de Paris avait utilisée sans la nommer. Elle a préféré la superfluité de l'exclusion de principe de la théorie des questions préalables, et c'est ce qui fait la force normative de son arrêt.

Pourtant, on sent instinctivement l'absurdité du résultat puisque l'arrêt *Djenangi* revient à affirmer que, si c'est à la *lex causae* applicable à la succession de déterminer l'ordre des héritiers, c'est à la *lex fori* de les identifier, ce qui est parfaitement contradictoire.

104. V. A. Ferrer-Correia, cit. supra note 25, p. 258, « *É entre os dos polos da harmonia internacional e da harmonia interna (material) que pende o fiat da decisão do nosso problema* ». Dans son *Précis*, Raape (*Internationalen Privatrecht*, 5^e éd. Berlin et Francfort 1961, p. 119) ne disait pas autre chose : « *Die Fragestellung ist also klar... äußerer Einklang/innerer Einklang : darum geht es. Es stellt sich daher die Frage, was wichtiger ist der äußere oder der innere* ». Qu'on préfère la solution de la *lex fori* par respect pour l'harmonie interne, et l'harmonie internationale est détruite ; qu'on préfère au contraire la solution de la *lex causae* et alors « *such international harmony is however dearly bought at the price of internal dissonance* » (Martin Wolff, *Private International Law*, cit. supra note 26, p. 209).

105. André Ponsard, note *JDI* 1962.708, sous Trib. de grande inst. Seine 17 octobre 1961. À noter que Ponsard présidait la 1^{re} Chambre civile dans l'arrêt *Djenangi*.

106. Thèse cit. supra note 69 ; n° 371, p. 259.

107. *Direito internacional privado*, cit. supra note 17, spéc. p. 263 à 265.

108. Op. cit. supra note 4, spéc. p. 138 à 141.

109. Émile Tyan, *Précis de droit international privé*, Beyrouth 1966, p. 374.

110. Petros Vallindas, « Les principes de l'indépendance et de l'autonomie du droit international privé », *Rev. hellénique de droit international* 1948, p. 209 à 225, spéc. p. 223.

111. *Da questão previa*, cit. supra note 25, p. 82 à 88.

Alors, plutôt que de rentrer dans la dialectique infernale du conflit insoluble entre l'harmonie internationale et l'harmonie interne, on est tenté d'esquiver le débat en le repoussant de procès en procès. Dire cependant qu'il n'y a pas de problème général des questions préalables mais autant de problèmes que de cas à résoudre¹¹² revient alors à transposer à cette difficulté spécifique la théorie de la *proper law* dont il a été dit d'une manière irréfutable et définitive¹¹³ qu'elle « *laisse les justiciables sans règle de conduite pour leur réserver la surprise, peu importe qu'elle soit bonne ou mauvaise, d'un dispositif judiciaire volontairement imprévisible* ».

Il faut donc aborder le problème de front et essayer de le résoudre sans s'arrêter à des paradoxes comme celui qui consiste à dire qu'en appliquant à la question préalable les solutions découlant du droit compétent pour régir la question principale, « *on aboutit alors à un renversement total de toutes les idées habituellement reçues : ce n'est plus la règle de conflit qui désigne la loi applicable, c'est au contraire la loi applicable qui désigne la règle de conflit* »¹¹⁴. Pour s'en sortir, on ne peut pas faire autrement que partir du triple constat : 1/ que la question principale est soumise à une loi étrangère ; 2/ que, pour l'application de celle-ci, il faut résoudre une question préalable qui pose aussi un conflit de lois ; 3/ que le jeu des règles de conflit du droit applicables à la première aboutit à une solution différente de celle qu'aurait amenée l'application pure et simple des règles de conflit du for¹¹⁵.

Sur ces bases indiscutables, si, dans une succession relevant d'une loi étrangère, deux femmes viennent y prétendre en revendiquant chacune d'elles la qualité de veuve et en accusant sa rivale d'avoir été la concubine du défunt, la question ne sera pas de savoir laquelle des deux était

112. « *There is really no problem of the incidental question, but as many problems as there are cases in which incidental questions can arise* », Gotlieb, « *The incidental question in Anglo-American conflict of laws* », *Canadian Bar Review* 1955, p. 523 et suiv., spéc. p. 555 ; et Louis d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse Paris Economica n° 283, p. 397, supra note 98.

113. Dimitrios Evrigenis, « *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé* », *RCADI* 118 (1966-II), p. 313 à 433, spéc. p. 343 et 344. V. aussi l'appréciation définitive de P.-H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 275.

114. Jacques Foyer, thèse cit. supra note 69, n° 371, p. 260.

115. Cf. *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, 13^e éd. sous la direction de Lawrence Collins, vol. 1, Londres Sweet & Maxwell 2000, n° 2-045, p. 46.

la véritable épouse, mais simplement de déterminer qui vient à la succession en tant que conjoint survivant selon les règles du droit étranger applicable à cette succession¹¹⁶. Incidente, la question préalable sera réglée *incidenter tantum* et n'aura pas pour conséquence de proclamer *urbi et orbi* un lien matrimonial rompu par le décès mais seulement de reconnaître à l'une des parties la vocation à hériter conformément au droit successoral¹¹⁷. De plus, si les règles de conflit du for l'invitent à appliquer une loi étrangère à la question principale, ce n'est certainement pas pour la dénaturer¹¹⁸ que cette compétence lui est offerte. Autrement, en effet, ainsi que le relevait Robertson¹¹⁹ avec une force difficilement « résistible » : « *If the court of the forum says it will apply the foreign law and then put its meaning into the foreign concepts, it is simply not applying the foreign law at all* ».

Il est tout de même incroyable que, tout en condamnant sans nuances la solution *lege causae* des questions préalables, l'un de

116. Cf. A.-E. Anton, *Private International Law, A treatise from the standpoint of Scots Law*, Edimbourg 1967, p. 70 : « *The question is not which of the two ladies is the testator's widow in the abstract, but which of them takes as his widow under a particular system of successoral rules* ». Cf. en ce sens, A.-H. Robertson, LQR 1939, spéc. p. 572 ; G. Bentivoglio, *Questioni preliminari...*, *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato* 1956, p. 104 et 105 ; Fernando Azevedo Moreira, thèse cit. supra note 25, p. 167 ; Alessandro Tommasi di Vignano, *Lex fori e diritto straniero*, Padoue 1964, § 14, p. 178 et 179 ; Karen Voskuil, *Vorfrage en Verkregen rechte*, trad. italienne par R. de Nova, *Diritto internazionale* 1965, p. 183 à 196, spéc. p. 190.

117. V. Giuseppe Sperduti, « Théorie générale du droit international privé », *RCA-DI* 122 (1967-3), p. 173 à 336, spéc. p. 301 à 304 ; aj. Roberto Ago, « *Convenzione dell'Aja sul matrimonio e questioni pregiudiziali in una recente sentenza* », *Rivista di diritto internazionale* 1965, p. 3 à 25, spéc. p. 11 à 14.

118. V. Paul Lagarde, *Rev. crit. DIP* 1960, spéc. n° 10, p. 470 et 471 : « *C'est ici qu'intervient le second argument que nous avons annoncé et qui est tiré de la nécessité de respecter la logique interne du droit étranger appliqué à la question principale. On risquerait en effet de dénaturer le droit étranger applicable à la question principale si l'on soumettait à la règle de conflit du for la question préalable* » (Souligné par l'auteur).

119. Article cité, LQR 1939, p. 571. Dans « *Norme di conflitto speciale per la valutazione dei presupposti di norme materiali* » (Naples 1969), Paolo Picone parle dans cette hypothèse de « *falsification* » (p. 8) et de « *déformation* » (p. 116). Comme je l'écrivais dans mes observations au JCP G 1989.II.21209 sous l'arrêt *Leppert* cité plus haut en note 43, « *s'il est vrai qu'il n'entre pas dans la mission du juge français de se faire le rempart de la cohérence du droit étranger, il ne lui appartient pas non plus d'en organiser le massacre* ».

leurs plus remarquables pourfendeurs¹²⁰ ait néanmoins pu citer un auteur affirmant que l'application des règles de conflit de la *lex fori* ferait que « *la loi étrangère régissant la question principale serait mutilée* ». Tout au contraire, il faut admettre que la loi étrangère déclarée applicable à la question principale doit être appliquée « *in its context* »¹²¹ et « *nella completezza dei suoi elementi* »¹²².

D'ailleurs, il est révélateur à ce sujet que le plus cocardier et le plus territorialiste des représentants de la doctrine française aient respectivement tenu sur ce point des propos totalement dépourvus d'équivoque.

+ Le territorialiste Niboyet écrivait en effet : « *Dès lors qu'une loi est compétente, il ne s'agit pas de venir ensuite marchander la compétence qu'on a cru opportun de lui reconnaître* »¹²³.

+ Quant à Bartin, le cocardier, il n'était pas en reste : « *La lex fori ayant, par hypothèse, abandonné ce rapport de droit à l'empire de la loi étrangère, elle ne peut reprendre ce dont elle s'est dessaisie... là comme ailleurs, donner et retenir ne vaut* »¹²⁴ (Souligné par l'auteur).

Dès lors, de citation en citation, on en arrive à la solution recherchée et promise. Avant que le doyen Pierre Louis-Lucas¹²⁵ n'affirme comme ses deux éminents prédécesseurs que « *le rattachement à une loi... n'est effectif que s'il est une entière soumission à son esprit aussi*

120. Hoogstraten, *De conflictu legum*, p. 213, citant Schultz, « Adoptie in het Nederlands IPR », rapport à la *Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, p. 71.

121. John D. Falconbridge, *Characterization in the conflict of laws*, *LQR* 1937, p. 225 à 258 et p. 537 à 567, spéc. p. 564.

122. G. Sperduti, *Scopo e funzioni del diritto internazionale privato*, reproduit in G. Sperduti, *Saggi di teoria generale di diritto internazionale privato*, Milan 1967, p. 69 à 194, spéc. p. 141. À dire vrai, l'éminent auteur italien avançait cette idée au soutien de sa propre théorie du renvoi, mais sa position à l'égard des questions préalables (RCADI 122 (1967-3) *cit. supra* note 116, spéc. p. 301 à 308) nous autorise à transposer sans risquer une... dénaturation.

123. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. 3, n° 937 bis, p. 293.

124. Bartin, *Principes*, t. 1, § 87, p. 235, mais aux § 457 et 458 du tome 3 (p. 366 à 375), Bartin montre qu'il n'avait pas fait le lien entre qualifications en sous-ordre et questions préalables.

125. « Qualification et répartition », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 156.

bien qu'à sa lettre », Martin¹²⁶ déclarait quant à lui que « *si la lex rei sitae décide de la successibilité, par là même, elle décide de la parenté, condition de la successibilité* ». Or, du moment qu'en résolvant la question préalable par application des règles de la *lex causae*, le juge saisi n'aura pas tranché une question mais aura simplement qualifié un concept préjudiciel de droit étranger applicable, on comprend que cette même question préalable se définisse en fait « *comme un problème d'interprétation de la règle qui, selon le droit de conflit du for, régit la question principale* »¹²⁷. Si c'est celle-ci qui la pose, c'est à elle d'y répondre : *ejus est interpretari cujus est condere*¹²⁸.

La nécessité de respecter le droit étranger déclaré compétent pour régir la question principale impose absolument de recourir à ses dispositions matérielles s'il le juge bon ou à une loi tierce s'il en décide ainsi pour opérer les *qualifications en sous-ordre* que sa mise en œuvre nécessite. On se trouve finalement dans autant d'hypothèses de renvoi partiel au second degré qu'il y a de vraies questions préalables¹²⁹, et l'on comprend du même coup que, parmi les plus chauds partisans italiens du recours à la *lex causae* on trouve des adversaires déclarés du renvoi-délégation¹³⁰.

Nous constatons donc que l'adhésion à la théorie lancée par Melchior et Wengler se déduit essentiellement de raisons déjà développées par mon éminent collègue Paul Lagarde dans son article fondateur où il démontrait en substance que le respect de la cohérence du droit étranger

126. « Adoption et transmission héréditaire », cit. supra note 68, *JDI* 1932, p. 5 à 25, spéc. p. 10.

127. Karen Voskuil, op. cit. supra note 115, spéc. p. 196.

128. Comme nous le disions plus haut (note 33) avec João Baptista Machado (Âmbito de eficácia e Âmbito de competência..., p. 369) : « *O problema se apresenta... como um simples problema da interpretação da norma reguladora da chamada questão principal* ».

129. C'est la thèse que j'avais développée dans ma note au D.1981.569 sous l'arrêt *Horn y Prado* (CA Paris 24 juin 1981, cit. supra note 42) et que j'avais reprise dans mon étude sur « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 545 à 586, spéc. p. 586. En effet, qu'il se fasse au premier ou au second degré, le renvoi partiel (supra texte et notes 40 à 42) se ramène à une sous-traitance consentie *ad aliud jus* par le droit étranger déclaré compétent. Quant aux questions préalables, Giancarlo Venturini (« Le questioni pregiudiziali », *Giurisprudenza Comparata di diritto internazionale privato* 1954, p. 184 et 185, note 2) les définissait comme un « *rinvio a scopo interpretativo* ».

130. V. mon étude citée en note 1, spéc. p. 30.

déclaré compétent impose de s'en remettre à lui pour la solution des questions préalables¹³¹.

Autrement dit, nous avons délaissé la raison qu'il avait lui-même déduite des développements menés dans sa thèse de doctorat¹³² pour expliquer l'effet atténué de l'ordre public par le jeu des questions préalables plutôt que par celui des droits acquis. Dans ce cadre, l'auteur énonçait : « *Le premier argument est tiré de l'éloignement de la question préalable par rapport à l'ordre juridique du for et peut être résumé sous la forme suivante : la règle de conflit du for a soumis la question principale à une loi étrangère : elle l'a donc fait échapper à l'ordre juridique du for qui n'en pourra plus connaître que par la voie indirecte de l'ordre public. Mais si l'ordre juridique du for se désintéresse ainsi de la question principale, il se désintéresse encore bien plus de la question préalable qui est isolée de lui par l'écran de la question principale et qui n'a plus aucun contact avec le droit du for* » (Souligné par l'auteur).

Or si nous n'avons pas insisté sur cette raison, c'est qu'il nous est justement apparu que l'écran dont parle M. Lagarde (supra texte et note 99) est en réalité un **PRISME** et que le fonctionnement de l'ordre public n'est pas lié au jeu de la règle de conflit du for. Certes, au moment où cet auteur avançait cette opinion, il n'était absolument pas incongru – bien au contraire – de soutenir que cette exception était liée au fonctionnement de la règle de conflit du for. À cette époque, en effet, les règles de conflit françaises usuelles étaient bilatérales et il était inéluctable de voir dans l'ordre public un *signe altératif* affectant le fonctionnement de chacune d'elles en les assortissant d'un *bénéfice d'inventaire*. Cependant, avec l'unilatéralisation de la règle insérée dans l'art. 310 puis dans l'art. 309 du Code civil français par la loi du 11 juillet 1975, l'exception d'ordre public a tout naturellement continué de fonctionner sans pour autant que le droit étranger écarté eût pu être désigné par une règle de conflit française. Cela démontre à l'évidence que le jeu de cette exception tient simplement au fait de l'intolérance du for au greffon qu'on peut lui proposer à quelque titre

131. *Rev. crit. DIP* 1960, n° 10, p. 470 à 473.

132. Paul Lagarde, *Recherches sur l'ordre public*, thèse Paris LGDJ 1959 et l'analyse qu'en fait Jacques Foyer, thèse citée supra note 69, n° 362 à 365, p. 252 à 255.

que ce soit sans pour autant qu'une règle de conflit en soit à l'origine. Ainsi, nous allons voir que l'application des solutions de la *lex causae* à une question préalable peut parfaitement perturber l'ordre public du for. Tout simplement parce qu'il ne peut pas tolérer que se développe dans son ressort une situation matérielle incompatible avec ses conceptions fondamentales.

*

B/ Le Retour à la Lex Fori

À l'égal du renvoi¹³³ comme de l'application pure et simple d'une loi étrangère, la solution *lege causae* des questions préalables peut heurter les conceptions fondamentales du tribunal saisi. « *Ainsi, par exemple, le for ne peut déclarer nulles des situations qu'il a lui-même valablement constituées, pas plus qu'il ne peut légaliser des situations juridiques absolument nulles à ses yeux quand le lien qu'il a avec elles n'est pas purement accidentel.* »¹³⁴. Dès lors, tout comme dans l'affaire *Ghattas* où il était impensable que le juge français puisse méconnaître la validité du mariage civil intervenu en France entre deux Libanais¹³⁵, le for saisi d'une question préalable sera éventuellement lié par l'autorité de la chose jugée dans son ressort¹³⁶.

De deux choses l'une en définitive : *ou bien* la soumission du concept préjudiciel à la *lex causae* dont dépend la question principale est compatible avec les conceptions fondamentales de l'ordre juridique du

133. V. mon étude cit. supra note 128, *Rev. crit. DIP* 2013, spéc. n° 14 et 15, p. 569 à 574 et n° 17, p. 576.

134. « *El foro no puede declarar nulas situaciones que él mismo ha constituido como validas como tampoco puede legalizar situaciones jurídicas que él considera absolutamente nulas, cuando su relación con estas no est meramente accidental* ». Juan Antonio Carillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, Madrid 1971, p. 213.

135. Cass. civ. 25 février 1947, *Ghattas*, D.1947.161, note P.L-P ; *Rev. crit. DIP* 1947.946. C'est la demande en divorce qui remet les pendules à l'heure en séparant juridiquement ce que Dieu n'avait pas uni : « *La loi française du divorce est nécessairement compétente lorsque le mariage n'est valable qu'au regard du droit français* ».

136. cf. Antonio Ferrer-Correia, *Da questão prévia...*, cit. supra note 25, spéc. p. 264 à 265 qui estime qu'il faut écarter la solution *lege causae* pour les questions préalables qui ont déjà fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée.

for et elle s'impose à lui sauf à dénaturer le droit applicable à la question principale¹³⁷ ; *ou bien* l'attelage juridique ainsi réalisé contrevient à son ordre public et c'est alors l'ensemble qui doit être écarté au profit de la *lex fori*¹³⁸.

À l'issue de cette analyse, un constat plus général me paraît s'imposer, à savoir qu'il est réconfortant de pouvoir approfondir les mêmes concepts et d'échanger les mêmes arguments en continuant de pratiquer sa langue, avec la certitude qu'il suffira à l'interlocuteur de traduire les mot pour accéder à l'essence de choses. Au fond, un peu comme les sciences exactes, la théorie générale du droit international privé contribue au développement de la *noosphère*¹³⁹ et à la création d'une sorte de Pentecôte où l'on espère que l'Esprit Saint n'était pas trop absent...

Bordeaux, le 30 octobre 2015

137. Cf. Karen Voskuik, cit. supra note 115, spéc. p. 189 : « *De nombreux auteurs ayant posé le problème de la Vorfrage dans le cadre du conflit entre l'harmonie internationale des décisions et l'harmonie interne, on a cru que la question ayant ses racines dans un conflit entre les systèmes nationaux de droit international privé, elle devait être pareillement résolue sur le plan des conflits de systèmes. Pour moi, au contraire, le problème de la Vorfrage est un problème d'interprétation ou de qualification qui sera résolu sous l'empire du droit dont l'applicabilité [à la question principale] a été acquise sur la base des règles de conflit du for* » (agrémenté par moi).

138. V. ma note au *JCP G* 1987.II.20878. Telle était l'hypothèse dans l'affaire *Djenangi*.

139. Litt. « *sphère de l'esprit* ». Dans la vision teilhardienne du monde, après avoir couvert la terre d'une sphère de la vie (= Biosphère), l'Homme développerait une sphère de l'esprit (la Noosphère, évidemment) le conduisant du commencement (= Alpha) aux Fins ultimes (= Omega) en communion avec le Créateur. Les références à Teilhard de Chardin étaient presque systématiques chez André Tunc (ex. « Sortir du néolithique », D.1957.chron.71).

CAPÍTULO VIII

A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS E DE SEUS FUNCIONÁRIOS PERANTE TRIBUNAIS ESTRANGEIROS. PERSPECTIVA DE EVOLUÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

Gilberto Saboia¹⁻²

Introdução

Segundo o direito internacional costumeiro, os Estados gozam de imunidade perante os tribunais de outros Estados. A jurisdição do Estado estrangeiro não pode, em princípio, ser exercida contra outro Estado, seus órgãos, agentes e representantes. A igualdade soberana dos Estados está na base desta regra e costuma ser resumida na expressão latina- “*par in parem non habet imperium*”.

Esta regra geral, reafirmada em julgamentos recentes da Corte Internacional de Justiça (CIJ), como o “*Ordem de Prisão*” (*República Democrática do Congo x Bélgica*) de 2000³ e “*Imunidades Jurisdicionais do Estado, (Alemanha x Itália, Grécia como interveniente)*” de 2008⁴, tem origem antiga na paridade entre os soberanos, e, nos tempos modernos, encontra sua principal justificativa na necessidade de respeitar a independência dos Estados e preservar a estabilidade na condução das relações internacionais, regidas pelas normas convencionais e costumeiras do direito internacional.

Para resolver disputas e controvérsias entre Estados ou entre Estados e organizações internacionais, ou mesmo entidades privadas, como

1. Embaixador, Membro da Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI)

2. Este artigo utiliza elementos coligidos para palestra pronunciada em aula inaugural apresentada no Centro de Estudos de Direito Internacional (CEDIN), Belo Horizonte, em 24 de setembro de 2015.

3. Cf. Nemer Caldeira Brant, Leonardo. “A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional” CEDIN. Belo Horizonte. Pg. 1248.

4. É importante notar que ambos os julgamentos da CIJ foram adotados por maioria e acompanhados por votos dissidentes ou votos que, embora tenham coincidido com a maioria, fizeram ressalvas ou realçaram o caráter evolutivo do direito internacional no campo da invocação de imunidades em relação a graves crimes de transcendência

no caso dos acordos de investimentos que preveem soluções arbitrais, existem os meios de solução pacífica de controvérsias, que variam das negociações e mediações diplomáticas que, não produzindo resultado, podem chegar até às instâncias judiciais.

O princípio da imunidade de jurisdição do Estado, norma procedimental que suspende o exercício de uma jurisdição que o Estado do foro poderia normalmente exercer segundo suas leis, sofre exceções na prática – algumas já incorporadas ao costume – e sua aplicação em relação a eventuais crimes de relevância internacional enseja hoje forte debate, que repercute no âmbito da Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI) e no meio acadêmico.

Como regra processual, a imunidade impede o exercício da jurisdição e, enquanto persistir, um pronunciamento sobre a possível ilicitude de um ato e a respectiva responsabilidade do Estado ou de um agente do Estado pelo mesmo, mas não anula a possibilidade de que isso venha a ocorrer, caso o Estado estrangeiro renuncie à imunidade ou o Estado do foro a considere inadmissível, ou outras circunstâncias supervenientes tornem possível considerar a substância do fato ocorrido e determinar se há crime ou violação de obrigação internacional.

Há sensíveis diferenças neste terreno, entre a violação pelo próprio Estado de uma obrigação internacional nas relações com outros Estados, caso em que o entendimento mais aceito na doutrina e na jurisprudência é de que se aplicam, com as exceções previstas na Convenção abordada no capítulo seguinte, as normas sobre a responsabilidade internacional dos Estados, e o fato alegadamente ilícito pode ensejar uma controvérsia entre Estados a ser resolvida pelos meios previstos no direito internacional, inclusive o recurso a instâncias judiciais ou arbitrais.

Diverso é o caso em que agentes do Estado ou dirigentes de alto nível do mesmo, são suspeitos de terem cometido crimes de relevância internacional. Este é o principal foco do tema em exame na Comissão de Direito Internacional e a matéria abordada neste artigo.

Antes de abordar o cerne da matéria convém porém fazer referência ao outro aspecto aludido acima, e que foi objeto da Convenção da ONU de 2004, examinada no capítulo seguinte. Isto porque o fato de terem nesta convenção sido introduzidas certas exceções ao princípio da imunidade do Estado, em decorrência aliás da própria evolução da prática estatal na matéria, lança luz sobre alguns aspectos da outra vertente a ser considerada.

I) *A Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de seus Bens (2004)*

Preparada pela CDI e posteriormente negociada em grupos de trabalho da Assembleia Geral da ONU, a Convenção de 2004 foi a primeira convenção de caráter universal a buscar regulamentar de forma ampla a questão das imunidades do Estado. Há uma convenção sobre a questão no âmbito europeu e alguns instrumentos sobre matérias específicas em outros contextos. Aprovada pela Assembleia Geral, ela até hoje não obteve o número (30) de ratificações suficiente para entrar em vigor como instrumento convencional vinculante entre as partes.

No entanto, a Convenção pode ser considerada, em muitos aspectos, como codificadora do direito internacional costumeiro, refletindo assim normas já vigentes e incorporada à prática dos Estados acompanhada da respectiva *opinio juris*, reunindo os elementos constitutivos do direito costumeiro. Ela tornou mais claras e explícitas certas questões cuja discussão remontava desde antes da criação da ONU. Em especial, consagrou o princípio da interpretação restritiva e não absoluta da norma da imunidade. A prática dos Estados já vinha seguindo interpretação compatível com o enfoque adotado pela convenção.

O instrumento excluiu do alcance da imunidade os atos e atividades desenvolvidas pelo Estado ou entidades estatais a título comercial ou econômico (*jure gestionis*), em contraste com aqueles próprios à autoridade soberana do Estado (*jure imperii*). Da mesma forma, são excluídos da possibilidade de invocação de imunidade, sujeito a algumas exceções, os contratos de emprego realizados no Estado do foro, assim como a responsabilidade civil por danos físicos a pessoas (morte ou ferimentos) assim como dano ou prejuízo causado pelo Estado estrangeiro através de agentes presentes no Estado do foro, por atos ou omissões, independentemente, segundo alguns, de que os mesmos sejam caracterizados como atos *jure gestionis* ou *jure imperii*.⁵

5. Stewart, David P. "The Immunity of State Officials under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, , vol 44, pg. 1060, consultado por internet em 04/09/2015.

Cabe assinalar que a Convenção não é aplicável a várias matérias já reguladas em outros instrumentos (relações diplomáticas e consulares, missões especiais), e a diversas situações específicas.

A Convenção tem sido criticada por ter deixado de lado a questão da não aplicabilidade da imunidade em casos de violações graves de direitos humanos e do direito humanitário, matéria que chegou a ser considerada em seu momento pela CDI. Na verdade, o direito internacional não havia ainda atingido o momento adequado para a incorporação, como exceções ao princípio da imunidade, destes atos delitivos, num instrumento destinado a codificar o direito internacional costumeiro, tal como indicam as decisões da CIJ antes mencionadas.

II) A Evolução do Direito Internacional e a Necessidade de Luta Contra a Impunidade e a Proteção da Estabilidade das Relações Internacionais.

Nessas decisões da CIJ, favoráveis ao entendimento até agora predominante sobre o alcance da imunidade, alguns votos dissidentes ou explicações de votos concorrentes emitiram sinais de preocupação com a barreira que a imunidade pode representar no esforço para combater a impunidade dos responsáveis por graves crimes definidos pelo direito internacional, em especial os de genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

No caso “*Ordem de Prisão de 11 de abril de 2000 (República Democrática d Congo x Bélgica)*”, três juízes (Al-Khasawneh, Oda e a juíza ad-hoc Van den Wyngaert) votaram contra o parágrafo dispositivo (D) do julgamento que considerou ilegal a emissão pela Bélgica de ordem de prisão contra o então Ministro das Relações Exteriores do Congo por alegada prática de crimes contra a humanidade. Várias opiniões individuais foram emitidas. Uma delas, apresentada conjuntamente pelos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, é especialmente significativa. Apesar de concordarem com a decisão substantiva principal da Corte, a opinião critica o fato de ter a CIJ evitado se pronunciar sobre a validade da jurisdição da Bélgica, preferindo julgar apenas a questão da violação da regra da imunidade. Segundo os juízes, para que se invoque imunidade deve existir um pressuposto de jurisdição.

Mais relevante para o propósito desta exposição foi a análise e discussão contida nesta opinião conjunta, que pode ser consultada na página eletrônica da CIJ, sobre o desenvolvimento de tendências crescentes para estender a aplicação de cláusulas jurisdicionais sem vínculos territoriais ou pessoais tradicionais com o Estado de foro, no caso de categorias de crimes de excepcional gravidade do ponto de vista do direito internacional. Adverte para a importância de que este processo em que instâncias nacionais e tribunais internacionais têm papéis complementares, seja equilibrado e isento com a preservação de garantias que assegurem o exercício regular das relações internacionais, que o regime das imunidades visa preservar. Os parágrafos 46 e 47, e 72 a 75 desta opinião são particularmente ilustrativos e enriquecedores.

Salientam igualmente a necessidade de alcançar, na evolução em curso, um adequado equilíbrio entre dois princípios importantes para a condução das relações internacionais. De um lado a garantia de que o exercício pelas autoridades do Estado de funções indispensáveis ao curso adequado das relações entre os Estados seja preservado de tentativas abusivas de extensão de competências adjudicativas. Por outro lado, que o “manto da imunidade” não sirva de pretexto para impedir o curso da justiça, sobretudo no caso das violações mais graves dos crimes de interesse para a comunidade internacional como um todo.

No caso mais recente *“Imunidades jurisdicionais do Estado (Alemanha v. Itália)”*, de 2008, a CIJ julgou favoravelmente à Alemanha por oito votos a três, e considerou que a Itália, através de julgamento de seus tribunais internos que acolheram pedidos de compensação de vítimas e seus familiares atingidos por atrocidades cometidas pelas tropas alemãs durante a II Guerra Mundial, violou a imunidade de jurisdição do Estado alemão, e considerou que, apesar do caráter odioso e admitidamente criminoso das ações, as mesmas constituíam “*acta jure imperii*” e a Alemanha não podia ser civilmente processada por estas ações, apesar da circunstância de não existir outra instância à qual os demandantes pudessem apelar.

Nos três votos dissidentes, os juízes Cançado Trindade, Yusuf e Gaja, emitiram declarações explicando as razões de sua oposição ao julgamento da maioria.

A mais candente explicação de voto foi a do juiz brasileiro. Cançado Trindade insurgiu-se veementemente contra o julgamento e, em longo

arrazoado, afirmou que “Graves violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário, que constituam crimes internacionais, não são de modo algum *acta jure imperii*. Eles são atos antijurídicos, violações do *jus cogens*, e que não podem ser simplesmente removidos ou jogados no esquecimento através do recurso à imunidade do Estado. Isto bloquearia o acesso à justiça e imporia a impunidade”.⁶

Os dois outros juízes dissidentes também se referiram a estas questões. É de notar que o juiz italiano Gaja recorreu também ao art. 12 da Convenção de 2004 que, como aludido antes, excluiria do recurso à imunidade situações que resultaram em danos corporais e prejuízos materiais a indivíduos.

Este julgamento tornou-se ainda mais controvertido por haver a Corte Constitucional italiana, na decisão 238/2014, declarado, sem contestar a legalidade do ponto de vista do direito internacional da decisão da CIJ, que a mesma não poderia, no entanto, ser aplicável na Itália por incompatibilidade com a ordem constitucional italiana. A consequência deste julgamento seria, segundo algumas interpretações, que os tribunais nacionais italianos não estariam obrigados pela sentença da CIJ.⁷

O esforço para lutar contra a impunidade dos perpetradores de graves crimes internacionais remonta ao tempo da criação da ONU, mas seu progresso foi paralisado pela Guerra Fria. No final dos anos 40 e até meados dos anos 50, foram abordadas questões relativas ao surgimento de um direito penal internacional para a criminalização dos perpetradores de crimes contra a paz e a segurança da humanidade, independentemente de se tratarem de altos funcionários beneficiários na legislação de seus países, de dispositivos de imunidade, no caso imunidade segundo o direito interno. A CDI elaborou nesta época, a pedido da Assembleia Geral da ONU os Princípios de direito internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e em seus julgamentos, incorporados na resolução 488(V) de 12/12/1950 da Assembleia Geral.⁸ Esta resolução

6. Parecer discordante do Juíz Cançado Trindade, pg. 39, para.129.

7. Ver a respeito o artigo “The judgement of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law”, Pasquale de Sena, in *Questions of International Law* (periódico) consultado em <http://www.qil-qdr.org/> em 23/07/2015.

8. Ver “The Work of the International Law Commission”, 8ª edição, vol. I, pg. 89.2012.

solicitou comentários dos Estados e incumbiu a CDI de elaborar um Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade.

Já em 1948 a Assembleia Geral incumbira a CDI, pela resolução 260 B (III) de 09/12/1948, de estudar a possibilidade de criação de um órgão judicial internacional para o julgamento de pessoas acusadas de cometer genocídio e outros crimes. A competência de tal tribunal seria estabelecida por convenções especiais.

A primeira versão do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade foi concluída pela CDI em 1954.⁹ Abordava muitas questões relativas aos atos de agressão, intervenção e ocupação, típicos do Estado, mas igualmente se referia à responsabilidade criminal individual dos envolvidos em atrocidades. A realidade política da época já não permitia o avanço destas questões, e a Assembleia Geral da ONU sob o argumento de que era necessário acordar uma definição de agressão, tarefa atribuída a um órgão subsidiário da Assembleia, protelou a matéria, que só foi retomada de forma decisiva nos anos 90.

Finda a Guerra Fria e no breve intervalo em que as grandes potências pareciam dispostas a cooperar para o progresso do direito internacional como base para uma paz sustentável a questão de uma jurisdição internacional para crimes internacionais ressurgiu.

Com a dissolução da Iugoslávia, uma sangrenta guerra civil reence-nou o genocídio e os crimes contra a humanidade no continente europeu, o mesmo ocorrendo em Ruanda. A Assembleia Geral encomendou à CDI uma nova versão do Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, finalizada em 1996¹⁰, e solicitou a elaboração de um projeto de estatuto para uma futura Corte Penal Internacional.

A situação na ex-Iugoslávia exigia contudo uma ação rápida, e como havia acordo entre os seus membros permanentes, o Conselho de Segurança encomendou ao Secretário-Geral um estudo sobre a possibilidade de criação de um tribunal especial para julgar os acusados de perpetrar crimes odiosos no conflito, independentemente da posição ocupada na hierarquia do país. Foi assim através de proposta de estatuto apresentada pelo Secretário-Geral da ONU que o Conselho de

9. *Ibidem*. Pg 97 e seguintes. O texto do projeto consta do vol. II da mesma obra, pgs. 303-305.

10. *Ibidem*. Vol. I , pgs.101-107 e vol II pgs. 305-313.

Segurança da ONU, por uma resolução mandatória, com base no capítulo VII da Carta da ONU, que trata das medidas relacionadas com as rupturas da paz e das ameaças à paz, que foi criado o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

Não foi a melhor solução, que teria sido a adoção de um tratado negociado no âmbito da AGNU e que se aplicasse de forma geral. Mas foi a primeira experiência desta natureza e apesar de suas limitações, abriu caminho e criou precedentes úteis para a posterior negociação do Tribunal Penal Internacional, com base no Estatuto de Roma, que entrou em vigor em 2002.

III) O Potencial dos Tribunais Penais Internacionais e suas Limitações. O Papel das Jurisdições Nacionais. Tópicos da Agenda da CDI Relevantes para este Tema

A criação do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia (TPII) e posteriormente para Ruanda, seguido da criação e rápida entrada em vigor do Estatuto de Roma que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional foram avanços significativos na luta contra a impunidade dos principais perpetradores de atrocidades e abalaram, ao menos no âmbito de suas jurisdições, a imunidade de que se prevaleciam os Chefes de Estado e outras altas autoridades.

No entanto, os tribunais internacionais sofrem de limitações e insuficiência de apoio, não sendo possível afirmar que solucionam plenamente o problema. Possuem talvez uma capacidade preventiva difícil de avaliar, mas sua eficácia é ainda limitada. O TPII tem sua aplicabilidade limitada ao território da ex-Iugoslávia e tem encerramento já previsto, o mesmo ocorrendo com o tribunal de Ruanda. Não obstante, o grande número de casos trazidos a julgamento nestes dois tribunais criou uma extensa jurisprudência sobre questões relativas ao julgamento de crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra de grande valor.

A universalização do TPI é a maior esperança de garantir maior alcance da justiça nestes casos, mas este objetivo está ainda distante. Apesar do elevado número de Estados Parte, estão ausentes do TPI importantes países. Foi notória a hostilidade dos EUA até o início do Governo Obama que, embora não disposto a aderir ao Estatuto,

tampouco exerce pressão contrária a que outros países o façam. O TPI sofre também da falta de fundos adequados para desempenhar adequadamente suas funções, inclusive no que diz respeito à custosa atenção e apoio às vítimas, e conta com precário apoio, ou mesmo indiferença, dos Estados com relação ao apoio indispensável para que pessoas indiciadas e com mandado de prisão decretado sejam entregues ao TPI. O recente exemplo do Presidente do Sudão, presente na África do Sul para reunião da União Africana, e cujo Governo preferiu descumprir uma ordem de sua Corte Suprema para evitar executar o mandado de prisão exarado pelo TPI. Finalmente, assinala-se que a competência do Tribunal é complementar à das jurisdições domésticas e se limita aos casos dos suspeitos mais importantes implicados em grandes crimes.

Por estas razões, pode ainda ter significado para o progresso da aplicação da justiça o recurso às jurisdições domésticas, tanto no terreno das compensações e reparações cíveis, e da falta de outra forma de acesso à justiça, que foi o caso contemplado pela justiça italiana que a maioria da CIJ considerou contrário ao princípio da imunidade jurisdicional do Estado, quanto em casos criminais como o da “*Ordem de prisão*” expedida pela Bélgica contra o ex-ministro das Relações Exteriores do Congo (RDC), com base numa legislação que adota o princípio da jurisdição universal para o caso de crimes dessa natureza.

Antes de entrar propriamente no atual trabalho encetado pela CDI, resta uma palavra para lembrar que aumentou expressivamente o número de convenções internacionais, como a Convenção contra a Tortura, na qual se baseou o procedimento contra o ex-ditador Pinochet, que utilizam dispositivo que obriga o Estado parte sob cuja jurisdição se encontre um acusado a iniciar procedimentos para processá-lo e trazer o caso à consideração da justiça, ou extraditá-lo a outro país que seja capaz de exercer sua jurisdição. Esta modalidade, que pelo menos no caso da tortura também suprime a possibilidade de proteção da imunidade, foi examinada pela CIJ recentemente, no caso “*Questões relativas à obrigação de processar ou de extraditar*” (*Bélgica v Senegal*), de 2009. O caso foi instituído pela Bélgica contra o Senegal, que prendeu mas protelava o processo contra o ex-presidente do Chade, Hissene Habré, acusado da prática de torturas e outros crimes

contra a humanidade durante o seu mandato, e foi objeto de mandado internacional de prisão expedido por juiz belga e posteriormente de pedido de extradição da Bélgica.

O julgamento da CIJ, alcançado apenas em 2012, envolve a consideração de vários aspectos que seria impossível abordar neste artigo, cabendo apenas referir seu resultado, que considerou que o Senegal descumpriu sua obrigação segundo a Convenção contra a Tortura de prontamente iniciar providências para investigar e processar o acusado, e deveria dar início imediatamente a reparar a violação desta obrigação internacional. A obrigação de processar, disse a CIJ, era a obrigação primária estabelecida pela Convenção, e extraditar seria uma alternativa que o Estado poderia escolher.

Em parte devido a esta decisão e a instâncias da União Africana, o ex-presidente Hissene Habré começou a ser julgado em Dacar em 20 de julho de 2015 por um tribunal extraordinário africano. Este é o primeiro caso de um ex-presidente a ser levado a um tribunal por outro país como suspeito de crimes e violações de direitos humanos.

IV) Tópicos da Agenda da CDI que Apresentam Relevância para estas Questões

Como se recorda, a CDI tem o mandato de contribuir para o “desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional”. Embora a Comissão não faça uma distinção nítida entre os dois aspectos do seu mandato, é claro que o primeiro polo visa incorporar, sempre com base em elementos inspirados na prática e na opinião dos Estados, aspectos inovadores que contribuam para resolver problemas contemporâneos fazendo avançar o direito internacional com base na evolução da prática dos Estados, ao passo que o segundo consiste na clarificação de normas positivas de direito costumeiro vigente (*lex lata*) para sua melhor compreensão.

A CDI tem no momento dois tópicos na sua agenda que implicam, em maior ou menor grau, a questão das imunidades de jurisdição:

- 1) “A Imunidade dos Funcionários do Estado da Jurisdição Criminal Estrangeira” ;
- 2) “Crimes contra a Humanidade”;

Destes o primeiro é o que apresenta maior centralidade e o que está mais adiantado, uma vez que o outro está ainda em estágio inicial. Darei assim prioridade ao que me parece mais relevante no momento.

O tema foi incluído em 2007 na agenda de trabalho da CDI e o perito russo Roman Kolodkin foi designado Relator Especial, e apresentou um relatório preliminar em 2008, e dois relatórios em 2011¹¹. Além disso, o Secretariado preparou um memorando de subsídios.¹²

Os trabalhos apresentados por Kolodkin foram recebidos como contribuição competente, que refletia adequadamente os aspectos técnicos e uma visão conservadora do direito internacional vigente, pouco propensa a admitir exceções à aplicação da imunidade em casos de violações de crimes internacionais de grande relevância para a comunidade internacional, e apenas disposto a examinar esta possibilidade em caso de crimes cometidos contra o Estado do foro, como espionagem e sabotagem. Apresentou em seu último relatório algumas conclusões preliminares, que não chegaram a ser objeto de deliberação pela CDI.

Kolodkin deixou de ser membro da Comissão e assumiu seu lugar em 2012 a Profa. Concepción Escobar Hernandez (Espanha), que logo realizou consultas informais com os membros da Comissão e apresentou na mesma sessão um relatório preliminar¹³, de transição. Neste relatório, indicava que levaria em conta os relatórios de Kolodkin e a contribuição do Secretariado. Demonstrou porém disposição para adotar um enfoque mais inovador, que incorporasse as complexidades, desafios e controvérsias políticas do tema, que se propunha discutir com cautela e paulatinamente, mas sem evitar o potencial de desenvolvimento progressivo e a evolução da prática internacional e da *opinio juris* na matéria, e que não perdesse de vista a necessidade de verificar a articulação entre o resultado do trabalho da Comissão sobre a questão das imunidades e os princípios e valores da comunidade internacional, inclusive aqueles relativos à proteção dos direitos humanos e ao combate contra a impunidade.

11. Relatório preliminar, doc. A/CN.4/601; Segundo relatório doc. A/CN.4/631 e Terceiro relatório, doc. A/CN.4/646. Estes relatórios e outros documentos pertinentes podem ser consultados na página <http://legal.un.org/ilc/>

12. Doc. A/CN.4/596.

13. Doc. A/CN.4/654.

O relatório preliminar abriu assim a porta para a consideração da questão da imunidade sobre uma nova luz. Mas a relatora considerou necessário seguir um programa de trabalho que estabelecesse em primeiro lugar uma firme base conceitual sobre o campo de aplicação, as definições dos termos utilizados, a quem se aplica e se estende a imunidade, antes de abordar a questão das possíveis exceções.

Seu segundo relatório (2013)¹⁴ examinou aqueles aspectos e ainda os conceitos de imunidade e jurisdição e a diferença entre imunidade *ratione personae* e imunidade *ratione materiae* e a identificação dos elementos normativos da imunidade *ratione personae*.

Com base no relatório, na discussão no plenário e no exame dos projetos de artigos submetidos ao Comitê de Redação, foram provisoriamente adotados três projetos de artigos que definem o campo de aplicação do projeto, do qual foram excluídas tanto as jurisdições criminais internacionais (tribunais internacionais- que não admitem imunidades) , como as imunidades definidas em instrumentos convencionais específicos (diplomáticas, consulares e outras). Após muita controvérsia, aceitou-se limitar o número dos beneficiários da imunidade *ratione personae* aos titulares da chamada “troica”- Chefes de Estado e de Governo e Ministros das Relações Exteriores. O campo de aplicação da imunidade *ratione personae* foi definida como aplicável aos atos praticados em caráter oficial ou privado por estes titulares antes e durante o exercício daquelas funções, cessando no momento que deixam os cargos, sem prejuízo de manterem imunidades por atos oficiais em virtude da imunidade *ratione materiae*.

Um dos aspectos importantes da metodologia da CDI é que a cada etapa de suas deliberações, o relatório da Comissão e o conteúdo de cada tópico é submetido à AGNU, que discute e comenta as matérias, emitindo juízos e adotando algumas resoluções sobre o trabalho. Além disso, a CDI solicita que os Estados apresentem comentários, em particular expressando opiniões e informando sobre a prática nacional na matéria. Este diálogo com os Estados é de grande importância, embora seus resultados imediatos deixem a desejar.

O terceiro relatório¹⁵, em 2014, e o quarto relatório, em 2015, dedicaram-se a examinar os elementos normativos da imunidade *ratione mate-*

14. Doc. A/CN.4/661.

15. Doc. A/CN.4/673.

riae. Estes elementos são examinados sob o aspecto subjetivo: quem se beneficia desta imunidade?; sob o aspecto material, que tipo de atos praticados por tais pessoas são cobertos por esta imunidade?; e pelo aspecto temporal, qual o tempo de aplicabilidade desta categoria de imunidade?

O aspecto temporal é relativamente simples, uma vez que há pouca discussão em torno do conceito de que a imunidade *ratione materiae* vigora sobre os atos praticados sob sua proteção por tempo indeterminado.

Já os dois primeiros aspectos são de difícil conceituação e incidem sobre a proteção a ser estendida pela imunidade *ratione materiae*. Quanto aos beneficiários, o conceito de agente, órgão, funcionário ou representante do Estado suscitou ampla análise no relatório e intensa controvérsia na Comissão. Havia um elemento linguístico difícil de resolver e, além disso, a importância de adotar um enfoque estrito para definir o indivíduo capaz de praticar um ato ou exercer uma conduta protegida pela imunidade *ratione materiae* é central para evitar que agentes oficiosos, terceirizados ou apenas remunerados mas sem vínculo direto com o Estado pudessem ser caracterizados como beneficiários. Seriam os chamados agentes ou funcionários *de facto*. Por isso, a definição do elemento subjetivo foi estreitamente vinculada à do elemento material, isto é, a natureza do vínculo do autor da conduta tinha que ser compatível com a definição da conduta.

Todos estes aspectos aparentemente técnicos na realidade repercutem sobre o futuro tratamento da questão da natureza ou definição de possíveis exceções. Sendo a imunidade uma norma de caráter excepcional, que suspende ou impede o curso de uma função soberana do Estado do foro, o exercício de sua jurisdição, sua interpretação deve ser restritiva.

Assim, como resultado dos debates em 2014, foi possível adotar provisoriamente o projeto de artigo 2- dedicado às definições, a alínea (e), que traduzido informalmente em português afirma:

(e) Funcionário do Estado.

“Funcionário do Estado para as finalidades do presente projeto de artigos significa qualquer pessoa que representa o Estado ou exerce funções do Estado”;

Foi igualmente adotado provisoriamente o projeto de art. 5 sobre “Pessoas que se beneficiam da imunidade *ratione materiae*”: “Os funcionários

do Estado, que agem no exercício de suas funções se beneficiam de imunidade *ratione materiae* em relação à jurisdição criminal estrangeira”.

O relatório deste ano ¹⁶ investigou os critérios constitutivos do “ato praticado no exercício de função oficial”, elemento identificador do vínculo do autor do ato com o Estado.

Com base na jurisprudência internacional e nacional e na prática de tratados relevantes (como as Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares) e em trabalhos anteriores da CDI, como os projetos de artigos sobre a responsabilidade internacional dos Estados por atos ilícitos do ponto de vista internacional, os princípios de direito internacional decorrentes da Carta e do Julgamento do Tribunal de Nuremberg e o Projeto de Código sobre Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, a Relatora considerou que as características de um “ato praticado no desempenho de função oficial” são as seguintes: 1) o ato é de natureza penal (conforme a legislação do Estado do foro); 2) o ato foi praticado em nome do Estado; 3) o ato compreende o exercício da soberania e de elementos da autoridade governamental.

Apesar da reconhecida qualidade do relatório, seu debate ensejou muitas divergências entre os membros. Entre os aspectos mais controversos foram a definição do ato como de natureza penal; a questão dos critérios de atribuição de responsabilidade que, a juízo da Relatora, devem ser adaptados ao contexto de uma investigação penal que difere assim daquele adotado pelos projetos de artigos sobre responsabilidade dos Estados por atos ilícitos segundo o direito internacional. O resultado mais significativo desta discussão foi a invocação da tese “um só ato, responsabilidade dupla- penal do indivíduo e civil e ou internacional do Estado”- que a CIJ incorporou em seu julgamento no caso “*Aplicação da Convenção contra o Genocídio (Bósnia-Herzegovina v. Sérvia e Montenegro, 1996)*”.¹⁷

16. Doc. A/CN.4/686.

17. Vide: *The European Journal of International Law* Vol. 18 no. 4 © EJIL 2007; *International State Responsibility for Genocide: A Follow-Up*. Marko Milanovic *

“The judgment truly excels as a final validation of the attribution model of state responsibility, as envisaged decades ago by Roberto Ago, and now codified in the International Law Commission Articles on State Responsibility, 4 and predicated on the methodological separation between primary and secondary rules of international law. 5 The Court also made several significant pronouncements regarding state responsibility for

Este conceito da responsabilidade dupla é um elemento que abre claramente espaço para uma eventual exceção que permita suspender a aplicação da imunidade a um funcionário acusado da prática de um crime e permitir a aplicação da jurisdição criminal do país do foro, sem suscitar a controvertida questão da imputabilidade criminal do Estado. Ao Estado seriam aplicados, se cabíveis, os critérios relativos à responsabilidade pela transgressão de uma norma do direito internacional.

Na sessão de 2015 mais dois projetos de artigos foram considerados. A definição de ato oficial, alínea (f) do art. 2, e o artigo 6, que determina o elemento temporal da imunidade *ratione materiae*. A CDI tomou nota por enquanto dos citados dispositivos. Cabe notar que o mais importante deles, a alínea (f) da definição de ato oficial estabelece como nexos entre o ato e seu caráter oficial o “exercício da autoridade governamental”. Na realidade foi mais importante o debate sobre as questões e a análise conduzida no relatório de 2015 do que os projetos adotados. A relatora previu no seu programa de trabalho para 2016 matérias que abordarão a questão das possíveis exceções à imunidade.

O segundo tópico que terá que abordar a questão das imunidades é o intitulado “Crimes contra a Humanidade”. Figura há pouco tempo no programa de trabalho da CDI, no qual foi introduzido por proposta do membro norte-americano Prof. Sean Murphy, que foi escolhido Relator Especial do mesmo. Murphy, no documento que formulou a proposta de incorporação do tema, destacou que, dos três crimes internacionais mais importantes: genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, esta última categoria é a única que, embora capitulada nos instrumentos constitutivos das jurisdições dos tribunais internacionais até agora estabelecidos, não é objeto de um instrumento convencional global que estabeleça obrigações relativas à prevenção e punição pelos Estados parte destes crimes e a cooperação entre os mesmos para assegurar a aplicação da justiça aos acusados de tê-los cometido.¹⁸

acts of non-state actors, in this case the responsibility of Serbia for the genocide committed by the VRS/Republika Srpska. Most importantly for the future, the Court correctly applied the two tests of attribution that it formulated in its Nicaragua judgment, those of complete control and effective control, while rejecting the overall control test proposed by the ICTY Appeals Chamber in the Tadić case.

18. Cf doc. A/68/10 Anexo B pg. 140 e seguintes, de 2013.

A proposta de um jurista norte-americano de preparar um projeto de convenção sobre crimes contra a humanidade, iniciativa precedida de várias reuniões promovidas por entidades acadêmicas daquele país e publicações em apoio da iniciativa não deixou de suscitar alguma preocupação. A mais importante foi a de que se estivesse promovendo um instrumento convencional que viesse debilitar o TPI, ao tratar diferentemente a questão dos crimes contra a humanidade, capitulados no Estatuto de Roma. Poderia tratar-se, com efeito, de uma forma de estabelecer uma via paralela que abrisse caminho para os Estados que se opõem aos princípios e métodos estabelecidos pelo TPI.

A outra preocupação é que, embora seja verdade inexistir uma convenção global nos moldes indicados pelo Relator Especial, os crimes contra a humanidade estão tipificados no Estatuto de Roma, instrumento vinculante ratificado por mais de cem países, pelo Estatuto dos Tribunais ad-hoc para ex-Iugoslávia e Ruanda e constituem na realidade matéria que faz parte já do direito internacional costumeiro consolidada em ampla jurisprudência.

O trabalho da Comissão teria assim que ser codificador deste direito costumeiro e cuidadosamente evitar qualquer elemento que significasse enfraquecimento da delicada arquitetura alcançada com a adoção do Estatuto de Roma.

A Anistia Internacional preparou um interessante relatório¹⁹ com diversas recomendações sobre mecanismos e regras que o projeto deveria conter: 1) Jurisdição universal; 2) Irrelevância da presença do acusado no Estado do foro para início do processo; 3) Obrigação de processar ou extraditar; 4) Proibição de anistias e outras medidas de impunidade para crimes proibidos por normas peremptórias de direito internacional; 5) Interdição de tribunais militares; 6) Proibição de reservas.

O primeiro relatório apresentado este ano pelo Prof. Sean Murphy²⁰, busca dissipar algumas destas inquietações, expondo as possíveis vantagens e benefícios de uma convenção que, sendo compatível com o Estatuto de Roma, criaria para os Estados Parte obrigações a nível nacional de tipificar os crimes contra a humanidade tal como elencados

19. Amnesty International. International Law Commission. Initial recommendations for a convention on crimes against humanity. 2015. Pode ser consultado no endereço eletrônico respectivo.

20. Doc. A/CN.4/680.

no instrumento criador do TPI e, além disso, estabeleceria um sistema pelo qual os Estados deveriam cooperar entre si para o combate a estes crimes mediante mecanismos de cooperação judicial, inclusive a norma relativa à obrigação de processar ou extraditar.²¹

O relator especial logo apresentou, precedido de amplo histórico e material de referência sobre o desenvolvimento do conceito e a jurisprudência sobre crimes contra a humanidade no direito internacional, quatro projetos de artigos que, depois de debatidos pela CDI e examinados no Comitê de Redação, foram aprovados provisoriamente pela Comissão.

Estes artigos têm por finalidade: 1) estabelecer o campo de aplicação da convenção “prevenção e punição dos crimes contra a humanidade”; 2) define crimes contra a humanidade, cometidos em conflito armado ou tempo de paz, são crimes perante o direito internacional, que os Estados se comprometem a prevenir e punir; 3) definir os crimes proibidos de forma que acompanhe literalmente o correspondente artigo do Estatuto de Roma, a fim de evitar qualquer possibilidade de conflito de interpretação; 4) estabelecer a obrigação dos Estados de cooperar para prevenir os crimes contra a humanidade e em seu parágrafo 2 estipular que nenhuma circunstância pode ser invocada como justificação para a prática de tais crimes.

É interessante registrar que o primeiro relatório de Murphy, no capítulo referente ao tratamento dos crimes contra a humanidade no direito interno menciona o Brasil como exemplo das dificuldades que “tais casos” (anteriores exemplos) podem suscitar em relação a imunidades, prescrição e os efeitos das leis de anistia nacionais. O parágrafo 56, pag. 20 e 30, diz : “For example, in the *Rubens Paiva* case currently being prosecuted in Brazil, lower courts have allowed a prosecution to proceed against former military or police officers alleged to have committed crimes against humanity, notwithstanding Brazil’s 1979 amnesty law.” A nota de rodapé 122 explica a confirmação da sentença pelo Tribunal Federal Regional (segunda instância) e

21. Em seus relatórios, o Prof. Murphy tem mencionado levantamentos realizados por organizações não governamentais sobre o percentual importante de países que ainda não tipificaram, em suas legislações internas, todos os crimes constantes do Estatuto de Roma. O Brasil dispõe de legislação sobre o crime de genocídio e os crimes de guerra, mas ainda não concluiu o processo de internalização em relação à tipificação dos crimes contra a humanidade.

alude à suspensão dos procedimentos pelo STF em 2014 para determinar a aplicabilidade da lei de anistia.

O segundo relatório do Prof. Sean Murphy foi dado a conhecer aos membros da CDI recentemente, mas ainda não está disponível no endereço eletrônico da Comissão, o que acontecerá quando for traduzido nos idiomas oficiais.

Seria prematuro analisar de forma ampla este documento, que será submetido à 68ª sessão da CDI. Uma leitura preliminar do documento indica que o mesmo prossegue no exame e apresentação de projetos de artigos em questões como a obrigação de tipificar os crimes na legislação criminal interna, prever penas compatíveis com a gravidade dos atos cometidos, de estabelecer a jurisdição nacional segundo os modelos seguidos pelas convenções internacionais que tratam de outras categorias de crimes internacionais (universal).

Aborda também a questão da responsabilidade nos diferentes níveis da cadeia de comando no grupo militar ou não que levou a cabo o crime, e segue em suas propostas, o preceito, incorporado desde os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, de que a responsabilidade pelo ato delitivo deve estender-se desde os perpetradores diretos, aos comandantes imediatos e às hierarquias mais elevada onde o planejamento das ações que resultaram na perpetração dos atos foi planejada ou, tendo sido conhecida, sua execução não foi sustada.

O tema da imprescritibilidade é abordado, mas ainda não se pode determinar claramente o intuito do Relator Especial. Reconhece ele a tendência dominante a considerar que, para crimes desta natureza, o estatuto da prescrição não deveria ser aplicado, mas ao citar alguns exemplos de convenções que deixaram certa latitude ao legislador nacional nesta matéria, parece também inclinar-se neste sentido.

Ao referir-se brevemente num dos parágrafos iniciais do segundo relatório ao debate ocorrido durante a Assembleia Geral em 2015 (VI Comissão), Murphy refere-se a posições expressas por Estados, certamente bastante variadas em suas opiniões, mas algumas das quais foram favoráveis à consideração da questão das imunidades, da não prescrição dos crimes, da reparação às vítimas e da importância da jurisprudência dos tribunais internacionais.

Prevê o documento também, como em outros instrumentos internacionais, a obrigação de iniciar prontamente investigações com vistas a

processar os acusados, cooperar com outros Estados e eventualmente proceder à extradição se esta for cabível. São igualmente ressaltadas a necessidade de preservação dos direitos de defesa dos acusados e o tratamento justo aos mesmos.

Parece provável que, no curso das futuras discussões sobre o projeto, não poderá deixar de ser considerada a relação entre a questão da imunidade de jurisdição no plano nacional e no plano internacional, assim como algumas das outras questões suscitadas no relatório da Amnesty International.

Conclusão. Algumas Considerações sobre a CDI

Ao dedicar dois tópicos de sua agenda a temas relacionados com o direito criminal internacional, a Comissão de Direito Internacional retoma questões que estiveram desde o início de sua existência na sua pauta de trabalhos. Exemplos desta primeira fase, como anteriormente citado, são a elaboração dos Princípios de direito internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e a das duas versões do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade.

Ao voltar a abordar estas questões, deverá incorporar elementos importantes da evolução do pensamento jurídico internacional e da prática dos Estados e da jurisprudência dos tribunais internacionais e nacionais nas décadas finais do século XX e nestes primeiros anos do século XXI.

A história destes anos é sombria. A esperança de que o fim da Guerra Fria inaugurasse um era de paz, estabilidade e cooperação para o mundo moderno e globalizado foi desmentida pela sucessão de conflitos de toda natureza, sobretudo internos ou regionais, acompanhados de violações das regras mais elementares do direito internacional.

Esta situação se prolonga até os dias atuais, sem que se possa prever como e quando condições para o estabelecimento de uma ordem internacional fundada nos princípios da Carta da ONU, possam vir a ser alcançadas de forma estável. Se a paz prevalecesse e o direito internacional fosse o paradigma da conduta dos Estados, certamente haveria condições mais favoráveis para resolver os inúmeros problemas que a humanidade enfrenta e que requerem a participação coletiva para seu enfrentamento.

Apesar de tudo, é preciso confiar na busca de soluções. A ordem internacional cuja principal estrutura jurídica é o conjunto de normas e instituições configuradas a partir da Carta da ONU não ruiu. Ela continua a prover, através de uma paciente construção de espaços para a negociação e o diálogo, o ambiente para buscar soluções para questões de toda a natureza, desde as do meio ambiente e mudança climática até as da luta contra enfermidades, epidemias e catástrofes, assim como toda a panóplia de áreas econômicas e sociais e de direitos humanos onde a cooperação entre os Estados e destes com suas respectivas sociedades se torna mais necessária.

A CDI é apenas um pequeno forum de peritos jurídicos que dialoga com os Estados, como órgão subsidiário da Assembleia Geral, bem como com outras instituições internacionais, e busca adequar sua agenda aos novos tempos e trazer contribuições que possam ser de utilidade para o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional.

Neste artigo, procurei apresentar dois exemplos que me pareceram relevantes e atuais do trabalho da CDI, em campos que buscam responder a preocupações e objetivos contemporâneos. A reputação da CDI como órgão dedicado ao desenvolvimento progressivo e à codificação do direito internacional foi grandemente devida à produção de textos que se transformaram em convenções internacionais de notável importância, como aquelas sobre direito dos tratados, relações diplomáticas e consulares, entre outras.

Ao renovar sua agenda, a CDI mostra disposição de continuar a contribuir maneira relevante a responder a aspectos e dificuldades contemporâneas da comunidade internacional no caminho do aperfeiçoamento do império do direito no plano internacional. Entre os temas recentemente concluídos se destacam os relativos à “Expulsão de estrangeiros”; “Direito dos aquíferos transfronteiriços”; “Efeitos dos conflitos armados sobre os tratados”. Deverá encerrar-se também em 2016 a segunda leitura dos projetos de artigos sobre “Proteção das pessoas em situações de desastre”.

Cabe lembrar que o trabalho da CDI não se traduz somente na elaboração de projetos destinados a se transformarem em convenções. Vários temas têm sido abordados com a finalidade de produzir diretrizes, princípios e conclusões que sejam de utilidade para esclarecer

certos aspectos do direito internacional e de sua prática. É o caso do importante projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos Estados, que, apesar de não haver sido encaminhado a um processo de elaboração de instrumento convencional, é considerado, e por vezes referido por instâncias de grande relevância, como a Corte da Haia, como refletindo elementos do direito costumeiro internacional.

Ao encerrar esta modesta contribuição, quero louvar e felicitar os organizadores desta comemoração do centenário do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Trata-se de um empreendimento que atende a uma premente necessidade que, nos anos que venho atuando na CDI tenho notado com preocupação.

A CDI tem como uma de suas mais importantes tarefas, que se faz sentir em todos os tópicos da agenda, explorar a prática e a jurisprudência dos Estados como forma de aferir como se aplica o direito internacional. Infelizmente, sabemos que, por muitas razões, históricas e outras, o direito internacional sofre ainda de uma grande dose de eurocentrismo, e quando não de um predomínio de autores e textos de origem europeia ou anglo-saxônica.

O conhecimento sobre o pensamento e a prática do direito internacional no Brasil é limitado, para usar um eufemismo. Contribui em boa parte para isso a ausência de periódicos e revistas brasileiras com textos em línguas oficiais da ONU, o que facilitaria a menção, nos estudos a que me referi acima, de precedentes e autores brasileiros.

Acolho assim como importante avanço o fato de que, na carta convite que recebi do Professor Wagner Menezes, de que o Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, se menciona a possibilidade de contribuições em outros idiomas como inglês, espanhol e francês. Arrisco-me a sugerir que o capítulo que costuma ser dedicado em tal publicação a decisões de tribunais nacionais que apliquem aspectos de direito internacional ou acordos internacionais subscritos pelo Brasil também tenha uma versão pelo menos em um destes outros idiomas.



CAPÍTULO IX

A ONU HOJE¹

Celso Amorim²

Se os resultados visíveis da Segunda Conferência ficam, entretanto, aquém das esperanças dos entusiastas da paz, os seus resultados invisíveis, quero dizer a sua obra de insinuação, de penetração, de ação moral, foram muito mais longe. (...) Ela mostrou aos fortes o papel necessário dos fracos na elaboração do direito das gentes. (Rui Barbosa, 1907)

“Um mundo sem as Nações Unidas seria impensável. O encaminhamento de soluções para muitos problemas teria sido muito mais árduo, lento e complicado ou, em alguns casos, mesmo impossível”. Extraio esse comentário, algo otimista quando visto com o olhar retrospectivo sobre as duas últimas décadas, de uma palestra – “A diplomacia multilateral do Brasil: um tributo a Rui Barbosa” - que proferi em novembro de 2007, ano em que se celebrou o centenário da Segunda Conferência de Paz da Haia. Rui Barbosa, cujo nome está indissolúvelmente ligado a este boletim, teve nela papel de grande destaque. Mais do que o domínio de vários idiomas e de conhecimentos jurídicos, que impressionaram outros delegados, Rui demonstrou firmeza na defesa de princípios até hoje caros à diplomacia brasileira, como a igualdade soberana dos Estados. De forma coerente, não permitiu que o tratamento privilegiado que se pretendia dar às grandes potências da época, em especial na almejada Corte Permanente de Arbitragem, viesse de encontro aos interesses brasileiros.

Nesse mesmo pronunciamento de 2007, destaquei que

1. Muitas das ideias deste artigo foram tratadas de modo mais detalhado no artigo “A ONU aos setenta: apontamentos para um livro de memórias” que escrevi para a coletânea organizada pela Fundação Alexandre de Gusmão em comemoração aos setenta anos da Organização das Nações Unidas (no prelo).

2. Embaixador, foi Ministro das Relações Exteriores nos governos do Presidente Itamar Franco e do Presidente Lula e Ministro da Defesa no governo da Presidenta Dilma Rousseff.

Rui Barbosa foi um pioneiro da diplomacia multilateral no Brasil. (...) Contemporâneo do Barão do Rio Branco, o patrono da nossa diplomacia, Rui inaugurou uma linha de atuação que perdura até hoje: a defesa da igualdade entre os Estados e da democratização das relações internacionais.

Em minha fala, quase toda dedicada aos esforços brasileiros, durante os primeiros anos do novo milênio, a fortalecer o multilateralismo, enfatizei também a necessidade de reforma de algumas instituições e órgãos da ONU. Cito alguns trechos, a meu ver, ainda pertinentes, oito anos depois:

O multilateralismo encontra nas Nações Unidas sua mais legítima expressão. A ONU tem vocação universalista, de inclusão dos povos e de respeito à soberania de seus Estados-membros. (...) A autoridade moral da ONU fundamenta sua ação transformadora e fortalece seu papel como foro privilegiado para disseminar ideias e valores em benefício de toda a humanidade. Mesmo quando as ações da ONU parecem não ter resultados imediatos (...) a ONU ajuda a formar a consciência do mundo.

Não me limitei, porém, a exaltar as virtudes e méritos da ONU. Cuidei, também, de apontar as reformas que, do ponto de vista do Brasil, pareciam mais necessárias, algumas delas já em curso, outras paralisadas pelas divergências entre seus membros:

Desde o primeiro momento, apoiamos a criação do Conselho de Direitos Humanos. O Brasil teve participação de relevo nas negociações para sua constituição. Confiamos que o Conselho contribuirá para a efetiva promoção e a proteção dos direitos humanos em todo o mundo, e que ponha fim à seletividade e à politização que tanto caracterizaram a antiga Comissão de Direitos Humanos. Uma ideia que temos defendido é a de que a situação dos direitos humanos no mundo seja objeto de um “Relatório Global”³.

3. Afinal, a proposta do Brasil foi acatada com a criação do chamado “Mecanismo de Revisão Periódica Universal” da situação dos direitos humanos em todos os países.

(...) Também apoiamos o estabelecimento da Comissão de Construção da Paz. A maioria dos conflitos no mundo ocorre em países fragilizados econômica e socialmente⁴. Seria um erro ignorar a ligação entre elementos socioeconômicos e situações de insegurança (...). Privilegiamos um sistema de segurança coletiva verdadeiramente multilateral. A força militar só deve ser usada como último recurso, nas condições claramente estabelecidas pela Carta da ONU, uma vez esgotados todos os esforços diplomáticos.

Não fugi, naquela palestra, em que o nome de Rui era sempre lembrado, das questões mais complexas e delicadas, até hoje sem solução:

A reforma da ONU não estará completa tampouco sem a expansão e a atualização do seu Conselho de Segurança, cujos membros permanentes seguem sendo os mesmos de seis décadas atrás. Desde 1945, o número de Estados-membros [da ONU] quase quadruplicou, com acentuado aumento no número de países em desenvolvimento.

E prossegui:

Naturalmente, é difícil conciliar o ideal democrático em sua forma mais pura, que inspirava o pensamento de Rui Barbosa, e a necessidade de um órgão com capacidade de decisão rápida e eficaz em temas que exigem soluções muitas vezes em caráter de urgência, como são os da paz e segurança internacionais.

Com humildade, reconheci que não há “respostas absolutas ou irrefutáveis para essa contradição intrínseca”. Diante dela, “o que podemos almejar no atual estágio de evolução da relação entre os Estados é

4. A questão dos “Estados frágeis” continua a afligir, embora desde ângulos diversos, todos aqueles que procuram realizar uma reflexão séria sobre questões de segurança e justiça nas relações internacionais. Este e outros temas foram abordados no relatório da *Commission on Global Security, Justice & Governance*, publicado em junho de 2015 e que pode ser acessado em <<http://www.globalsecurityjusticegovernance.org>>. A comissão é co-chefiada pela ex-Secretária de Estado Madeleine Albright e pelo ex-Ministro das Relações Exteriores da Nigéria Ibrahim Gambari.

um sistema que busque equilibrar da melhor forma critérios de representatividade e de eficácia”.

Muitas das considerações que fiz em 2007 permanecem válidas. A Carta de São Francisco estabelece como objetivo central da Organização o de libertar as gerações vindouras do “flagelo da guerra”. E, no entanto, setenta anos depois, ainda cabe perguntar se esse elevado objetivo (ou esse “sonho”) está sendo alcançado e em que medida. Em um documento do grupo “Elders”⁵ de 7 de fevereiro deste ano⁶ enumeram-se algumas situações críticas, que comprovariam que a resposta àquela indagação fundamental não pode ser afirmativa. Muitos são os fatores que continuam a engendrar conflitos entre países ou dentro deles. Motivações culturais, étnicas ou religiosas – além da cobiça pura e simples – podem ser invocadas como causas de guerras (declarados ou não) ou de matanças de todo gênero.

Não é objetivo da ONU reformar o ser humano – tarefa para as filosofias ou religiões – ainda que uma das organizações da “família ONU”, a UNESCO, tenha como lema levar a Paz ao “espírito dos homens”. Tudo que a ONU pode fazer é contribuir para o estabelecimento de condições (ou “circunstâncias”) que inibam o emprego da violência como forma de solução de diferenças. É uma forma de combater o mal ou sua disseminação sem a pretensão de erradicá-lo de forma absoluta. Aliás, contrariamente à religião, o domínio de toda política (inclusive a internacional) é o do “relativo”. A tentação, por vezes muito presente na ação de alguns países ou governos (e também de grupos não estatais), de dar à política um caráter “absoluto” em geral contribui para agravar os problemas e não para solucioná-los.

É na capacidade de criar condições favoráveis ao encaminhamento de questões complexas, com o potencial de levar ao conflito - ou de situações em que este já está presente de maneira aberta - que as realizações e insuficiências das Nações Unidas devem ser buscadas. Não é este o lugar de analisar, caso por caso, o que a ONU poderia ter feito ou

5. O “Elders” é um grupo liderado por Kofi Annan que congrega líderes globais que trabalham juntos pela paz e pelos direitos humanos. O grupo foi fundado em 2007 por Nelson Mandela.

6. As ideias centrais desse documento foram publicadas em um artigo de Gro Brundtland e Kofi Annan no *New York Times*, em 6 de fevereiro, intitulado “Four ideas for a stronger UN”.

deixado de fazer para impedir que morticínios como os de Ruanda ou da antiga Iugoslávia ocorressem. Pode-se dizer com segurança, creio, que ações unilaterais – sobretudo as que implicam o emprego da força – e, pior, a tentativa de justificá-las dos pontos de vista ético e moral estão entre os principais causadores de vários conflitos armados e, mesmo, do espantoso crescimento da ameaça terrorista. Na verdade, ao virtualmente destruir estruturas estatais, que, bem ou mal, continham as disputas entre facções religiosas ou étnicas, o uso unilateral da força “destampou a panela de pressão”, dentro da qual essas facções, de uma forma ou de outra, tinham de conviver. O refrão tantas vezes repetido em relação a governos sem dúvida despóticos mas, de alguma forma, “eficientes” de que *“doing nothing is not an option”* provavelmente causou mais morte e mais insegurança do que muitos regimes autoritários (em si mesmo condenáveis, mas cujo fim e/ou transformação devem ser buscados, ou melhor estimulados, por outras formas e, quando possível, pela persuasão e pelo exemplo). Assim, um dos maiores desafios para os reformadores é instituir um sistema que iniba as ações unilaterais, sejam elas de um único Estado ou de um grupo de Estados.

Reformar as instituições não terá, por si só, o efeito mágico de alterar o comportamento dos Estados, sobretudo os mais fortes e poderosos. Uma boa parte das “garantias de paz” terá que ser buscada em alguma forma de “equilíbrio de poder”. Nos dias de hoje, equilíbrio de poder, em termos globais, significa essencialmente “multipolaridade”. Esse neologismo, segundo a minha percepção, se deve, sobretudo, à criatividade da França, em especial, do então Ministro Hubert Védrine, no final dos anos noventa, durante a “coabitação” de Jacques Chirac com os socialistas. Àquela altura, Paris estava preocupada em conter os arroubos da “hiperpotência” (outra inovação de linguagem de origem gaulesa).

A construção de um mundo multipolar depende de inúmeros fatores (econômicos, políticos, culturais), que certamente estão além da capacidade dos reformadores, mesmo dos mais bem intencionados. Atitudes políticas dos Estados podem, porém, contribuir para essa construção. Concretamente, a existência de grupos como os BRICS deve ser vista sob essa ótica: como contrapeso (não necessariamente contraposição) ao redivivo G7 (agora que o G8 parece ter morrido de vez). Sua consolidação por meio de instituições financeiras, como o Novo Banco de Desenvolvimento e o Fundo de Contingência, deve ser

saudada como uma tendência positiva. Papel semelhante, ainda que sem o mesmo peso dos BRICS, é desempenhado por outras associações e grupos, voltados para a cooperação e/ou integração de países em desenvolvimento, seja no plano regional seja no nível sistêmico, como a UNASUL, o G20 comercial e o IBAS (este baseado também em “afinidades”⁷ – o que não é de se desprezar). A multipolaridade, em si mesma, não traz a garantia de paz ou de progresso. Vale para ela a observação de vários estudiosos sobre o “balanço de poder” europeu, para os quais este funcionava como um instrumento de independência dos atores (o que obviamente não é pouco), mas não assegurava a inexistência de conflitos.

A busca da paz e do progresso não prescinde de um ordenamento normativo que dê à multipolaridade um sentido ético. Aplica-se ao plano internacional o dito de Santo Agostinho de que, sem um propósito ético, os governos não se distinguem de um bando de ladrões de estrada. Um sistema multilateral sólido é constituído por instituições. E a “mãe” de todas elas (no sentido ontológico e não no cronológico), no plano internacional, é, sem dúvida, a ONU. Daí a legitimidade da pergunta, formulada de modo angustiado e angustiante, pelos *Elders*: “o que precisa ser mudado?” Tampouco espanta que, ao buscar o que necessita mudar, o grupo (coincidentemente com a análise que fiz em 2007) se tenha concentrado no Conselho de Segurança, órgão ao qual a Carta de São Francisco atribui a “responsabilidade primária” pela manutenção da paz e da segurança internacionais, ainda que algum espaço seja concedido também nas sugestões avançadas pelos *Elders* à forma de escolha do Secretário Geral.

Essa ênfase na necessidade de reformar o Conselho de Segurança não implica, de forma alguma, diminuir a importância da dimensão do desenvolvimento nas Nações Unidas. Uma “agenda do desenvolvimento” foi corretamente defendida pelo Brasil, nos anos noventa, como um contraponto indispensável à “agenda de paz”, proposta pelo então Secretário Geral Boutros Ghali, no período que se seguiu à queda do muro de Berlim e ao fim da guerra fria. Crises recentes como a do

7. Entre as características mais exaltadas pelos governantes dos membros do IBAS estava o fato de os três países serem grandes democracias multiculturais e multiétnicas, uma em cada continente do Sul Global.

ebola ilustram, de maneira dramática, como a pobreza e o abandono podem causar tantas mortes e desolação quanto os conflitos armados, cuja origem, aliás, frequentemente está ligada – de forma direta ou indireta - à miséria e precárias condições de vida de grande parte da população do planeta. Da mesma forma, os chamados “desastres naturais” têm seu efeito multiplicado pela precariedade das infraestruturas e da organização social. Mesmo sem o explicitar, o documento dos *Elders* parece reconhecer que, na vertente do desenvolvimento (econômico, social, cultural e político), os avanços são necessariamente incrementais e não dependem (ou não dependem tanto) da maneira como as instituições internacionais estão organizadas, embora se possa legitimamente argumentar que nessas organizações esta não seja uma questão indiferente (vide embates na OMC, FMI, Banco Mundial, etc).

A discussão sobre a reforma do Conselho de Segurança já dura mais de duas décadas. Já era um tema presente na agenda quando se celebrou o quinquagésimo aniversário da Carta de São Francisco e ganhou força por ocasião dos sessenta anos da ONU, em função do Relatório de um Grupo de Alto Nível convocado pelo Secretário Geral⁸. Paralelamente, os países que mais claramente se apresentavam como possíveis candidatos a um assento permanente em um Conselho reformado (Alemanha, Brasil, Índia e Japão) adotaram posição mais assertiva, apresentando proposta específica para a reforma⁹. Intensas discussões ocorreram dentro de grupos regionais ou destes com o G4. Não foi possível, por motivos complexos - difíceis de resumir em um texto como este - chegar-se a um consenso sobre um texto que unificasse a posição

8. Em 2003, o então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, convocou uma comissão composta de dezesseis especialistas, intitulada *High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. Em dezembro de 2004, o painel apresentou o relatório *A More Secure World: A Shared Responsibility*, que identificava os principais desafios a serem enfrentados. Sobre a reforma do Conselho de Segurança, apresentava duas opções: a opção A, que contemplaria seis novos assentos permanentes e mais três assentos não permanentes com mandatos de dois anos; e a opção B, em que não haveria assentos permanentes, previa uma nova categoria de oito assentos com mandatos de quatro anos (reelegíveis) e um assento com mandato de dois anos (não reelegível). Em ambas as propostas, o Conselho passaria a ser composto de um total de 24 membros.

9. Em julho de 2005, o G4 apresentou o projeto de resolução A/59/L.64. A proposta de reforma baseia-se na inclusão de 6 novos assentos permanentes e 4 novos assentos não-permanentes, sem uso de veto até conferência de revisão em 15 anos.

do G4 com a do grupo africano, o qual teria fortes chances de ser aprovado pela Assembleia Geral. Bastaria assinalar que uma única questão de substância separou as duas propostas. Enquanto os africanos adotavam uma posição “maximalista”, exigindo dois assentos permanentes para os países do continente, com poder de veto, o G4, de forma mais realista, admitia que os novos membros permanentes não teriam essa prerrogativa – ou não fariam uso dela. Deve-se notar que essa exigência, a primeira vista justa, mas inviável, era promovida principalmente por países de porte médio (especialmente pelos do Norte da África, mas, de modo menos consistente, por alguns outros), que não desejavam uma reforma (baseada na “opção A” do relatório supracitado), em que dificilmente seriam os escolhidos.

A atitude de alguns membros permanentes, em especial Estados Unidos e China, tampouco ajudou. O Governo norte-americano, que fora um dos defensores da expansão do Conselho, na década de noventa – pensando, sobretudo, na maior participação financeira de Alemanha e Japão em operações militares, como a da primeira guerra do Golfo –, perdera o entusiasmo pela reforma. Isso se deveu, em parte, a uma atitude mais reticente em relação à inclusão da Alemanha. Depois da invasão que resultou na derrubada do regime de Saddam Hussein, que sofreu forte oposição do governo social-democrata de Gerhard Schröder, autoridades norte-americanas passaram a dizer, em conversas privadas, que “já havia muitos europeus” no Conselho. Washington estava sobretudo interessada em evitar que uma discussão sobre tema tão complexa interferisse com outras mudanças de natureza administrativa ou relativas a temas como direitos humanos. Em artigo escrito para uma coletânea do MRE, comemorativa dos setenta anos da ONU, eu refiro, com algum detalhe, conversas que mantive a respeito com a então Secretária de Estado, Condoleezza Rice.¹⁰

Quanto à China, que se mantivera relativamente discreta sobre o tema durante os anos noventa, à medida que o assunto evoluía e ameaçava caminhar para uma decisão, Beijing passou a assumir uma posição militantemente contrária à reforma, por preocupações de natureza histórica e geopolítica, sobretudo, em relação ao Japão. Assim, apesar

10. Ver coletânea organizada pela Fundação Alexandre de Gusmão em comemoração aos 70 anos da ONU (no prelo).

da parceria estratégica e do crescente interesse econômico no Brasil, nunca foi possível extrair das autoridades chinesas mais do que vagas afirmações sobre a importância crescente do Brasil no cenário internacional, com reflexos em entidades como a ONU.

Depois das tentativas frustradas, ao redor do sexagésimo aniversário, pode-se dizer que o tema da reforma, para usar uma expressão em voga, entrou no “volume morto”. Naturalmente, as discussões em Nova Iorque prosseguiram e registrou-se mesmo um sutil (muito sutil mesmo) progresso, quando se decidiu passar a tratar o assunto sob o ângulo de “negociações”. Em conversas bilaterais, a questão continuou presente e cada apoio ou expressão de simpatia por esta ou aquela candidatura foram sempre objeto de atento registro. O crescente número de conflitos não resolvidos e as consequências desastrosas de algumas das ações militares (não admitidas expressamente pelos que as levaram a cabo) e a aproximação de outra data simbólica (setenta anos) recolocaram o tema em pauta.

Comissões de “sábios” e grupos diversos voltaram a interessar-se pelo tema da reforma. Concentro-me em um deles – conhecido como *The Elders*, que reúne ex-chefes de Estado e de Governo, ou antigas autoridades de organizações internacionais. Kofi Annan e Gro Brundtland, no artigo citado (que resume as conclusões dos *Elders*), reconhecem a perda de credibilidade do Conselho e, por conseguinte, sua eficácia. Sugerem, para superar o impasse, uma espécie de “solução intermediária”, que consistiria em criar vagas para membros com mandatos longos, renováveis (sempre por eleição) indefinidamente. Também fazem sugestões sobre o veto, buscando limitar o seu uso¹¹. Mesmo a proposta de conciliação, tal como está formulada, exige reforma da Carta, sujeita à ratificação de 2/3 dos países, inclusive os cinco membros permanentes. Na hipótese pouco provável de vir a merecer apoio amplo, tomaria tempo para ter vigência efetiva.

Enquanto isso, o mundo continuará sujeito às decisões de um Conselho que já não é representativo da realidade dos nossos dias. A tentativa de buscar soluções informais (como a do G20 no caso da economia) tenderá a crescer. A ideia de empoderar os ministros das relações

11. A principal se refere à necessidade da justificação formal do veto, à luz da manutenção da paz e segurança internacionais.

exteriores dos países do G20 para tratarem de temas relativos à paz e à segurança não deixa de ter algum mérito. Isso, naturalmente, não resolveria todos os problemas, uma vez que o poder de decisão deve permanecer com o Conselho de Segurança, que continuaria a ser o único órgão com capacidade legal para tanto. A discussão de temas de paz e segurança pelos líderes do G20, especialmente se precedida de um trabalho preparatório pelos ministros do exterior não só traria um pouco de “ar fresco” aos debates, mas poderia ensejar o surgimento de grupos informais para determinados temas, como o G5+1 que trata da questão do programa nuclear iraniano, só que mais representativo.

Uma ameaça mais grave paira no horizonte: a do recurso crescente a ações unilaterais, inclusive à medida que doutrinas como a da responsabilidade de proteger (R2P) deixem de considerar a necessidade de que qualquer ação (especialmente quando implique o uso da força) se baseie em decisão autenticamente multilateral. No meu entender, a maior ameaça a paz - a força mais desagregadora da ordem internacional - nos dias de hoje não é o Estado Islâmico. Este, apesar de toda a sua barbárie, é consequência direta do declínio da legitimidade das instituições internacionais voltadas para a paz e a segurança, a que o mundo assiste com um misto de perplexidade e impotência. Não seria exagerado dizer que o unilateralismo, em especial quando assume a forma de ação armada, tem sido responsável, em grande medida, pela dolorosa fragmentação de Estados e pela erupção e/ou crescimento de movimentos fundamentalistas e organizações terroristas.

Vivemos, assim, um paradoxo: os países que mais defendem a primazia do Conselho, como instância multilateral necessária, são os países dele excluídos, como Brasil, Índia e África do Sul, além, é claro, de um sem número de países em desenvolvimento. Nações mais poderosas, que detêm o poder de veto, demonstram menor apego, na teoria ou na prática, à normatividade da Carta, que, de resto, as privilegia.

Qualquer tentativa de prever o que ocorrerá nos próximos anos ou décadas é um exercício fútil, tantas são as variáveis em jogo. Mas à medida que o mundo se vai tornando mais instável e que as tensões da guerra fria ressurgem com vigor, embora despidas de sua roupagem de embate ideológico (o que as torna ainda mais rudes e potencialmente mais violentas), faz-se mais necessário um ordenamento político-jurídico que iniba o uso da força e contribua para resolver os conflitos.

Esse é um objetivo que não pode ser abandonado. Um dos riscos de uma guerra fria não declarada - quer com configuração bipolar, quer com outro formato mais complexo - é o de que disputas individuais localizadas se agravem e voltem a ganhar contornos relevantes para a confrontação global. Isso não só tornaria ainda mais difícil a solução dessas controvérsias como também lançaria sobre as Nações Unidas o manto nada sagrado da irrelevância.

Aliado ao egoísmo intrínseco das nações, que leva à redução dos meios de enfrentar crises como a do ebola - a não ser quando atingem os centros do mundo desenvolvido -, o fracasso em reformar a ONU de uma forma que represente com um mínimo de adequação a realidade contemporânea pode nos levar de volta a uma era de características hobbesianas, em que os meios mais modernos da tecnologia serão postos não a serviço da humanidade, mas de ambições, reveladas ou ocultas, de dominação. Lutar pelo fortalecimento da ONU - o que necessariamente passa pela reforma do seu órgão mais poderoso - pode parecer uma tarefa inglória, mas nem por isso menos importante ou urgente.

Os processos históricos são de longa maturação. Assim, quando me perguntam - e eu mesmo me pergunto - se os esforços das duas últimas décadas ou pouco mais voltados para uma mudança da composição do Conselho de Segurança foram vão, consolo-me com o pensamento de Rui Barbosa expresso na frase que serve de epígrafe a este artigo.

Rio de Janeiro, julho de 2015



CAPÍTULO X

RECENT DEVELOPMENT OF ARBITRATION LAW IN BRAZIL

*Cláudio Finkelstein*¹

In 2015 Brazil's legislative approved an update² on the Brazilian Arbitration Act, Law 9.307/96. In addition to that, as of March 18th, 2016 the New Brazilian Code of Civil Procedure (NBCCP)³ entered into force, and those legislative changes brought about some new instruments and, moreover, reaffirmed the importance that Arbitration is playing in Brazil, becoming more and more the preferred method of dispute resolution amongst the elite business community. Needless to say that in what regards to mass arbitration, of labor issues or consumer matters, there has been no development at all.

Brazil has known and recognized the existence of arbitration practice since it's colonial times, through the *Ordenações Filipinas*, a Legal Code enacted by King Phillip II during the Castilian Domain of Portugal in 1603 which evoked arbitration as a valid mean of dispute resolution. Ever since, several legal laws from the Portuguese Empire as well as rules enacted by the Brazilian Colonial Government have allowed the use of arbitral proceedings as means of resolving disputes outside of Court. It is worth mentioning that Brazil, as a Colony, was the result of the Tordesilhas Treaty of 1493, which stemmed from an arbitration undertaken by the Pope Alexander VI between Portugal and Spain; and, the famous Alabama Arbitration of 1872 that had the Brazilian Baron D'Itajubá as one of its arbitrators.

The first Brazilian Constitution, established in 1824, expressly indicated, in its article 160, the use of arbitration for solving legal

1. Arbitrator; Researcher; Professor of Law at the Catholic University of São Paulo; Coordinator of Post-Graduate Studies Department of International Law and Arbitration and International Commerce Department of Graduate Studies. The Author thanks Yuri Leite for the assistance in research. The opinions expressed, however, are those of the author.

2. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm

3. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

conflicts⁴. The Commercial Code of 1850 also depicted arbitration as a means of conflict resolution, and in this case was even mandatory in some specific situations⁵. The Civil Code of 1916 had a specific provision allowing arbitral proceedings as well⁶. The Brazilian Constitution of 1934 attributed competence to the Federal Legislative Institutions to discipline the adoption of commercial arbitration⁷.

Although arbitration has most definitely been an institute encompassed within national legislation and known to Brazilian legal scholars and businessmen alike, for a significantly extended period of time it did not establish itself as a viable and often preferable option in contracts concluded domestically.

That is so partially because of the largely disseminated understanding that private intervention was not acceptable in all issues, in which the decision making power was widely regarded as exclusive of state courts or vested solely within government instrumentalities, and in light of the discredit of the institute by the legislation in force, which demanded an extremely rigid, burdensome and complex procedure for the enforcement and recognition of both domestic and foreign arbitral awards, there has never been a widespread use of arbitration in any circle, inclusive for international contracts.

As with most totalitarian states, during Brazil's military dictatorship followed by the civilian despotic ruling, the institute of Arbitration has

4. The Political Constitution of the Empire of 1824 – Art. 160 In Civil or Criminal [Claims] the parties may appoint Arbitrator Judges. Their awards will be enforceable without appeals, if in that way the Parties agree. (Constituição Política do Império do Brazil de 1824 – Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.)

5. Commercial Code of 1850 – Art. 245 – All matters resulting from commercial lease will be decided via arbitration (Código Comercial de 1850 – Art. 245 Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.)

6. Civil Code of 1916 – Art. 1,307 – All persons legally able to contract may use, with the existence of a written commitment, at any time, arbitrators to resolve any and all pendencies, be it judicial or extrajudicial. (Código Civil de 1916 – Art. 1.307 As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais.)

7. The Constitution of 1934 determined in its Art. 5, XIX, (c) that it is the exclusive competence of the Federal Union to legislate of Commercial Arbitration matters.

been relegated to a less than secondary role. Not only enforcement was hindered by procedural intricacies as well as a widespread feeling amongst the business entities as well as most people that the Central Government, either directly or through its agencies or instrumentalities and mostly through the judiciary, were the only entities with actual decision making powers. It was simply unconceivable that private parties or entities would be vested with any such similar power thus arbitration did not flourish.

In the Brazilian Constitution of 1988, specifically in article 114, §1º, the institute of arbitration appeared for the first time as it is understood and used nowadays. Nevertheless, it was only in 1996, with the enactment of law 9.307 that arbitration became an issue to be discussed both in academic and professional means.

Initially, the issue of the new treatment to be given to the institute of arbitration ignited a discussion in what has become Brazil's leading case, SE-5206, rendered in 2004, before the Supreme Court of Brazil. The case concerned the recognition and enforcement of a foreign arbitral decision rendered in Spain, by request of a foreign party. The Tribunal analyzed the requisites applicable to the recognition and enforcement of foreign decisions according to Brazilian legislation and also an incidental issue of whether the Brazilian arbitration law was enacted in accordance with the Federal Constitution.

The Supreme Court decided that the legislation was not unconstitutional since it did not bar the parties from bringing their disputes to the courts, a fundamental constitutional right. As the Supreme Court affirmed, it merely provided an option to solve their dispute through a private means of resolution if the parties expressly chose to do so. The conflict would only be arbitrable if its object referred to a waivable right of economic interest, thus not interfering with the exclusive competence of the judiciary, expressed in the constitution, such as certain conflicts like criminal, labor and family ones where the public interest were at stake.

The decision was given in 2001 and published in the year of 2002. The ever growing discussion between legal scholars and jurists culminated in the enactment of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) by the government of Brazil in 2002⁸.

8. Decree 4.311/2002

Newly enacted legislation has strengthened alternative dispute resolution methods as a whole, granting the confidentiality of the arbitration procedure, as well as creating mandatory mediation in certain cases, regulating the activities of the Mediation and Conciliation Institutions⁹.

According to the UNICTRAL Model Law on International Arbitration¹⁰, drafted in 1985, an international commercial arbitration can be defined as one where (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

The above criteria is widely accepted internationally, but it is imperative to affirm that the Brazilian Arbitration Law, although somewhat based on the Uncitral Model Law did not establish different rules for domestic and international arbitration; it established different procedures for enforcement of arbitral awards rendered within and outside of the country. The criteria is to determine the internationality of the award, and not the proceedings, and is only geographic. An award rendered outside of the Brazilian territory is considered foreign, notwithstanding the nationality or domicile of the parties, the place of execution of the contract or the terms of reference, the place of performance, the applicable law, the language, the nature of the contract in which the conflict is based or the currency of obligation.

9. Article 1, §3 of the NCCP expressly states that conciliation, mediation and other methods of solving disputes must be stimulated by judges, lawyers, public defenders and members of the prosecutors office, including during the course a judicial process; A brand new section dedicated for conciliation and mediation was added to the NBC-CP, Section V, Chapter III, Articles 165 and sequent. Amongst its provisions is the creation of conciliation and mediation centers, as well of a national chart where they shall be registered.

10. Brazil has not enacted the Model Law, and domestic law makes no distinction between domestic and international arbitration.

Article 1 of the Brazilian Arbitration Law determines that persons who are capable of contracting can resort to arbitration to resolve conflicts related to “waivable economic rights”. By using the aforementioned terminology, the legislator reserved all issues concerned with rights of a different nature to the jurisdiction of state courts, especially the rights whose holding, by virtue of the non-waivability of such rights, belongs exclusively to the State.

There is also an avid legal discussion concerning the legal nature of arbitration, whether contractual or jurisdictional¹¹. The predominant¹² understanding in Brazil is that, according to Scmitthoff’s doctrine, it interprets the institute of arbitration as one with a mixed legal nature, in light of its private and contractual root but also its procedural nature according to the law. Procedural rules corresponding to a judicial procedure emerge as a result of a private contract. The arbitrator, a private authority, by a legal fiction, becomes a judge in fact and in law¹³.

Arbitration brings innumerable advantages to the solution of disputes, comparable to state courts, especially in light of the principle of party autonomy authorizing the parties to tailor the procedure to their needs, with a lot more flexibility and structure to cater for the needs of the user. In many instances it may grant so because of the procedural efficiency, specialization of the arbitrators in the issues brought to their review, usage of different languages, knowledge of different laws, comparative lower costs, and also the possibility of confidentiality over the matter at hand.

Party autonomy for contracts without arbitration clauses, in Brazil, is widely controversial and to some it is simply inexistent. This is particularly important in Brazil as many scholars understand that given the cogent, mandatory nature of article 9¹⁴ of Brazil’s Introductory Law

11. The NCPC in its article 3 acknowledges arbitration as a jurisdictional matter. In its article 42, it sets forth that “civil claims will be administered and decided by the jurisdictional agency within the limits of its competence, being the parties allowed to initiate arbitration, as prescribed in the law.”

12. Fredie Didier Jr. is of the opinion that Arbitration is predominantly jurisdictional, and the affirmation is even more important after the enactment of art. 3 of the NBCCP. (in Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 4, out/dez 2013, pg. 73)

13. Interestingly enough, article 18 of Brazil’s Arbitration Law expressly determine that while vested into its mission the Arbitrator is a Judge by fiction of law.

14. “Art. 9º - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. §1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo

on Applicability of Norms (LINDB) the *lex voluntatis* is not accepted and for contracts executed in a given country, it shall mandatorily be governed by its domestic laws.

By contrast, the laws of the country of domicile of the proponent shall govern agreements executed by parties domiciled in different jurisdictions¹⁵. If the parties have opted for arbitration, there is a longstanding tradition that the parties could elect whichever law they saw fit¹⁶, or even decide that the contract can be judged in equity¹⁷.

Another advantage is that given the lethargy of a juridical court system overwhelmed by millions of cases, in which quite often cases take over 10 years to be decided, in arbitration a case can be solved in nearly 16 months, in the average.

Given the immense volume of cases many judges are simply not prepared to handle complex litigations and the same happens to many appeal courts. Just a handful of cases start and finish in secrecy and little or no attention are given to particular aspects of the cases by the judges, who in no instance can work in other languages.

As commonly known, arbitration is derived from the express will of the parties through an arbitration agreement which can be drafted as an arbitration clause or a submission agreement.

The Brazilian Arbitration Law, in its article 4, defines an “arbitration clause” as an agreement through which the parties in a contract commit

de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. §2º - A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”. Free translation: “Art. 9 - In order to characterize and govern the obligations, the law of the State in which they are constituted shall apply. §1 - if an obligation that ought to be performed in Brazil has a prescribed form, this should be observed, although the peculiarities of a foreign law regarding the extrinsic requirements of the juridical act are allowed.

15. Art. 9, §2 - The obligation resultant of a contract is constituted in the place of the offeror residence.

16. To that effect, see Resp 712566/RJ of 18/08/2005: *in International contracts the general principles of international law shall prevail in detriment to the specific governing laws of each country which authorizes the review of the arbitration clause under the terms of the Geneva Protocol of 1923.*

17. Brazilian Arbitration Act. Article 2 – At the parties’ discretion, arbitration may be in law or in equity. § 1 – The parties may freely choose the rules of law applicable in the arbitration, as long as their choice does not violate good morals and public policy. § 2 – The parties may also stipulate that the arbitration shall be conducted under general principles of law, customs, usages and the rules of international trade.

themselves to submit to arbitration, the disputes that may arise out of such contract. It would be a determination *in abstracto* of the means selected by the parties to resolve any future disputes originated from the contract.

The submission agreement, according to article 9 of the Brazilian Arbitration Law, is the agreement through which the parties submit a dispute to arbitration of one or more persons, whether judicial or extra-judicial. In that case, the controversy has already been individualized and the parties concluded the agreement, identifying in concrete terms the elements of the dispute, establishing who will sit as an arbitrator and the procedure and deadlines to be followed.

Hence, although the use of arbitration is optional pursuant to the Brazilian Arbitration Law, once the parties adopt arbitration through a contractual clause, the institute becomes mandatory. After a dispute arises, both parties are entitled to request the establishment of an arbitral procedure.

The São Paulo Tribunal of Justice decided, in Case No 2013.0000728754 of 2013, recognized the mandatory nature of an arbitration clause. In this specific dispute, the First Instance judge declined jurisdiction to hear the dispute, in light of the existence of an arbitration clause in the contract concluded between the parties. However, the Judge also accepted the Respondent's counter-claim, applying a contractual penalty related to Claimant's disregard of the arbitration agreement by installing court proceedings. The Appellants argued that the arbitration clause inserted in the Joint Venture agreement does not hinder the access to state courts in case a dispute arises. The clause merely gives an option for parties to choose between litigating in Courts or an Arbitral Tribunal. In that sense, the First Instance Judge could decide on the merits of the conflict arising out of the parties' contractual relationship.

The Court decided that once the arbitration agreement is established, it is not possible for the parties to search for relief in the state courts, considering that the establishment of an arbitral tribunal implies derogation from state jurisdiction. The contract also reinforced the idea of a mandatory arbitration clause since there was a specific clause determining a contractual penalty in case the parties failed to abide by the arbitration agreement.

The Court also understood that the fact that the dispute related to the nullity of the contract does not prevent the issue to be decided by arbitral proceedings by virtue of the autonomy of the arbitration clause. According to such rule, contained in article 8 of the Brazilian Arbitration Law, the invalidity of the contract does not entail the invalidity of the arbitration clause agreed upon by the parties.

Finally, the Court decided that according to the principle of competence-competence, the application of a contractual penalty for breach of an arbitration agreement must be decided by the Arbitral Tribunal, since it is a substantive matter of the dispute. Thus, the First Instance judge could not have rendered a decision on this specific issue.

Brazil has also ratified the New York Convention in 2002 and has recently decided a case in which an award annulled in its origin was denied homologation locally. In such case, SEC 5.782/AR¹⁸, the application for homologation was submitted by EDF International S/A (EDFI), claimant in the arbitration proceedings, against ENDESA International S/A (ENDESA) and YPF S/A (YPF). The arbitration was conducted according to the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC). The dispute had as its object a purchase and sale agreement of company shares entered into in March 2001 by EDFI with ENDESA and ASTRA Compañía Argentina de Petróleo S/A, later acquired by YPF. The contract provided for review of the amounts agreed in the event of a change on the official exchange rate of the Argentine peso with the US dollar, at the time governed by a parity of 1 to 1 on account of the Conversion Law in Argentina.

EDFI's claim was that in December 2001, due to the outbreak of an economic crisis in Argentina, the exchange rate regime between the Argentine peso and the dollar was changed due to acts of the Argentinian Central Bank, which led her to initiate the arbitration proceedings claiming the adjustment of the contractual values. The award, which partially granted EDFI's request on October 22, 2007, was later definitively canceled by the Argentinian National Chamber of Commercial Appeals, on December 9, 2010. The Board of Appeal held that the arbitrators decided by equity an arbitration which was

18. https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201101290847

supposed to be decided only by application of the Argentinian Law. The arbitrators ignored the fact that the Argentinian Convertibility law remained in force during the acts of the Argentine Central Bank. Disregarding the annulment in Argentina, EDFI presented the application for homologation of the award to the Brazilian Superior Court of Justice (“STJ”) on June 7, 2011.

As emphasized by the rapporteur, Minister Jorge Mussi, it is not for the STJ, in an homologation procedure, to analyze the merits of a foreign judgment, but only evaluate the requirements established by its Internal Rules, by the LINDB and, in case of award, the Brazilian Arbitration Act.

So the Superior Court understood that, although the formal requirements for the approval of the award have been fulfilled, the annulment of the award by the competent authority of the country where it was issued prevents its approval.

In the arbitration clause, the choice of a place in which the arbitration is to take place will have influence in the enforcement and recognition procedure of the arbitral award. Brazil has been shown to be an arbitration friendly jurisdiction, with protection from all instances of the judiciary¹⁹. When rendered within the Brazilian territory, the award may be enforced immediately in State Courts, since it is equivalent to a domestic judicial judgment. When rendered outside the national territory, the recognition and enforcement will depend of the approval of the Superior Court of Justice who has the exclusive competence to homologate arbitral awards.

Like the Uncitral Model Law and the New York Convention, Brazilian Arbitration Law further indicates that an arbitral award can only be denied recognition and enforcement when: (i) the parties in the arbitral agreement are not legally capable of concluding contracts; (ii) the arbitration agreement is not valid according to the law to which the parties have submitted themselves, or absent any indication, in light of the law of the State in which the arbitral award was rendered; (iii) lack of notification of appointment of an arbitrator or establishment of an arbitral proceeding, or other violation of the principle of due process; (iv) the establishment of the arbitration does not comply with the arbitration

19. http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf

agreement; (v) the arbitral award is rendered encompassing matters outside of the scope of the arbitration agreement and it is not possible to separate the exceeding part of the one submitted to arbitration in the agreement; (vi) the arbitral award has not yet become binding on the parties, has been annulled or suspended by a judicial institution of the country in which it was rendered; (vii) according to Brazilian law, the object of the dispute cannot be decided through arbitration; (viii) the arbitral award violates national public policy.

The Brazilian Arbitration Law also allows the parties the choice to resolve their conflict according to equity, general principles of law, usages and practices or rules of international commerce. It is important for the parties to make that choice before a conflict arises but it can also be decided when entering into the submission agreement, although one such decision is unlikely to happen once the conflict has surfaced, because all parties involved must be in agreement. In case of silence, it is up to the arbitrators to decide the applicable law.

In the absence of a duly elaborated arbitral clause with the indication of an arbitral entity, the Brazilian predominant jurisprudence points to the establishment of an arbitral proceeding²⁰, effectively dispensing the need for judicial intervention to supplement the flawed will of the parties to arbitrate.

The Brazilian Courts, in a manifestly arbitration friendly decision, have even confirmed the possibility of state-owned or partially owned companies to enter into arbitration agreements, in light of the issue of the arbitrability of waivable rights. The Superior Court of Justice decided²¹: “It is possible to affirm that when contracts concluded by State entity refer strictly to economical activities – public services of industrial nature or economic activities concerning the production or commercialization of goods, with the ability to generate profits and earnings – the rights and obligations emerging from such activities are alienable, they can be subject to arbitration. On the other hand, when the activities developed by the State company derive from the power intrinsic and exclusive of the Public Administration and, consequently,

20. STJ - REsp: 1424456 SE 2013/0389965-7; TJ-SC - AI: 20140065463.

21. REsp 612.439-RS 2003/0212460-3 – AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. VS. CEEE.

its execution is directly related to the public interest, unwaivable and inalienable rights are involved, thus, those cannot be the subject of an arbitral proceeding.”

However, the arbitrability of certain rights has not been accepted by the Brazilian Courts. The Superior Court of Labor decided in case No RR-192700-74.2007.5.02.0002 that conflicts regarding labor rights cannot be decided through arbitration, even when an employee signed an employment contract containing an arbitration clause. The Tribunal adopted the reasoning that labor rights are non-waivable and irrevocable, since the relationship between an employer and an employee is not an even one, the first having greater bargaining power than the latter. Since the Brazilian Arbitration Law only allows conflicts regarding waivable rights, labor law is excluded from arbitration.

The Brazilian Arbitration Law also restricts the use of arbitration in Standard Contracts, also called Adherence Contracts. Paragraph 2 of article 4º of the Brazilian Arbitration Law dictates that in such types of contract, the arbitration agreement will only be enforced if the adherent requests the establishment of the arbitration or agrees expressly with such establishment in writing, in an annexed document or in bold letters, near the actual clause, providing its signature specifically for the arbitration clause.

The Code of Consumer Law also states, in its article 51, VII, that a clause establishing arbitration as a compulsory means of dispute resolution in consumer contracts will be null and void. Hence, the use of arbitration in consumer law is extremely restricted. Chief Justice Nancy Andrichi²² explains that in consumer contracts there is also an unbalanced relationship between the parties. The consumer often does not have enough technical knowledge to evaluate the advantages and disadvantages inherent to the submission of contractual disputes to an arbitral tribunal, while the commercial experienced party will have detailed information in that matter. The consumer is not in a position to make an informed and careful choice at the moment of conclusion of the contract.

22. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta (Arbitration in Consumer Relations: a concrete proposal). *Revista de Arbitragem e Mediação*, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, april-june, 2006.

The Courts have reaffirmed that one such consumer related arbitration would only be valid if the procedure has commenced on an initiative of the consumer²³ so there are relatively few consumer relation arbitrations.

An arbitral proceedings installed in accordance with the Brazilian Arbitration Law can either be made *ad hoc* or through an arbitral institution. *Ad hoc* proceedings are not usually conducted under the directives or rules of any arbitral institution. The parties are free to adopt a set of procedural rules. However, absent agreement in the contract or in the submission agreement, the panel of arbitrators are free to decide the rules governing the proceedings. When constituted under the auspices of an arbitral institution, the parties agree in solving their disputes through a specialized institution, which will administer the proceedings in conformity with its own rules, previously known and accepted by the parties.

Institutional arbitration has flourished in Brazil in recent years. With some well established arbitration institutions highly regarded internationally as the CAM-CCBC and a number of other institutions such as the specialized São Paulo Stock Exchange and Commodities Arbitration Center (Câmara do Mercado). The volume of arbitrations although significantly small as compared to the size of Brazil's economy is growing steadily on an yearly basis²⁴.

The Brazilian Judiciary has accordingly become one of the most arbitration friendly jurisdictions and decisions abound in favor of commercial arbitration.

SEC 4213/EX of 19.06.2013 is a good example of the current trend to enforce arbitration awards issued overseas. One of the main issues circumventing the applicability of Brazil's jurisdiction makes express reference to the summons of service, that Brazil's Public Order traditionally demands it to be served personally. However, under Brazil's Arbitration Law the procedure elected by the institution must be followed and accepted locally. The Court granted one such claim by affirming that: *it is considered fulfilled the request of service when there*

23. TJ-PR - AI: 14398939 PR 1439893-9, DJ 1752 03/03/2016.

24. <http://www.conima.org.br/arquivos/4270>; <http://ccbc.org.br/Materia/1095/estat%C3%ADstica>; http://www.iccdrl.com/itemcontent.aspx?XSL=arbSingle.xml&XML=\STATISTICAL_REPORTS\SR_0036.xml&TITLE=2013%20Statistical%20Report&CONTENTTYPE=STATISTICAL_REPORTS&SOURCE=SEARCH&INDEX=0

is an express manifestation of the party in the proceedings, clearly demonstrating knowledge of the existence of a claim in which it participates as a party.

This very same judgment clearly reaffirms the prevailing view that the Court cannot review the merits of the decision, affirming that: *when judging a request of homologation of a foreign judgment the STJ cannot review questions of possible irregularities in the contract related or connected to the parties conduct as those would challenge the limits determined by art. 9 header, of STJ Resolution 9 of 4/5/2005.*

The same issue, of service, has been dealt with by SEC 8844-EX (2013) which affirmed that *'service, in an arbitral proceeding does not require the use of a Rogatory Letter as Arbitral Institutions are predominantly private entities. It is only necessary for the validity of the service by postal means that there is unequivocal evidence of receipt of the correspondence.'* In the same issue, another case²⁵ has even affirmed the validity of service by electronic means.

In a logical but unprecedented decision by STJ Justice Nancy Angrighy, she affirmed that the New York Convention allows the National Jurisdictions to determine its criteria of internationality of arbitration and Brazil has adopted the geographic one. Using the precedents of SEC 894-UY (2008); SEC 611-US (2006) and SE1.305-FR (2008) the Court affirmed that event though an arbitration was requested before the ICC under its rules, with Brazilian Arbitrators, in Portuguese and with the seat in Brazil it *'cannot change the Brazilian nationality of the award.'*

It is imperative, however, to understand that Brazil has a very recent tradition in arbitration, moreover with the homologation of foreign arbitration awards. Most of its case law stems from prior homologation of foreign Court judgments. Unlike many developed foreign jurisdictions, there is little or no significant discussion of Public Order/Public Policies debate, and hardly ever the issue is object of serious scrutiny by the Courts.

Arbitrability issues are often neglected in terms of Public Policy offense. For instance, in SEC 507-GB (2006) the Court affirmed that *'to review the allegation that the Contract object of the arbitration is a 'contract*

25. SEC 4024/2013: *Should the foreign law request no specific form for notifications and there is evidence of receipt of electronic communications by the requested party.'*

by adherence' it would be necessary the examination of the merits of the material law object of the foreign judgment to be homologated, which is not possible in this proceeding.' It is, however, a Public Policy issue that contracts by adherence must be treated differently and the Courts would accept the foreign award without reviewing its merits even when one such contract is treated as if any regular commercial contract.

Manifest disregard of the law is not a Public Policy issue but disregarding a principle of law is. Although debatable, Brazil's Superior Court of Justice seems to accept the decision of the foreign tribunal on matters of Brazilian Public Order, even when the applicable law to the proceedings is not Brazilian Law, and when arbitrators are not acquainted with Brazilian Law and principles. It is alarming that even in judgments in absence, the Court follow the same criteria.

An important new development created Brazilian legislators is the Arbitral Letter²⁶. Much like a Letter Rogatory in which a local Court makes a request for assistance to a foreign Court, with the Arbitral Letter the Arbitrators will request the cooperation of the State Courts. Much has been said about the lack of coercitive power, but with the enactment of the NBCCP, the Arbitrators can now formally request Courts to issue compelling orders or interim measures needing Court intervention, force witnesses to give testimonies and other acts of coercitive nature.

All in all, Brazil's experiences with arbitration are very positive. The entire judiciary is very favorable to arbitration and decisions as well as treatises abound in that sense. As Brazil is becoming more and more internationalized and foreign entities and investors are getting to know the institutions, it is comforting to know that arbitration, both foreign or domestic, is a viable and often used mean to solve controversies.

26. Brazilian Arbitration Act, Art. 22-C - An arbitrator or the arbitral tribunal may issue an arbitration letter so that the judicial court offers assistance or imposes compliance, in the area of their territorial jurisdiction, of an act requested by the arbitrator. Sole paragraph. In compliance with the arbitration letter, the respective court proceedings will be under seal, as long as the confidentiality set forth in the arbitration is verified; BNCCP, Arts. 260 and subsequent.

CAPÍTULO XI

LES *AGENDAS* DE BOUTROS BOUTROS-GHALI, INSTRUMENTS INCOMPLETS D'UNE RÉFORME DU SYSTÈME DES NATIONS UNIES

Yves Daudet¹

Boutros Boutros-Ghali prend ses fonctions de Secrétaire général des Nations Unies le 1er janvier 1992. Au tout début de son mandat, le monde vit une période de bouleversements considérables, un véritable retournement ou pour reprendre sa propre expression une « dislocation tectonique »² qui marque le siècle qui s'achève avec la dissolution de l'Union soviétique intervenue quelques jours plus tôt, précédée par le démantèlement de la Yougoslavie entraînant les conflits successifs qui viennent de s'y déclarer.

Boutros Boutros-Ghali arrive ainsi à la tête de l'Organisation des Nations Unies dans un contexte politique totalement nouveau et marqué d'incertitudes. Tout le système de l'équilibre de la guerre froide sous l'empire duquel les Nations Unies ont fonctionné s'est pratiquement éteint depuis 1988 et vient de disparaître totalement.

La guerre froide achevée, le nouveau Secrétaire général était fondé à penser que les Nations Unies allaient être appelées à jouer un rôle nouveau et que lui-même serait amené es-qualités à remplir une fonction majeure dans une institution et un dispositif destinés à évoluer. Mais il sait aussi que de telles perspectives ne sont cependant possibles que dans la mesure où les parties à un conflit ont une véritable volonté de négocier et où il n'existe pas de désaccords fondamentaux au sein du Conseil de sécurité comme, par exemple, ce sera bientôt le cas lors du conflit en ex-Yougoslavie. Elles supposent aussi un changement plus profond dans la vision d'un monde plus égalitaire, plus homogène, où les souverainetés seraient moins exacerbées. Or, telle n'est pas la situation : le monde vit

1. Professeur émérite de l'Ecole de droit de la Sorbonne. Secrétaire général de l'Académie de droit international de La Haye

2. *Supplément à l'Agenda pour la paix*, A/50/60 ; S/1995/1, 3 janvier 1995 paragraphe 5

toujours à l'heure de l'Etat nation. Cela est clairement apparu lors des conflits particulièrement dramatiques en Yougoslavie et au Rwanda où les Nations Unies ont été confrontées à des situations d'une rare complexité et d'une extrême lourdeur. Pourtant nombreux sont ceux qui pensent que les Nations-Unies ont un rôle à jouer dans ce monde devenu unipolaire et ont foi en elles.

Au début de 1992, chacun a conscience, face à la profonde transformation qui est intervenue, de la nécessité de repenser la situation d'ensemble et les moyens d'y faire face pour maintenir la paix dans le monde. Or, pour la première fois dans l'histoire des Nations Unies, est organisée une réunion au sommet du Conseil de sécurité qui se tiendra le 31 janvier 1992. Elle survient au basculement de l'histoire qui nécessite une réflexion sur les orientations à prendre dans l'organisation du monde. Le nouveau Secrétaire général Boutros-Ghali entré en fonction depuis le début du mois, y prononce un important discours d'ouverture dans lequel il déclare que « l'ère nouvelle qui s'ouvre exige à la fois idées et actions pour donner à la vie internationale des fondements plus solides »³ et développe des vues qui, avec le recul, apparaissent aujourd'hui largement prémonitoires. S'agissant, notamment, des exigences de la démocratisation, de l'évolution de la notion de souveraineté qui doit inclure celle de responsabilité car, dit-il, son utilisation « à mauvais escient peut aussi miner les droits de l'homme et mettre en danger une vie mondiale paisible »⁴, ou encore du concept d'interdépendance ou de celui de perméabilité des frontières. C'est pourquoi « avec tous les bouleversements que connaît la société sur le plan international, un seul pouvoir subsiste qui puisse imposer l'ordre face au chaos naissant, c'est le pouvoir des principes qui transcendent les perceptions changeantes de l'opportunisme »⁵.

A l'issue du sommet, le Conseil de sécurité a invité le Secrétaire général à « élaborer une étude et des recommandations (...) sur le moyen de renforcer la capacité de l'organisation dans les domaines de la diplomatie préventive, du maintien et du rétablissement de la paix et sur la façon d'accroître son efficacité dans le cadre des dispositions de la Charte ». ⁶

3. S/PV. 3046 31.1.1992

4. Ibid.

5. Ibid.

6. S /23500

C'est ainsi que naîtra le célèbre *Agenda pour la paix*,⁷ suivi de *l'Agenda pour le développement*⁸ et de *l'Agenda pour la démocratisation* présenté le 20 décembre 1996⁹, quelques jours seulement avant la fin de son mandat et qui, ainsi, fait un peu figure de testament politique. Cette trilogie aura un très grand retentissement et animera de nombreuses discussions et commentaires. Dans ces documents, Boutros Boutros-Ghali, homme politique et homme d'action, apparaît dans son autre dimension d'homme de science, familier de la recherche et de la théorisation que ses écrits avaient déjà révélée. Cet arrière plan intellectuel apporte aux divers *Agendas* des éléments de doctrine indispensables à l'accomplissement de cette mission de réflexion sur de nouveaux axes possibles pour les Nations Unies qui lui a été confié par le Conseil de sécurité à ce moment-clé de l'histoire du monde.

Les *Agendas* vont ainsi demeurer attachés au nom de Boutros-Ghali et constituent dans les trois domaines de la paix, du développement et de la démocratisation des socles d'une doctrine constituant le fondement des nouvelles orientations de l'action des Nations Unies en vue de répondre aux nouveaux défis du siècle qui s'ouvre lors de leur publication.

L'Agenda pour la paix remis par le Secrétaire général en juin 1992 ainsi que l'avait demandé le Conseil de sécurité fera l'objet d'un *supplément* sous forme d'un *Rapport de situation* présenté à l'occasion du cinquantenaire de l'Organisation des Nations Unies le 3 janvier 1995¹⁰. Ce supplément permet, 3 années plus tard, de dresser un premier bilan des recommandations de *l'Agenda* qui avait fait l'objet à l'époque de sa sortie de l'adhésion la plus large lors des débats tenus à l'Assemblée générale au Conseil de sécurité et dans les Parlements des Etats membres. C'est donc un document qui a eu un très grand retentissement et dont la nécessité, à l'heure de sa publication, est évidente. En effet, comme l'observe *l'Agenda*, les conflits de l'après-guerre froide ont changé de nature. Leur grande majorité est d'ordre interne tandis que les traditionnels conflits armés entre des Etats sont devenus plus

7. A/47/277-S/24111, 17 juin 1992

8. A/48/935 6 mai 1994 et A/49/665, 11 novembre 1994

9. A/51/761, (nouveau tirage du 17 janvier 1997).

10. A/50/60 ; S/1995/1, déjà cité.

rars. En sorte que les modifications dans la nature de l'activité des Nations Unies sont plus importants qualitativement que quantitativement.

Premièrement la grande majorité des conflits impliquent des armées régulières mais aussi des milices et des civils armés dont la discipline est douteuse et la chaîne de commandement mal définie. Les civils sont alors les principales victimes de ces conflits, parfois même ils en constituent les objectifs, en sorte que les crises humanitaires auxquelles on ne peut localement faire face sont fréquentes. S'y ajoutent souvent l'effondrement des structures d'Etat, l'anarchie et le banditisme généralisé, ce qui explique que la communauté internationale doive aller plus loin qu'à l'ordinaire et, au-delà même des tâches militaires et humanitaires, jusqu'à la promotion de la réconciliation nationale et la remise en place d'un gouvernement effectif. Sans toutefois que les Nations Unies puissent imposer quoi que ce soit à cet égard.

Deuxièmement, la dimension humanitaire des conflits est devenue considérable ce qui conduit les Nations Unies à venir apporter appui et protection à l'activité conduite par les organismes humanitaires. D'où cette nouvelle catégorie d'opérations, telles que celles de Bosnie-Herzégovine ou de Somalie, que le Secrétaire général a souvent qualifiées «d'opérations de maintien de la paix sans paix».

Troisièmement apparaissent depuis la fin de la guerre froide de nouvelles opérations non plus envoyées sur place après un cessez-le-feu et avant les négociations en vue du règlement du conflit qu'elles ont aussi pour objet de faciliter, mais déployées à l'issue de la négociation pour en assurer l'application. Du même coup les Nations Unies ont été amenées à s'occuper d'un nombre de tâches extrêmement variés allant jusqu'à la mise au point de réformes constitutionnelles, judiciaires et électorales, voire même de fournir un appui au redressement économique et à la reconstruction. Ces opérations ont été à l'époque conduites avec succès en Namibie, en Angola, au Salvador, au Cambodge, au Mozambique.

L'Agenda pour la paix apparaît alors dans son diagnostic et dans ses objectifs comme la matrice sur laquelle vont venir se greffer les deux autres *Agendas* et l'articulation entre les trois documents apparaît avec évidence.

L'Agenda pour la paix lui-même expose de manière très didactique les éléments-clés qui en constituent l'architecture :

-la diplomatie préventive qui vise à éviter qu'un différend ne surgisse ou à tenter de le contenir. Elle peut être conduite par les organes des Nations Unies ou des organisations régionales agissant en coopération avec les Nations Unies et vise à prendre des mesures propres à établir les faits, à renforcer la confiance, à mettre en place un réseau d'alerte rapide pour contenir différents risques pouvant survenir, à organiser un déploiement préventif apportant une aide humanitaire.

-Le rétablissement de la paix par l'utilisation des moyens pacifiques du chapitre VI de la Charte rappelant ainsi les progrès de la diplomatie classique auxquelles *l'Agenda* ajoute, un certain nombre de préconisations dont certaines sont sans doute irréalistes (et qui, du reste, ne seront pas mises en oeuvre) par exemple sur les moyens de renforcer l'accès à la Cour internationale de Justice (qui négligent les résistances des Etats à cet égard), ou au titre du Chapitre VII, la réactivation de l'article 43 de la Charte permettant l'emploi de la force par une véritable armée des Nations Unies. Suggestion dont il était parfaitement justifié qu'elle fût faite dans le nouveau contexte géopolitique de l'époque (et qui a du reste été un temps soutenue par certains Etats) mais qui ne sera finalement pas suivie d'effet.

-Le maintien de la paix établissant une présence des Nations Unies sur le terrain avec tout ce que cela suppose en termes de moyens financiers, de volonté politique des Etats au sein du Conseil de sécurité, de créativité de leur part comme de celle du Secrétaire général. Si les principes sur lesquels elle repose demeurent, les nouveaux besoins qui sont apparus avec les opérations de maintien de la paix de la nouvelle génération nécessitent un important renforcement des moyens mis à leur disposition, notamment en personnel avec le besoin croissant de personnel civil, de spécialistes des droits de l'homme, des élections, de la police, de l'assistance humanitaire, etc., ce qui entraîne à son tour l'augmentation des moyens logistiques.

-La consolidation de la paix après les conflits étayant les structures en vue d'éviter une reprise des hostilités. La consolidation de la paix après les conflits constitue l'apport le plus neuf à la théorisation des opérations de paix effectuée par *l'Agenda*. C'est

aussi le concept qui porte en germe toute l'évolution future des opérations de maintien de la paix permettant de les adapter à un contexte politique radicalement nouveau et d'assurer le passage des opérations de maintien de la paix d'une génération à l'autre. Si la diplomatie préventive vise à éviter une crise et que la consolidation de la paix après les conflits vise à éviter qu'elle ne se reproduise, cela signifie que les Nations Unies vont s'orienter vers des activités beaucoup plus complexes, les conduisant à s'impliquer dans des opérations d'autant plus délicates qu'elles vont toucher à des questions d'ordre interne, donc au contact direct de la souveraineté de l'Etat.

C'est à ce stade que se réalise l'articulation évidente entre les trois *Agendas* et qu'apparaît clairement que paix, développement et démocratisation sont finalement des concepts imbriqués. Les trois éléments s'appuient et se confortent les uns les autres : pas de paix sans développement ni de développement sans paix, pas de démocratisation sans paix et sans développement et pas de paix ni de développement sans démocratisation. On peut ainsi faire toutes les combinaisons entre les trois notions et observer qu'elles s'interpénètrent. Par exemple dans leur appui à la démocratisation par l'aide au processus électoral ou leur assistance aux réformes constitutionnelles et administratives, les Nations unies font tout à la fois oeuvre de paix - selon une vision plus englobante de la notion -, oeuvre d'assistance technique - selon un contenu considérablement élargi de celle-ci -, oeuvre de démocratisation - selon une démarche qui, tout en respectant la souveraineté, touche des domaines jusque-là interdits à l'action de l'organisation.

La seule question qui se pose et à laquelle il n'est pas simple, ni même toujours possible, d'apporter une réponse est celle de la hiérarchie entre paix, développement et démocratisation, ainsi que le reconnaît lui-même Boutros Boutros-Ghali dans *l'Agenda pour la démocratisation* (paragraphe 122). La question est souvent une affaire de chronologies différentes selon les situations et les niveaux de développement. L'essentiel à retenir en définitive est que paix, développement et démocratisation ont partie liée.

Les esprits ont été convaincus de la pertinence de ces analyses. Cependant la difficulté majeure est que, du coup, il n'y a plus aucune

commune mesure entre l'ampleur des tâches confiées à l'organisation et les moyens financiers mis à la disposition de celle-ci. Il faut admettre qu'on se trouve pratiquement présence d'une Organisation des Nations Unies nouvelle du point de vue de ses missions mais qui reste la même quant aux moyens matériels et financiers dont elle dispose. Ce constat conduit directement à la nécessité de la réforme de l'Organisation qui apparaît comme l'aboutissement logique des *Agendas*.

A cet égard, de nombreuses propositions y figurent dont certaines seront mises en oeuvre, mais les moyens matériels et financiers nécessaires à une véritable réforme n'ont pas suivi. Le *supplément à l'Agenda pour la paix* souligne de manière ferme: « la crédibilité du Conseil de sécurité de l'organisation tout entière continue de pâtir lorsque le Conseil adopte des décisions qui ne peuvent pas être appliquées faute des contingents nécessaires. Je pense en particulier aux problèmes des zones de sécurité en Bosnie-Herzégovine et à celui de l'élargissement de la Mission des Nations Unies pour l'assistance au Rwanda, à la suite du génocide dans ce pays. A l'avenir, il vaudrait mieux s'assurer que les forces et le matériel nécessaires sont disponibles avant de décider de créer une nouvelle opération de maintien de la paix ou de confier une tâche nouvelle à une opération existante.»¹¹

Quant aux moyens financiers, d'audacieuses propositions telles que les mesures à prendre dans le cas de contributions non acquittées ou la possibilité pour le Secrétaire général de contracter des emprunts, elles ne seront pas mises en oeuvre pas plus que celle qui aurait permis à l'organisation des Nations unies d'emprunter auprès de la banque mondiale ou du FMI selon une formule logique dès lors qu'on admet l'interdépendance entre la paix et le développement.

Il est fort probable que les nombreuses propositions de *l'Agenda pour la paix*¹² en vue d'assainir la situation financière, si elles avaient été mises en oeuvre, auraient conduit à une profonde transformation et à une modernisation radicale de l'organisation.

A nombre de recommandations financières et administratives s'ajoutent plusieurs propositions touchant au rôle de la Cour internationale de Justice en raison de l'importance occupée par le droit

11. paragraphe 99.

12. V. paragraphes 70 et s.

international dans le dispositif d'ensemble du maintien de la paix. Parmi ces propositions, figure celle d'autoriser le Secrétaire général, en application de l'article 96 paragraphe 2 de la Charte des Nations Unies, à demander un avis à la Cour. Cette suggestion, bien que reprise et endossée par l'Assemblée générale¹³, ne prospérera finalement pas. Or, on peut raisonnablement penser que si l'autorisation avait été donnée au Secrétaire général de demander un avis consultatif à la Cour, le rôle de celui-ci en aurait été fortement transformé et l'équilibre des pouvoirs modifié. Mais une telle compétence demeurera entre les mains des Etats, par l'intermédiaire de l'Assemblée générale, du Conseil de sécurité ou d'autres organes d'autres organisations composées d'États.

Près de 25 ans plus tard pour *l'Agenda pour la paix* et un peu moins pour les deux autres *Agendas*, restent marquants et vivants. Pourtant, faute de moyens ils n'ont pas réussi à constituer le socle qu'ils auraient pu et dû être d'une réforme aujourd'hui nécessaire des Nations Unies mais problématique au moyen d'une révision de la Charte. Si les *Agendas* sont marqués par une certaine pérennité, celle-ci tient à la doctrine dont ils sont porteurs. Le diagnostic effectué sur l'état de la société internationale et sur la nouvelle donne géopolitique résultant des bouleversements survenus à la fin du XXe siècle doit permettre l'adaptation des opérations de paix des Nations unies à ce contexte nouveau. On sait depuis longtemps que la paix est une notion protéiforme et, plus précisément, on sait aujourd'hui que l'absence de guerre n'est qu'une façon très partielle d'envisager la paix : nous ne sommes plus en 1945 ou, sortis du traumatisme qu'ils venaient de vivre, les hommes pensaient avant tout à éviter un nouveau recours aux armes et un conflit qui, classiquement, opposerait des Etats à d'autres Etats. Aujourd'hui, si la paix au sens traditionnel et classique ne doit pas être négligée, il en existe bien d'autres versions qui se rattachent au développement, aux droits de l'homme et à des principes et institutions propres à assurer à l'humanité une vie paisible que le développement du terrorisme international vient totalement remettre en cause. Or c'est précisément l'adjonction à une notion de paix réduite au seul silence des armes des autres éléments décrits dans les *Agendas*, que l'on doit le développement du nouveau

13. A/RES /47/120 B, 20 septembre 1993.

concept des opérations de maintien de la paix utilisé par la suite au Kosovo, au Timor oriental, en Afghanistan, en Côte d'Ivoire, au Libéria, en Haïti, en Irak etc. Les *Agendas* ont ainsi tenté de préparer les Nations unies à faire face à ces nouvelles situations dans lesquelles le pouvoir étatique s'est effondré, où les structures administratives sont réduites à néant et où la faillite politique s'ajoute à la faillite économique. Il était ainsi nécessaire que le Conseil de sécurité en décidant de telle ou telle opération, puisse le faire en référence à un cadre adapté existant qui permette de l'exécuter conformément à une véritable « doctrine ». Celle-ci, conforme aux buts de l'article 1 de la Charte, est ainsi un moyen de les actualiser et de contribuer à ce que l'on a souvent appelé la « plasticité de la Charte ».

On ne saurait donc retenir les *Agendas* pour leur but initial de servir de socle à une réforme des Nations unies qui n'est pas intervenue. Ils ont en revanche marqué le système des Nations Unies par les visions à longue portée dont ils étaient les vecteurs et par la définition des grands axes dans lesquelles des Nations unies se sont ensuite engagées. Ainsi à leur mission de paix a été donnée, de manière définitive, une nature multidirectionnelle en incorporant et en soudant ensemble les notions de paix, de développement et de démocratisation.

La réflexion du Secrétaire général Boutros Boutros-Ghali a ainsi été une autre façon de réformer le système de l'Organisation des Nations Unies, par la profonde révision de ses missions. Cette réforme là est d'une certaine manière plus profonde que celle des structures, car elle touche aux objectifs des Nations Unies, elle est donc une réforme de fond, qui redéfinit les buts de paix de la Charte, pour les concevoir désormais à la lumière des mutations radicales d'un monde nouveau.

S'il est vrai que cette réflexion présente encore aujourd'hui un certain caractère d'actualité, on voit aussi qu'elle ne permet pas de rendre compte des nouvelles données résultant des actions de terrorisme conduites par des acteurs qui, tels que « l'organisation état islamique », sont devenus les redoutables nouveaux acteurs auxquels le droit international est totalement étranger, qui n'agissent que par des moyens que celui-ci précisément condamne et envers lesquels les Nations Unies n'ont jusqu'à présent pu réagir de manière décisive. Dans ce combat nouveau par l'ampleur du phénomène et les incertitudes qu'il engendre, un nouvel *Agenda* ne suffira pas.



CAPÍTULO XII

THE WORK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION OF THE UNITED NATIONS ON THE “PROTECTION OF PERSONS IN THE EVENT OF DISASTERS”

*Eduardo Valencia-Ospina*¹

At its sixty-sixth session in 2014, the International Law Commission of the United Nations (ILC) adopted on first reading a complete set of draft articles on the topic entitled “Protection of Persons in the Event of Disasters”, together with their corresponding commentaries and included them in Chapter V of its annual report to the UN General Assembly.² The ILC also decided to transmit the whole to Governments, competent international organizations, the ICRC and the IFRC for comments and observations, with the request that these be submitted to the Secretary-General by 1 January 2016.³ The draft articles and commentaries were considered by the Sixth (Legal) Committee at the sixty-ninth session of the Assembly in the Fall of 2014.⁴ In the light of the oral comments then made and of the written observations that may be received, the Special Rapporteur will submit to the ILC an eight report to enable it to adopt in second reading its final set of draft articles and commentaries, together with its recommendation for future action thereon by the Assembly.

In this latter connection, it is particularly relevant to cite the statement made by the Observer for the IFRC during the Assembly’s Sixth Committee’s debate in October 2014:⁵

“...now that an integral text is being refined, we believe that it will soon become necessary to decide upon recommendations

1. Member of the International Law Commission - UN.

2. *Official Records of the General Assembly, Sixty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/69/10)*.

3. *Ibid.*, para. 53.

4. *Official Records of the General Assembly, Sixty-ninth Session, (A/C.6/69/SR. 19, 20,21,24,25,26,27)*.

5. *Ibid.*, (A/C.6/69/SR. 21)

as to their final form- in other words, whether the draft articles should be proposed as some sort of guidelines or as a draft treaty. We don't think that the option of presenting them as guidelines would be advisable. Such guidelines might be seen to compete with, and hamper the progress in, the implementation of existing guidelines on very similar themes, in particular the IDRL Guidelines, as previously negotiated and adopted by the State Parties to the Geneva Conventions.

On the other hand, we think that strengthening the global legal framework [by the adoption of an international convention] would add a new element with the potential to further stimulate and enhance the work that has been accomplished through soft instruments”.

This position has received the endorsement of the Inter-Parliamentary Union in the Declaration it adopted at the meeting held in March 2015 in Sendai in the context of the Third World Conference on Disaster Risk Reduction.

The present article aims at highlighting the salient features of the Draft, whose twenty-one provisions reflect the work of progressive development and codification of the topic carried out by the Commission on the basis of seven consecutive reports submitted for its consideration by the Special Rapporteur between 2008 and 2014.⁶

The ILC was established by the UN General Assembly as a means of implementing the task imposed on it by Article 13, paragraph 1 (a) of the Charter “to initiate studies and make recommendations for the purpose of ... encouraging the progressive development of international law and its codification”. As prescribed in Article 1 of its Statute, the ILC “shall have for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification”.⁷ The mission of the ILC is, therefore, not just to codify international law but, in the first place, to promote its progressive development on a universal basis by “the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has

6. A/CN.4/598, A/CN.4/615 and Corr.1, A/CN.4/629, A/CN.4/643 and Corr.1, A/CN.4/652, A/CN.4/662, and A/CN.4/668 and Corr.1 and Add.1.

7. *General Assembly resolution* 174 (II) of 21 November 1947.

not yet sufficiently developed in the practice of States” to quote from Article 15 of the Statute. It is on the basis of drafts prepared by the ILC that international conventions have been adopted on topics as diverse as the Law of Diplomatic and Consular Relations, the Law of Treaties, the Law of the Sea, etc.

Confronted with a potential or actual disaster, States that would be or are actually affected need, as the case may be, to take preventive measures to reduce its risk and to address the material consequences in its aftermath. For these purposes, assistance is normally forthcoming from other States, International Organizations and Non-governmental Organizations (NGO’s). In practice, however, this external aid is not always accepted. And even if external assistance is agreed to, as the IFRC put it in 2000: “There is no definitive, broadly adopted source of international law which spells out legal standards, procedures, rights and duties pertaining to disaster response and assistance. No systematic attempt has been made to put together the disparate threads of existing law, to formalize customary law or to expand and develop the law in new ways”.

Into this “yawning gap”, as the IFRC labeled it, stepped the ILC in 2006 when, in fulfillment of its mandate and on the proposal of the UN Secretariat, it included the topic “Protection of Persons in the Event of Disasters” in its program of work, as one that “reflected new developments in international law and pressing concerns of the international community as a whole”, which is one of the criteria for the selection of topics it had adopted in 1996.⁸ As explained by the Secretariat: “The objective of the proposal [was] the elaboration of a set of provisions which would serve as a legal framework for the conduct of international disaster relief activities; clarifying the core legal principles and concepts and thereby creating a legal “space” in which such disaster relief work could take place on a secure footing”.⁹ As can be seen from the set of draft articles adopted on first reading, the ILC has remained faithful to that original objective by elaborating a draft “framework convention”.

8. *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, Chapter XIII, Section B.1, paras. 256-257.

9. *Ibid.*, Annex C, para.24.

Thus, to the extent that an “international disaster response law” may be said to be developing as an autonomous branch of international law, it will owe that character in good measure to the work undertaken by the ILC on the topic. Unlike other topics in the ILC’s agenda, the “Protection of Persons in the Event of Disasters” is a truly novel one, on which legally relevant practice is particularly scarce. Apart from a handful of multilateral – mainly regional – agreements and a much larger number of bilateral treaties – mostly on mutual assistance – the bulk of the available material is comprised of soft-law, non-binding instruments elaborated at the intergovernmental level and also by private institutions and entities. Nevertheless, several such instruments, like those adopted by or under the auspices of the UN General Assembly, notably the seminal resolution 46/182, the “Hyogo Framework for Action 2005-2015” and the recent “Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030”, or by the institutions of the Red Cross Movement, the European Union and the *Institut de Droit International*, among others, are in themselves, in effect, distillation of State practice. The great difference between the instruments just mentioned and the Draft articles elaborated by the ILC lies in the fact that, while the former are not binding, the latter are intended to become binding rules of international law, either as conventional or as customary law.

In his Preliminary report of 2008¹⁰, the Special Rapporteur analyzed the implications that the ILC’s choice of title for the topic had on the determination of its substantive content. The topic being one concerned with the protection of persons in a given event, namely disasters, the Special Rapporteur singled out the three immediate legal sources of present-day international disaster protection and assistance – international humanitarian law, international human rights law and international law on refugees and displaced persons¹¹ – to which he systematically reverted in each of his subsequent reports.

Turning now to some of the specific provisions that conform the Draft, the scope of the draft articles (draft article 1), the definition of disaster (draft article 3) and the duty to cooperate (draft article 8) are all-encompassing formulations. The scope covers the pre-disaster and

10. A/CN.4/598

11. *Ibid.*, Chapter II, Section B.1, para.21.

disaster proper phases of a disaster situation. The definition of disaster is not limited to natural disasters but extends to other kinds of disaster, in particular those attributable to human action. Draft article 8 establishes in general terms the duty to cooperate, which is central to the whole project and is supplemented by draft articles 9 and 10, seeking to clarify the various forms which cooperation may take, and extending the duty to cooperate to the pre-disaster phase.

The duty to cooperate is well established as a principle of international law and is reflected in numerous international instruments. It is the practical concretization of the principle of solidarity which, as the UN Secretary-General has stressed “has its roots in the ethical principles of the Charter. Solidarity in this sense is not charity”.¹² As proclaimed in the European Consensus on Humanitarian Aid: “Humanitarian aid is a moral imperative and a fundamental expression of the universal value of solidarity”.¹³

As the Special Rapporteur stated in his Second report,¹⁴ “It is in the solidarity inspired by human suffering that the Commission’s mandate finds *telos*, as an expression of our common heritage in a global context”. Moreover, “Solidarity as an international legal principle, and distinct from charity, gives rise to a system of cooperation in furtherance of the notion that justice and the common good are best served by policies that benefit all nations”¹⁵. Seen in this light, the report traced the concepts to the Charter of the United Nations and the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter¹⁶, and to instruments adopted in fields as diverse as the Law of Economic Development, Environmental Law, Human Rights Law and International Humanitarian Law.

The nature of the duty to cooperate may vary depending on the actor and the context in which assistance is being sought and offered. But as the Special Rapporteur concluded in his Fifth report in 2012 “The duty to cooperate in relief matters does not currently include a legal

12. A/45/587, para. 5.

13. Document 52007DC0317, para. 2.1.

14. A/CN.4/615 and Corr.1

15. *Ibid.*, Chapter III, paras. 50 and 54.

16. *General Assembly resolution 2625 (XXV)* of 24 October 1970, Annex, para. 1.

duty for States to provide assistance when requested by an affected State”¹⁷. In this manner he gave his personal response to the question that the ILC had addressed to States in its 2011 report in the following terms: “The Commission has taken the view that States have a duty to cooperate with the affected State in disaster relief matters. Does this duty to cooperate include a duty on States to provide assistance when requested by the affected State?”¹⁸ The Special Rapporteur arrived at his conclusion in the negative after surveying international practice as evidenced in international treaties which shows that, although underpinned by the principles of solidarity and cooperation, the provision of assistance from one State to another upon the latter’s request is premised on the voluntary character of the action of the assisting State. That conclusion had likewise been reached by the overwhelming majority of the States that made comments in the Sixth Committee in response to the ILC’s inquiry.¹⁹

By virtue of the sovereignty of the affected State, it is the duty of its authorities to take care of the victims of a natural or other disaster occurring in its territory. Cooperation complements that duty. Cooperation should not be interpreted as diminishing the prerogatives of a sovereign State within the limits of international law. On the contrary, the principle underlines respect for the sovereignty of States and its corollary, non-intervention, and the primary role of State authorities in the initiation, organization, coordination and implementation of the measures aimed at the protection of persons in the event of disasters. Such protection will often involve the adoption of political, regulatory, administrative and judicial measures by the affected State, including the deployment of its armed forces within its own territory, which are expressions of the “right of every sovereign State to conduct its affairs without outside interference”, as the International Court of Justice put it in its 1986 Judgment in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua.²⁰

17. A/CN.4/652, Chapter III, para. 68.

18. *Official Records of the General Assembly, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/66/10)*, Chapter III, Section C, para.44.

19. A/CN.4/652, Chapter II, Section G, para. 52.

20. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Merits, Judgment of 27 June 1986, *I.C.J. Reports* 1986, p. 106, para. 202.

As the Special Rapporteur emphasized in his Third report of 2010²¹, “The correlating principles of sovereignty and non-intervention presuppose a given domestic sphere, or a *domain réservé*, over which a State may exercise its exclusive authority. This sovereign authority remains central to the concept of Statehood, but it is by no means absolute. When it comes to the life, health and bodily integrity of the individual person, areas of law such as international minimum standards, humanitarian law and human rights law demonstrate that the principles of sovereignty and non-intervention constitute a starting point for the analysis, not the conclusion”. The Special Rapporteur quoted in support the definition of sovereignty given by Judge Alejandro Alvarez in his separate opinion in the Judgment in the Corfu Channel case, which ends by stressing that “Sovereignty confers rights upon States and imposes obligation upon them”. Judge Alvarez was clearly inspired by the holding of the Permanent Court of International Justice in the Wimbledon case which conceived of sovereignty as the liberty of a State within the limits of international law.

In a similar vein, in its 2004 report entitled “A more secure world: our Shared Responsibility”, the UN Secretary-General’s High Level Panel on Threats, Challenges and Change was of the view that today, the notion of State sovereignty “carries with it the obligation of a State to protect the welfare of its own people and meet its obligations to the wider international community. But history teaches us all too clearly that it can not be assumed that every State will always be able, or willing, to meet its responsibilities to protect its own people and avoid harming its neighbors”.²² The Panel put forward a new vision of collective security based on a security consensus whose essence, to use its own terms, “was simple: we all share responsibility for each other’s security”. For the Panel: “The collective security we seek to build today asserts a shared responsibility on the part of all States and international institutions and those who lead them” to “respect and promote” the “dignity, justice, worth and safety” of the citizens of the State, which are the “values that should be at the heart of any collective security system for the twenty-first century”.²³ In his own 2005 report entitled “In

21. A/CN.4/629, Chapter IV, Section A, para. 75.

22. United Nations publication 2004, Part 1, Section C, para. 29.

23. *Ibid.*, para. 30.

Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All”²⁴ the Secretary-General, Kofi Annan, referred to the Panel’s report as well to a report from the International Commission on Intervention and State Sovereignty as supporting an “emerging norm that there is a collective responsibility to protect” but refrained from following those two bodies in linking sovereignty with responsibility.

In this connection, and specifically as far as the often-invoked new concept of responsibility to protect is concerned, the Special Rapporteur has been consistent from the start in maintaining its inapplicability to the work undertaken by the ILC on Protection of Persons in the event of Disasters. Already in his Preliminary report the Special Rapporteur drew attention to the Secretariat’s observation, when proposing the inclusion of the topic in the ILC’s agenda, that the protection of persons might be “located within contemporary reflection on an emerging principle entailing the responsibility to protect”²⁵, language that echoed the one used by the Secretary-General in his 2005 report.

However, in the Special Rapporteur’s opinion, expressed also in his Preliminary report²⁶, the appropriateness of extending the concept of responsibility to protect and its relevance to the present topic required careful consideration. He thus anticipated the clear position taken the following year by Secretary-General Ban Ki-moon in his report on Implementing the Responsibility to Protect.²⁷ In his Second report²⁸, the Special Rapporteur quoted with approval paragraph 10 (b) of the Secretary-General’s report, explaining that “the responsibility to protect applies, until Member States decide otherwise, only to the four specified crimes and violations: genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. To try to extend it to cover other calamities such as HIV/AIDS, climate change or the response to natural disasters, would undermine the 2005 consensus and stretch the concept beyond recognition or operational utility”. The ILC has endorsed the Secretary-General’s stand, which the Special Rapporteur had made his own.

24. A/59/2005.

25. *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), Annex C, para. 9.*

26. A/CN.4/598, Chapter III, Section B, para. 55.

27. A/63/677.

28. A/CN.4/615.

Draft article 2 deals with the purpose of the draft articles which is “to facilitate an adequate and effective response to disasters that meets the essential needs of the persons concerned, with full respect for their rights”. In the process of adopting article 2, the main issue raised was the juxtaposition of “needs” versus “rights”. Already in his Preliminary report, when commenting on the topic’s title, the Special Rapporteur had explicitly stated²⁹: “The title also imports a distinctive perspective, that is, of the individual who is a victim of disaster, and, therefore, suggests a definite Rights-based Approach to the treatment of the topic. The essence of a Rights-based Approach to protection and assistance is the identification of a specific standard of treatment to which the individual, the victim of a disaster, *in casu*, is entitled. To paraphrase the Secretary-General, a Rights-based approach deals with situations not simply in terms of human needs, but in terms of society’s obligation to respond to the inalienable rights of individuals, empowers them to demand justice as a right, not as charity, and gives communities a moral basis from which to claim international assistance when needed”.

The position thus taken by the Special Rapporteur gave rise to an intense debate within the ILC, with members expressing diverse views thereon, the main question being whether the best way to protect persons in the event of disasters was to focus on their rights. Foreseeing this debate, the Special Rapporteur had indicated in his Second report³⁰ that a “holistic approach to the topic seems to require that both rights and needs enter the equation, complementing each other when appropriate”. For the Special Rapporteur, rights and needs were but the two sides of a same and single coin. While the ILC was aware of the debate in the humanitarian assistance community on whether a “Rights-based” as opposed to the more traditional “Needs-based” approach was to be preferred, or vice versa, the prevailing sense was that the two approaches were not necessarily mutually exclusive, but were best viewed as being complementary. The ILC settled for a formulation that emphasized the importance of a response that adequately and effectively meets the “needs” of persons affected by the disaster. Such response has to take place with full respect for

29. A/CN.4/598, Chapter I, Section B, para. 12.

30. A/CN.4/615, Chapter II, Section A, 2, para. 17.

their rights, a phrase that intentionally leaves the question of how those rights are to be enforced to the relevant rules of international law. It is understood that there is an implied degree of latitude in the applicability of rights, as conditioned by the extent of the impact of the disaster. The extent of such latitude, as far as it is not covered by the draft articles developed by the ILC, is to be ascertained by the relevant rules recognizing or establishing the rights in question. Moreover, the reference to “rights” is not only a reference to human rights, but also, *inter alia*, to rights acquired under domestic law.

Thus, since the commencement of work, both for the Special Rapporteur and the ILC as a whole, Human Rights Law has been a central pillar of the legal foundations on which to build its draft international instrument on a topic which, after all, is entitled “Protection of Persons in the Event of Disasters”. A number of Human Rights are directly implicated in the context of a disaster, including the right to life, the right to food, the right to health and medical services, the right to the supply of water, the right to adequate housing, clothing and sanitation, and the right to be free from discrimination. Nevertheless, a suggestion to draw up a list of applicable rights did not meet with the ILC’s approval for the simple reason that it is not possible to consider all potentially applicable rights, and out of concern that such a list could lead to an *a contrario* interpretation that rights not mentioned therein were not applicable.

The recognition that the draft articles must find inspiration from Human Rights Law reverberates throughout the entire set of draft articles, often with express references made to Human Rights. As already indicated, draft article 2, entitled “Purpose”, mentions “full respect for their rights”, with “rights” being a reference mainly to Human Rights. Draft article 5, entitled “Human Dignity” enshrines for the first time as an autonomous provision in the body of what is intended to become an international instrument, the fundamental right to the respect and protection of the inherent Dignity of the human person, until now only referred to in the preambles of many such instruments. Human Dignity undergirds International Human Rights instruments, and the ILC regards it as a guiding principle both for any action to be taken in the context of the provision of relief and in the ongoing evolution of laws addressing disaster response. Draft article 6, entitled “Human Rights”

specifically provides that “Persons affected by disasters are entitled to respect for their human rights”. The ILC recognizes an intimate connection between Human Rights and the principle of Human Dignity reflected in draft article 5, reinforced by the close proximity of the two draft articles. Draft article 6 seeks to reflect the broad entitlement to Human Rights protection held by the persons affected by disasters. The general reference to “Human Rights” encompasses Human Rights obligations expressed in relevant international agreements and reflected in customary law, as well as assertions of best practices for the protection of Human Rights included in non-binding texts at the international level. The ILC decided not to limit the provision to obligations “set out in the relevant international agreements” in order to indicate the broad field of Human Rights obligations, without seeking to specify, add to or qualify those obligations. This reference incorporates both the substantive rights and the limitations that exist in the sphere of International Human Rights Law, in particular an affected State’s right of derogation where recognized thereunder.

Draft article 7 includes the principle of Non-discrimination, which has acquired the status of a fundamental rule of International Human Rights Law, and which is there articulated as an autonomous principle of disaster response. Draft article 11 embodies the duty of each State to reduce the risk of disasters. In so providing, the ILC draws on principles emanating from International Human Rights Law, including the State’s obligation to respect, protect and fulfill Human Rights, in particular the right to life. Draft article 13, entitled “Duty of the affected State to seek external assistance” is rooted in the ILC’s belief that such a duty derives from an affected State’s obligations under International Human Rights instruments and customary international law. Draft article 14, entitled “Consent of the affected State to external assistance” provides in its paragraph 2 that “Consent to external assistance shall not be withheld arbitrarily”, as such assistance is indispensable, especially if the inability or unwillingness of the affected State to respond adequately and effectively jeopardizes, or even violates, the rights and Dignity of those affected. Indeed, an offer of assistance that is met with refusal might thus, under certain conditions, constitute a violation of the right to life.

International Humanitarian Law (IHL) and its underpinning humanitarian principles have likewise been both a legal parameter of reference and

a source of inspiration in the elaboration of the draft articles. Some of the key issues raised by the codification process carried out by the ILC in this area are: 1) The definition of disaster and its potential application to armed conflicts; 2) The application of the Draft articles in case of armed conflict and its relationship with IHL; 3) The complementary role played by the Draft articles with regard to issues not regulated by IHL; 4) The influence of IHL provisions, humanitarian principles and activities carried out by the Red Cross and Red Crescent Movement in the development of several draft articles; and 5) The recognition of the unique role and status enjoyed by the Red Cross and Red Crescent Movement in disaster situations.

The core humanitarian principles relevant to disaster response are enshrined in draft article 7, entitled “Humanitarian principles” according to which: “Response to disasters shall take place in accordance with the principles of humanity, neutrality and impartiality, and on the basis of non-discrimination, while taking into account the needs of the particularly vulnerable”. Those four principles are considered by the ILC to constitute humanitarian principles that underlie disaster relief and assistance. Originally found in International Humanitarian Law and in the fundamental principles of the Red Cross, they are widely used and accepted in a number of international instruments in the context of response to disasters.

The principle of Humanity stands as the cornerstone of the protection of persons in international law. Situated as an element of both International Humanitarian Law and International Human Rights Law, it informs the development of laws regarding the protection of persons in the event of disasters.

While the principle of Neutrality is rooted in armed conflict, in the context of humanitarian assistance it has acquired a more specific meaning which is reflected in draft article 7. Accordingly, the principle requires that the provision of assistance be independent of any given political, religious, ethnic or ideological content.

The principle of Impartiality, encompassing the principles of Non-discrimination, Proportionality and Impartiality proper, requires that responses to disasters be directed towards full respect and fulfillment of the needs of those affected by disasters in a manner that gives priority to the needs of the particularly vulnerable.

The principle of Non-discrimination has been, in the context of disasters, spelled out in several conventions as a general principle on the

provision of disaster relief. It reflects the inherent equality of all persons and the determination that no adverse distinction may be drawn between them. Prohibited grounds for discrimination are non-exhaustive and include ethnic origin, sex, nationality, political opinions, race and religion. Such a principle is not to be taken as excluding the prospect of positive discrimination. This position is reflected in reference to the “needs of the particularly vulnerable”, the latter term encompassing both groups and individuals.

Furthermore, in draft article 21, which states “The present draft articles do not apply to situations to which the rules of international humanitarian law are applicable”, the ILC gives precedence to the rules of International Humanitarian Law in situations where they are applicable. The ILC has maintained a coherent approach in this area and has confirmed with regard to IHL the solution adopted by draft article 20, which corresponds with draft article 21, in that it clarifies that international provisions having a higher degree of specificity than the present draft articles are not displaced by them.

The Draft covers related aspects concerning the provision of External Assistance. Draft article 15 expresses the right of affected States to place conditions on the provision of external assistance. Draft article 16 recognizes the right of States and other entities to make offers of assistance. Draft article 17 embodies the obligation of the affected State to take the necessary measures, within its national law, to facilitate the prompt and effective provision of external assistance and to ensure that its relevant legislation and regulations are readily available to assisting actors. Draft article 18 specifies the obligation of the affected State to take the appropriate measures to ensure the protection of relief personnel, equipment and goods present in its territory for the purpose of providing external assistance. The draft article, therefore, complements draft article 17 although the two provisions have a somewhat different focus and approach. Draft article 19 preserves the right of any actor to seek to terminate the assistance being provided in consultation with the other actors.

Draft article 11, which enshrines the duty to reduce the risk of disasters, represents the acknowledgement of the need to cover in the Draft not only the response phase of a disaster, but also the pre-disaster phase. In this manner, the ILC has provided the international legal foundation for a duty to reduce the risk of disasters, thus positioning itself

at the forefront of the contemporary discussion on the legal nature and role of prevention, mitigation and preparedness. At the same time, it has made a significant contribution to the further development of the tenets embodied in the Hyogo Framework of Action which has taken place at the Third UN World Conference on Disaster Risk Reduction held in Sendai. In this connection, it may be noted that in May 2013, the Chair's Summary of the Fourth Session of the Global Platform for Disaster risk reduction recognized displacement as an underlying risk factor, identified displaced persons as a group with demonstrated capacity to reduce disaster risk, and welcomed "the progressive development and codification of international law concerning the "Protection of persons in the event of disasters" as highly relevant³¹.

Quite significantly, the "Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030"³² lists as its first and third Guiding Principles for the implementation of the Framework the following two:

- "a) Each State has the primary responsibility to prevent and reduce disaster risk, including through international, regional, sub-regional, trans-boundary and bilateral cooperation..."; and
- "c) Managing the risk of disasters is aimed at protecting persons and their property, health, livelihoods and productive assets, as well as cultural and environmental assets, while promoting and protecting all human rights, including the right to development...".

As will be readily appreciated, those two Guiding Principles reflect the spirit and the letter of specific provisions of the ILC Draft.

Because of their importance in informing the set of draft articles as a whole, the text of draft articles 12, 13, 14 and 16, is given in full below:

"Draft article 12. **Role of the affected State**

1. The affected State, by virtue of its sovereignty, has the duty to ensure the protection of persons and provision of disaster relief and assistance on its territory.

31. UNISDR document, p.3.

32. A/CONF.224/CRP.1.

2. The affected State has the primary role in the direction control, coordination and supervision of such relief and assistance”.

“Draft article 13. **Duty of the affected State to seek external assistance**

To the extent that a disaster exceeds its national response capacity, the affected State has the duty to seek assistance from among other States, the United Nations, other competent intergovernmental organizations and relevant non-governmental organizations, as appropriate”.

“Draft article 14. **Consent of the affected State to external assistance**

1. The provision of external assistance requires the consent of the affected State.
2. Consent to external assistance shall not be withheld arbitrarily.
3. When an offer of assistance is extended in accordance with the present draft articles, the affected State shall, whenever possible, make known its decision regarding the offer”.

“Draft article 16. **Offers of external assistance**

In responding to disasters, States, the United Nations, and other competent intergovernmental organizations have the right to offer assistance to the affected State. Relevant non-governmental organizations may also offer assistance to the affected State”.

The ILC exists to serve the legal interests of States and, therefore, the viability of its final drafts depends on their acceptability to States. Accordingly, its work is carried out *pari passu* taking account of the views of States. The draft articles adopted up to 2014 have been brought to the attention of successive sessions of the General Assembly in the ILC’s customary annual reports. They were the subject of discussion by the delegations of Member States and Observers in the Sixth (Legal) Committee of the Assembly. As it was the case in the ILC, the Sixth

Committee debate centered on the recurrent theme, already identified in the Special Rapporteur's Preliminary report, of the underlying tension between the fundamental principles of sovereignty and non-intervention on the one hand, and the protection of persons on the other. In this connection, special emphasis must be placed on the articulation between draft articles 12 and 14, paragraph 1. Draft article 12 entitled "Role of the Affected State" reflects in paragraph 1 the obligation of an affected State to protect persons and provide disaster relief in accordance with international law as stemming from its sovereignty. Paragraph 2 of draft article 12 affirms the primary role held by an affected State in the response to a disaster upon its territory. The ILC preferred to use, instead of the term "responsibility", the term "role", borrowed from the Annex to General Assembly resolution 46/182, in a provision which is furthermore in line with the "margin of appreciation" standard adopted in the European Court of Human Rights. According to the standard, the national authorities enjoy a wide margin of appreciation under article 15 of the European Convention on Human Rights in assessing whether the life of their nation is threatened by a public emergency. Moreover, under paragraph 1 of draft article 14: "The provision of external assistance requires the consent of the affected State".

At the 2011 annual session of the General Assembly, a large number of delegations in the Sixth Committee welcomed the inclusion of draft articles 13 and 14 in the form adopted by the ILC. Other delegations, however, echoed the contrary point of view as expressed by some ILC members. In essence, according to that point of view, draft article 13 on the "duty of the affected State to seek external assistance" and paragraph 2 of draft article 14 should be worded in hortatory terms to the effect, respectively, that affected States should seek external assistance in cases where a disaster exceeds national response capacity, and "consent to external assistance should not be withheld arbitrarily". According to the proponents of this view, to embody in the text by means of the words "shall" and "requires" a legal duty on the part of the affected State constituted an infringement upon the sovereignty of States and had, therefore, no basis on customary international law or State practice. Such view has been repeated at subsequent sessions of the Assembly.

On the other hand, it must be stressed that rather than an infringement, draft articles 13, 14 and 16 as provisionally adopted constitute a

reaffirmation of the fundamental international law principles of sovereignty and its corollary non intervention, already explicitly enshrined in draft article 12 on the role of the affected State. Those three provisions are founded on the unambiguous recognition that “the provision of external assistance requires the consent of the affected State”. The right of States other than the affected State is merely to “offer” not to “provide” assistance and the affected State remains completely free to accept in whole or in part, subject or not to conditions it itself imposes, any offer of assistance from States and non-States actors, whether made unilaterally or in answer to an appeal by that affected State, when seeking assistance in situations in which a disaster exceeded its national response capacity. A duty to “seek” unlike a duty to “request” does not imply the existence of a consent given in advance. Moreover, the affected State retains the right to determine by itself alone whether a particular disaster is beyond its national response capacity or otherwise, in line with the principle of sovereignty, because it is in the best position to rationally and reasonably decide on its capabilities in responding to a disaster.

As mentioned above, under paragraph 2 of draft article 14, the consent of the affected State to external assistance, “shall not be withheld arbitrarily”. In the context of disasters, essentially, consent is withheld arbitrarily if it is withheld in circumstances that violate a State’s other obligations under international law or if the manner in which consent is withheld is capricious or unreasonable. In this connection it is significant that on 22 February 2014, the Security Council in its resolution 2139 (2014) on the situation in Syria, expressed its regret, *inter alia*, “that humanitarian aid delivery continues to be impeded throughout Syria”, while recalling “that arbitrary denial of humanitarian access and depriving civilians of objects indispensable to their survival, including willfully impeding relief supplies and access, can constitute a violation of international humanitarian law”. Subsequently, on 14 July 2014, the Security Council in its resolution 2165 (2014) manifested itself “Deeply disturbed by the continued, arbitrary and unjustified withholding of consent to relief operations” while “noting the United Nations Secretary-General’s view that arbitrary withholding of consent...is a violation of international humanitarian law and an act of non-compliance with resolution 2139 (2014)”. Accordingly, the

Council proceeded on its own to take decisions which were simply notified afterwards to the Syrian authorities.

Although these Security Council statements and decisions were evidently made in the context of a situation of armed conflict, they nevertheless add undeniable force to the applicability of the rule enshrined in draft article 14, paragraph 2 of the ILC draft in a situation of disaster.

In this connection, it is noteworthy that the ILC's position on the question of the arbitrary withholding of consent is referred to with approval as part of the extensive treatment given to that question in the recently elaborated OCHA/OXFORD "Guide on the Law regulating Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict".³³

Despite the divergent view held by some delegations, it has been generally considered in the Sixth Committee that the provisions commented upon maintain the delicate equilibrium that the ILC has so successfully achieved in the formulation of its draft articles. As stated on behalf of the European Union at the session of the General Assembly in 2012, "overall, the European Union is pleased to note that the Special Rapporteur and the Commission seek to strike a fine balance between the need to safeguard the national sovereignty of the affected States on the one hand, and the need for international cooperation regarding the protection of persons in the event of disasters, on the other. However, in humanitarian emergencies, the European Union would like to emphasize the need for full respect of humanitarian principles and human rights".³⁴

Finally, draft article 20 is a safeguard clause which concerns the relationship between the draft articles and special or other rules of international law, by seeking to clarify the way in which the draft articles interact with certain rules of international law which a) deal with a higher degree of specificity with the same subject matter of the draft articles, or b) while not directly concerned with disasters would nonetheless apply in situations covered by the draft articles, for instance provisions concerning the Law of Treaties, such as those related to the supervening impossibility of performance and the fundamental change of circumstances. Both such rules are not displaced by those embodied in the Draft.

33. Document not yet published.

34. Written statement circulated by Delegation. Cf. A/C.6/67/SR.18, para. 69.

While a milestone has been reached with the completion in first reading of the Draft articles on Protection of Persons in the event of Disasters, the road still to be followed by the Special Rapporteur and the ILC until final success is achieved, is fraught with obstacles, mainly of a political character. But in pursuing their task, both can take comfort in the terms of the European Union's statement to which reference has been made earlier.³⁵ "In the European Union's view the ... work of the Special Rapporteur and the International Law Commission have already contributed significantly to the reflection on how to best codify and progressively develop this area of international law which will steer the international community in its assistance to persons affected by disasters".

ANNEX

Text of the Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters adopted by the ILC in first reading in 2014

35. Written statement circulated by Delegation.



CAPÍTULO XIII

THE INTERRELATIONSHIP, INTERACTION AND INFLUENCE OF MUNICIPAL LAW AND INTERNATIONAL LAW IN THE DEVELOPMENT AND JURISPRUDENCE OF THE LAW OF THE SEA WITH PARTICULAR REFERENCE TO TRINIDAD AND TOBAGO

Anthony Amos Lucky¹

1. Introduction

Much has been written on this subject and several views have been expressed. The relevant articles are very helpful and well researched². I shall refer to these articles subsequently. In this paper I will consider this topic from a different perspective, that of my experience as a judge at several levels in the judiciary of Trinidad and Tobago and at the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)

In the absence of a clear statement on the influence of international law on the Courts, I shall show that there is a high degree of influence and, by extension, interaction between the national and international Courts. I will demonstrate the validity of my hypothesis by reviewing some of the well known cases heard by the national and international courts, specifically the Supreme Court of Trinidad and Tobago and the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS). I will also show the interplay between the Courts by reference to some recent decisions of the local courts, international tribunals and ITLOS, and where applicable, the International Court of Justice (the ICJ).

Bearing in mind the above, I have considered various definitions of international law. Substantially the definitions are the same. However, I find that the following definition encompasses all of the sources and practice by various forums:

1. Judge of the United Nations International Tribunal for the Law of the Sea.

2. Kirby, Michael, International Law-The impact of national Constitutions, American University International Law Review 21, No3 (2006)327

International Law is defined as : *Body of legal rules governing interaction between sovereign states (Public International Law) and the rights and duties of the citizens of sovereign states towards the citizens of other sovereign states. Since there has never been a law making body for international law, it has been built up piecemeal through accords, agreements, charters, compromises, conventions, memorandums, protocols, treaties, tribunals, and understandings inter alia* .³

*International law is the body of legal rules which apply between sovereign states and such other entities as have been granted international personality.*⁴

By contrast Municipal law is the national, domestic, or internal law of a sovereign state defined in opposition to international law. A country incorporates a treaty by passing domestic legislation that gives effect to the treaty within its own **national legal** system.⁵

National Courts interpret and apply the local laws. Regional Courts are established by treaty or agreement between the States and interpret and apply the law as set forth in the Treaty or Statute establishing the Court.⁶

In this paper I shall be taking a pragmatic approach in considering the accepted procedure in filing and hearing cases in both the municipal and international courts, the acceptance and assessment of evidence in the municipal and international courts, and the interplay of the relevant systems by judges in determining matters .I shall refer specifically to The Supreme Court of Trinidad and Tobago (the National Court), where applicable the CCJ (the Regional Court), and, the International Tribunal for the Law of the Sea, (ITLOS) (an International Court), to demonstrate, by reference to judicial decisions, the further development of international law and the difficulties a Court may experience when interpreting the relevant provisions of international

3. Business Law Dictionary.

4. Professor Georg Schwarzenegger, A Manual of International Law 5th Edition p.

5. For example, the Territorial Sae Act ; the Continental Shelf Act and the Archipelagic Act of Trinidad and Tobago reflect the tenets principles of the United Nations Convention on the Law of the Sea.

6. The Statute establishing the Caribbean Court of Justice-The Caribbean Court of Justice Act 2005, p.77.

Conventions and Treaties. I have selected the aforementioned Courts to share my experience as a magistrate, a Supreme Court Judge in the Criminal, Civil and Appellate jurisdictions in Trinidad and Tobago; and as judge at ITLOS since 3 September, 2003. Consequently, I relied upon my experience in the magistrates Court, and the Supreme Court and my recent experience in the International Tribunal for the Law of the Sea.

I will also examine the jurisdiction of the above mentioned Courts because they have and will have to consider international norms, Conventions and Treaties in instances where there are no existing rules; more so, now that relevant articles and sections of Conventions and protocols have been incorporated into local legislation in which Evidence Acts provide the rules.

Full effect of the decisions of domestic courts and vice versa can only be accomplished by acceptance and application of the provisions of the relevant Laws by the courts. (Through interpretation of laws by the Courts and by States parties to the Conventions Protocols and Agreements between States that are parties to the Treaties, Conventions and Agreements.)

It must be noted that:

“In any system of law, a situation may very well arise where the court considering a case before it realizes that there is no law covering exactly that point, neither parliamentary statute nor judicial precedent. In such instances the judge will proceed to deduce a rule that will be relevant, by analogy from already existing rules or directly from the general principles that guide the legal system, whether they are referred to as emanating from justice, equity or considerations of public policy.”⁷

The matter for consideration is whether judges of the Supreme Court can refer to or consider or rely upon the decisions of other international Courts and international treaties and conventions as persuasive authority before arriving at their decisions at the High Court and Appeal Courts.

7. Malcolm N. Shaw, International Law, Fourth Edition p.77.

International Law and Municipal Law

I accept the view that the Legal System governed by International Law is not superior to the Legal System governed by municipal Law because each system or order is superior in its own sphere.⁸ See also, infra, reference to the Hosinmaru and Tomimaru Cases, the Louisa Case and the Virginia G Case.⁹

The foregoing view is supported by the fact that to be applied in municipal law treaties and Conventions entered into by the State must be ratified by Parliament and incorporated into the local legislation. e.g., the Territorial Sea Act, the Continental Shelf Act and the Archipelagic Waters and Economic Zone Act of the Republic of Trinidad and Tobago.¹⁰

Consequently, a State incorporates the principles set out in a Convention or Treaty through the passing of legislation to give effect to the treaty. This is a result of State consent; but international law once accepted as such, overrides national law in case of conflict of rules.

International Conventions, Agreements and Treaties

At this juncture I think it will be useful to consider some of the International Treaties and Conventions that have been incorporated into the laws of Trinidad and Tobago.

The Gulf of Paria Treaty 1942 and the subsequent Annexation Order of 1942.¹¹

Although the 1942 treaty was superseded by the 1990 Treaty between Trinidad and Tobago and Venezuela (*Maritime Boundaries Agreement between the Republic of Trinidad and Tobago and Venezuela*) the prin-

8. G.Fitzmaurice, *he General Principles of International Law* 92 H R 1957pp5 and 70-80. Borchard, *he relations between International Law and Municipal Law* 27 *Virginia Law Review* 1940, p.157.

9.

10. *Laws of the Republic of Trinidad and Tobago* Volume 1 Appendix item 4.

11. *Bay of Bengal Case, Bangladesh v Myanmar*, Dissenting Opinion of Judge Lucky p 2.

ciples set out in the articles of the treaty have been incorporated with additions and amendments in subsequent treaties and Conventions, for example, matters relation to methods of fishing and pollution of the marine environment.

It must be noted that although the Gulf of Paria Treaty was repealed and superseded by the 1990 treaty, the Annexation Orders of both States are still in force. Therefore there are “grey Areas in the Gulf of Paria and the Serpents Mouth between the two States. This matter should be determined in the near future. I refer to my dissenting opinion as follows: the prioritization of continental shelf rights over EEZ rights with a view to the clear assignation of rights in the grey area to one or the other party so that the dispute would be fully rather than conditionally resolved. (See, *Bay of Bengal Case*, Dissenting Opinion of Judge Anthony Amos

Lucky, p. 2)¹²

At that time the Treaty was the only bilateral treaty that sought to regularise the legal position regarding fishing and other related rights between Trinidad and Tobago and Venezuela. An examination of articles 6, 7, and 8 of the Treaty supports my view that this treaty, which is the forerunner of the doctrine of the Continental Shelf and contains some features that have become part of the regime.¹³

Treaties and Conventions

The United Nations Convention on the Law of the law of the sea; the International Convention relating to intervention on the High Seas in cases of Oil Pollution Casualties 1969; the Convention on the Prevention of Marine Pollution by dumping of Wastes and other Matter 1996; the International on the Prevention of Pollution by Ships 1973 together with its Protocol of 1978; the International Convention on Oil Pollution, Preparedness, Response and Co-operation 1990; the international Convention on Civil liability Convention for Oil pol-

12. (P Chandrasekhara Rao, *New Laws of Maritime Zones*, Miland Publications Private Limited, New Delhi, pp.93-94, Daintith, Terrance and Willoughby G.D.M., *A Manual of United Kingdom Oil and Gas Law*, Oyez publishing Ltd. London 1977

13. Ministry of Foreign Affairs, Port of Spain, Trinidad..

*lution damage 1992 and the International Convention on the establishment of an international fund for Oil Pollution damage 1992. (Source; Ministry of Legal Affairs and Ministry of foreign Affairs, Port of Spain, Trinidad)***The 1990 Delimitation Treaty between Trinidad and Tobago and Venezuela.*

*Framework Treaty Relating to the utilisation of Hydrocarbon Reserves that extend across the delimitation line between the Republic of Trinidad and Tobago and the Bolivarian Republic of Venezuela*¹⁴

14. Interpretation of article 76

The interpretation of article 76 is crucial to this case because of the views of the Parties.

An historical perspective will be of some assistance.

Article 1 of the 1958 Convention provides:

For the purpose of these articles, the term “continental shelf” is used as referring (a) to the seabed and subsoil of the submarine areas adjacent to the coast but outside the area of the territorial sea, to a depth of 200 metres or, beyond that limit, to where the depth of the superjacent waters admits of the exploitation of the natural resources of the said areas; (b) to the seabed and subsoil of similar submarine areas adjacent to the coasts of islands.

Article 76 of the 1982 Convention replaced article 1 of the 1958 Convention with a more comprehensive definition and abolished the exploitability standard.

The article does not define the term “natural prolongation”, which is not in my view a strict legal term but a geographical term as well. The article presupposes that a geographical definition will be relevant. Consequently, article 76, paragraph 4, provides for geological evidence. This is confirmed by considering article 76, paragraphs 5 and 6. Article 76 must be construed as a whole and not in part. It does not specify that there is an “inner” and “outer” continental shelf, but the continental shelf to which a coastal State is entitled, subject to the natural prolongation of the land mass, continues to the outer limits of the continental shelf as specified in article 76, paragraphs 4, 5 and 6. As a result, Bangladesh and Myanmar will have entitlements in the continental shelf beyond 200 nm.

The issue of delimitation of a common shelf is a matter for this Tribunal to determine on the evidence, the facts found and the law.

42

A precise definition of the continental shelf is extremely important in this case. Article 76 of the Convention does not provide a definition of the term “natural prolongation”. Article 76 is a rule of law but it includes references to science. “Natural prolongation” is a scientific term. The scientific evidence is set out in the reports of Drs. Kudrass and Curray. The evidence therein clearly shows that there is a geological and geomorphological continuity of the land territory of Bangladesh into the Bay of Bengal. In other words, there is continuity between the Bangladesh land mass and the submarine areas in the Bay of Bengal (See article 76 of the Convention, paras. 1-6, and the reports of Dr. Kudrass and Dr. Curray.).

The following are municipal Acts that incorporate International Conventions:

In order to arrive at a meaning it is necessary to be guided by science and geography. Article 4a(i) and (ii) in my opinion provides for the use of science and technology. Firstly, it speaks of the natural prolongation of the land territory to the outer edge of the continental margin or to a distance of 200 nm from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured when the continental margin does not extend up to that distance. Secondly, the relevant terms are the contextual and legal interpretation of the terms: “natural prolongation”, “outer edge”, “200 nm” and “continental margin”.

In my opinion, the definition of the continental shelf of a coastal State is dependent on the geographical circumstances applicable to the State. The definition may encompass one or all of the provisions provided. In my opinion the article seems to provide for States that may not be similarly circumstanced to others. Therefore, article 76 must be considered as a whole and the relevant provisions applied on a case-by-case basis. In the instant case, I am of the view that the whole of the article must be applied.

In construing article 76 it is necessary to ask the following questions and having answered them then arrive at a definition:

What is the scientific definition of the continental shelf?

43

What is the legal definition of the continental shelf? Therefore, what is the basis for the definition in the said article considered as a whole?

The answers to the above provide that the continental shelf is the natural prolongation of the land mass to the outer edge of the continental margin or to a distance of 200 nm. The outer limits shall not exceed 350 nautical miles or shall not exceed 100 nautical miles from the 2,500 metre isobath, which is a line connecting the depth of 2,500 metres. Therefore, in this case the 350 nm limit and the 2,500 metre isobath are applicable for both States.

The meaning of “natural prolongation” cannot be construed in isolation. The article has to be construed as a whole and in my opinion in the geographical context. The words that follow “natural prolongation” are “of its land territory to the outer edge of the continental margin...”. It is therefore crucial to establish whether the land mass continues to the outer edge of the continental margin. This can only be determined if a legal and scientific method is adopted.

Article 76, paragraph 2, specifies that the continental shelf shall not extend beyond the limits provided for in paragraphs 4 to 6. This is applicable in this case.

Article 76, paragraph 3, defines the “continental margin” as “the submerged prolongation of the land mass of the coastal State, and consists of the seabed and subsoil of the shelf, the slope and the rise”.

In addition, article 76, paragraph 5, is self-explanatory.

Applying the law to the geological facts set out in the reports of the experts, I am of the view that both States are entitled to the continental shelf in the Bay of Bengal.

**CHAPTER 1:51
TERRITORIAL SEA ACT**

**An Act to make provision with respect to the Territorial Sea of
Trinidad and Tobago.**

[31ST DECEMBER 1969]

1. This Act may be cited as the Territorial Sea Act.

2. In this Act—

“contiguous zone” means that area contiguous to the territorial sea which does not extend beyond twenty-four nautical miles from the archipelagic baselines from which the breadth of the territorial sea is measured;

“Island” means a naturally formed area of land which is surrounded by and above water at mean high-water spring tides;

“low-water line” has the meaning assigned to it by section 7;

a “low-tide elevation” mean a naturally formed area of land which is surrounded by, and above water at mean low-water springtides but is submerged at mean high-water spring tides;

“nautical mile” means the international nautical mile.

3. The territorial sea of Trinidad and Tobago comprises

those areas of the sea having as their inner limits the base-lines defined in section 5 and as their outer limits, a line measured seaward from that baseline, every point of which is distant twelve nautical miles from the nearest point of the baseline so, however, that where the outer limits of the territorial sea of Trinidad and Tobago intersect foreign territorial waters the outer limits thereof shall be resolved through agreements or other means recognised by international law.

4. (1) The internal waters of Trinidad and Tobago shall include any areas of sea within its archipelagic waters that are on the landward side of the closing lines.

38 of 1969.

Commencement.

[1/1970].

Short title.

Interpretation.

[22 of 1986].

Territorial sea.

Internal waters.

[22 of 1986].

MINISTRY OF LEGAL AFFAIRS www.legalaffairs.gov.tt

UPDATED TO DECEMBER 31ST 2009

L.R.O. 1/2006

LAWS OF TRINIDAD AND TOBAGO

Territorial Sea Chap. 1:51 5

(2) In this section “closing lines” means the straight lines drawn in accordance with the provisions of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, that—

(a) cross the mouth of a river;

(b) enclose a bay;

(c) delimit the waters of a harbour.

5. (1) The baselines from which the breadth of the territorial sea shall be measured shall be straight archipelagic baselines of Trinidad and Tobago.

(2) The archipelagic baselines of Trinidad and Tobago consist of straight baselines joining the outermost parts of the outermost islands and drying reefs of the archipelago.

(3) For the purposes of subsection (2), a low-tide elevation that lies wholly or partly within the breadth of the sea which would be territorial sea if all low-tide elevations were disregarded for the purpose of the measurement of the breadth thereof, shall be treated as an island.

6. The seabed or submarine areas bounded on the landward side by the baselines referred to in section 5 and on the seaward side by the outer limits of the territorial sea shall be deemed to be and always to have been vested in the State.

L.R.O. 1/2006

LAWS OF TRINIDAD AND TOBAGO

Archipelagic Waters and Exclusive

Economic Zone Chap. 51:06 5

ARCHIPELAGIC WATERS AND EXCLUSIVE

ECONOMIC ZONE ACT

An Act to declare the Republic of Trinidad and Tobago an archipelagic State, and to define the new areas of marine space appertaining to Trinidad and Tobago in the exclusive economic zone, and in the archipelagic waters, and the nature and extent of the jurisdiction to be exercised by it in each of these areas and to make provision for matters connected therewith in accordance with the United Nations Convention on the Law of the Sea, done in Montego Bay, Jamaica on 10th December 1982.

[11TH NOVEMBER 1986]

Prior to these Acts the legislation in Trinidad and Tobago did not prescribe a definition of the Continental Shelf

CONTINENTAL SHELF ACT

An Act to make provision as to the exploration and exploitation of the Continental Shelf; to enable effect to be given to certain provisions of the Conventions on the High Seas done in Geneva on 29th April 1958; and for matters connected with those purposes.

[30TH DECEMBER 1969]

Continental Shelf” means the seabed and subsoil of the Submarine areas of Trinidad and Tobago that extend beyond its territorial sea throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of its Continental Margin, or to a distance of two hundred nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea of Trinidad and Tobago is measured where the outer edge of the Continental Margin does not extend up to that distance;

“designated area” means an area

The above Act was amended on 7, November 1986 to conform to Article 76 of the United Nations Convention on the Law of the Sea. However, the definition in the Act is not as comprehensive as the definition set forth in Article 76 of the Convention that has been considered

in the Bay of Bengal Case¹⁵. My view is that the definition is wide and not clear. Therefore in that case I proposed the following definition based on the evidence presented. [14

Trinidad and Tobago will have to apply principles set out in the Convention in the determination of issues which may arise for example in matters of pollution by ships, maritime accidents for example whether they occurred in the territorial sea or EEZ of Trinidad and Tobago or in the case of the CCJ in the Territorial sea or EEZ of a member State.

*(*It is envisaged that in the very near future most if not all of these conventions, protocols and Agreements will be incorporated into local legislation in Trinidad and Tobago)*

Procedure

The procedure in filing a case differs in each of the Courts mentioned in this paper, primarily in regard to ITLOS is very different unless the States have made a declaration under Section 2 of Part XV or have made a declaration under article 287 Article of UNCLOS

ITLOS, unlike the Supreme Court and CCJ, does not have compulsory and exclusive jurisdiction *per se* to hear and determine disputes concerning the interpretation and application of UNCLOS. Compulsory Jurisdiction would be applicable if article 287 is applicable. Instead the Convention specifies long and circuitous procedures before a dispute can be referred to the Tribunal. In fact before a matter is filed in the Court the parties, except in prompt release cases, have to consent to the jurisdiction and even before that the provisions of article 287 of the Convention may give rise to one party or other choosing a different procedure. For purposes of convenience the provisions of article 287 are set out here it provides that:

“Article 287

Choice of procedure

1. When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State shall be free to choose, by means of a

15.

written declaration, one or more of the following means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Convention:

- (a) the International tribunal for the Law of the Sea established in accordance with annex VI*
- (a) the International Court of Justice*
- (a) an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII;*
- (a) a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for one or more of the categories of disputes specified therein."*

I find this article raises several questions, for example: How can a Court be established to deal with law of the sea issues between states and at the same time give the states parties, in the event of a dispute, the right to chose another forum? Does the article provide for forum shopping? It is contradictory in my view. Perhaps the article was included as a form of compromise to encourage some States to sign and ratify the Convention. I think it is the result of diplomatic arrangements rather than pure legal drafting.

It is rather strange to me, (a *former practicing attorney, magistrate, judge and Court of Appeal Court judge of T&T*) that a Convention which came into force in 1986 has not been revised, amended and/or updated to be consistent with advances in technology and international law in general. The Constitutions of India, the United States and T&T among many have been amended to meet the needs of society. Why not UNCLOS? Some of the Articles obviously were not drafted by practicing lawyers but by diplomats, hence the ambiguity. Therefore the language is not consistent with legal drafting. The art of diplomacy does not lend itself easily to the strictures of legislative drafting.

It has been said that UNCLOS was drafted by non-practicing lawyers and diplomats. It seems to me that some of the articles are expressed in language more commonly associated with political manifestoes or diplomatic agreements. It is most unfortunate that the Convention was not drafted by practicing lawyers who could have presented a draft for consideration and debate. Is the Convention up to date with the recent developments in expropriation of the seabed and deep seabed?

UNCLOS has been described as the Constitution of the Seas, but it must be remembered that most Constitutions are subject to review and amendments so that they will be in conformity with the interpretation of the relevant law in the judgments of Courts, technological and economic development. I pose the rhetorical question: is this currently taking place? I say it is, especially in the separate opinions of some judges. I intend to support my views by reference to specific cases.

I was considering the possible influence of municipal law on international law. This statement was criticized by Professor Shabtai Rosenne in his review of the case. He said that this approach will not find favour in international law.[19](*Provisional Measures in International Law, the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea Oxford University Press 2005*)

International courts should consider the decisions of municipal courts and the due process in these courts, I said in the **Tomimaru case** (*Japan v. the Russian Federation*)[20]: that the Tribunal should not interfere with the due process of Russian judicial proceedings.” (The matter had been heard by the local court, an appeal had been heard and determined by the Appeal Court and was at the time of the proceedings before the Russian Supreme Court, the final Court of Appeal.)

Judges do not make law but they can point out deficiencies or ambiguities in the law or give a wide interpretation to an article or section of a Treaty or Convention to assist in the development of the jurisprudence of international law.

A Constitution is “a growing tree”; its provisions must be given a wide interpretation”; it should not be construed as strictly as the municipal legislation; and there ought not to be what has been referred to as “the austerity of tabulated legalism” per Lord Diplock in **Ong Ah Chuan v Public Prosecutor** 1981 AC 648. The United Nations Convention on the Law of the Sea has been called the Constitution of the Oceans. In my opinion it is a Constitution of the States parties and a codification of the customary law of the sea but since its inception there have been no amendments or additions or revision or reform. Yet technology continues to advance and in my view reform addition and revision of some of the articles are necessary for example:

Article 21 of the Convention (see *Request for an advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC*[21])

There has been and continues to be considerable influence of international law, not only on the Courts per se but also in arriving at judicial decisions. Parliament continues to incorporate provisions of Conventions and Protocols into the laws of Trinidad and Tobago. It follows that when the provisions of these laws have to be construed, interpreted and applied in matters engaging the attention of the judges the influence of international law will be more evident in the judgments of the Courts.[22]

As soon as these Conventions are incorporated into local legislation the Courts will have to interpret and apply the relevant provisions, where necessary, in matters engaging their attention.

Trinidad and Tobago will have to apply principles set out in the Convention in the determination of issues which may arise for example in matters of pollution by ships, maritime accidents for example whether they occurred in the territorial sea or EEZ of Trinidad and Tobago or in the case of the CCJ in the Territorial sea or EEZ of a member State.

How can the rules of national /Municipal Law be used in International Courts? This can only be achieved through the judgments of the Courts inclusive of Separate Opinions. The views of former municipal judges should not be ignored or simply glossed over if procedural rules of Court are to be observed.

I think it will be helpful if I refer to cases in which I have participated at ITLOS and in which I have referred to proceedings and decision of municipal Courts in the Common Law System, thereby demonstrating an interaction of the two systems of law.

The decisions of domestic courts bind the parties in the case. The ratio decidendi is persuasive and if upheld on appeal can be cited as a precedent in subsequent cases. If the decision is cited in and international court and accepted, then it could form part of the corpus of international jurisprudence. This of course necessitates references and citations of the domestic judgements by the international lawyers appearing in the cases and acceptance by the relevant tribunal or court. Therefore domestic and international lawyers and judges have to familiarise themselves with the relevant jurisprudence from both jurisdictions. Most international courts and tribunals comprise judges from both Civil and Common law jurisdictions, therefore it can be envisaged that the combined effect of the judges of the Court.

Trinidad and Tobago will have to apply principles set out in the Convention in the determination of issues which may arise for example in matters of pollution by ships, maritime accidents for example whether they occurred in the territorial sea or EEZ of Trinidad and Tobago or in the case of the CCJ in the Territorial sea or EEZ of a member State.

The following are two of several cases heard and determined by the Supreme Court of Trinidad and Tobago in its appellate and High Court which illustrate the influence of international law on these courts.

Goolcharan Jabar v Dr Keith Rowley, the Minister of Agriculture, land and Marine Resources and the Attorney General H.C.A 630 of 1993 of Trinidad and Tobago. [23]] *This was a case in which Protection of a fresh water swamp was determined. The swamp is known as the Nariva Swamp in Trinidad and is the home of several protected species of wildlife and flora and fauna. The following international agreement were cited: the **FAO Report** on the need for an overall development and management policy which should encompass environmental protection and should ensure the development does not create a negative impact on the swamps ecosystem; and, the **Ramsar Convention on Wetlands.**[24]]* *The Court refused an application to plant rice in the wetlands because inter alia the tractoring and preparation of the lands would destroy some of the endangered species of animal and plant life in the swamp and would create a channel through which the sea water from the Atlantic sea would flow into the swamp. (A natural sand bar lies between the swamp and the sea on the Manzanilla beach).*

Cases in which I participated as a judge and which are relevant to this article.

Case No. 12

Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures

Case No. 13

The “Juno Trader” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Prompt Release

Case No. 14

The “Hoshinmaru” Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release

Case No. 15

The “Tomimaru” Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release

Case No. 16

Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)

Case No. 18

The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)

Case No. 19

The M/V “Virginia G” Case (Panama/Guinea-Bissau)

The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana), Provisional Measures

Case No. 21

Request for an advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)

The Juno Trader Case

In the **Juno Trader Case** (St. Vincent and the Grenadines v. Guinea Bissau) I expressed the view that Article 292 (3) ought to be given a wide interpretation. It must be construed to give effect to the reality of each case. In the Juno Trader case evidence was led and such evidence ought to be evaluated in order to arrive at a decision. Sub article (3) reads:

The Court or Tribunal shall deal without delay with the application for release and shall deal only with the question of release, without prejudice to the merits of the case before the appropriate domestic forum against the vessel its owner or its crew.

There is a school of thought which feels that the merits of the case should not be considered at all even if evidence is led or submitted because of the words:” *without prejudice to the merits of the case*”. I disagreed because if there is evidence on the merits the Tribunal should not disregard the evidence because if the Tribunal makes a finding on the facts that will not bind a domestic Court. The Tribunal would have to weigh the gravity of the offence in the same manner as a national judge determining urgent applications, for example, in injunctive proceedings, and find whether a prima face case has been made out, in

these circumstances the Tribunal would not be making any finding on the merits of the case.

In my Separate opinion I noted that if the Tribunal makes a finding on the facts, that finding will not bind a domestic court. In fact the decisions of domestic courts will assist in determining whether an offence has been committed and the decision must be respected. It must be noted that the majority opined and found that article 292 para 3 of the Convention must be strictly construed and applied, therefore Tribunal cannot consider the merits. I am of the view that the said article cannot be strictly construed and the words “without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum against the vessel, its owner or its crew “prohibits the Tribunal from considering any aspect of or the merits. I think this construction is too narrow in the circumstances.”The Tribunal would have to weigh the gravity of the offence in the same manner as a national judge determining urgent applications ,for example ,in injunctive proceedings and find whether a prima facie case has been made out” and in the circumstances the Tribunal would not be making a finding of fact on the merits see the Juno Trader Case

In the Declaration to their Judgment Judges Kolotkin, Anderson and Cot said:

In many countries, including in particular common law jurisdictions,¹ when a magistrate or similar judicial officer is releasing from custody an accused person pending trial.

On a criminal charge (a situation not dissimilar to the Tribunal’s task under Article 292), the amount of the bond or bail is determined after taking into account (among other factors) the nature and strength of the evidence adduced in support of the charges and the likelihood of conviction.² in our opinion, then this context, it may be recalled that the procedure of prompt release was first put forward by the delegation of the United States, a common law country. [25]See A. Samuels, “Bail Principles”, *New Law Journal*, 8 September 1966, quoted by Mr Justice Hibbert, Judges ‘Seminar, Jamaica, March 2001 at www.sc.gov.jm/seminars.

To give some typical examples of legislative provisions laying down matters to be taken into account by courts when considering release

on bond or bail pending further legal proceedings in another court, the following may be noted:

- (1) The Bail Act 2000 of Jamaica, section 4(2), provides that the court shall take into account *inter alia* “the nature and seriousness of the offence” and “the strength of the evidence of (the accused) having committed the offence . . .”
- (2) The Bail Act 1997 of Ireland, section 2(2) provides that the court shall take into account *inter alia* “the nature and seriousness of the offence charged” and “the nature and strength of the evidence in support of the charge . . .”
- (3) The United States Code, Title 18, Chapter 207, section 3142 (g) provides that the judicial officer shall take into account *inter alia* of “the nature and circumstances of the offense” and “the weight of the evidence against the person . . .”
- (4) The Bail Act 1976 of England and Wales, Schedule I, provides that the court must have regard *inter alia* to the nature and seriousness of the offence and the strength of the evidence.

The above is an instance where the tenets of Domestic Law were cited to support the argument of the Judges

Land Reclamation Case (Malaysia v. Singapore).[23] This was an application for provisional measures. In its principal judgment the court considered the question of damage to the environment and without specific reference to the relevant law stressed that the environment must and should be protected. In my Separate Opinion I said, in part:

“The burden of proof required in a case for provisional measures is relatively high, the tribunal is being asked to make mandatory orders, and of considerable magnitude. therefore several factors have to be inter alia to cease work on a project which is elaborate, expensive considered: the balance of convenience or inconvenience to each side; the status quo as to whether the works are reversible; whether the decision would cause prejudice; and , whether there will be serious harm to the environment.”

I was applying the accepted legal principles in municipal injunctive applications. *“In my view the merits of the application have to be considered, but not determined”*.

This is similar to the aforementioned procedure.

I said that:

“although there is no international precedent that I can find, I think the time has come to consider whether applicants for provisional measures, as in some municipal systems, should provide a guarantee/undertaking in their applications that if the measures sought are granted but discontinued if the substantive matter is determined in the respondent’s favour, they will pay the costs to the respondents.”

I was considering the possible influence of municipal law on international law. This statement was criticized by Professor Shabtai Rosenne in his review of the case. He said that this approach will not find favour in international law.[26] (Provisional Measures in International Law, the International Court of Justice and The International tribunal for the Law of the Sea Oxford University Press 2005

The degree of proof in an application for Provisional Measures

The burden of proof required in a case for provisional measures is relatively high. The procedure is similar to applications for injunctions in domestic courts. In the Straits of Johor Case the Tribunal was asked to make mandatory orders, *inter alia* to cease work on a project which is elaborate, expensive and of considerable magnitude. Therefore, several factors had to be considered: the balance of convenience or inconvenience to each side; the status quo as to whether the works are reversible; whether the decision would cause prejudice; and, whether there will be serious harm to the environment. However in view of the foregoing factors, could and should the matter be deemed urgent? Nevertheless, the question to be posed and answered when considering each factor, and/or all of them jointly is whether the decision will be

fair to both parties.[27] (Para. 11 Separate Opinion Straits of Johor Case) [25]

Although I found no precedent in international law, I expressed the view that the time has come to consider whether applicants for provisional measures should, as in some municipal systems, give an undertaking that they will pay damages and the costs incurred if the provisional measures sought are granted but subsequently discontinued when the substantive matter is determined (. Straits of Johor Case, Malaysia v Singapore para 20.)

In his commentary on this case, Shabtai Rosenne said this would not occur in International Law. (quote)

In my separate opinion in the “*Juno Trader*” Case I said:

It appears to me that in order to consider the gravity of the alleged Offence the Tribunal would have to weigh the gravity in the same manner as a national judge determining urgent applications, for example in injunctive proceedings, and find whether a *prima facie* case has been made. In carrying out that exercise, the Tribunal will not be making any finding on the merits *per se* but will be determining whether or not the detaining State violated the provisions of article 73 of the Convention or whether the vessel of the applicant State violated the fisheries legislation of the detaining State.

In the **Virginia G case Panama v Guinea Bissau** I said:

In a trial in open court, issues are determined by reviewing documentary and oral evidence of witnesses and submissions of learned counsel. Consequently, the principle of “equal arms” (*égalité des armes*) is open to both sides. For the avoidance of doubt with regard to the foregoing, I have to add that if a tribunal strictly adheres to written proceedings and does not take cognisance of all the evidence, inclusive of testimony of witnesses, their answers on cross examination and their demeanour and conduct in court, then cases will be determined on documentary evidence. I do not think this can be acceptable, especially in cases such as the instant case where the oral evidence is also crucial in arriving at the truth

I think the final sentences are relevant in all cases where the appreciation and admissibility of evidence are crucial to the final decision.

“The Rules of Procedure of Tribunals do not deal with the authenticity of documents. Clearly, though a tribunal has the power to exclude documents where the issue of their authenticity is raised.” (See *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 40, at p. 46, paras. 15 ff). An issue relating to the authenticity of documents was raised in the *M/V “SAIGA” (No. 2) Case* cited above, while in the *Qatar v Bahrain Case* the documents were challenged by the Respondent State as not being authentic and were excluded. Documentary evidence seems to be the most common type of evidence before the Tribunal; in the *M/V “SAIGA” (No. 2) Case*, the entries were not contested. The Tribunal adverted to this fact and did not enquire into the authenticity of the entries in the documents. In that case, the Tribunal did not have to take a decision on the issue (See C. F. Amerasinghe *Evidence in International Litigation*, p. 183).²⁵

IV. Assessment of Evidence (Findings)

44. The issue to be determined is how does a judge, sitting in an international court, assess evidence and determine the facts. There is no general rule in international law. In fact, the Rules of the Tribunal are silent. Rules cannot set out how a judge should consider and find facts from the evidence. It is solely the function of the judge who is the fact finder. This is a case abounding with evidence, both oral and documentary. It includes a statement/declaration of a witness who has since died. With respect to the statement, it is not dated. Further it was not witnessed and definitely is not an affidavit. Therefore, how can it be assessed? Guinea-Bissau did not object to the admission in evidence of the statement. Certainly, in a national court counsel would have objected and asked the court to pay little or no regard to the allegations therein. 31..However it seems to me that the rules of evidence in international courts and tribunals are not as strict as in municipal courts, where counsel usually object to any deviation from the strict rules of procedure in the evidence Acts of the country. It appears that judges are correctly cautious and do not intervene lest they be accused of entering into the arena of counsel. States are represented by learned counsel who has sole conduct of the presentation of their case and it is

their responsibility to ensure that the rules of evidence are observed. Therefore, it is incumbent on the judge to apply his knowledge in these circumstances to ensure that the rule of law is observed and that justice is not only done but appears manifestly to be done. Since the statement is part of the evidence, I think it has to be assessed in the light of evidence led by both parties.

11. “The Rules of Procedure of Tribunals do not deal with the authenticity of documents. Clearly, though a tribunal has the power to exclude documents where the issue of their authenticity is raised.”[28] (See *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 40, at p. 46, paras. 15 ff). An issue relating to the authenticity of documents was raised in the *M/V “SAIGA” (No. 2) Case* cited above, while in the *Qatar v Bahrain Case* the documents were challenged by the Respondent State as not being authentic and were excluded. Documentary evidence seems to be the most common type of evidence before the Tribunal; in the *M/V “SAIGA” (No. 2) Case*, the entries were not contested. The Tribunal adverted to this fact and did not enquire into the authenticity of the entries in the documents. In that case, the Tribunal did not have to take a decision on the issue[29] (See C. F. Amerasinghe *Evidence in International Litigation*, p. 183).

The ARA Libertad Case [26]

The Tribunal made the following Order.

I had the view that:

Ghana may not be able to order the release of the ARA Libertad without applying to the Supreme Court of Ghana to abridge time and vacate the Order of Justice Frimpong. Perhaps, our legal advisors should check the Port Laws and regulations of Ghana because the Ghanaian local port law prescribes that a warship cannot be attached through a writ of execution because it enjoys immunity. Justice Frimpong was not advised of this law and the fact that Ghana in its Constitution recognizes the principles of International Law. So it seems to me that the Ghanaian authority has to apply as a matter of urgency to have the Order vaca-

ted before Ghana can direct that the ARA Libertad be released.

I have given some more thought to the implementation of the order of the Tribunal. It seems to me that Ghana has to comply. The question is how can this be done? If the Foreign Ministry or the Attorney General for example orders the immediate release NML will object on the grounds, for example that the government is in contempt of Court. Ghana through the Attorney General on behalf of the Government should make an application to the Supreme Court of Ghana abridge time and hear an application to vacate the Order of Justice Frimpong on the ground that the learned judge was wrong in law firstly because the laws of Ghana excludes warships; that Ghana is a States party to the Convention and its Constitution recognizes international law and the vessel is also the subject matter of an order of the ITLOS. I think the foregoing should be the approach of the Ghanaian Government because it has to carry out our Order. Apparently this was done and the ship was released pending the judgment of the Supreme Court

On 20th June 2013 the Superior Court of judicature in the Supreme Court of Ghana Accra delivered its Ruling setting out the reasons why it overturned the decision of Justice Frimpong and permitted the release of the Libertad.[29] **The Republic vs High Court (Commercial Division) Accra ex Parte; Attorney General (Applicant) NML Capital Ltd 1st Interested Party and The Republic of Argentina 2nd Interested Party(.Civil Motion No.15/10/13) [20the June 2013**

In the introductory Analysis of the Relationship between International Law and the Ghanaian Municipal law the learned judge Dr.Date-Bah JSC (Presiding) said

“This case raises important issues on the nature of the relationship between International law and Municipal law in Ghana. These issues are discussed in the judgment

The following excerpts are useful and in my view arfe equally applicable n similar situations in Trinidad and Tobago

“The need for the legislative incorporation of treaty provisions into municipal law before domestic courts can apply those provisions is reflective of the dualist stance of Commonwealth common law courts and backed by a string of authorities, such as *The Parliament Belge* [1880 5PD 197 (English Court of Appeal); *Walker v Baird* [1892]AC 491 at 497(English House of Lords) *Attorney General (Canada) v Attorney General (Ontario)*[1937]AC 326(judicial Committee of the Privy Council) per Lord Atkin at p 347.

Procedure

The procedure in filing a case differs in each of the Courts mentioned in this paper, primarily in regard to ITLOS.

ITLOS, unlike the Supreme Court and CCJ, does not have compulsory and exclusive jurisdiction to hear and determine disputes concerning the interpretation and application of UNCLOS. Instead the Convention specifies long and circuitous procedures before a dispute can be referred to the Court. In fact before a matter is filed in the Court the parties, except in prompt release cases, have to consent to the jurisdiction and even before that the provisions of article 287 of the Convention may give rise to one party or other choosing a different procedure. For purposes of convenience the provisions of article 287 are set out here it provides that:

“ Article 287

Choice of procedure

2. When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State shall be free to choose, by means of a written declaration, one or more of the following means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Convention:

(a) the International tribunal for the Law of the Sea established in accordance with annex VI

(b);(b)the International Court of Justice

*(c) an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII;
(d) a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for one or more of the categories of disputes specified therein.”*

I find this article raises several questions, for example: How can a Court be established to deal with law of the sea issues between states and at the same time give the states parties, in the event of a dispute, the right to choose another forum? Does the article provide for forum shopping? It is contradictory in my view. Perhaps the article was included as a form of compromise to encourage some States to sign and ratify the Convention. I think it is the result of diplomatic arrangements rather than pure legalistic drafting.

It is rather strange to me, that a Convention which came into force in 1986 has not been revised, amended and/or updated to be consistent with advances in technology and international law in general. The Constitutions of India, the United States and T&T among many have been amended to meet the needs of society. Why not UNCLOS? Some of the Articles obviously were not drafted by practicing lawyers but by diplomats, hence the occurrence of an ambiguity. Therefore the language is not consistent with legal drafting. The art of diplomacy does not lend itself easily to the strictures of legislative drafting. Nevertheless, seems to me that the need for amendment should be addressed because in the Advisory Opinion requested by the SRFC the interpretation of Article 21 of the Convention raised several issues among them whether the Tribunal has jurisdiction to give an Advisory Opinion. The Tribunal held that it has jurisdiction

It has been said that UNCLOS was drafted by non-practicing lawyers and diplomats. It seems to me that some of the articles are expressed in language more commonly associated with political manifestoes or diplomatic agreements. It is most unfortunate that the Convention was not drafted by practicing lawyers who could have presented a draft for consideration and debate. Is the Convention up to date with the recent developments in expropriation of the seabed and deep seabed?

UNCLOS has been described as the Constitution of the Seas, but it must be remembered that most Constitutions are subject to review

and amendments so that they will be in conformity with the interpretation of the relevant law in the judgments of Courts, technological and economic development. I pose the rhetorical question: is this currently taking place? I say it is, especially in the separate opinions of some judges. I intend to support my views by reference to specific cases, for example:

Land Reclamation Case (Malaysia v. Singapore). This was an application for provisional measures. In its principal judgment the court considered the question of damage to the environment and without specific reference to the relevant law stressed that the environment must and should be protected. In my Separate Opinion I said, in part:

“The burden of proof required in a case for provisional measures is relatively high, the tribunal is being asked to make mandatory orders, and of considerable magnitude. therefore several factors have to be inter alia to cease work on a project which is elaborate, expensive considered: the balance of convenience or inconvenience to each side; the status quo as to whether the works are reversible; whether the decision would cause prejudice; and, whether there will be serious harm to the environment.” [30]

I was applying the accepted legal principles in municipal injunctive applications.

“In my view the merits of the application have to be considered, but not determined”.

This is similar to the aforementioned procedure.

I said that:

“although there is no international precedent that I can find, I think the time has come to consider whether applicants for provisional measures, as in some municipal systems, should provide a guarantee/undertaking in their applications that if the measures sought are granted but discontinued if the substantive matter is

determined in the respondent's favour, they will pay the costs to the respondents."

I was considering the possible influence of municipal law on international law. This statement was criticized by Professor Shabtai Rosenne in his review of the case. He said that this approach will not find favour in international law. (Provisional Measures in International Law, the International Court of Justice and The International tribunal for the Law of the Sea Oxford University Press 2005) [31]

International courts should consider the decisions of municipal courts and the due process in these courts, I said in the **Tomimaru case** (*Japan v. the Russian Federation*): that the Tribunal should not interfere with the due process of Russian judicial proceedings. (The matter had been heard by the local court, an appeal had been heard and determined by the Appeal Court and was at the time of the proceedings before the Russian Supreme Court, the final Court of Appeal.

In the **Juno Trader Case** (*St. Vincent and the Grenadines v. Guinea Bissau*) I expressed the view that Article 292 (3) ought to be given a wide interpretation. It must be construed to give effect to the reality of each case. In the Juno Trader case evidence was led and such evidence ought to be evaluated in order to arrive at a decision. Sub article (3) reads:

The Court or Tribunal shall deal without delay with the application for release and shall deal only with the question of release, without prejudice to the merits of the case before the appropriate domestic forum against the vessel its owner or its crew.

There is a school of thought which feels that the merits of the case should not be considered at all even if evidence is led or submitted because of the words: "without prejudice to the merits of the case". I disagreed because if there is evidence on the merits the Tribunal should not disregard the evidence because if the Tribunal makes a finding on the facts that will not bind a domestic Court. The Tribunal would have to weigh the gravity of the offence in the same manner as a national judge determining urgent applications, for example, in injunctive pro-

ceedings, and find whether a prima face case has been made out, in these circumstances the Tribunal would not be making any finding on the merits of the case.

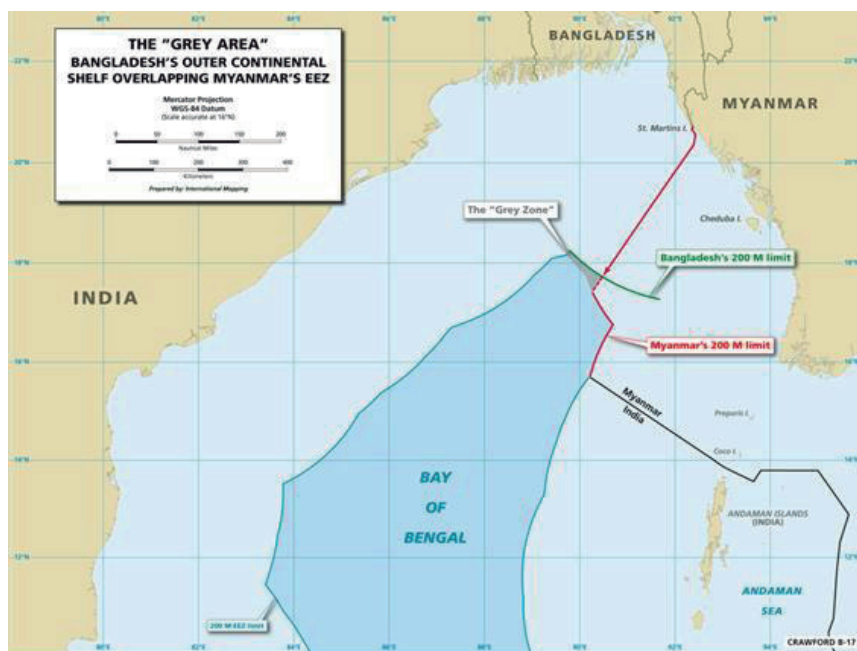
Judges do not make law but they can point out deficiencies or ambiguities in the law or give a wide interpretation to an article or section of a Treaty or Convention to assist in the development of the jurisprudence of international law.

A Constitution is “a growing tree”; its provisions must be given a wide interpretation”; it should not be construed as strictly as the municipal legislation; and there ought not to be what has been referred to as “the austerity of tabulated legalism” per Lord Diplock **in Ong Ah Chuan v Public Prosecutor** 1981 AC 648. The United Nations Convention on the Law of the Sea has been called the Constitution of the Oceans. In my opinion it is a Constitution of the States parties and a codification of the customary law of the sea but since its inception there have been no amendments or additions or revision or reform. Yet technology continues to advance and in my view reform addition and revision of some of the articles are necessary for example, a clear definition of the Continental Shelf based on recent judgments of the Courts ⁹The Bay of Bengal Case ; the definition of a “grey Area”; a definition of “bunkering”^[32] (see the Virginia G Case ,ITLOS Case)

The Bay of Bengal Case (Bangladesh v Myanmar)[1]

The “grey area”

“A grey area” is an area lying within 200 miles from the coast of one State but beyond a maritime with another state.” The following charts depict “grey areas”. The first shows the grey area in the Bay of Bengal between Bangladesh and Myanmar the second shows such areas between Trinidad and Tobago and Venezuela



The following issue was raised with respect to delimitation of the EEZ and Continental shelf in the so-called “grey area” depicted in the above map. In this case the grey are” stems from the fact that it falls within the continental shelf of Bangladesh and also within the 200 mile EEZ of Myanmar.

The following issue was raised with respect to delimitation of the EEZ and Continental shelf in the so-called” grey area” depicted in the above map.

In this case the “grey area “ stems from the fact that it falls within the continental shelf of Bangladesh and also within the 200 mile EEZ of Myanmar.

The Convention recognises two separate regimes in with regard to the EEZ and the Continental Shelf

.The “Specific legal regime of the exclusive economic zone, the EEZ, is set out in Part V of the 1982 Convention .That of the Continental Shelf is provided for in Part VI of the Convention.

The relevant articles in this issue are articles 56 of Part V and Article 76 of Part VI. The question is : How to address this issue?

Several views have been expressed. Firstly, in the oral submissions Bangladesh, through Professor Crawford, submitted that this issue arises whenever there is a departure from the equidistance principle as has occurred in this case, where the equidistance, relevant circumstances, method has been adopted and the angle-bisector method proposed. In both instances a “grey area” has been created.

Secondly, Myanmar argues that this matter is a *non sequitor*. Counsel submitted that “equitable delimitation which the Tribunal is called upon to adjudicate, does not extend beyond 200 nm”: consequently there is no need to wonder what would happen in the grey area”. He argued that “the solution proposed by Bangladesh is untenable”

In my opinion I think that Professor Pellet did not fully address the problem of resolving the issue. He contends that the Tribunal does not have the jurisdiction to delimit any area beyond 200 nm.

Counsel submitted that there is no jurisprudence to guide the Tribunal on this issue. It was not fully addressed in the *Gulf of Maine Case* where the area is still not resolved as well as by Tribunals in several cases including the *Trinidad and Tobago/Barbados Arbitral Award*. [33] The issue in this matter is “made even more interesting by the fact that Bangladesh has an entitlement in the outer continental shelf that overlaps with Myanmar’s 200 mile EEZ entitlement”..

The gist of Bangladesh’s argument is that the matter cannot be resolved by giving priority to the EEZ over the continental shelf, but by giving priority to the continental shelf over the EEZ.

It seems quite clear to me that the result of a strict interpretation of the law set out in Parts V and VI of the Convention prohibits any allocation of one area to the other. Specifically, the waters superjacent to the seabed and its subsoil of one State may not be allocated to another State that is entitled to the seabed and subsoil of the submarine areas (the continental shelf) of that State, in this case Bangladesh and Myanmar.

It is not disputed that there are two separate and distinct regimes. It is also not disputed that Bangladesh is entitled to the continental shelf in the area while Myanmar is entitled to the EEZ.

There is a proposal that the issue be left as an unresolved matter; indicate that there is such an area without making a decision; or, ask the parties to negotiate and to cooperate in resolving the matter, either by an exchange of rights or by separate allocations in the area. I

think all of the foregoing may lead to further problems and issues and may be regarded as a failure on the part of the Tribunal to determine all the issues . It must be recalled that the parties have asked the Tribunal to delimit the overlapping territorial sea, the EEZ and the continental Shelves of the Parties by a single line.I think the Tribunal is required to do this by applying the relevant law.

While *prima facie*, the relevant regimes do not supercede each other and on the contrary are equal in all respects, in cases of delimitation where the respective regimes apply, a Judge has to consider, examine and interpret the provisions carefully to determine whether there is a specific reference in the provisions of one regime to the other .

The Tribunal must deal with the issue and take a robust approach in the interpretation and determine the true purport of the Law. *Prima facie* there are no provisions in the Convention for allocation of entitlements over the EEZ and the Continental from one State to another. However, I think a wide and generous interpretation of article 56. 3.of the Convention could resolve the problem.

Article 56 .3. specifies that *The rights set out in this Article with respect to the seabed and subsoil shall be exercised in accordance with Part VI.*”

Article 74 provides for delimitation of the EEZ between States with opposite or adjacent coasts.

Article 83 provides for delimitation of the continental shelf between adjacent States.

Both articles provide for the same solution, in that it must be an equitable one.I think the distinctive facts in the case have to be considered. In such circumstances, the judge has to take a pragmatic approach that involves: the location of the said area ,that there is *de facto* overlapping in the area, that the parties have been negotiating for over 34 years; and consider the “due regard” principle.

If the grey area is allocated to Myanmar then Bangladesh will be denied access to the outer continental shelf. If the said area is allocated to Bangladesh then its entitlement to the outer continental shelf in the Bay of Bengal will not be infringed.It is obvious that if the former is adopted, Bangladesh will suffer the greater loss⁷⁴The parties had come to this tribunal for a solution to the dispute.+

Therefore, it seems to me that if rights are to be governed by Part VI, and such rights are in an area that is to be delimited, then article 83 will prevail. Bearing this in mind it seems to me that continental shelf rights in the special circumstances of this case have priority over EEZ rights. As a result I would allocate that part of the “grey area” west of the delimitation line fixed by applying the angle bisector method to Bangladesh. This is depicted in the appended map.

I have to add that the regime of the continental shelf began as far back as 1942 in the Gulf of Paria Treaty 1942 between Great Britain and Venezuela (ref) in that treaty the submarine areas of the gulf of paria were divided between the two countries. The superadjacent waters were not divided, then in 1942 the real impetus began with the Truman Proclamation of 1945 [30]. The definition was set forth in the 1958 Convention on the Law of the Sea. The EEZ was established thereafter. I think the regime of the Continental must take precedence *in toto* in cases of delimitation as in the instant case. Article 53.3 provides the remedy hence my decision to divide the area as specified in the appended map and coordinates. I felt that the principle “*quicquid plantatur solo sol cedit*” could be adopted but the Tribunal did not venture into this approach. This is a principle of domestic/municipal land law. In my view it can be a possibility of solving the matter. Clarification of Judge Wolfrum in the said case [p.140 Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders 2012 Volume 12.:

“Finally, it has to be emphasized that the Tribunal breaks new ground on the delimitation of the continental shelf beyond 200nm, an issue that mostly has been avoided by international courts and tribunals thus far. I consider that this part of the Judgment positively contributes to the international case law on maritime delimitation, although some additional reasoning might have enhanced its being fully accepted by other international courts and tribunals.”

The Advisory Opinion [31]

“Article 138 of the Rules performs a legitimate role as contemplated by articles 16 and 21 of Annex VI. Taken together, these

articles allow the Tribunal to issue advisory opinions. It is my view that the relevant articles mentioned above should be given a wide and generous interpretation and not one that is narrow and restrictive. This necessitates considering the principles set out in article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. These methods are similar to those in several national jurisdictions. In addition, they are set out in the leading authorities on statutory interpretation. Article 16 grants the Tribunal the authority to "frame rules for carrying out its functions". Article 21 provides that the Tribunal has jurisdiction to carry out some of those functions." Request for an Advisory Opinion Separate Opinion of Judge Lucky para

On the question of interpretation of Article 21 of the Convention I applied the rules of interpretation of municipal law as well as those set out in relevant cases. Perhaps in the near future such a view may be cited .

I have limited my comments to the influence on the Courts and the Legislature. As a judge of ITLOS I felt it necessary to refer to my attempt to relate the procedure of the national court to an international court (ITLOS) hence my reference to two of my separate opinions. In the Land Reclamation Case to undertakings in injunctive proceedings in the municipal Courts and to the burden of proof in such matters before the Court. I may in the future attempt to follow the approach of my distinguished colleague and write a paper on the influence of international law on the Constitution of Trinidad and Tobago. At this time Trinidad and Tobago has only been an independent State since 1962 unlike India which became independent in 1947. The jurisprudence developed by the Indian Courts is reflected in several books and articles for example: DurgaDasBasu, Commentaries on the Constitution of India, 8th edition, 2007; Arvina P. Datar, Datar Commentary on the Constitution of India 2nd edition.

Conclusion

I have limited my comments to the influence on the Courts and the Legislature. As a judge of ITLOS I felt it necessary to refer to my attempt to relate the procedure of the national court to an international

court (ITLOS) hence my reference to two of my separate opinions. In the Land Reclamation Case to undertakings in injunctive proceedings in the municipal Courts and to the burden of proof in such matters before the Court. I may in the future attempt to follow the approach of my distinguished colleague and write a paper on the influence of international law on the Constitution of Trinidad and Tobago. At this time Trinidad and Tobago has only been an independent State since 1962 unlike India which became independent in 1947. The jurisprudence developed by the Indian Courts is reflected in several books and articles for example: DurgaDasBasu, Commentaries on the Constitution of India, 8th edition, 2007; Arvina P. Datar, Datar Commentary on the Constitution of India 2nd edition.

There has been and continues to be considerable influence of international law, not only on the Courts per se but also in arriving at judicial decisions. Parliament continues to incorporate provisions of Conventions and Protocols into the laws of Trinidad and Tobago. It follows that when the provisions of these laws have to be construed, interpreted and applied in matters engaging the attention of the judges the influence of international law will be more evident in the judgments of the Courts.****

Note

I have read Judge P.Chadrasakhara Rao's book: *the Indian Constitution and International Law*. 1995 M.Nijhoff Publishers

A review of the book by S.K. Agrawala (Indian Journal of International Law Vol.36 p.151) reads:

In this book Judge Rao explains with great thoroughness the basic concepts of international law and examines their relevance to the numerous provisions of the Constitution of India which have a bearing on issues of public international law. It offers an impressive evidence of the increasing body of municipal law with which the student of international law is concerned. The book presents a lucid exposition of the attitudes adopted by the Indian courts when deciding cases which involve international law. Where necessary, attention is also devoted to the decisions

of the International Court of Justice and the American and English courts. It deals a coup de grace to the doctrine (which still haunts the Indian judiciary) that international law, which the Indian courts ought to understand and apply, is the same as propounded by English courts. The book draws heavily on the author's wide practical experience in the fields of international law as well as constitutional law. It is an invaluable work of reference to both constitutional and international lawyers.

Judge Chandrasakhara Rao focused on the influence of international law on the Indian Constitution. I have confined my comments to the influence of international law on the decisions of the local courts and the Regional Court (the CCJ).

There has been and continues to be considerable influence of international law, not only in the decisions and judgments of Courts per se but also in arriving at judicial decisions. Parliament continues to incorporate provisions of Conventions and Protocols into the laws of Trinidad and Tobago. It follows that when the provisions of these laws have to be construed, interpreted and applied in matters engaging the attention of the judges, the influence of international law will be more evident in the judgments.

The recent entering into force of the Protocol re Fishing between Trinidad and Tobago and Barbados set out below, demonstrates the influence of International Law of the Sea relating to Fishing Agreements as set out in the Convention. This seems to be consistent with Articles 61 and 62 of the Convention which provide for conservation and the utilization of the living resources in the exclusive economic zone. of the relevant Courts.***



**PROTOCOL BETWEEN
THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF TRINIDAD AND
TOBAGO AND THE GOVERNMENT OF BARBADOS
ON COMMON PROCEDURES RELATING TO THE ARREST OF
CREW OR DETENTION OF FISHING VESSELS**

The Government of the Republic of Trinidad and Tobago and the Government of Barbados (hereinafter referred to individually as "a Party" and collectively as "the Parties"):

RECOGNISING their obligations under international instruments, in particular the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, the International Convention for the Conservation of Atlantic Tunas (ICCAT), the Vienna Convention on Consular Relations, the Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy, and the International Covenant on Civil and Political Rights and other human rights obligations under international law;

RECOGNISING ALSO the undertakings of the Parties in fisheries management instruments such as the Food and Agriculture Organisation Code of Conduct for Responsible Fisheries and its Related Instruments and the Castries (St. Lucia) Declaration on Illegal, Unreported and Unregulated Fishing;

COGNISANT THAT the 2006 Arbitral Award of the Tribunal constituted pursuant to Article 287 and Annex VII of UNCLOS delimits the maritime boundary between the Republic of Trinidad and Tobago and Barbados;

DETERMINED to ensure the long-term conservation and sustainable utilisation of fish stocks in accordance with UNCLOS, the United Nations Convention on the Law of the Sea relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks and the fisheries management obligations under ICCAT;

CONSCIOUS OF the importance of close cooperation between the Parties on fisheries-related matters;

HAVE AGREED as follows:

CAPÍTULO XIV

THE COUNTER-MAJORITARIAN ESSENCE OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROCESSES: HOW TO ACHIEVE THE DIALOGUE AMONG COURTS?

André de Carvalho Ramos¹

Introduction: the purpose of the article

The development of the International Human Rights Law is directly related to the organization of the international society shaped after the Second World War² and the creation of the United Nations. In 1945, though, the movement towards a more comprehensive protection of human rights was still taking its first steps. The timidity on the subject at that moment can be inferred from some passages of the UN founding treaty that, despite explicitly using the expression “human rights”, did it only in a scattered way. The absence of consensus regarding those rights is also noticed in the United Nations Charter’s avoidance of using powerful and binding expressions regarding human rights, recurring solely to rhetorical verbs such as “encourage”, “promote” and “respect”.

From 1945 on, the protection of human rights has slowly exceeded the national State borders, turning from an exclusive of local jurisdiction matter into an international matter. The milestone of the universality of human rights was the issue of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, which states that the human condition is sufficient

1. Associate Professor of International Law and Human Rights Law at the Faculty of Law of the University of São Paulo (USP). PhD in International Law at University of São Paulo. Visiting Fellow at the Lauterpacht Centre for International Law (Cambridge). Member of the American Society of Private International Law (ASADIP). Member of the Brazilian Society of International Law. Member of the Brazilian branch of the International Law Association. Member of the National Executive Group of the International Legal Cooperation Department of the Federal Prosecution Office. Federal Prosecutor. Head of the Regional Electoral Prosecutor Office in São Paulo State (2012-2016).

2. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

to the entitlement of essential rights. Article 1 of the 1948 Declaration stipulates that: “All human beings are born free and equal in dignity and rights”. Therefore, human beings have a unique dignity and rights that are inherent to the human condition.³

Since the 1948 Universal Declaration, the universality of human rights has constantly been reaffirmed in several international treaties and declarations of rights issued by the States. Among them, one could quote the 1968 Proclamation of Teheran, which provides that “It is imperative that the members of the international community fulfill their solemn obligations to promote and encourage respect for human rights and fundamental freedoms *for all without distinctions of any kind* such as race, color, sex, language, religion, political or other opinions”, as well as the 1993 Vienna Declaration, adopted by the World Conference on Human Rights, held in Vienna on 25 June 1993, that stated, in paragraph 5, that “all human rights are universal”.

Therefore, the 20th century has experienced the affirmation of what Bobbio called “the age of human rights”. The International Human Rights Law has been positivated, with its own international rules and tribunals, as well as with direct impact on the life of the local communities. This international positivation was identified by Bobbio, who stated that human rights are born as universal natural rights, develop as individual positive rights (when each Constitution embodies a Bill of Rights) and eventually are fully achieved as universal positive rights.⁴

However, it is challenging to achieve universalism without mechanisms to assure the international interpretation and compliance of human rights. For example, if each State freely interprets the meaning of the expression “physical integrity”, different views on torture arises, which results in the vicious circle of the solely domestic protection of human rights. It is worth noting that States that have accepted the internationalization of human rights in the 20th century are, paradoxically, reacting to international interpretations contrary to the national prevailing understanding.

3. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed., 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 162.

4. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 30.

In the 21st century, discussions on subsidiarity, margin of appreciation and even threats of denunciation of human rights treaties have risen. For example, in the inter-American Human Rights System, Venezuela has denounced the American Convention on Human Rights (in 2012), and in the European System, British political groups pressure for her denunciation or the temporary withdrawal of the European Convention on Human Rights.⁵

Thus, this article aims to (i) demonstrate that human rights are born in the draft of treaties as well as in the international interpretation of those texts by international tribunals; (ii) show the importance of international human rights processes that generate the international interpretation of human rights; (iii) prove the counter-majoritarian nature of human rights, and its role in overseeing even the democratically adopted national acts of States; (iv) analyze the control of conventionality and its species; (v) present the current challenges of the international human rights processes, focusing on the European and American System of Human Rights; and (vi) examine the case of the Brazilian national interpretation of international human rights treaties (what I call “national international treaty”), in order to demonstrate the perspectives of interaction between national and international interpretation in the human rights area.

1. The birth of Human Rights

How are human rights born at the international level?

Human rights initially have a pregnancy of several years, in which the key issues are discussed in international conferences and numerous modifications of treaty draft texts are proposed, until finally the consensus is reached and a new international treaty on human rights is naturally born (natural birth)⁶ and made available to States.⁷ In addition,

5. For instance, see LOCK, Tobias. “The Human Rights Act and Britain’s European Futures”, available at <http://www.europeanfutures.ed.ac.uk/article-1347>.

6. The use of the term natural birth to refer to the creation of human rights is the adaptation of the term originally used by Fernando Rey Martinez (REY MARTINEZ, Fernando. “Como nacen los derechos fundamentales”, *Annali del Seminario Giuridico*, v. I (19992000), Milano: Giuffrè, 2001, p. 371379).

7. In this part, this author considers the treaties as the main source to the International Human Rights Law, without evaluating, in this moment, the other sources of international human rights law, such as the custom and general principles of Law.

human rights can also have a caesarean birth through the jurisprudential construction of International Tribunal. The evolutionary interpretation of human rights treaties expands the reach of old rights⁸ and creates new spheres of protection.⁹ Therefore, human rights have two ways of being created: legislatively and judicially.

Human rights, as a rule, are legal principles, *i.e.* standards that are characterized by vagueness, abstraction and openness. In order to be applied in a concrete situation, the judicial activity is needed to embody the content of the human rights standards. To quote examples of rights that result from International court's ruling: (i) the sole mention of the "right to privacy" does not solve the conflicts that arise between his right and the "freedom of expression and information"; (ii) the basis of the right of freedom of expression and information, as prescribed in Article 13 of the American Convention on Human Rights, does not clarify the prohibition of requiring a specific diploma for the practice of journalism, conclusion that was elaborated by the interpretation of the I/A Court H.R.;¹⁰ (iii) the right to "family life" does not spell out the right of a resident alien to remain safe from State expulsion after being criminally convicted;¹¹ and (iv) the inclusion of the healthy environment in the right to respect for private life, home and family life, is a result of the European Court of Human Rights interpretation.¹²

It is rather clear that, in many cases, there is the need for a *decisive* interpretative intervention of the International Courts, which are

8. See, for example, the case *Matthews v. United Kingdom*, judged by the European Court of Human Rights, in which the right to vote in local elections was extended for elections of the European Parliament. This specific rights was not even mentioned by the time of the drafting of the European Convention on Human rights and its Protocol n.1, in 1952, which established the right to vote. European Court of Human rights, Case of *Matthews v. United Kingdom*, judgment of 18 February 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-I.

9. See the case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, in which the European Court of Human Rights has recognized the existence of a right of legal attribution of gender identity for transsexuals. European Court of Human Rights, case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, judgment of 11 July 2002.

10. See the Advisory Opinion n° 5 of the Inter-American Court of Human Rights.

11. See the European Court of Human Rights, Case *Moustaquin vs. Belgium*, judgment of 18 February 1991, Series A no. 1991.

12. See the European Court of Human Rights, case *López Ostra v. Spain*, judgement of 9 December 1994.

faced with national decisions (administrative acts, laws, domestic judicial decisions) that, while mentioning human rights, violate them. Therefore, the human rights standards provided for in domestic laws, constitutions and international treaties are just a *starting point* for the framework of human rights protection.

The International Courts are responsible for the recent affirmation, creation and restraint of human rights, updating legal texts written decades ago (in international treaties),¹³ adapting the international legislation to the current human needs. The judicial interpreter has always the duty to ascertain the actual normative interpretation.¹⁴ The protection of human rights is rather an exercise of judicial discretion than a legislative work.

In order to examine the internationalization of human rights it is crucial to study the *international processes* by which the contents of a right are framed and applied in concrete situation, as well as the chain of prevalence of a right over another in cases of rights' collision is established.

2. *The universalism in concrete: the human rights' international interpretation and the international human rights processes*

The internationalization of human rights propelled its universalism, as States have ratified the same human rights treaties. However, States adopting the same wording of a particular right ratified in a treaty does not mean, despite language suggesting otherwise, the instinctive implementation of the universalism. For the universalism to be a reality it is essential that a common understanding of the human rights texts is established, *i.e.*, there is the need for international mechanisms to define the interpretation of the adopted texts.

13. The creation of rights through the courts interpretation is not new in Comparative Law, as one could mention the right to privacy extracted of the due process clause by the American Supreme Court.

For more on this matter, see REY MARTINEZ, Fernando. "Como nacen los derechos fundamentales", *Annali del Seminario Giuridico*, v. I (19992000), Milano: Giuffrè, 2001, p. 373. For the origins of the right to intimacy, see SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

14. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 3. ed., Madrid: Trotta, 1999, em especial p. 153.

One can state, therefore, that the International Human Rights Law consists of two inseparable parts: on one side, a list of rights; on the other side, the international processes that interpret the content of those rights and shall ensure that the States comply with their obligations regarding human rights.

This is the dilemma of the 21st century: whether there is a strong State adherence to the internationalization of human rights movement, there are also, and inconsistently, national reactions against the application of an international interpretation of these rights.

This dichotomy - universalism in the ratification of rights *vs.* localism in the application of the same rights - is what I call the *illusionist trick of the international panorama*: although States ratify treaties, the same States visibly violate them, while claiming that they are fulfilling the imposed obligations¹⁵. Once applied *the illusionist trick* specifically to the human rights area, it is clear that States affirm the respect of human rights, even if their interpretation is peculiarly national and in complete contradiction with the interpretation of the international human rights bodies.

However, nowadays the *illusionist trick* does not deceive anymore and neither passes unannounced in the international law community. It is no longer sufficient to just formally point out the rights provided for in international law, registering its normative status (of constitutional or supra-legal nature) and, paradoxically, interpret those rights in light of national discretion.

In effect, to take international human rights seriously, this illusionist traditional structure of application of International Human Rights Law is no longer appropriate. Moving forward in accepting the interpretation of these rights by international law and the beginning of a dialogue (and *cross-fertilization*) between the domestic and international tribunals is needed¹⁶.

Therefore, the exam of the international protection of human rights must specifically address the *international human rights processes*, aiming the appreciation of the international human rights bodies' approach

15. CARVALHO RAMOS, André de. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. *Revista CEJ* (Brasília), Brasília, v. 29, 2005, p. 53-63.

16. CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos na Integração Econômica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, em especial p. 454 e s.

to investigate the alleged violations made by States and to apply the protective in concrete cases, providing an international interpretation of human rights.

3. *The subsidiarity of the international human rights processes*

The *international human rights processes* are the set of international judicial mechanisms that examines the human rights situation inside State borders, eventually detecting violations of those rights, in which case the appropriate sanctions and remedies will be prescribed. The *international human rights processes* can be classified according to: (i) the source (unilateral or collective); (ii) nature (political or judiciary); (iii) purposes (issue of recommendations or of binding decisions); (iv) respondent (State or individuals); and (v) geographical area of activity (global or regional).¹⁷

The *international human rights processes* are subsidiary, which is the recognition of the primary duty of the State to prevent breach of rights or, if the violation has already been committed, at least repair the harm caused to the victims and, only, after the State's failure to do so, the recourse to the international human rights bodies. Hence, victims of human rights violations must generally exhaust the local remedies or resources available before seeking international protection¹⁸.

In effect, many treaties (in universal or regional levels) require that victims seek the exhaustion local remedies as an admissibility condition of the victim's claim, without which the international plea will be dismissed without examination of its merits by the international courts.

17. CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4^a ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

18. Under general international law, the rule of exhaustion of local remedies was developed within the framework of diplomatic protection, as the foreign was required to deplete the local resources before exercise the diplomatic protection at the State of its nationality. In effect, diplomatic protection is the institute of International Law in which the State of whose national suffered harm considers it as its own injury and pleads reparation to the State responsible for the harmful act. CANÇADO TRINDADE, A. A. *The application of the rule of the exhaustion of local remedies in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983. See also, CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44 e s.

As an example, Article 46.1 of the American Convention on Human Rights provides that the admission by the Commission of a petition or communication shall attend the following requirements: “that the remedies under domestic law have been pursued and exhausted in accordance with generally recognized principles of international law”.

The subsidiarity rule of the international jurisdiction on human rights has several consequences. Firstly, it sets the primary responsibility of States in the protection of human rights, in avoiding the burden on the international human rights’ system. Secondly, the rule of exhaustion of local remedies helps to *convince* municipal authorities to accept the subsidiary nature of the international jurisdiction of human rights, as its preventive role (avoiding international responsibility of States) allowed the accession of States to human rights treaties without the traditional recourse of hiding behind the national sovereignty principle¹⁹.

Thirdly, under international human rights law, the exhaustion of local remedies rule can also be interpreted as to require to the State the duty to provide internal resources capable of repairing the harm caused to individuals, which increases the rights’ protection.

Last but not least, there is a fourth unintended consequence: the exhaustion of local remedies rule obviously increases the conflict between municipal judiciary and international jurisdictions. By requiring that domestic remedies are depleted, the international instances are examining national acts that were endorsed by the municipal judiciary. Indeed, if the international mechanisms consider that the State has failed to comply with its obligations regarding human rights, a possible collision with the national interpretation of the case, which had previously considered that the violation did not exist, arises. The conflict between the international and national vision of human rights requires efforts of the municipal enforcement of the international commands.

4. International human rights and the counter-majoritarian essence

The human rights were developed at the international level to provide protection to the individual in the States’ failure to comply with its

19. CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 214.

obligations. Thus, after the exhaustion of local remedies, the individual can seek for protection by resorting to international bodies. In spite of being subsidiary, the international jurisdiction on human rights provides one final breath of hope to those who have been ignored under their own sovereignty.

The State must ensure the basic rights to all people under its jurisdiction, whether domestic or foreign, even if it is against the will of the majority. Indirectly, the International Human Rights Law is, in essence, counter-majoritarian, as the overall majority is successful in earning the desired protection through the political process and, hence, do not need to seek for its rights in the international jurisdictions. Consequently, the international jurisdiction on human rights is triggered by the vulnerable groups who do not achieve success locally. Minorities (non-hegemonic groups, even though superior in numbers) who find it difficult to assert their views on the municipal political and judicial arenas are the ones that require the support of the international bodies of protection.

In this vein, the counter-majoritarian characteristic of the international human rights law is revealed through the new interpretations of the rights of minorities that pursue tolerance and emancipation from the traditional positions (cultural, social or even religious) of the municipal majorities.

It is not unusual that the judicial system of a State does not allow for an evolutionary interpretation of rights, punishing social groups that do not count with visibility neither political influence. Once one considers that municipal decisions in violation of human rights have possibly been approved in referendum, majority of a democratically elected Parliament or ordered by the national Supreme Courts, all procedures that are supposed to protect human rights, it is evident, then, the biggest controversy involving the counter-majoritarian aspect. The challenge of the international human rights bodies is to produce a consistent and convincing interpretation of human rights standards into a reality of intense collision of rights.

As important as creating universal human rights rules is interpreting them to ensure tolerance, equality and freedom. This includes the difficult task of convincing the thwarted majorities of the argumentative strength of decisions, which implies not to state the reasons of a judgement only on rhetorical appeals to "human dignity" or on other traditional platitudes. Thus, a strong and reliable presentation of grounds can avoid the risk of excessive discretion on the human rights area.

Moreover, the ultimate test of effective (not only rhetoric) adhesion of a State to the International Human Rights Law is the complete enforcement of an international counter-majoritarian decision.

5. The Hamilton dilemma and the international human rights supervision.

There are two main reasons for the internationalization of the local life as a result of the strengthening of international human rights: 1) the rights provided in treaties are general and undetermined; and 2) those rights, by its own definition, stand for the essential centre of the legal system, so that all human activity can be pervaded by them or, at least, by the principle of human dignity (quality that is intrinsic to all human being).

Ultimately, no human activity can bypass the assessment of the respect for human rights, as these represent the essence of life in society. In this context, an *expansive* and *attractive* force of international human rights arises, allowing the international human rights bodies of control and supervision of the human rights obligations to appreciate all facets of municipal social life.

The national phenomenon of the human rights approach over municipal law is reproduced in the international arena. That is to state: the foundational issues of a national society, after the exhaustion of local remedies, are susceptible to be review by an international court of human rights. Moreover, the rights positivated in human rights treaties are written in a broad wording, what enables for a wide and evolutionary interpretation of the international bodies.

The European system of human rights, which grants direct access to the individuals, exemplifies the international human rights approach over municipal law, as the European Court of Human Rights' precedents comprehend different aspects of municipal law. Even the Inter-american system of human rights, in which the access of individuals is restricted by the Commission's role, has enhanced its powers as her precedents influences the municipal legal systems especially by its generous interpretation of the right to a life with dignity²⁰.

20. For more on the concept of life with dignity in the Inter-American Court of Human Rights cae law, see CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Regarding this matter, it is possible to establish an interesting parallel between the nature of the international human rights and the American constitutional history phenomenon of the *Hamilton's dilemma*.²¹ The *Hamilton's dilemma* stands for the concern of the drafters of the American Constitution regarding the inclusion of fundamental rights in the Constitution, as it would allow an excessive expansion of the federal powers, due to the ambiguity and indeterminacy of the very wording of those rights.²²

The interpretation of international human rights bodies has led to a steady expansion of international influence over the municipal making the *Hamilton's dilemma* a reality in the international arena. As a result of the expansive force of human rights, new rights of existing treaties are being delineated. Consequently, the evolutionary interpretation of those rights by the international human rights courts' has created an interesting effect over the municipal law, namely, the international monitoring of human rights. As the international courts take on the final word on human rights issues, the municipal organs (especially the judiciary) must be aware of the international case law as well as of the possibility of an international scrutiny of its municipal acts and decisions.

In this context, in order to harmonize the relationship between the municipal and international courts, a dialogue is needed. According to the dialogue among courts the municipal judicial organs, when analysing human rights issues are supposed to use not only the international human rights catalogue, but, also and especially, the international interpretation of those rights. Therefore, by means of the use of international interpretation, the dialogue among courts ensures the meaning of the States' issue to international human rights treaties, *i.e.*, what is the significance of the States' issue to treaties that preach the universality of human rights if the particular municipal interpretation of those rights is to reign?

If the national interpretation of human rights prevails, the universal character of human rights would be subjected to the majorities'

21. BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton", in *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2003), p. 4567, em especial p. 4546.

22. BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton", in *14 Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2003), p. 4567.

yearnings and ultimately lost in the local interpretations. On the other hand, if the dialogue among courts is fruitful, the State will have taken the internationalization of human rights seriously and, thus, the international interpretation prospers in a world of multiple legal systems.²³

The ideal environment for the dialogue among courts to take place is during the exercise of the control of conventionality, in which the municipal judiciary checks the compatibility between the local act or decision with the international human rights laws.

*6. The control of conventionality and its species:
the international and national controls.*

The control of conventionality is the analysis of the compatibility of municipal acts (of commissive or omissive nature) with the international standards (treaties, international custom, general principles of law, unilateral acts, binding resolutions of international organizations, etc). The control of conventionality acknowledges and eliminates the differences between the international and municipal interpretations, by analysing a local act or decision (which had already balanced the rights in collision) according to the international interpretative parameters.

The control of conventionality is divided into two sub-categories: 1) the control of conventionality of national origin, known as provisional or preliminary control of conventionality; and 2) the control of conventionality of international origin, also called authentic or definitive control of conventionality .

The control of conventionality of national origin is the compatibility test of the national legal system, performed by the municipal judges, in relation to the incorporated international rules. In other words, this species of control of conventionality examines the compatibility between municipal acts and laws and the international human rights treaties as well as it is implemented by trial judges and courts dealing with individual cases in a daily basis and has the consequence of refrain from applying the municipal normative acts in violation of a treaty²⁴.

23. CARVALHO RAMOS, André de. *Pluralidade das ordens jurídicas – a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

24. This specie of conventionality control was established in France, in the *Décision* n° 74 DC of 15th January of 1975 of the Constitutional Council, which, evaluat-

On the contrary, the control of conventionality of international origin performed by the international judicial bodies, with impartial judges, created by international treaties to prevent the States (themselves) of being, concurrently, both the fiscals and the fiscalized, creating the undesirable figure *judex in causa sua*. This species of control of conventionality is exercised by, among others, the international human rights courts (European Court of Human Rights, I/A Court H.R. and African Court of Human Rights) and the United Nations' Committees.

However, the results of international control of conventionality not always coincide with the ones from the municipal control, so to say, a municipal Court can decide that a specific municipal legal rule is consistent with a human rights treaty; then, an international human rights body, analysing the same situation, can conclude that the same municipal law violates the treaty.

That being said, it is evident that there are differences between the international and national control of conventionality, namely regarding: i) the comparison parameter and object under control; ii) the hierarchy of the parametrical treaty; and iii) the interpretation.

As to the parameter of comparison and to the object under control, in the international control of conventionality the parameter of comparison are the international norms (normally treaties) and its object are all municipal rules, regardless of their national hierarchy. Thus, the international control of conventionality exercised by international tribunals is capable of analyzing the compatibility of a constitutional rule (derived from the original constitution-making power) with the standards laid down in international human rights treaties. On the other hand, in the national control of conventionality does not generally exam the compatibility of a norm derived from the original constitution-making power with an international human rights treaty. So, there is a limit to

ing the French voluntary termination of pregnancy law, decided that, in light of the article 55 of the French constitution on the supra-legal status of treaties, it was not hers the analysis of compatibility between municipal laws and treaties. This compatibility examination must, then, be carried out by the trial courts, under the supervision of the Court of Cassation and the State Council. *Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975*, *Journal officiel du 16 janvier 1975*, page 671. Available at <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>.

the object under scrutiny in the control of conventionality of national origin, which restricts it.

With regard to the hierarchy of the parametrical treaty, in the control of conventionality of national origin, the hierarchy of the treaty depends on the municipal law that establishes the status of the international treaties. For instance, in Brazil, there are human rights treaties with constitutional status as well as others with supra-legal status. In the control of conventionality of international origin, the human rights treaty is always the superior parametric norm and, therefore, the entire national legal system, including the norms derived from the original constitution-making power, must abide by.

To what concerns the interpretation, there are differences in the considerations of what is compatible or incompatible with the treaty-parameter. There are municipal courts that rely upon the standards laid down in treaties without even mentioning the interpretation given to such rights by the international bodies, what leads to differing conclusions. In this vein, the control of conventionality of national origin can lead to the breach of the provisions in the treaties as interpreted by international bodies. This situation is extremely prejudicial, as it diminishes the idea implicit in the affirmation of the existence of a control of conventionality, of the primacy of human rights treaties.

In this matter, one could quote the separate opinion of the *ad hoc* Brazilian judge Roberto Caldas, in the recent judgment of the case *Gomes Lund* (the *Araguaia* case) of the I/A Court H.R.: “*if the supreme or national constitutional courts are responsible for the judicial review and for the last legal word in within the States, the I/A Court H.R. is the control of conventionality and the last word when the subject relates to human rights. This [conclusion] is clear from the formal recognition of the jurisdiction of the Court by the States, as did Brazil*”²⁵.

In other words, the real control of conventionality, ultimately, is international. Although the control of conventionality of national origin is important, especially if the municipal hierarchy of treaties is equivalent to constitutional rules or even supra-constitutional, this national control must comply with the interpretation offered by the international control

25. Separate opinion of the *ad hoc* Brazilian judge Roberto Caldas, I/A Court H.R., case *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, judgment of 24th November 2010.

of conventionality that ultimately decides if the human rights treaties have been effectively complied.

Consequently, it is preferable to use the term *control of conventionality* to refer to the control of conventionality of international origin, as it is the result of the authentic interpreter of the international human rights law - the international bodies.

The national and international controls of conventionality should interact, allowing for the dialogue between municipal and international law, in particular with regard to the interpretations provided by international bodies whose jurisdiction the States consented to.

Nevertheless, the consolidation of the international control of conventionality has an unwanted consequence: the democratic States have realized that their actions and decisions are under the (until then) unexpected sieve of the international human rights bodies. In effect, voices claiming for the subsidiarity of the international courts, debates on the margin of appreciation and even threats of denunciation of human rights treaties are strengthened. Therefore, in the 21st century, the *international processes of human rights* are at risk by the reactions of the national States.

The following section analyses the recent reactions in the two most sophisticated regional systems of protection of human rights: the European and the inter-American human rights system.

7. Protocol 15 and the reform of the European System: is the universalism at risk?

In 2012, the Council of Europe issued the Brighton Declaration, in which eight topics related to the preservation of the States' autonomy in the interpretation of human rights before the European Court of Human Rights (Court EDH) were discussed. Furthermore, the Brighton Declaration made generic and superficial mentions of a greater State commitment in human rights protection, although, it did not thoroughly investigate any duty of States on this matter.

On topic "A" (implementation of the European Convention on Human Rights at the national level), the item 9, "c", mentions that states should encourage national courts to "take into account" the European Court of Human Rights' case law without further mention to the binding force of its decisions.

On topic “B” (interaction between the Court and national authorities), item 11 expressly states that “*the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State’s margin of appreciation*”. Also, it is important to emphasize that, in the Brighton Declaration (a short text) there are seven passages underlining the importance of the State margin of appreciation. The statement even explicitly mentions the States’ desire to include, through a new protocol, the issue of subsidiarity and discretion expressly in the Preamble of the European Convention on Human Rights.

On topic “F” (Execution of judgments of the Court), the Declaration stresses the right of states to choose, under the principle of subsidiarity, the means to implement the judgments of the Court. On the implementation matter, the Declaration solely invites the Committee of Ministers to adopt more effective measures against the States that do not comply with the decisions of the Court (but does not specify the measures).

In June 2013, the Protocol 15 amending the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms was edited and made available to States Parties for ratification. The Protocol is concise, with only nine articles, and has the purpose of implementing part of the above seen in the Brighton Declaration, as well as the proposition of mentioning in the Preamble to the Convention the principle of subsidiarity of the international jurisdiction, and the States’ primary responsibility for the protection of human rights, with the recognition of the national margin of appreciation.²⁶ In this sense, the subsidiarity principle is the acknowledgment of the ascendancy of the national interpretation on human rights, because only in a case of clear violation of human rights could be submitted to the European Court of Human Rights.

Hence, the European system of Human Rights undergoes a phase of critical relativism as a reaction to the increasing number of cases of international interpretation in the European Court of Human Rights.

26. This is the text included in the Conventions’ Preamble: “Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention”.

Some authors argued that human rights are universal only in “abstract”, because, in practice, each State should be able to interpret those rights at will²⁷.

From this author’s perspective, the Protocol 15 did not examine important points of the crisis of the European system of human rights, namely: i) the growing number of cases without the needed improvements in the Court procedure and structure, which generates the Court’s inability to respond in a timely manner to the victims; ii) the resistance of the States to comply with the judgments that order measures other than the just satisfaction; iii) the strengthening (instead of the suppression) of the idea of subsidiarity of the international jurisdiction and the margin of national appreciation by the democratic influential States of the region which not only risk the counter-majoritarian interpretation of human rights, but also, jeopardize the universalism; iv) the fact that, while accepting the principle of subsidiarity in the enforcement of the Court’s decisions, the Protocol goes against the specific measures prescribed by the Court.

To sum up, the Brighton Declaration and the Protocol 15 amending the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms show one of the crossroads of the *international processes of human rights*: to establish the the role of an international human rights court in the light of democratic States decisions.

*8. The future of the Inter-American mechanism:
will the “Brighton spirit” prevail in the Americas?*

The Inter-American Human Rights system, like its European counterpart, also goes through a transition period, in which various options for reform are being discussed. The American Convention on Human Rights has two oversight bodies: the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R). To date, 23 of the 35 Organization of American States member States are parties to the American Convention on Human Rights. Of these, 21 have recognized the optional clause on

27. For instance, see HOFFMANN, Leonard. “The Universality of Human Rights” in *125 Law Quarterly Review* (2009), p. 416-432.

compulsory jurisdiction of the I/A Court H.R., what means that the contentious jurisdiction of the Court covers over 550 million people (including the most populous Latin American countries - Brazil, Mexico and Argentina)²⁸.

In June 2011, the Organization of American States establishes the Special Working Group to Reflect on the Workings of the IACHR with a view to Strengthening the Inter-American System of Human Rights²⁹. Despite the official goal to “strengthen the inter-American system”, the focus of this working group was, in fact, to exam the role of the IACHR, leaving aside the uncooperative behavior of States and other topics.

At its final report, in December 2011, the Group issue recommendations to the Permanent Council of the Organization of American States, which were adopted by the Organization of American States General Assembly in June of the same year. Of these recommendations, 53 were orientated to the IACHR; 14 to States; and 1 to the Organization of American States Secretary General³⁰.

This set of recommendations is seen, by this author, as part of a bigger process of the eagerness of States against the Commission’s role in the Inter-American System of Human Rights and, especially, against the precautionary measures prescribed by this organ. The organized civil society has also shared the concerns regarding the real purpose of the recommendations issued by the Working Group, and adopted critical observations on the matter, highlighting its suspicions that the purpose of reforming the system as to weaken the Commission’s role on the regional system³¹.

While trying both to adapt itself to the Working Group recommendations’ as well as to sustain its original purpose on the Inter-American System of Human, the Commission approved, on 18 March 2013,

28. Trinidad and Tobago and Venezuela had also ratified the Convention, but denounced it in 1998 and 2012, respectively.

29. The working group was created immediately after the crisis between Brazil and the IACHR created by the issuance of an injunction to suspend the construction of the Belo Monte hydroelectric plant.

30. Available at: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/fortalecimiento.asp>>. Access in: 17 may 2015.

31. Available at: <<http://cejil.org/comunicados/observaciones-al-proceso-de-reflexion-sobre-el-fortalecimiento-del-sistema-interamericano>>. Access in: 16 june 2015.

changes to several articles of its Regulations, without, though, following the suggestion for restricting its powers³².

These recent reforms in the regional system are a consequence of the discussion of the role of an international human rights body after the democratization of the region.

The counter-majoritarian essence of the international interpretation, which leads to many democratic States convictions before the Court, displeases several States in America. In other words, there is a clear dissatisfaction of some States with the intervention of the Commission and the Inter-American Court on sensitive issues in democracies in the region. Those States share the desire of confining the Inter-American Commission's on Human Rights interference only to the cases of rupture of democracy, letting, consequently, that the democratic States of the region, even if not complying with international human rights obligations, no longer be subjected to the screen of the Commission and, consequently, to convictions of the Court.

Therefore, several democratic States in the region threatens to adopt the Brighton's approach: reactions against the powers delegated to the international bodies of human rights protection. As an example, Venezuela denounced the Convention in 2012, in an obvious sign of discontentment with its successive convictions in the I/A Court H.R..

Excepting the natural difference of the stage of consolidation of democracy in the region, the reactions against the interference of the international human rights bodies of control and supervision seen in America are somewhat similar to the ones seen in the European human rights system.

Although in America there is still not a formal demand for the formalization of the recognition of a national margin of appreciation with a "latin accent" (*i.e.*, an equivalent Inter-American Protocol 15), the criticism to the regional system follow the same path: the States (especially Venezuela, Bolivia, Ecuador, Nicaragua and, to a lesser extent, Brazil) complain of an internationalization of human rights that disregards the municipal majoritarian options or policies.

32. Namely articles 25, 28, 29, 30, 36, 37, 42, 44, 46, 59, 72, 76 e 79. Available at: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion1-2013esp.pdf>>. Access in: 16 june 2013.

Again, the current status of States reactions against the Inter-American System of Human Rights role and function show a crossroads of the *international processes of human rights*: to establish the role of an international human rights court in the light of democratic States decisions.

*9. The role of the International Human Rights Courts:
a Case analysis of the judicial dialogue and the dual
control theory in Brazil*

The counter-majoritarian essence of the international jurisdictions of human rights is a stimulating factor for the growth of the number of demands. It is clear, nowadays, that even in Democratic States the desire of vulnerable people can be ignored, especially on issues involving historical vices of political representation, which prevent extreme changes in the municipal legislation contrary to benefit of political groups and majorities. In these circumstances, the resort to international human rights bodies is the only alternative to those locally invisible³³.

In spite of the important step towards the realization of universalism taken by States with the acceptance of the jurisdiction of international bodies and the international interpretation of human rights, it is patent the risk of a “judicial war” between an international court and a municipal tribunal. On the national side, judges regularly interpret human rights treaties; on the international side, the international organs that can be triggered if the national application of these human rights treaties is incompatible with its international interpretation.

As a case study of the judicial above-mentioned, I propose the analysis of the current Brazilian situation regarding its Amnesty Law.

After its re-democratization, Brazil has advanced in its international law perspective by recognizing the jurisdiction of several judicial or quasi-judicial international mechanisms, such as the I/A Court H.R., the International Criminal Court, several Committees of international human rights treaties, the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization, the Permanent Review Court of Mercosur.

The international courts are extremely valuable to eliminate what this author has above called *the illusionist trick* of States at the international

33. An example is the deplorable situation of the Brazilian prison system.

level: the assumption of international obligations by States, followed by its gross violation, while the allegation of its fulfillment according to its *own municipal interpretation*.

The *illusionist trick* was used in Brazil as the Superior Courts have been repeatedly invoking the American Convention on Human Rights without quoting precedents of the I/A Court H.R.. This generates a *Parallel American Convention on Human Rights* or a species of a *Brazilian American Convention on Human Rights*.

To overcome the ambiguity of the ratification of treaties followed by its local interpretation, the internal judicial decisions have to consider the international interpretation of the theme, in a real dialogue among Courts. Such *cross fertilization* should be carried out municipally to prevent human rights violations derived from national misinterpretations of treaties.³⁴

Furthermore, to avoid the dialogue among Courts of being only a piece of municipal judicial rhetoric, one must take into account the following parameters in the analysis of a national judicial decision, in order to determine the existence of an effective dialogue: i) the conventional and extra-conventional international human rights rules that are binding to Brazil on the subject of dispute; ii) the international cases (and their decisions) against Brazil before international courts on the subject of dispute; iii) the previous precedents of international human rights bodies whose jurisdiction Brazil has accepted on the subject of the dispute; iv) the weight given to human rights provisions and to the international case law.

A conflict between the national and international interpretation in the Brazilian panorama has been shaped in the *Araguaia case*. For the first time, a theme (the lawfulness of the Brazilian Amnesty Law) was examined both by the Brazilian Supreme Court and by the I/A Court H.R..

Under the national scope, an action against the violation of a constitutional fundamental right was filed to the Brazilian Supreme Court (ADPF 153), aiming for the Court to rule on the incompatibility between Article 1 of the Amnesty Brazilian Law (Law n. 6683/1979) and the

34. See SHANY, Yuval. *The competing jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 109. See also JACOBS, Francis G. "Judicial Dialogues and Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice" in 38 *Texas International Law Journal* (2003), pp. 547-566.

1988 Constitution, claiming for the declaration that the amnesty granted by the aforementioned Law to the political crimes does not reach the common crimes committed by the civilian or military dictatorship agents against the political opposition to the authoritarian regime.

Pending the decision of the Brazilian Supreme Court, in 26th of March of 2009, the IACHR submitted an application against Brazil before the I/A Court H.R. (*case Gomes Lund and Others v. Brazil*) because: the State, under the Brazilian Amnesty Law, did not carry out a criminal investigation so as to prosecute and punish the persons responsible for the arbitrary detention, torture, and enforced disappearance of 70 victims, as a result of the operations of the Brazilian Army between 1972 and 1975, whose purpose it was to eradicate the *Guerilha do Araguaia*, in the context of the military dictatorship in Brazil (1964–1985)³⁵. The Commission invoked, in favor of the rights of the disappeared persons and their families, among other arguments, the abundant case law of the I/A Court H.R. contrary to the amnesty laws and in favor of the duty of investigation, prosecution and criminal punishment of human rights barbarous violators.

On the following year, the order on the violation of a constitutional fundamental right was filed to the Brazilian Supreme Court was delivered. The Brazilian Supreme Court decided, on 28th of April of 2010, that the Brazilian Amnesty Law reaches the agents of the military dictatorship, making it impossible their criminal prosecution for serious human rights violations that occurred at dictatorial times. It is noteworthy that the international interpretation of the American Convention on Human Rights done by the I/A Court H.R. was ignored by the Brazilian judges.

However, only months after the Brazilian Supreme Court decision, on 24th of November of 2010, the I/A Court H.R. unanimously declared that the provisions of the Brazilian Amnesty Law that prevent the in-

35. Consequently, the Commission requested the Court to declare that the State is responsible for the violation of the rights established in Articles 3 (right to juridical personality), 4 (right to life), 5 (right to human treatment [personal integrity]), 7 (right to personal liberty), 8 (right to a fair trial [judicial guarantees]), 13 (freedom of thought and expression) and 25 (right to judicial protection) of the American Convention on Human Rights (hereinafter, “the American Convention” or “the Convention”), in relation with the obligations enshrined in Articles 1(1) (obligation to respect rights) and 2 (domestic legal effects) of the same. The Commission requested that the Court order the State to adopt specific measures of reparation.

investigation and punishment of serious human rights violations are not compatible with the American Convention, lack legal effect, and cannot continue as obstacles for the investigation of the facts of the present case, neither for the identification and punishment of those responsible, nor can they have equal or similar impact regarding other serious violations of human rights enshrined in the American Convention which occurred in Brazil³⁶.

Consequently, the scenario of a judicial war was established: The Brazilian Supreme Court ruled that the amnesty for supporters of the military dictatorship period was compatible with the Brazilian Constitution;

36. As a consequence, the Court declared that: “The State is responsible for the enforced disappearance, and therefore, the violation of the rights to juridical personality, to life, to personal integrity, and to personal liberty, established in Articles 3, 4, 5, and 7 of the American Convention on Human Rights, in relation to Article 1(1) of said instrument, to the detriment of the persons indicated in paragraph 125 of the present Judgment, in the terms of paragraphs 101 to 125 of the present Judgment. 5. The State has not complied with its obligation to adapt its domestic law to the American Convention on Human Rights, pursuant to Article 2, in relation to Articles 8(1), 25, and 1(1) thereof, as a consequence of the interpretation and application given to the Amnesty Law in cases of serious violations of human rights. Likewise, the State is responsible for the violation of the rights to fair trial [judicial guarantees] and judicial protection enshrined in Articles 8(1) and 25(1) of the American Convention on Human Rights, in relation to Articles 1(1) and 2 of said instrument, for failure to investigate the facts of the present case, prosecute, and punish those responsible, to the detriment of next of kin of the disappeared persons and the executed person indicated in paragraphs 180 and 181 of the present Judgment, in the terms of paragraphs 137 to 182 thereof. 6. The State is responsible for the violation of the right to freedom of thought and expression enshrined in Article 13 of the American Convention on Human Rights, in relation to Articles 1(1), 8(1), and 25 of the same instrument, for the harm to the right to seek and receive information, as well as to the right to know the truth. Likewise, the State is responsible for the violation of the rights to fair trial [judicial guarantees] established in Article 8(1) of the American Convention, in relation to Articles 1(1) and 13(1), given the lapse of a reasonable period for the Ordinary Action, all to the detriment of the next of kin indicated in paragraphs 212, 213, and 225 of the present Judgment, in conformity with that expressed in paragraphs 196 to 225 of the Judgment. . The State is responsible for the violation of the right to humane treatment [personal integrity], enshrined in Article 5(1) of the American Convention on Human Rights, in relation to Article 1(1) of the same, to the detriment of the next of kin indicated in paragraphs 243 and 244 of the present Judgment, pursuant to that stated in paragraphs 235 to 244 thereof”. Inter-American Court of Human Rights, *Case Gomes Lund and others vs. Brazil*, judgement of 24 november 2010.

in turn, the I/A Court H.R. ruled that the Brazilian amnesty Law violated the American Convention on Human Rights, ordering the investigation and criminal prosecution of the dictatorship agents who have committed serious human rights violations during this period.

In this environment, one question arises: how to comply with the I/A Court H.R. decision?

To solve this illusory judicial puzzle, this author considers the follow premise: there is no insoluble conflict between the decisions of the Brazilian Supreme Court and the I/A Court H.R., since both tribunals have the mission of protecting human rights.

There are limits to the imposition of the cross fertilization, as it is not possible to obligate municipal judges to engage in the dialogue among courts without interfering in their functional independence and in the democratic rule of law. Thus, if the dialogue does not exist or if it is insufficient, the theory of dual control must be applied. This *scrutiny of human rights* separately recognizes the control of constitutionality of the Supreme Court and other municipal courts and international control of conventionality of the international human rights organs.

Human rights in Brazil, thus, have a double protection net: the national judicial review and international control of conventionality. Any act or decision must be approved by two controls to ensure compliance of rights in Brazil.

On the one hand, there is the Brazilian Supreme Court, which is the guardian of the national Constitution and exercises the control of constitutionality. For example, in the action against the violation of a constitutional fundamental right (ADPF 153) the majority of judges decided that the wide format of the amnesty mentioned in the Brazilian Amnesty Law was compatible with the Constitutional text. On the other hand, there is the I/A Court H.R., which is the guardian of the American Convention on Human Rights (and to other human rights treaties to it related) and exercises the control of conventionality. For the I/A Court H.R., the Brazilian Amnesty Law cannot be invoked by the dictatorship agents.

Acknowledging this separation, the illusory judicial puzzle between the decision of the Brazilian Supreme Court and the I/A Court H.R. is solved. One act or decisions must, concurrently, respect both the national control of constitutionality and the international control

of conventionality. If an act or decision is not approved by one of the two controls (for violating human rights), the State needs to adopt measures to cease its unlawful conduct and repair the damage caused to the victims.

The control of constitutionality was exercised in the exam of the action against the violation of a constitutional fundamental right (ADPF 153) by the Brazilian Supreme Court and the control of conventionality was exercised in the *Gomes Lund and Others v. Brazil* case by the I/A Court H.R.. The Amnesty for the dictatorship agents to be applied must have been approved by the two controls. In the case, however, the application of the Amnesty was approved solely (with dissenting opinions) by the control of constitutionality and it was rejected by the control of conventionality³⁷.

Therefore, now it is the responsibility of the Brazilian municipal organs (executive, legislative and judicial branches) to comply with the international decision regarding the Brazilian Amnesty Law.

Conclusion

It is rather clear that if all countries that defend the respect for the Universal Declaration of Human Rights and for the human rights treaties could freely interpret this text, there would be no universal standard of those rights, and the relativism would prevail. The disconnected national interpretation in manifest disregard of the international interpretation of

37. This author's perspective on the theory of dual control was shared by the Federal Attorney General at his opinion regarding the action against the violation of a constitutional fundamental right (ADPF 320). As he mentions, only with the theory of dual control is possible to avoid the antagonism between the Brazilian Supreme Court and the international human rights bodies, preventing the international law system disruption as well as stimulating the convergence in favor of human rights. The Federal Attorney General opinion on the action against the violation of a constitutional fundamental right (ADPF 320) is available at: <http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF%20000320.pdf>. Access in: 18 August 2015. On this topic, also see: CARVALHO RAMOS, André de. "Crimes da ditadura militar: a ADPF n. 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos", in GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Crimes da ditadura militar: sua análise à luz da jurisprudência interamericana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 174-225.

human rights destroys the very essence of the internationalization of those rights as well as erodes its role of preventing that the will of the majorities (even the ones rooted in the judicial municipal organs) overpower the rights of all. Therefore, the protection of human rights has become international issue, especially after the 1945 Charter of the United Nations and the 1948 Universal Declaration of Human Rights.

The natural consequence of the ratification of human rights treaties by States is the respect of the international interpretation of those rights. This idea was detected by the Argentinian Supreme Court in the emblematic 2005 trial about the Amnesty Law (*Leyes de punto final y obediencia debida*) which stated that it would be useless to quote human rights treaties by the Constitution if, in its original application is prevented or modified by interpretations based on municipal views³⁸.

In fact, it is against the international treaty rules to ignore the prevalence of the international bodies responsible for the interpretation of its provisions. The international control of conventionality exists precisely in order to avoid a municipal mistaken or misleading interpretation that may lead to the violation of protected human rights.

This is exactly the reason that encouraged this author to analyse the possibility of a dialogue among courts. Both domestic courts and international courts of human rights fulfill the same mission of ensuring respect for human dignity and the basic rights of the individual. In the potential failure of the *cross-fertilization* by the lack of agreement among the international bodies, each court must respect its sphere of action: the municipal court must control the constitutionality of the national acts and decisions, having the Constitution as a parameter; the international court, in turn, must carry out the authentic interpretation of international acts, norms and decisions through the control of conventionality.

In this context, the possibility of coexistence without any court (municipal or international) considered a *primus inter pares* arises as a reality.

38. Case n° 17.768, judgment of the Argentinian Supreme Court, s. 1767. XXX-VIII, 14 June 2005, specially paragraph 14.

CAPÍTULO XV

INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

*Flávia Piovesan*¹

1. Introdução

Compreender a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional constitui o propósito central deste artigo, que ambiciona tecer uma análise do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seus principais desafios e perspectivas.

Para tanto, preliminarmente, será enfocada a concepção contemporânea de direitos humanos, à luz do sistema internacional de proteção, avaliando seu perfil, seus objetivos, sua lógica e sua princiologia. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional².

1. Procuradora do Estado de São Paulo. Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007 e 2008); desde 2009 é Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg); membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

2. Thomas Buergenthal, prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, p. XXXI. No mesmo sentido, afirma Louis Henkin: “O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à 2ª Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes trans-

Em um segundo momento, serão examinados desafios centrais do Direito Internacional dos Direitos Humanos no século XXI, com ênfase às tensões que emergem na complexa agenda contemporânea.

2. *Concepção contemporânea de direitos humanos*

Na condição de reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas³. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução⁴. Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores⁵, os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, nesse sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para Carlos Santiago Nino, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana⁶. Para

formações no Direito Internacional” (Louis Henkin et al., *International law: cases and materials*, p. 3).

3. Norberto Bobbio, *Era dos direitos*, p. 32.

4. Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo*. A respeito, ver também Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos” (Ignacy Sachs, Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania, in *Direitos humanos no século XXI*, p. 156). Para Allan Rosas: “O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente” (Allan Rosas, So-called rights of the third generation, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, social and cultural rights*, p. 243).

5. Joaquín Herrera Flores, *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*, p. 7.

6. Carlos Santiago Nino, *The ethics of human rights*.

Luigi Ferrajoli, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advindos do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica⁷. O *victim centric approach* é a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos, destinada a conferir a melhor e mais eficiente proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos.

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça — a raça pura ariana. Para Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial⁸.

É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa hu-

7. Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali — Um dibattito teórico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p. 338.

8. Ignacy Sachs, O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos, *Estudos Avançados*, 12 (33), p. 149.

mana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”⁹.

Sob essa perspectiva se manifesta a aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal — tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant as pessoas, e em geral qualquer espécie racional, devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, por serem irracionais, por isso são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios¹⁰. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que

9. Thomas Buergenthal, *International human rights*, p. 17. Para Henkin: “Por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente ‘estatais’, notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos” (*International law*, p. 2). Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz” (prefácio ao livro *Os direitos humanos como tema global*, p. XXVI).

10. A teoria moral kantiana exerceu enorme influência nos fundamentos de diversas teorias sobre direitos. A respeito, consultar Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*.

possuem um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, trate a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia¹¹ é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio do princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais¹². Para Kant, o imperativo categórico universal dispõe: “Aja apenas de forma a que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal”¹³.

No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana.

Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.

Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da digni-

11. Significativas teorias sobre direitos humanos tendem a enfatizar a importância e o valor da autonomia pessoal. Para J. Raz: “Uma pessoa autônoma é aquela que é autora de sua própria vida. Sua vida é o que que ela faz dela. (...) Uma pessoa é autônoma somente se tem uma variedade de escolhas aceitáveis disponíveis para serem feitas e sua vida se torna o resultado das escolhas derivadas destas opções. Uma pessoa que nunca teve uma escolha efetiva, ou, tampouco, teve consciência dela, ou, ainda, nunca exerceu o direito de escolha de forma verdadeira, mas simplesmente se moveu perante a vida não é uma pessoa autônoma” (J. Raz, *Right-based moralities*, in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*, p. 191). J. Raz, em crítica ao enfoque moral individualista da autonomia pessoal, acentua que: “A existência de diversas escolhas consiste, em parte, na existência de certas condições sociais. (...) O ideal da autonomia pessoal é incompatível com o individualismo moral” (p. 192-193).

12. A respeito, ver Immanuel Kant, *Fundamental principles of the metaphysics of morals*, in Allen W. Wood (ed.), *Basic writings of Kant*, p. 185-186, 192-193.

13. Ver Immanuel Kant, *Fundamental principles of the metaphysics of morals*, in *Basic writings of Kant*, p. 178.

dade humana. A respeito, ressaltam as lições de Canotilho: “Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de ‘Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais’, no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do Direito Constitucional com o Direito Internacional. (...) Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno”¹⁴.

Daí a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido. No dizer de Cançado Trindade: “Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”¹⁵.

14. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1217.

15. Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 206.

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos — isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal¹⁶; e 2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos.

Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Para Andrew Hurrell: “O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na ideia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas”¹⁷.

Nesse cenário, a Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à

16. Para Celso Lafer, de uma visão *ex parte principis*, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado, passa-se a uma visão *ex parte populi*, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão (*Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, p. 145).

17. Andrew Hurrell, *Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world*, in Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, *Human rights in global politics*, 1999, p. 277.

condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos — do “mínimo ético irredutível”. Nesse sentido, cabe destacar que, até setembro de 2014, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 167 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 161 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 154 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 176 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 187 Estados-partes; e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados-partes¹⁸.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com

18. Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties*, www.unhcr.ch/pdf/report.pdf.

instrumentos do sistema regional, por sua vez integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, tais sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Essa é, aliás, a lógica e a principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos.

Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948 quando, em seu § 5º, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”. A Declaração de Viena afirma ainda a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento.

Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o democrático. Atualmente, 140 dos quase 200 Estados que integram a ordem internacional realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos. Em 1985, esse percentual era de 38%, compreendendo 44 Estados¹⁹. De acordo com o Freedom House, há aproximadamente 40 anos, mais da metade do mundo era governado por autocracias e milhões viviam sob a violência do totalitarismo. A maioria do mundo hoje vive em Estados democráticos. Em 2010, todavia, 47 países ainda eram considerados não livres (tendo liberdades básicas sistematicamente violadas), o que abrange 35% da população global. Considerando o critério regional, na Europa ocidental 96% dos países são considerados livres (com pluralismo político, respeito às liberdades civis e uma imprensa

19. Consultar UNDP, *Human Development Report 2002: Deepening democracy in a fragmented world*.

independente), enquanto que no norte da África apenas 6% o são²⁰. Note-se que o pleno exercício dos direitos políticos é capaz de implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação dessas necessidades econômicas²¹.

Já o direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária. No entender de Mohammed Bedjaoui: “Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem-estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza”²². As assimetrias globais revelam que a renda dos 1% mais ricos supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial²³. Para a Organização Mundial de Saúde: “A pobreza é a maior causa mortis do mundo. A pobreza dissemina sua influência destrutiva desde os primeiros estágios da vida humana, do momento da concepção ao momento da morte”²⁴.

20. Freedom House, *Freedom in the World 2011 — Annual survey of political rights and civic liberties – The authoritarian challenge to democracy*.

21. Amartya Sen, prefácio ao livro *Pathologies of power*, de Paul Farmer.

22. Mohammed Bedjaoui, *The right to development*, in M. Bedjaoui (ed.), *International law: achievements and prospects*, p. 1182. Para Joseph E. Stiglitz: “Desenvolvimento significa transformação social, com a melhoria das condições de vida das populações mais pobres, assegurando a todos uma oportunidade de sucesso e acesso à saúde e à educação” (*Globalization and its discontents*, p. 252).

23. A respeito, consultar UNDP, *Human Development Report 2002*, p. 19.

24. Ver Paul Farmer, *Pathologies of power*, p. 50. De acordo com dados do relatório Sinais Vitais, do *Worldwatch Institute* (2003), a desigualdade de renda se reflete nos indicadores de saúde: a mortalidade infantil nos países pobres é 13 vezes maior que nos países ricos; a mortalidade materna é 150 vezes maior nos países de menor desenvolvimento com relação aos países industrializados. A falta de água limpa e saneamento básico mata 1,7 milhão de pessoas por ano (90% crianças), ao passo que 1,6 milhão de pessoas morrem de doenças decorrentes da utilização de combustíveis fósseis para aquecimento e preparo de alimentos. O relatório ainda atenta para o fato de que a quase totalidade dos conflitos armados se concentra no mundo em desenvolvimento, que produziu 86% de refugiados na última década.

O desenvolvimento, por sua vez, há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir, para adotar a concepção de Amartya Sen²⁵. Acrescente-se ainda que a Declaração de Viena de 1993 consagra ser o direito ao desenvolvimento um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais. Reitere-se que a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos.

Feitas essas considerações a respeito da concepção contemporânea de direitos humanos, transita-se à reflexão a respeito dos desafios centrais aos direitos humanos na ordem internacional contemporânea.

3. Desafios dos direitos humanos na ordem internacional contemporânea

À luz do objeto maior desta investigação, que se atém aos processos de internacionalização dos direitos humanos e humanização do Direito Internacional, serão destacados sete desafios centrais à implementação dos direitos humanos na ordem contemporânea.

1) Universalismo vs. relativismo cultural

O primeiro desafio refere-se a um dos temas mais complexos e instigantes da teoria geral dos direitos humanos, concernente à própria fundamentação desses direitos.

25. Ao conceber o desenvolvimento como liberdade, sustenta Amartya Sen: “Nesse sentido, a expansão das liberdades é vista concomitantemente como: 1) uma finalidade em si mesma; e 2) o principal significado do desenvolvimento. Tais finalidades podem ser chamadas, respectivamente, como a função constitutiva e a função instrumental da liberdade em relação ao desenvolvimento. A função constitutiva da liberdade relaciona-se com a importância da liberdade substantiva para o enriquecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem as capacidades elementares, como a de evitar privações como a fome, a subnutrição, a mortalidade evitável, a mortalidade prematura, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política, a proibição da censura... Nesta perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão destas e de outras liberdades fundamentais. Desenvolvimento, nesta visão, é o processo de expansão das liberdades humanas” (Amartya Sen, *Development as freedom*, p. 35-36 e 297). Sobre o direito ao desenvolvimento, ver também Karel Vasak, *For third generation of human rights: the rights to solidarity*.

O debate entre os universalistas e os relativistas culturais retoma o dilema a respeito dos fundamentos dos direitos humanos: por que temos direitos? As normas de direitos humanos podem ter um sentido universal ou são culturalmente relativas?

Para os universalistas, os direitos humanos decorrem da dignidade humana, na qualidade de valor intrínseco à condição humana. Defende-se, nessa perspectiva, o mínimo ético irreduzível — ainda que se possa discutir o alcance desse “mínimo ético” e dos direitos nele compreendidos.

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas. Há uma pluralidade de culturas no mundo, e essas culturas produzem seus próprios valores²⁶. Na crítica dos relativistas, os universalistas invocam a visão hegemônica da cultura eurocêntrica ocidental, na prática de um canibalismo cultural. Já para os universalistas, os relativistas, em nome da cultura, buscam acobertar graves violações a direitos humanos. Ademais, complementam, as culturas não são homogêneas, tampouco compõem uma unidade coerente; mas são complexas, variáveis, múltiplas, fluidas e não estáticas. São criações humanas e não destino²⁷.

Para Jack Donnelly, há diversas correntes relativistas: “No extremo, há o que nós denominamos de relativismo cultural radical, que concebe a cultura como a única fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um forte relativismo cultural acredita que a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um relativismo cultural fraco, por sua vez, sustenta que a cultura pode ser uma importante fonte de validade de um direito ou regra moral”²⁸.

Para dialogar com Jack Donnelly, poder-se-ia sustentar a existência de diversos graus de universalismos, a depender do alcance do “mínimo

26. A respeito, ver R. J. Vincent, *Human rights and international relations*, p. 37-38.

27. Ver Jack Donnelly, *Universal human rights in theory and practice*, p. 86. Para o autor, “um dos elementos que nos fazem humanos é a capacidade de criar e transformar a cultura” (p. 123).

28. Jack Donnelly, *Universal human rights in theory and practice*, p. 89-90.

ético irreduzível”. No entanto, a defesa, por si só, desse mínimo ético, independentemente de seu alcance, apontará à corrente universalista — seja a um universalismo radical, forte ou fraco.

Neste debate, destaca-se a visão de Boaventura de Souza Santos, em defesa de uma concepção multicultural de direitos humanos, inspirada no diálogo entre as culturas, a compor um multiculturalismo emancipatório. Para Boaventura, “os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo”²⁹. Prossegue o autor defendendo a necessidade de superar o debate sobre universalismo e relativismo cultural, a partir da transformação cosmopolita dos direitos humanos. Na medida em que todas as culturas possuem concepções distintas de dignidade humana, mas são incompletas, haver-se-ia que aumentar a consciência dessas incompletudes culturais mútuas, como pressuposto para um diálogo intercultural. A construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos decorreria desse diálogo intercultural³⁰.

No mesmo sentido, Joaquín Herrera Flores sustenta um universalismo de confluência, ou seja, um universalismo de ponto de chegada e não de ponto de partida. Em suas palavras: “nossa visão complexa dos direitos baseia-se em uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas a direitos. (...) O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar — universalismo de chegada ou de confluência — depois (não antes de) um processo conflitivo, discursivo de

29. A respeito, ver Boaventura de Souza Santos, Uma concepção multicultural de direitos humanos, *Revista Lua Nova*, v. 39, p. 112.

30. Boaventura de Souza Santos, Uma concepção multicultural de direitos humanos, p. 114. Acresce o autor: “Neste contexto é útil distinguir entre globalização de-cima-para-baixo e globalização de-baixo-para-cima, ou entre globalização hegemônica e globalização contra-hegemônica. O que eu denomino de localismo globalizado e globalismo localizado são globalizações de-cima-para-baixo; cosmopolitanismo e patrimônio comum da humanidade são globalizações de-baixo-para-cima” (p. 111).

diálogo (...). Falamos de entrecruzamento e não de uma mera superposição de propostas”³¹.

Em direção similar, Bhikhu Parekh defende um universalismo pluralista, não etnocêntrico, baseado no diálogo intercultural. Afirma o autor: “O objetivo de um diálogo intercultural é alcançar um catálogo de valores que tenha a concordância de todos os participantes. A preocupação não deve ser descobrir valores, uma vez que os mesmos não têm fundamento objetivo, mas sim buscar um consenso em torno deles. (...) Valores dependem de decisão coletiva. Como não podem ser racionalmente demonstrados, devem ser objeto de um consenso racionalmente defensável. (...) É possível e necessário desenvolver um catálogo de valores universais não etnocêntricos, por meio de um diálogo intercultural aberto, no qual os participantes decidam quais os valores a serem respeitados. (...) Essa posição poderia ser classificada como um universalismo pluralista”³².

A respeito do diálogo entre as culturas, merecem menção as reflexões de Amartya Sen sobre direitos humanos e valores asiáticos, particularmente pela crítica feita a interpretações autoritárias desses valores e pela defesa de que as culturas asiáticas (com destaque ao Budismo) enfatizam a importância da liberdade e da tolerância³³. Menção também há que ser feita às reflexões de Abdullah Ahmed An-na’im, ao tratar dos direitos humanos no mundo islâmico com base em uma nova interpretação do islamismo e da sharia³⁴.

31. Joaquín Herrera Flores, *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*, p. 7.

32. Bhikhu Parekh, Non-ethnocentric universalism, in Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, *Human rights in global politics*, p. 139-140.

33. Amartya Sen, Human rights and Asian values, *The New Republic* 33-40 (July 14, 1997), apud Louis Henkin et al., *Human rights*, p. 113-116. A respeito da perspectiva multicultural dos direitos humanos e das diversas tradições religiosas, ver *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*, César Augusto Baldi (org.), em especial os artigos de Chandra Muzaffar, Islã e direitos humanos; Damien Keown, Budismo e direitos humanos; Tu Weiming, Os direitos humanos como um discurso moral confuciano; e Ashis Nandy, A política do secularismo e o resgate da tolerância religiosa. Ver também Joseph Chan, Confucionism and human rights, e Stephen Chan, Buddhism and human rights, in Rhona K. M. Smith e Christien van den Anker (eds.), *The essentials of human rights*, p. 55-57 e 25-27, respectivamente.

34. Abdullah Ahmed An-na’im, Human rights in the Muslim world, 3 *Harvard Human Rights Journal*, 13 (1990), apud Henry J. Steiner e Philip Alston, *International*

Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência. Para tanto, essencial é o potencial emancipatório e transformador do diálogo, em que o vértice não seja mais marcado pela ideia do choque entre civilizações (“clash of civilizations”), mas pela ideia do diálogo entre civilizações (“dialogue among civilizations”)³⁵.

Retomando Boaventura de Souza Santos, faz-se fundamental avançar em uma “relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local”, na celebração de um diálogo intercultural.

2) *Laicidade estatal vs. fundamentalismos religiosos*

Um segundo desafio central à implementação dos direitos humanos é o da laicidade estatal em face dos fundamentalismos religiosos. Adota-se a concepção de Boaventura de Souza Santos para quem os “fundamentalismos” referem-se às teologias cristãs e islâmicas, “de acordo com as quais a revelação é concebida como o princípio estruturante de

human rights in context, p. 389-398. Ver também Abdullah Ahmed An-na'im (ed.), *Human rights in cross-cultural perspectives: a quest for consensus*. Como observa Daniela Ikawa: “An-na'im ilustra a possibilidade do diálogo entre culturas a partir de uma das condições colocadas por Boaventura: a adoção da versão cultural que inclua o maior grau de diversidade, no caso, que inclua também as mulheres em relação de igualdade com os homens. An-na'im prevê uma possibilidade de intercâmbio cultural pautado na reinterpretação de certas bases culturais, como ocorre na reinterpretação do Corão. Essa reinterpretação possibilitaria um diálogo entre a cultura islâmica e a cultura dos direitos humanos, ao menos no que toca aos direitos das mulheres” (Daniela Ikawa, Universalismo, relativismo e direitos humanos, in Maria de Fátima Ribeiro e Valério de Oliveira Mazzuoli, *Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*, p. 124).

35. Amartya Sen, *Identity and violence: the illusion of destiny*, New York/London, W. W. Norton & Company, 2006, p. 12. Sobre a ideia do “clash of civilization”, ver Samuel Huntington, *The clash of civilizations and the remaking of the world order*, New York, Simon & Schuster, 1996.

Boaventura de Souza Santos, *Se Deus fosse um ativista de direitos humanos*, 2ª edição, São Paulo, ed. Cortez, 2014, p.42).

organização da sociedade em todas as suas dimensões”.. Isto é, os fundamentalismos baseiam-se em uma noção de verdade, que se confunde com a posse do “fundamento”.

Neste contexto, o Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos, especialmente nos campos da sexualidade e da reprodução³⁶.

Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico.

No Estado laico, marcado pela separação entre Estado e religião, todas as religiões merecem igual consideração e profundo respeito. Inexiste, contudo, uma religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, abolindo a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural. Há o dever do Estado de garantir as condições de igual liberdade religiosa e moral, em um contexto desafiador em que, se de um lado o Estado contemporâneo busca separar-se da religião, esta, por sua vez, busca adentrar nos domínios do Estado, caracterizando o fenômeno do “pós secularismo”, para utilizar a terminologia de Habermas.

Destacam-se, aqui, duas estratégias: a) reforçar o princípio da laicidade estatal, com ênfase na Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação com base em Intolerância Religiosa; e b) fortalecer leituras e interpretações progressistas no campo religioso, de modo a respeitar os direitos humanos, conferindo especial destaque às teologias feministas e ao seu impacto progressista seja nas versões cristãs, seja nas versões islâmicas³⁷. Também fundamental é o diálogo

36. Ver a respeito Miriam Ventura, Leila Linhares Barsted, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (org.), *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*.

37. Para Boaventura de Souza Santos, as teologias feministas “criticam a associação da religião e de suas estruturas hierárquicas à ordem patriarcal e à subsequente legitimação do patriarcalismo e da submissão das mulheres no interior das religiões”. (Boaventura de Souza Santos, *Se Deus fosse um ativista de direitos humanos*, 2ª edi-

entre as religiões, a partir de uma proposta de teologia intercultural. É especialmente no contexto do islamismo e dos países árabes que a tensão entre laicidade estatal e fundamentalismos religiosos ganha maior contorno. Ressalte-se que, em 1994, a Liga dos Estados Árabes adotou a Carta Árabe de Direitos Humanos, que reflete a islâmica lei da sharia e outras tradições religiosas³⁸. Acrescente-se ainda a adoção, em 1990, da Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, que, de igual modo, incorpora componentes do islamismo, estabelecendo que todos os direitos e liberdades enunciados na Declaração estão sujeitos à islâmica lei da sharia³⁹. O islamismo requer a submissão de todos os indivíduos a Allah, e as liberdades humanas só podem ser compreendidas na medida em que atendam à vontade divina. Institui-se um sistema de extrema desigualdade entre muçumanos e não muçumanos, bem como entre homens e mulheres⁴⁰.

Por sua vez, nos países africanos essa tensão agrega o elemento das tradições culturais, particularmente no que tange aos direitos humanos das mulheres.

3) *Direito ao desenvolvimento vs. assimetrias globais*

O terceiro desafio traduz o dilema entre o direito ao desenvolvimento e as assimetrias globais.

Em 1986 foi adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e 8

ção, São Paulo, ed. Cortez, 2014, p.53). A título exemplificativo, mencione-se também o trabalho de Abdullah Ahmed An-na'im acerca da reinterpretção do islamismo sob a perspectiva dos direitos humanos.

38. Rhona K. M. Smith, *Textbook on international human rights*, p. 87-88. Até outubro de 2009, a Carta Árabe de Direitos Humanos contava com 10 Estados-partes.

39. A respeito, ver o artigo 24 da referida Declaração. Sobre o tema, consultar Ann Elizabeth Mayer, *The Islamic declaration on human rights*, in Rhona K. M. Smith e Christien van den Anker (eds.), *The essentials of human rights*, p. 209-210. Ver ainda Ann Elizabeth Mayer, *Islam and human rights: tradition and politics*.

40. Por exemplo, os homens podem exercer a poligamia, negada às mulheres, que sofrem sérias restrições de direitos no campo do divórcio, da herança e da guarda dos filhos. Ver Katerina Dalacoura, *Islam and human rights*, in Rhona K. M. Smith e Christien van den Anker (eds.), *The essentials of human rights*, p. 207. Consultar também Abdullahi An-na'im, *Towards an Islamic reformation: civil liberties, human rights and international law*.

abstenções. Para Allan Rosas: “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional”⁴¹.

Desse modo, o direito ao desenvolvimento compreende três dimensões: a) a importância da participação, com realce ao componente democrático a orientar a formulação de políticas públicas, dotando-lhes de maior transparência e accountability; b) a proteção às necessidades básicas de justiça social, enunciando a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa, participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento”; e c) a necessidade de adotar programas e políticas nacionais, como de cooperação internacional — já que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países mais pobres meios que encorajem o direito ao desenvolvimento. A respeito, adiciona o artigo 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individual ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos.

De acordo com o art. 28 da Declaração de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser plenamente realizados”. A justiça social é um componente central à concepção do direito ao desenvolvimento. A realização do direito ao desenvolvimento, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, como educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda.

Para a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e político, com o objetivo de assegurar a constante melhoria do bem-estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa

41. Allan Rosas, *The right to development*, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, social and cultural rights*, p. 254-255.

participação neste processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes.

Na promoção do desenvolvimento, igual consideração deve ser conferida à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Medidas efetivas devem ser ainda adotadas a fim de proporcionar às mulheres um papel ativo no processo de desenvolvimento.

Além do componente de justiça social, o componente democrático é essencial ao direito ao desenvolvimento. É dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento e à plena realização dos direitos humanos. Os Estados devem promover e assegurar a livre, significativa e ativa participação de indivíduos e grupos na elaboração, implementação e monitoramento de políticas de desenvolvimento. Neste contexto, os princípios da participação e da accountability são centrais ao direito ao desenvolvimento. Como explica Amartya Sen, “as liberdades políticas e os direitos democráticos são componentes estruturais do desenvolvimento. (...) Democracia requer participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis”⁴².

O direito ao desenvolvimento compreende tanto uma dimensão nacional como uma dimensão internacional. Ainda que a Declaração de 1986 reconheça os Estados como os responsáveis primários na realização do direito ao desenvolvimento, enfatiza a importância da cooperação internacional para a realização do direito ao desenvolvimento.

Um dos mais extraordinários avanços da Declaração de 1986 foi lançar o human rights-based approach ao direito ao desenvolvimento. O human rights-based approach é uma concepção estrutural ao processo de desenvolvimento, amparada normativamente nos parâmetros internacionais de direitos humanos e diretamente voltada à promoção e à proteção dos direitos humanos. O human rights-based approach ambiciona integrar normas, standards e princípios do sistema internacional de direitos humanos nos planos, políticas e processos relativos ao desenvolvimento. A perspectiva de direitos endossa o componente da justiça social, realçando a proteção dos direitos dos

42. Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 347.

grupos mais vulneráveis e excluídos como um aspecto central do direito ao desenvolvimento⁴³.

Em uma arena global não mais marcada pela bipolaridade Leste/Oeste, mas sim pela bipolaridade Norte/Sul, abrangendo os países desenvolvidos e em desenvolvimento (sobretudo as regiões da América Latina, Ásia e África), existe a demanda por uma globalização mais ética e solidária⁴⁴.

Se, tradicionalmente, a agenda de direitos humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos, sob o forte impacto da “voz do Norte”, testemunha-se, atualmente, a ampliação dessa agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e no direito ao desenvolvimento. Esse processo permite ecoar a “voz própria do Sul”, capaz de revelar as preocupações, demandas e prioridades dessa região, contendo uma crítica à visão de direitos humanos radicada na matriz liberal, que privilegia direitos civis e políticos, por vezes, de forma descontextualizada e abstrata. Nesse contexto, é fundamental consolidar e fortalecer o processo de afirmação dos direitos humanos sob essa perspectiva integral, indivisível e interdependente.

No que se refere à temática ambiental, a Cruz Vermelha estima que atualmente há no mundo mais pessoas deslocadas por desastres ambientais do que por guerras. Até 2010 a ONU contabilizava 50 milhões

43. Sobre o tema, ver Mary Robinson, What Rights can add to good development practice. In: Philip Alston e Mary Robinson (ed.), *Human Rights and Development: towards mutual reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 37.

44. A busca por uma globalização mais ética e solidária e por uma justa cooperação internacional há de considerar a desafiadora questão armamentista. A respeito, observa Thomas Pogge: “Em 2000, os países ricos gastaram em média \$ 4,650 milhões em assistência ao desenvolvimento aos países pobres; contudo, venderam aos países em desenvolvimento, em média, \$ 25,438 milhões em armamentos — o que representa 69% do total do comércio internacional de armas. Os maiores vendedores de armas são: EUA (com mais de 50% das vendas); Rússia, França, Alemanha e Reino Unido” (Thomas Pogge, *World poverty and human rights*, Cambridge, Polity Press, 2002). No mesmo sentido, alerta Amartya Sen: “Os principais vendedores de armamentos no mercado global são os países do G8, responsáveis por 84% da venda de armas no período de 1998 a 2003. (...) Os EUA sozinhos foram responsáveis pela venda de metade das armas comercializadas no mercado global, sendo que dois terços destas exportações foram direcionadas aos países em desenvolvimento, incluindo a África” (Amartya Sen, *Identity and violence: the illusion of destiny*, p. 97).

de “refugiados ambientais”. Qualquer situação de refúgio é por si só reflexo de um grave padrão de violação aos direitos humanos. Os danos ambientais têm gerado um crescente fluxo migratório, devido ao deslocamento forçado de pessoas compelidas a lutar por novas condições de vida em outras regiões e países.

A comunidade científica converge ao concluir que as mudanças climáticas ocorrem e resultam, sobretudo, da ação humana. O Conselho de Direitos Humanos da ONU reconhece que as transformações ambientais têm impacto na efetivação dos direitos humanos, direta e indiretamente, sendo os grupos mais vulneráveis seu alvo preferencial.

Nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais está relacionada à pobreza e à exclusão social (a falta de acesso a moradia, saúde, educação e higiene adequadas). Já nos países desenvolvidos, os problemas ambientais são consequência, fundamentalmente, da industrialização e do desenvolvimento tecnológico.

Os danos ambientais transcendem os limites de espaço e de tempo. A poluição marítima causada por derramamento de óleo, por exemplo, poderá disseminar-se por águas territoriais de diferentes países, afetando várias comunidades. Os danos ambientais podem gerar efeitos no presente e no futuro, por vezes, não havendo como prever o impacto temporal. Por isso, o direito ao meio ambiente exige um pacto entre as presentes e as futuras gerações, o que fomenta a noção de desenvolvimento sustentável, como o “desenvolvimento que atende às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades”, na definição da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Daí o desafio de uma nova ética sustentável, que compatibilize o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a preservação ambiental.

4) Proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais vs. dilemas da globalização econômica

O quarto desafio relaciona-se com o terceiro, na medida em que aponta aos dilemas decorrentes do processo de globalização econômica, com destaque à temerária flexibilização dos direitos sociais. Este desafio assume ainda maior relevância em um cenário marcado pela crise financeira internacional e pela necessidade de reavaliar o alcance

do marco regulatório estatal, da atuação do setor privado e das instituições financeiras internacionais.

Nos anos 90, as políticas neoliberais, fundadas no livre mercado, nos programas de privatização e na austeridade econômica, permitiram que, hoje, sejam antes os Estados que se achem incorporados aos mercados e não a economia política às fronteiras estatais, como salienta Jurgen Habermas⁴⁵.

A globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social. Lembre-se que o próprio então diretor-gerente do FMI, Michel Camdessus, em seu último discurso oficial, afirmou que “desmantelar sistematicamente o Estado não é o caminho para responder aos problemas das economias modernas. (...) A pobreza é a ameaça sistêmica fundamental à estabilidade em um mundo que se globaliza”⁴⁶.

Considerando os graves riscos do processo de desmantelamento das políticas públicas sociais, há que redefinir o papel do Estado sob o impacto da globalização econômica. É preciso reforçar a responsabilidade do Estado no tocante à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Como adverte Asbjorn Eide: “Caminhos podem e devem ser encontrados para que o Estado assegure o respeito e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, de forma a preservar condições para uma economia de mercado relativamente livre. A ação governamental deve promover a igualdade social, enfrentar as desigualdades sociais, compensar os desequilíbrios criados pelos mercados e assegurar um desenvolvimento humano sustentável. A relação entre governos e mercados deve ser complementar”⁴⁷.

45. Jurgen Habermas, *Nos limites do Estado*, *Folha de S.Paulo*, Caderno Mais!, p. 5, 18 jul. 1999.

46. Camdessus critica desmonte do Estado, *Folha de S.Paulo*, 14 fev. 2000.

47. Asbjorn Eide, *Obstacles and goals to be pursued*, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, social and cultural rights*, p. 383. Acrescenta o autor: “Onde a renda é igualmente distribuída e as oportunidades razoavelmente equânimes, os indivíduos estão em melhores condições para tratar de seus interesses e há menor necessidade de despesas públicas por parte do Estado. Quando, por outro lado, a renda é injustamente distribuída, a demanda por iguais oportunidades e igual exercício de direitos econômicos, sociais e culturais requer maior despesa estatal, baseada em uma tributação progressiva e outras medidas. Paradoxalmente, entretanto, a tribu-

No mesmo sentido, pontua Jack Donnelly: “Mercados livres são economicamente análogos ao sistema político baseado na regra da maioria, sem contudo a observância aos direitos das minorias. As políticas sociais, sob essa perspectiva, são essenciais para assegurar que as minorias, em desvantagem ou privadas pelo mercado, sejam consideradas com o mínimo respeito na esfera econômica. (...) Os mercados buscam eficiência e não justiça social ou direitos humanos para todos”⁴⁸.

No contexto da globalização econômica, faz-se também premente a incorporação da agenda de direitos humanos por atores não estatais. Nesse sentido, surgem dois atores fundamentais: a) as agências financeiras internacionais; e b) o setor privado.

Em relação às agências financeiras internacionais, há o desafio de que os direitos humanos possam permear a política macroeconômica, de forma a envolver a política fiscal, a política monetária e a política cambial. As instituições econômicas internacionais devem levar em grande consideração a dimensão humana de suas atividades e o forte impacto que as políticas econômicas podem ter nas economias locais, especialmente em um mundo cada vez mais globalizado⁴⁹.

Embora as agências financeiras internacionais estejam vinculadas ao sistema das Nações Unidas, na qualidade de agências especializadas, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, por exemplo, carecem da formulação de uma política vocacionada aos direitos humanos.

tação para despesas públicas nas sociedades igualitárias parece mais bem-vinda que nas sociedades em que a renda é injustamente distribuída” (Asbjorn Eide, *Economic, social and cultural rights as human rights*, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, social and cultural rights*, p. 40).

48. Jack Donnelly, *International human rights*, p. 160. “Aliviar o sofrimento da pobreza e adotar políticas compensatórias são funções do Estado e não do mercado. Estas são demandas relacionadas à justiça, a direitos e a obrigações e não à eficiência. (...) Os mercados simplesmente não podem tratá-las — porque não são vocacionados para isto” (Jack Donnelly, *Ethics and international human rights*, in *Ethics and international affairs*, p. 153).

49. Cf. Mary Robinson, *Constructing an international financial, trade and development architecture: the human rights dimension*, Zurich, 1 July 1999, www.unhchr.org. Adiciona Mary Robinson: “A título de exemplo, um economista já advertiu que o comércio e a política cambial podem ter maior impacto no desenvolvimento dos direitos das crianças que propriamente o alcance do orçamento dedicado à saúde e educação. Um incompetente diretor do Banco Central pode ser mais prejudicial aos direitos das crianças que um incompetente Ministro da Educação”.

Tal política é medida imperativa para o alcance dos propósitos da ONU e, sobretudo, para a coerência ética e principiológica que há de pautar sua atuação. A agenda de direitos humanos deve ser, assim, incorporada no mandato de atuação dessas agências.

Há que romper com os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica includente voltada para a promoção dos direitos humanos, consagrada nos relevantes tratados de proteção dos direitos humanos da ONU (com destaque ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), e, por outro lado, a tônica excludente ditada pela atuação especialmente do Fundo Monetário Internacional, na medida em que a sua política, orientada pela chamada “condicionalidade”, submete países em desenvolvimento a modelos de ajuste estrutural incompatíveis com os direitos humanos⁵⁰. Ressalta-se que as políticas adotadas pelas instituições financeiras internacionais são elaboradas pelos mesmos Estados que assumem obrigações jurídicas internacionais, em matéria de direitos sociais, ao ratificarem o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

50. Afirma Jeffrey Sachs: “Aproximadamente 700 milhões de pessoas — as mais empobrecidas — estão em débito perante os países ricos. Os chamados ‘Highly Indebted Poor Countries’ (países pobres altamente endividados) compõem um grupo de quarenta e duas economias financeiramente falidas e largamente desestruturadas. Eles devem mais de \$ 100 milhões em dívida não paga ao Banco Mundial, ao Fundo Monetário Internacional, a demais Bancos de desenvolvimento e governos (...). Muitos destes empréstimos foram feitos em regimes tirânicos para responder aos propósitos da Guerra Fria. Muitos refletem ideias equivocadas do passado. (...) O Jubileu 2000, uma organização que tem o apoio de pessoas tão diversas como o Papa João Paulo II, Jesse Jackson e Bono, o cantor de *rock*, tem defendido a eliminação da dívida externa dos países mais pobres do mundo. A ideia é frequentemente vista como irrealista, mas são os realistas que fracassam ao compreender as oportunidades econômicas da ordem contemporânea. (...) Em 1996 o FMI e o Banco Mundial anunciaram um programa de grande impacto, mas sem prover um diálogo verdadeiro com os países afetados. Três anos depois, estes planos fracassaram. Apenas 2 países, Bolívia e Uganda, receberam \$ 200 milhões, enquanto 40 países aguardam na fila. No mesmo período, a bolsa de valores dos países ricos cresceu mais de \$ 5 trilhões, mais que 50 vezes que o débito dos quarenta e dois países pobres. Assim, é um jogo cruel dos países mais ricos do mundo protestar que eles não teriam como cancelar as dívidas” (Jeffrey Sachs, *Release the poorest countries for debt bondage*, *International Herald Tribune*, 12 e 13 jun. 1999, p. 8, apud Henry Steiner e Philip Alston, *International human rights in context: law, politics and morals*, p. 1329-30).

Além disso, há que fortalecer a democratização, a transparência e a accountability dessas instituições⁵¹. Note-se que 48% do poder de voto no FMI concentra-se nas mãos de 7 Estados (EUA, Japão, França, Inglaterra, Arábia Saudita, China e Rússia), enquanto no Banco Mundial 46% do poder de voto pertence aos mesmos Estados⁵². Na percepção crítica de Joseph E. Stiglitz, “temos um sistema que poderia ser chamado de governança global sem, contudo, um governo global; um sistema no qual poucas instituições — o Banco Mundial, o FMI e a OMC — e poucos atores — os Ministros das Finanças e do Comércio, intimamente ligados a certos interesses financeiros e comerciais — dominam o cenário; um sistema em que muitos daqueles afetados por suas decisões são deixados praticamente sem voz. É tempo de transformar algumas das regras que governam a ordem econômica internacional”⁵³. Neste contexto, emergencial é um novo multilateralismo por meio de reformas da arquitetura financeira global, a fim de que se alcance um balanço mais adequado de poder, fortalecendo a democratização, a transparência e a accountability das instituições financeiras internacionais, de forma a ampliar a participação da sociedade civil internacional e a fortalecer a participação dos países em desenvolvimento⁵⁴.

No que se refere ao setor privado, há também a necessidade de acentuar sua responsabilidade social, especialmente a das empresas multinacionais, na medida em que constituem as grandes beneficiárias do processo de globalização, bastando citar que, das 100 maiores economias mundiais, 51 são empresas multinacionais e 49 são Esta-

51. A respeito, consultar Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its discontents*. Para o autor: “Quando as crises avançam, o FMI prescreve medidas inapropriadas, soluções padronizadas, sem considerar os efeitos que tais medidas possam ter nas populações dos países que seguem tais políticas. Raramente há previsões acerca do impacto destas políticas na pobreza. Raramente assisti a discussões e análises aprofundadas acerca das consequências de políticas alternativas. Há uma prescrição única. Opiniões alternativas não são buscadas. Uma discussão aberta e franca é desencorajada — não há espaço para isto. Ideologias guiam as prescrições de políticas e há a expectativa de que países sigam as orientações do FMI sem contestação. (...) Estas atitudes não apenas produzem resultados precários; mas são ainda antidemocráticas” (p. XIV).

52. A respeito, consultar *Human development report 2002*, UNDP.

53. Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its discontents*, p. 21-22.

54. Sobre a matéria, ver Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of participation and its application in the context of globalization, E/CN.4/2005/41, 23 December 2004.

dos nacionais. Por exemplo, importa encorajar sejam condicionados empréstimos internacionais a compromissos em direitos humanos; sejam adotados por empresas códigos de direitos humanos relativos à atividade de comércio; sejam impostas sanções comerciais a empresas violadoras dos direitos sociais, entre outras medidas⁵⁵.

5) *Respeito à diversidade vs. intolerância*

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos

55. Ver Stephen Livingstone, Economic strategies for the enforcement of human rights, in Angela Hegarty e Siobhan Leonard (org.), *Human rights: an agenda for the 21st century*, p. 187. Afirma o mesmo autor: “Tanto os Estados Unidos, como a União Europeia, os maiores doadores mundiais, têm previsões legais relativas a empréstimos estrangeiros, que levam em consideração questões de direitos humanos” (p. 187). Acrescenta ainda que: “Em média, 10% das empresas norte-americanas adotaram alguma forma de cláusula de responsabilidade social” (p. 194). A respeito, observa Jack Scheinkman: “Quando Portugal e Espanha desejaram integrar a União Europeia, após a queda dos respectivos regimes ditatoriais, a União Europeia impôs determinadas condições. Elas incluíam não apenas direitos como a liberdade de associação, mas a observância de parâmetros trabalhistas. Nos EUA, algo semelhante tem sido feito, em certa medida, por meio da USAID, que não concede empréstimo econômico a nenhum país que não respeitar os direitos trabalhistas” (Human Rights Program/Harvard Law School e Lawyers Committee for Human Rights, *Business and Human Rights — An Interdisciplinary discussion held at Harvard Law School in December 1997*, Harvard Law School Human Rights Program, 1999, p. 87). Adiciona Jack Scheinkman: “As pesquisas demonstram que nos EUA e na Europa Ocidental a maioria dos consumidores não quer comprar produtos fabricados mediante trabalho infantil; por isso, as empresas têm adotado *standards*. (...) Muitas empresas têm adotado *standards* exclusivamente em razão da opinião pública” (p. 20). Para Mary Robinson: “As grandes multinacionais têm o poder de trazer grandes benefícios para as comunidades carentes, mas também têm o poder de causar profundos malefícios, como a degradação ambiental, a exploração das comunidades economicamente fracas e o uso do trabalho infantil. Nos últimos anos tem crescido a consciência do setor privado de que é necessário assumir responsabilidades no campo dos direitos humanos. (...) O setor privado tem incorporado os direitos humanos mediante códigos éticos internos, códigos de conduta, acordos setoriais a respeito do trabalho infantil, ou mesmo códigos mais amplos como o *Social Accountability 8000*, o *International Code of Ethics for Canadian Business* e o *New Sullivan principles*” (Mary Robinson, *Constructing an international financial, trade and development architecture: the human rights dimension*, Zurich, 1 July 1999, www.unhchr.org).

civis e políticos, uma vez que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos. No dizer de Amartya Sen: “A negação da liberdade econômica, sob a forma da pobreza extrema, torna a pessoa vulnerável a violações de outras formas de liberdade. (...) A negação da liberdade econômica implica a negação da liberdade social e política”⁵⁶.

O processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis, como as mulheres, as populações afrodescendentes e os povos indígenas — daí os fenômenos da “feminização” e “eticização” da pobreza⁵⁷. A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, acrescidas do valor da diversidade. Sob essa perspectiva, lança-se o quinto desafio, concernente ao respeito à diversidade em face das diversas manifestações de intolerância.

Com efeito, a primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal.

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu vs. o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância. Como leciona Amartya Sen, “identidade pode ser uma fonte de riqueza e de acolhimento, como também de violência e terror”⁵⁸. O autor ainda tece

56. Amartya Sen, *Development as freedom*, p. 8.

57. Note-se, por exemplo, que, se no mundo hoje há 1 bilhão de analfabetos adultos, 2/3 deles são mulheres. Ver Henry Steiner e Philip Alston, *International human rights in context: law, politics and morals*, 2. ed.

58. Amartya Sen, *Identity and violence: the illusion of destiny*, p. 4.

aguda crítica ao que denomina como séria “miniaturização dos seres humanos” (“miniaturization of human beings”), quando é negado o reconhecimento da pluralidade de identidades humanas, na medida em que as pessoas são “diversamente diferentes”⁵⁹.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Em tal cenário as mulheres, as crianças, a população afrodescendente, os migrantes, as pessoas com deficiência, entre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura tratamento especial.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia).

Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, a redistribuição e o reconhecimento de identidades. Como atenta a autora: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. (...) Reciprocamente, a distribuição não pode reduzir-se ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de status”⁶⁰.

59. Amartya Sen, *Identity and violence: the illusion of destiny*, p. XIII e XIV.

60. Afirma Nancy Fraser: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o *status* na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de *Wall Street*, que não consegue tomar um táxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de *status*. Tomemos como exemplo um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em vir-

Há, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade⁶¹. Atente-se que esta feição bidimensional da justiça mantém uma relação dinâmica e dialética, ou seja, os dois termos relacionam-se e interagem mutuamente, na medida em que a discriminação implica pobreza e a pobreza implica discriminação.

Nesse contexto, o direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas socioeconômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural⁶².

tude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Neste caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. (...) Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Esta concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo” (Nancy Fraser, Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia, in Unesco, *Informe Mundial sobre la Cultura*, 2000-2001, p. 55-56).

61. A respeito, ver Boaventura de Souza Santos, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, in *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p. 56. Ver ainda, do mesmo autor, Por uma concepção multicultural de direitos humanos, p. 429-61.

62. Ver Nancy Fraser, From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist age, em seu livro *Justice interruptus. Critical reflections on the “Post-socialist” condition*, NY/London, Routledge, 1997; Axel Honneth, *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*, Cambridge/Massachusetts, MIT Press, 1996; Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, London/NY, verso, 2003; Charles Taylor, The politics of recognition, in: Charles Taylor et al., *Multiculturalism — examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994; Iris Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; e Amy Gutmann,

O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.

Boaventura acrescenta: “Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”⁶³.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. A emergência conceitual do direito à diferença e do reconhecimento de identidades é capaz de refletir a crescente voz dos movimentos sociais e o surgimento de uma sociedade civil plural e diversa no marco do multiculturalismo.

Considerando os processos de “feminização” e “eticização” da pobreza, há a necessidade de adotar, ao lado das políticas universalistas, políticas específicas, capazes de dar visibilidade a sujeitos de direito com maior grau de vulnerabilidade, visando ao pleno exercício do direito à inclusão social. Se o padrão de violação de direitos tem efeito desproporcionalmente lesivo às mulheres e às populações afrodescendentes, por exemplo, adotar políticas “neutras” no tocante ao gênero, à raça/etnia, significa perpetuar esse padrão de desigualdade e exclusão.

Multiculturalism: examining the politics of recognition, Princeton, Princeton University Press, 1994.

63. Ver Boaventura de Souza Santos, Introdução: para ampliar o cânone, cit.

Daí a urgência no combate a toda e qualquer forma de racismo, sexismo, homofobia, xenofobia e outras manifestações de intolerância correlatas, tanto por meio da vertente repressiva (que proíbe e pune a discriminação e a intolerância) como da vertente promocional (que promove a igualdade).

6) Combate ao terrorismo vs. preservação de direitos e liberdades públicas

O desafio de combater todas as formas de intolerância se soma ao sexto desafio, que realça o dilema de preservação dos direitos e das liberdades públicas no enfrentamento ao terror.

No cenário do pós-11 de setembro, o risco é que a luta contra o terror comprometa o aparato civilizatório de direitos, liberdades e garantias, sob o clamor de segurança máxima⁶⁴.

Basta atentar à doutrina de segurança adotada nos EUA na era Bush, pautada: a) no unilateralismo; b) nos ataques preventivos; e c) na hegemonia do poderio militar norte-americano. Imaginem-se as nefastas consequências para a ordem internacional se cada um dos 200 Estados que a integram invocasse para si o direito de cometer “ataques preventivos”, com base no unilateralismo. Seria assinar o próprio atestado de óbito do Direito Internacional, celebrando o mais puro e hobbesiano “estado de natureza”, no qual a guerra é o termo forte e a paz se limita a ser a ausência da guerra.

Estudos demonstram o perverso impacto do pós-11 de setembro, na composição de uma agenda global tendencialmente restritiva de direitos e liberdades. A título de exemplo, citem-se pesquisas acerca da legislação aprovada, nos mais diversos países, ampliando a aplicação da pena de morte e demais penas, tecendo discriminações insustentáveis, afrontando o devido processo legal e o direito a um julgamento público e justo, admitindo a extradição sem a garantia de direitos, restringindo direitos, como a liberdade de reunião e de expressão, entre outras medidas⁶⁵.

64. A respeito, consultar Philip B. Heymann, Civil liberties and human rights in the aftermath of september 11, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Spring 2002, p. 441-56; e Committee of Ministers of the Council of Europe, *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, Strasbourg, Council of Europe, 2002.

65. Ver a pesquisa apontada no artigo For whom the liberty bell tolls, *The Economist*, 31 ago. 2002, p. 18-20. Sobre a matéria ver, dentre outros, relatório da Human

Após os atentados de 11 de setembro, emerge o desafio de prosseguir no esforço de construção de um Estado de Direito Internacional, em uma arena que privilegia o Estado-Polícia no campo internacional, fundamentalmente guiado pelo lema da força e segurança internacional. Contra o risco do terrorismo de Estado e do enfrentamento do terror, com instrumentos do próprio terror, só resta uma via: a da consolidação dos delineamentos de um Estado de Direito no plano internacional. Só haverá um efetivo Estado de Direito Internacional sob o primado da legalidade, com o império do Direito, com o poder da palavra e a legitimidade do consenso. Como conclui o UN Working Group on Terrorism: “A proteção e a promoção dos direitos humanos sob o primado do Estado de Direito são essenciais para a prevenção do terrorismo”⁶⁶. No mesmo sentido, realçou o então Secretário-Geral da ONU: “nós não usufruiremos do desenvolvimento sem segurança; não usufruiremos de segurança sem desenvolvimento; e não usufruiremos desenvolvimento nem segurança sem o respeito aos direitos humanos” (“we will not enjoy development without security, we will not enjoy security without development and we will not enjoy either without respect for human rights”)⁶⁷. Reforça-se, assim, a relação de interdependência entre desenvolvimento, segurança e direitos humanos. É esta tríade a guiar qualquer política e ação vocacionada à prevenção e à repressão ao terrorismo.

Rights Watch, *In the name of counter-terrorism: human rights abuses worldwide*. A respeito, cabe menção à aprovação pelo Congresso norte-americano, em 28 de setembro de 2006, de projeto de lei que estabelece comissões militares para julgar acusados de envolvimento com atos de terrorismo contra os EUA, que observarão legislação própria. De acordo com o referido projeto, caberá ao Presidente da República interpretar o significado e o alcance das Convenções de Genebra, definindo, inclusive, os métodos de interrogatórios aceitáveis em relação aos chamados “combatentes inimigos” (qualquer pessoa física que dê apoio material ou financeiro a terroristas). Ver Lei dos Tribunais militares divide juristas, *O Estado de S. Paulo*, 30 set. 2006, p. A36; Retrocesso nos EUA, *Folha de S. Paulo*, 30 set. 2006, p. A-2; Nova Lei americana recebe críticas da ONU e de ONGs, *Folha de S. Paulo*, 30 set. 2006, p. A-20.

66. Ver United Nations, *Report of the Policy Working Group on the United Nations and Terrorism*, United Nations, A/57/273-S/2002/875. Ver ainda Connor Gearty, *Terrorism and human rights*, in Rhona K. M. Smith e Christien van den Anker (eds.), *The essentials of human rights*, p. 331.

67. Ver *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, Report do Secretário-Geral da ONU, março de 2005.

Ressalte-se que os tratados de proteção dos direitos humanos estabelecem um núcleo inderrogável de direitos, a serem respeitados seja em tempos de guerra, instabilidade, comoção pública ou calamidade pública, como atestam o artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Convenção contra a Tortura, de igual modo, no artigo 2º, consagra a cláusula da inderrogabilidade da proibição da tortura, ou seja, nada pode justificar a prática da tortura (seja ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública)⁶⁸.

Neste quadro emerge ainda o fortalecimento da sociedade civil internacional, com seu imenso repertório imaginativo e inventivo, mediante networks que fomentam a interlocução entre entidades locais, regionais e globais, a partir de um solidarismo cosmopolita. Se em 1948 apenas 41 ONGs tinham status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social da ONU, em 2004 este número alcança aproximadamente 2.350 ONGs⁶⁹. Para Mary Kaldor, “As vantagens na atuação da sociedade civil são precisamente seu conteúdo político e suas implicações no campo da participação e da cidadania. A sociedade civil adiciona ao

68. Ver <http://www.ohchr.org/english/issues/terrorism/index.htm>. Sobre a matéria, consultar relatório da Human Rights Watch, *In the name of counter-terrorism: human rights abuses worldwide*, New York, 2003. A respeito, cite-se histórica decisão da Suprema Corte Americana proferida em 29 de junho de 2006, ao determinar que o presidente norte-americano não tem competência para instituir os tribunais militares para julgar os presos na base militar de Guantánamo por supostos crimes de guerra. A decisão foi proferida no julgamento do caso Salim Ahmed Hamdan (Hamdan vs. Rumsfeld, Secretário de Defesa e outros), nacional do Yemen, ex-motorista e ex-guarda costas de Osama Bin Laden, preso há quatro anos naquela base militar, desde que foi capturado por forças militares no Afeganistão, em 2001. Todos os julgamentos serão cancelados, sob o argumento de que os tribunais de exceção são ilegais, por afronta às Convenções de Genebra e às próprias leis americanas. O impacto da decisão é duplo: de um lado impõe firmes limites ao exercício abusivo de poder Executivo e por outro assegura aos detentos os direitos consagrados nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Sobre o tema ver Flávia Piovesan, Triunfo do Estado de Direito ante a barbárie, *O Estado de S. Paulo*, 2 jul. 2006.

69. Consultar Gay J. McDougall, Decade for NGO Struggle, in *Human Rights Brief — 10th Anniversary*, American University Washington College of Law, Center for Human Rights and Humanitarian Law, v. 11, issue 3 (Spring 2004), p. 13.

discurso de direitos humanos a noção de responsabilidade individual pelo respeito a estes direitos mediante ação pública⁷⁰.

À luz desse cenário, marcado pelo poderio de uma única superpotência mundial, o equilíbrio da ordem internacional exigirá o avivamento do multilateralismo e o fortalecimento da sociedade civil internacional, com base em um solidarismo cosmopolita.

Ao simbolizar a ruptura de paradigmas, a gestão do presidente Obama, desde 2009, tem irradiado um impacto transformador na agenda contemporânea, sobretudo no que se refere à erosão da política Bush — no campo da segurança pública, da proteção ambiental, dos direitos das mulheres, dos direitos reprodutivos, da biotecnologia, do comércio armamentista, dentre outros. Se a era Bush adotou como vértice uma política internacional guiada pelo unilateralismo extremo, pautado no direito da força e no hard power, a era Obama aponta a uma política internacional guiada pelo clever power, a propiciar o multilateralismo e o diálogo intercultural. Joseph Nye já alertava ao “paradox of american power and why the world’s only superpower can’t go alone”. Isto é, a manutenção da hegemonia norte-americana não poderia mais se sustentar apenas no hard power, na ótica unilateralista da força, orientada pela visão west and the rest (o ocidente e o “resto”), mas teria de cultivar o soft power, a lógica multilateralista do diálogo, a legitimidade das negociações e dos consensos internacionais.

O sexto desafio reitera a questão: Como preservar a Era dos Direitos em tempos de terror? Em que medida os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos podem servir como salvaguarda do aparato civilizatório de direitos e liberdades, sendo capazes de fortalecer a ótica multilateralista e o protagonismo da sociedade civil internacional?

7) Direito da força vs. força do Direito: desafios da justiça internacional

Finalmente, vislumbram-se os desafios da justiça internacional em matéria de direitos humanos, no marco da tensão entre o direito da força vs. a força do Direito.

70. Mary Kaldor, Transnational civil society, in Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, *Human rights in global politics*, p. 211.

A consolidação do Estado de Direito nos planos internacional, regional e local demanda o fortalecimento da justiça internacional. Isto porque no Estado Democrático de Direito é o Poder Judiciário, na qualidade de poder desarmado, que tem a última e decisiva palavra, sendo essa a afirmação do primado do Direito.

Como observa Norberto Bobbio, a garantia dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos”⁷¹.

Como ressalta Richard Bilder, “as Cortes simbolizam e fortalecem a ideia de que o sistema internacional de direitos humanos é, de fato, um sistema de direitos legais, que envolve direitos e obrigações juridicamente vinculantes. Associa-se a ideia de Estado de Direito (*rule of law*) com a existência de Cortes independentes, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes”⁷².

Isto porque a mais importante idéia do *rule of law* é que “*power is constrained by means of law*”, como consta do report “*Promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence*”, UN, General Assembly, 13 de setembro de 2012. O *rule of law* é definido como: “A principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.” (*Report of the Secretary-General to the Security Council on the rule of law and transitional justice*, S/2004/616, para.6). A existência de Cortes independentes é fundamental ao *rule of law*, que requer o estabelecimento de um complexo de instituições e procedimentos, destacando

71. Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, p. 25-47.

72. Richard Bilder, Possibilities for development of new international judicial mechanisms, in Louis Henkin e John Lawrence Hargrove (eds.), *Human rights: an agenda for the next century*, n. 26, p. 326-7.

um poder Judiciário independente e imparcial. O *rule of law* enfatiza a importância das Cortes não apenas pela sua capacidade decisória (pautada no primado do Direito), mas por “*institucionalizar a cultura do argumento*”, como medida de respeito ao ser humano. As Cortes detêm especial legitimidade e constituem um dos instrumentos mais poderosos no sentido de persuadir os Estados a cumprir obrigações concernentes aos direitos humanos.

É necessário, por fim, avançar no processo de justicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados. A justiça internacional em matéria de direitos humanos constitui medida imperativa para o fortalecimento do Estado de Direito e para a construção da paz nas esferas global, regional e local.

CAPÍTULO XVI

BALANÇO DA POLÍTICA EXTERNA DO GOVERNO DO PT

*Rubens Barbosa*¹

Passados quase treze anos da política externa desenvolvida pelos governos do PT, cabe fazer um balanço dos resultados das opções estratégicas assumidas desde 2003, e algumas acentuadas a partir de 2011, que tornaram essa área uma das mais vulneráveis do governo Dilma Rousseff pelos erros e equívocos que se repetiram e por seus míngua-dos resultados.

A ação da política externa e de comércio exterior dos governos do PT partiram de premissas que se provaram equivocadas.

O declínio do poderio dos EUA e a crítica ao processo de globalização econômica e financeira estava no centro da visão de mundo do lulopetismo. A percepção sindical da divisão entre trabalhadores e padrões foi transplantada para a política externa pela contra-posição entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento e pela necessidade de combater a opressão capitalista e o imperialismo, temas da esquerda na década dos 60;

A retórica oficial ressaltou a prioridade do governo em mudar a geografia política, econômica e comercial global pelo fortalecimento do multilateralismo e pelo fim do hegemonismo dos EUA, por meio da reforma dos organismos internacionais e, em especial, do Conselho de Segurança da ONU. Como corolário, políticas começaram a ser desenhadas para mudar o eixo da dependência comercial do Brasil pela redução da influência dos países desenvolvidos e pelo aumento da cooperação com os países em desenvolvimento, e pelo maior protagonismo do Brasil.

Tornando-se ideológica e partidária a política externa do PT quebrou o consenso interno porque faltou equilíbrio entre a defesa de princípios permanentes e do interesse nacional. Na região, assumiu uma atitude benevolente em relação aos países bolivarianos e por isso a ação do

1. Embaixador do Brasil em Londres (1994-1999) e Washington (1999-2004).

Itamaraty tornou-se passiva e reativa, deixando o Brasil a reboque dos acontecimentos: prevaleceram as afinidades ideológicas e a paciência estratégica que prejudicaram o processo de integração regional e paralisaram o Mercosul. No concerto das nações, nos últimos quatro anos, o Brasil se retraiu e baixou sua voz, reduzindo sua contribuição nas grandes discussões do cenário internacional.

Demos as costas para importantes nações democráticas e abraçamos regimes de clara inclinação totalitária, em flagrante contraste com as melhores tradições da nossa diplomacia. A partidarização da política externa tem conseqüências severas na política de comércio exterior: acentuou o isolamento do Brasil e do Mercosul nas negociações comerciais; produziu atritos, em lugar de cooperação produtiva; empobrece nossa pauta de comércio, ao invés de dinamizar trocas e oportunidades. Foi mantida a estratégia de negociações comerciais bilaterais, regionais e globais, que afastou o Brasil das correntes dinâmicas de comércio, não permitindo sua inserção nas cadeias produtivas globais, que representam hoje 56% do comércio global e 72% dos serviços.

Deixaram de ser cumpridos na plenitude os princípios constitucionais de não ingerência e defesa da soberania, seguidamente desrespeitados nos governos do PT no altar da ideologia. A credibilidade, a independência, o equilíbrio e os valores (democracia e direitos humanos), que apoiamos internamente, não foram respeitados na política externa.

Prioridades da política externa

As prioridades dos governos do PT foram, em linhas gerais, as mesmas dos governos anteriores. O que mudou foram as ênfases e a forma da implementação das políticas por influência da plataforma de político-partidária.

A presidente Dilma Rousseff manteve intacta a política externa dos oito anos do presidente Lula. Essa política, da maneira como está sendo executada, não responde ao interesse nacional em um momento de grandes transformações políticas e econômicas em que vivemos com desafios não respondidos e oportunidades não aproveitadas pelo Brasil.

As principais linhas de atuação do Brasil no governo Dilma continuaram sendo:

- dimensão sul-americana (integração regional, América do Sul, relação estratégica com a Argentina, Mercosul e novas instituições (UNASUL, CELAC, Conselho de Defesa Sul-Americano)
- negociações comerciais (multilaterais (Rodada Doha), regionais (Mercosul) e bilaterais
- fortalecimento das alianças com o Sul (África do Sul, Índia, China e Rússia (BRICS), países africanos, asiáticos e do Oriente Médio.
- Multilateralismo (fortalecimento da ONU e busca de assento permanente no conselho de Segurança, atitude crítica ao funcionamento das instituições financeiras internacionais (Banco Mundial e FMI) e fortalecimento da Organização Mundial de Comércio (OMC)

Resultados

Os resultados da política externa, nos últimos anos, não correspondem a importância que o Brasil tem na região e no mundo. Deve-se reconhecer que houve avanços e alguns êxitos, que ocorreram quando o Itamaraty pôde atuar como principal formulador da política externa. Os retrocessos ocorreram nas áreas em que as políticas tradicionais foram influenciadas por tendências ideológicas e partidárias, como ocorreu com o Mercosul, a integração regional, as relações comerciais com a África e com o Oriente Médio, além da fracassada estratégia de negociações comerciais. O Brasil não buscou alternativas como aconteceu com todos os outros principais países (EUA, China, União Europeia, Japão, Índia); não houve a reforma do CSNU, a política na região está sem rumo, o Brasil sumiu do cenário internacional e o Itamaraty perdeu credibilidade, tanto interna quanto externamente.

Relações com EUA

O fato diplomático mais grave durante o governo Dilma foi o incidente da espionagem da NSA no governo e em empresas brasileiras. A decisão final do governo brasileiro de adiar a visita de Estado a Washington evitou o radicalismo proposto pelo PT que, além do cancelamento da visita, queria a retirada do embaixador em Washington e a expulsão de elementos da NSA e da CIA lotados na Embaixada dos EUA em Brasília. O adiamento foi menos uma bravata confrontacionista

e mais uma reação natural a práticas ilegais de interceptação de comunicações e dados de cidadãos, empresas e membros do governo. O pedido de desculpas do presidente Obama feito pela presidente Dilma foi claramente um excesso e até hoje não foi atendido, nem o será. Esse episódio mostra a baixa importância atribuída pelo governo brasileiro às relações com os EUA e fez com que acordos bilaterais não tenham avançado, prejudicando nossos interesses. A visita presidencial a Washington em julho passado tentou descongelar as relações bilaterais e identificar algumas áreas de cooperação possível. Na área comercial, foram anunciadas algumas medidas como a futura abertura do mercado de carne para o Brasil, os entendimentos para a convergência regulatória e um acordo de facilitação de comércio e a eventual cooperação na área da defesa e de previdência social. Em vista de constrangimentos ideológicos, o tema de maior importância para o Brasil na relação bilateral – a retomada das negociações do Acordo de Salvaguarda Tecnológica, que poderia viabilizar o uso comercial da Base de Alcântara – não foi nem mencionado no comunicado conjunto.

Integração Regional e Mercosul

Apesar da centralidade da América do Sul no contexto da política externa do governo Dilma, no tocante ao processo de integração regional, em especial o Mercosul, o Brasil abriu mão de uma liderança natural para repensar o processo de integração e o futuro do Mercosul.

A ação do Itamaraty – a reboque de uma agenda que não é prioritária para o Brasil – deixou de defender efetivamente os interesses econômicos e comerciais brasileiros, seguindo as políticas de afinidades ideológicas, paciências estratégicas e de generosidade.

A decisão do governo Dilma de pagar, em 2014, US\$434 milhões adicionais ao governo boliviano pela compra do gás natural, como parte de acordo entre Lula e Morales, de 2007 pode ser mencionado como um exemplo concreto. Para ajudar generosamente a Bolívia, o gás importado pelo Brasil passou a pagar um adicional por seu conteúdo, contra a opinião da Petrobrás e mais recentemente em dezembro de 2014 do Tribunal de Contas da União. Técnicos da Petrobras afirmaram ainda que a Bolívia estava pressionando a Petrobras a pagar a dívida do gás rico, ameaçando cortar o fornecimento da energia para a

termoelétrica de Cuiabá. Longe dos interesses brasileiros, cedemos as pressões e chantagem bolivianas.

O Mercosul está paralisado e sem nenhuma estratégia. Os objetivos de liberalização do comércio e de abertura de mercados foram abandonados e o grupo sub-regional transformou-se em um fórum político e social. Politizado pela ação do Brasil, da Argentina e da Venezuela, o bloco está em situação de quase total isolamento. O único entendimento em curso é a negociação do grupo com a União Europeia. Se as negociações com a Comissão Europeia não avançarem por dificuldades criadas por nossos parceiros, não restará alternativa ao Brasil, no âmbito do Mercosul, senão fazer um acordo com a União Europeia com os outros parceiros que quiserem, a fim de resguardar nossos interesses. O Brasil deveria influir para que algumas regras do bloco sejam flexibilizadas para facilitar as negociações comerciais com países que possam ampliar o mercado para as exportações do grupo e permitir acesso a tecnologias e inovações para as empresas dos países membros. Imobilizado por grave crise econômica e política, o governo Dilma Rousseff teve condições de enfrentar essas questões durante a presidência do Mercosul no primeiro semestre de 2015.

Apesar da dificuldade de avançar a integração comercial, o Brasil de Dilma Rousseff deixou de dar prioridade à integração física na América do Sul e de acelerar as obras de infraestrutura para abrir corredores no Pacífico para nossas exportações para o mercado asiático.

Estratégia de negociação comercial

A estratégia de negociação comercial externa continuou equivocada. O isolamento do Brasil, que, em 12 anos, negociou apenas três acordos de livre comércio, prejudicou os interesses públicos e privados nacionais. No primeiro mandato Dilma nenhum acordo foi assinado pelo Brasil. Os acordos de comércio com os países sul-americanos, em especial com o Peru, Colômbia e México não foram aprofundados; o governo ignorou a crescente número de acordos regionais e bilaterais e das novas regras que passarão a integrar os acordos comerciais; não se avançou em nenhuma negociação comercial com países desenvolvidos que possam aportar inovações tecnológicas e integrar as empresas nacionais nas cadeias produtivas globais; não foi completada a negociação com a União Europeia, que se arrasta a mais de doze anos.

As ações de política externa nas negociações comerciais continuaram a privilegiar os interesses político-partidários e não o interesse nacional.

Cada vez mais isolado das novas tendências do comércio internacional e com dificuldades para criar um mercado regional para seus produtos, ao contrário do que ocorre na Ásia e na Europa, o Brasil deveria rever sua estratégia de negociação comercial, sem preconceitos ideológicos, com vistas à abertura de novos mercados, não só entre os países em desenvolvimento, mas também nos países desenvolvidos.

O governo Dilma não buscou inserir os setores industriais e de serviços nos grandes centros difusores de tecnologia. Segundo a OMC, a participação do Brasil nas redes internacionais de produção é de apenas 40%. Deixando de participar das negociações de acordos preferenciais de comércio e das cadeias produtivas de alto valor agregado, o Brasil está perdendo espaço no comércio global. Como resultado, em 2014, as exportações continuaram a cair e a balança de comércio registrou o primeiro déficit nos últimos quinze anos.

A prioridade apenas para as negociações multilaterais no âmbito da OMC, do Mercosul e na América do Sul mantida no governo Dilma não mais serve aos interesses do Brasil, em vista do fracasso da Rodada Doha e da proliferação de acordos preferenciais fora da OMC.

Ambito multilateral

No âmbito multilateral, o Brasil encolheu-se e deixou de ampliar sua ação diplomática em todas as áreas. O Brasil esquivou-se de assumir novas responsabilidades perante a comunidade internacional nos temas globais e nas áreas de conflito onde manifestamos interesse em ter um papel mais preeminente, como na África e no Oriente Médio.

No governo Dilma, o Brasil perdeu a liderança no tocante aos temas globais, como mudança de clima, energia, democracia, direitos humanos, comércio exterior, assim como aos novos temas (terrorismo, guerra cibernética, controle da internet), em cujas discussões o Brasil sempre desempenhou um papel relevante nos diferentes organismos internacionais.

No tocante aos direitos humanos e a democracia, por afinidades ideológicas, o governo Dilma não reproduziu no exterior a defesa dos valores e interesses que defendemos internamente. O financiamento

ao porto de Mariel em Cuba pelo BNDES subiu a cerca de US\$950 milhões, de acordo com informações publicadas em Havana. Segundo essas mesmas fontes, o Brasil está negociando novos empréstimos do BNDES no valor de US\$170 milhões para melhoria dos aeroportos comerciais naquele país e haveria mais dois portos que poderiam receber novo aporte brasileiro. Os financiamentos de projetos no exterior – prática usual nos governos Lula e Dilma a governos autoritários da América Latina e da África – são pouco transparentes, como reconheceu a Justiça Federal, e desviam recursos do BNDES de projetos de infraestrutura no Brasil. Durante visita da Presidente Dilma a União Africana de Nações em 2013, o governo brasileiro anunciou o perdão de US\$900 milhões de dívidas de 12 países africanos. Só o autoritário Congo livrou-se de US\$352 milhões. Essa decisão abre a possibilidade de novos empréstimos para apoiar grandes projetos de infraestrutura nesses países, com os mesmos resultados nos próximos anos.

No tocante às questões da sustentabilidade relacionadas com as preocupações sobre as negociações de mudanças de clima, o Brasil – ao contrário das posições anteriores - adotou uma posição de baixa visibilidade, como ocorreu na reunião de Lima, preparatória para o encontro de Paris, quando se discutirá a renovação do Protocolo de Kyoto.

Instituição em perigo

O processo decisório na política externa, a exemplo de outros países, termina na presidência da república. O presidente constitucionalmente é o responsável pela condução de todas as políticas, inclusive a externa, assessorado por seu ministro do exterior.

Nunca antes na história deste país, a presidência influiu tanto nas questões que cabe ao Itamaraty analisar e recomendar cursos de ação à chefia do executivo para a tomada de decisão. Não é segredo o desaparecimento com que o Itamaraty tem sido tratado por parte da presidente Dilma Rousseff nos últimos anos e a pouca importância que tem sido dada às posições tradicionais recomendadas pela Chancelaria nos problemas que afetam diretamente o interesse nacional. Um dos símbolos do Estado brasileiro, a Casa de Rio Branco vive uma das crises mais graves de sua história e deixa de servir, em muitos casos, os interesses permanentes do país. As virtudes profissionais que

marcaram a tradição do Itamaraty foram abandonadas pela política externa, sem rumo e partidarizada.

O Itamaraty deixou de ser o primeiro formulador e coordenador em matéria de **projeção internacional do país**, em virtude de interferências indevidas em seu trabalho analítico e em seus processos decisórios. Essa tendência acentuou-se no governo Dilma. As hesitações e a demora na escolha do Ministro do Exterior no segundo mandato confirmaram a baixa relevância política da Chancelaria no âmbito do novo governo Dilma.

O esvaziamento da instituição e a fragmentação externamente induzida nas suas posturas e no seu modo de operar, acelerados no governo Dilma, decepcionam a sociedade brasileira. Estão sendo retiradas da Chancelaria áreas de sua competência e são crescentes as dificuldades para a alocação de recursos compatíveis com as novas demandas externas e proporcionais à presença ampliada do Brasil no mundo.

É difícil entender a lógica do sucateamento do Itamaraty e o desprezo do atual governo pela política externa, pois isso enfraquece o Brasil. Pela política externa é que a voz do Brasil é ouvida e por meio dela qualquer governo se manifesta na defesa dos nossos interesses concretos, tanto na área política, quanto na comercial.

O atual ministro do exterior herdou, assim, uma instituição em crise, o Itamaraty desprestigiado e o desaparecimento do Brasil no cenário internacional.

Sumiço do Brasil

Pela pouca importância que a presidente atribui ao setor externo e ao Itamaraty, o governo Dilma fez com que o Brasil se recolhesse e deixasse vazia a cadeira que poderia trazer uma contribuição importante nos temas de nosso interesse.

Cabe mencionar alguns episódios de domínio público - haverá (muitos) outros que não foram tornados públicos - em que fica evidenciada a decisão da presidente Dilma de afastar a chancelaria e de levar o Brasil a omitir-se por razões de preconceito ideológico ou considerações partidárias, em muitos casos com a opinião contrária do Itamaraty.

- Decisão de não enviar em setembro de 2013 o Ministro do Exterior a reunião sobre a Síria em Genebra. O Brasil foi incluído no

encontro restrito a um grupo limitado de países a pedido da Rússia, que com os EUA, convocaram o encontro para tentar discutir uma solução negociada para a crise militar que matou mais de 120.000 pessoas.

- Ausência do Brasil na Conferência anual de Segurança realizada em Munique em 2013, fórum conhecido pela oportunidade que oferece para conversas informais sobre as crises internacionais e as negociações em curso entre diplomatas e ministros da defesa de todo o mundo. Entre os participantes estavam o mediador da ONU na Síria, o Ministro do Exterior da Rússia, do Japão e os Secretários de Estado e de Defesa dos EUA.
- Omissão do governo brasileiro no tocante ao asilo de senador boliviano. O tratamento dado ao governo brasileiro pela Bolívia, no caso do asilo do Senador Roger Molina, talvez seja um dos exemplos mais simbólicos da fraqueza de nossa política externa imolada no altar das afinidades ideológicas. Depois de concedido o asilo, o governo brasileiro se arrependeu por pressão do presidente Evo Morales e aceitou o descumprimento das regras internacionais de asilo que obrigam o país a conceder salvo conduto para a saída do asilado. A forma pouco ortodoxa como ocorreu a saída do senador da Bolívia, apesar de ter resolvido o problema para os dois países, desencadeou uma crise com o Itamaraty que resultou na demissão do então Ministro e a subserviente comunicação telefônica ao presidente da Bolívia informando as razões da demissão do Chanceler.
- Silêncio do governo, escondido de trás da posição do Mercosul e da UNASUL favoráveis ao governo de Maduro, apesar do agravamento da crise política na Venezuela, com clara violação da cláusula democrática e dos direitos humanos.
- Outros exemplos mais recentes se multiplicaram: a omissão do Brasil no conflito entre a Rússia e a Ucrânia e em relação à guerra civil na Síria; o desprezo pelas violações dos direitos humanos na região e em outros países da África, para os quais abrimos as portas do BNDES com empréstimos generosos que, em alguns casos, são depois perdoados com custo para o Tesouro Nacional. Em nosso entorno geográfico, assistimos o prejuízo para o Brasil pelo imobilismo do Mercosul, que marginalizou nosso país da

negociação de acordos comerciais e do acesso às cadeias produtivas. A perda de iniciativa no processo de integração regional colocou o Brasil como caudatário de uma agenda que não é a nossa. A ausência de um pensamento estratégico na integração física na América do Sul impediu a abertura de corredores de exportação de produtos nacionais pelos portos do Pacífico para a China, nosso principal parceiro comercial. E viu-se o abandono das empresas exportadoras brasileiras pela ausência de uma defesa mais firme de nossos interesses nos mercados da Argentina e da Venezuela em nome de afinidades ideológicas.

Tratar temas internacionais complexos com a mesma ligeireza e populismo com que são conduzidas as questões internas é receita fácil para criar problemas. A influência partidária, acima dos interesses nacionais, explica equívocos inexplicáveis, antiamericanismos ingênuos e minguidos resultados.

Cabe também mencionar o alijamento do Itamaraty, por decisão direta da presidente da republicada, por motivações ideológicas, no episódio da suspensão do Paraguai e na forma como foi decidido o ingresso da Venezuela no Mercosul sem o cumprimento dos compromissos assumidos.

Esses exemplos, como não poderia deixar de acontecer, tornam inevitável a perda de credibilidade da chancelaria, tem repercussão sobre a atuação do país no exterior e pode afetar a pretensão de assento no Conselho de Segurança da ONU, que soa hoje como um sonho cada vez mais distante.

Percepção externa

Os seguidos casos de corrupção, em especial o escândalo da Petrobras, do qual o governo Dilma Rousseff procura dissociar-se, tem afetado a credibilidade e a imagem do Brasil no exterior. Os desmandos na maior empresa brasileira estão sendo investigados na Europa e nos EUA com graves prejuízos econômicos e financeiros e com possíveis efeitos criminais no final das investigações levadas a efeito pela Security Exchange Committee de NY e pelo Departamento de Justiça de Washington.

Nos próximos anos, a importância da área externa vai voltar e não se pode mais ignorar o que acontece com a atitude presidencial em

relação ao Itamaraty e o impacto disso na postura do Brasil na cena internacional. Infelizmente, estamos verificando no segundo mandato de Dilma a continuação dessa situação de desprestígio e de baixos resultados de sua diplomacia, até por que a prioridade absoluta do governo hoje é o restabelecimento do equilíbrio da economia interna.

- ausência do Brasil na negociação e na participação do Acordo de Serviços da OMC, apesar de hoje na composição do PIB brasileiro, o setor de serviços representar 56%.
- ausência do Brasil nas discussões sobre o impacto das negociações de acordos regionais e bilaterais de última geração negociados fora da OMC. A presidência da república manifestou-se publicamente minimizando o acordo EUA-UE e afirmando que esse tipo de acordo não interessa ao Brasil por levarem a uma especialização entre os países.
- ausência de uma posição firme do Brasil no tocante a convocação de reunião presidência do Conselho do Mercosul. Pela primeira vez em 20 anos, o conselho deixou de se reunir no semestre passado e até hoje não se tem data para o encontro que iria discutir entre outros temas, as negociações comerciais entre o Mercosul e a União Europeia.
- ausência de liderança do Brasil no processo de integração sul-americana e de revitalização do Mercosul.

Nos últimos anos, uma série de equívocos arranharam a credibilidade do Brasil e puseram em evidência, de forma negativa, a diplomacia como a expressão da projeção externa do país no mundo.

Os exemplos se multiplicaram: a omissão do Brasil no conflito entre a Rússia e a Ucrânia e em relação a Guerra civil na Síria; o desprezo pelas violações dos direitos humanos na região e em outros países, para os quais abrimos as portas do BNDES com empréstimos generosos que, em alguns casos, são depois perdoados com custo para o Tesouro Nacional; atuamos com baixo perfil, ao invés de apresentarmos uma liderança clara nas discussões sobre sustentabilidade e mudança de clima. Em nosso entorno geográfico, assistimos o prejuízo para o Brasil pelo imobilismo do Mercosul, que marginalizou nosso país da negociação de acordos comerciais e do acesso às cadeias produtivas. A

perda de iniciativa no processo de integração regional colocou o Brasil como caudatário de uma agenda que não é a nossa. A ausência de um pensamento estratégico na integração física na América do Sul impediu a abertura de corredores de exportação de produtos nacionais pelos portos do Pacífico para a China, nosso principal parceiro comercial. E viu-se o abandono das empresas exportadoras brasileiras pela ausência de uma defesa mais firme de nossos interesses nos mercados da Argentina e da Venezuela em nome de afinidades ideológicas.

Tratar temas internacionais complexos com a mesma ligeireza e populismo com que são conduzidos as questões internas é receita fácil para criar problemas. A influência partidária, acima dos interesses nacionais, explica equívocos inexplicáveis, antiamericanismos ingênuos e minguados resultados.

O Itamaraty, marginalizado, perdeu o papel central de principal formulador e executor da política externa. Há 77 novos postos na maioria, no Caribe e na África, um crescimento de 50%. A rede no exterior, hoje com 227 postos, está superdimensionada e na sua totalidade subutilizada; toda a rede de postos deve estar operando a mais ou menos 60% de sua capacidade de funcionamento. A drástica redução de recursos financeiros, que em 2014 representam 0,16% do orçamento geral da União, impede uma administração eficiente, com grave dano à ampliada representação externa do país; o aumento dos quadros diplomáticos criou problema de fluxo de promoções, gerando insatisfação. Diplomatas em todos os níveis estão desestimulados e exasperados pela falta de perspectiva para suas carreiras e para seu trabalho no Brasil e no exterior. Os mais jovens protestaram em carta ao Ministro do Exterior contra anomalias no Itamaraty. Agora, noticia-se, sem desmentido oficial, que o governo estuda modificar a legislação para permitir a nomeação de pessoas de fora da carreira, sem qualificação, para cargos em comissão do Ministério das Relações Exteriores, seguindo o exemplo da Venezuela. Para completar o processo de esvaziamento da Chancelaria, por decreto presidencial, considerado inconstitucional, vai ser criado conselho, em representação da sociedade civil, com poderes para interferir na formulação e na execução da política externa.

Nunca antes na história deste país, o Itamaraty foi tão desprestigiado. Um dos símbolos do Estado brasileiro, a Casa de Rio Branco vive uma das crises mais graves de sua história e deixa de servir, em muitos

casos, os interesses permanentes do país. As virtudes profissionais que marcaram a tradição do Itamaraty foram abandonadas pela política externa, sem rumo e partidarizada. A candidatura brasileira ao Conselho de Segurança da ONU soa hoje como um sonho cada vez mais distante.

É difícil entender a lógica do sucateamento do Itamaraty e o desprezo do atual governo pela política externa, pois isso enfraquece o Brasil. Pela política externa é que a voz do Brasil é ouvida e por meio dela qualquer governo se manifesta na defesa dos nossos interesses concretos, tanto na área política, quanto na comercial. Nos próximos quatro anos, a importância da área externa vai aumentar e não se pode mais ignorar o que acontece com a atitude da presidente em relação ao Itamaraty e o impacto disso na postura do Brasil na cena internacional.

Será que o que desejamos para o Brasil no próximo governo é a continuação dessa situação de desprestígio e de baixos resultados de sua diplomacia? Vamos continuar a apoiar um califado bolivariano?



CAPÍTULO XVII

A CENTURY OF CHALLENGES FOR INTERNATIONAL LAW

*Kriangsak Kittichaisaree*¹

I. Introduction

In the past century, international law, be it customary or conventional, has gone through the process of transformation and adaptation to rise up to challenges facing the international community at a particular point in time.

The advents leading to WWI and WWII and their aftermaths brought about the birth of the League of Nations and the United Nations, respectively. The World Trade Organization has come into existence, since 1 January 1995, to regulate international trade.

International law that used to focus exclusively on regulation of relations between sovereign States now also governs relations between international organizations as well as between international organizations and States. It has also shifted its State-centric approach to encompass regulation of State conduct *vis-à-vis* individuals under the international law of human rights. Besides, international criminal law, applied largely by *ad hoc* international criminal tribunals and the International Criminal Court, is based on the precept of individual criminal responsibility for ‘international crimes’; namely, genocide, war crimes, crimes against humanity, and, where applicable, the crime of aggression or crime against peace.

International law has also developed, mainly through multilateral conventions, to confront the rising threats to the environment. The law of the sea over the past several decades have recognized maritime zones of the territorial sea with its breadth beyond the 3-n.m. cannon shot range, the contiguous zone, the continental shelf, and the exclusive economic zone. Resources of or beneath the seabed and ocean floor and subsoil thereof beyond the area of national jurisdiction are the common heritage of mankind to be disposed of for the benefit of

1. Member of the International Law Commission of the United Nations

mankind as a whole. The international community is now engaged in finding the best ways and means to realize the common heritage of mankind in respect of the conservation and sustainable use of marine biodiversity beyond areas of national jurisdiction.

The 11 September 2001 attack by al-Qaeda terrorists against targets in the USA and the current attacks by various terrorist groups across the globe are not new phenomena. Terrorists have been around for centuries, although their forms, *modus operandi*, and strategies may have changed somewhat. Yet international law, mainly through anti-terrorism conventions, has been able to ensure international cooperation to suppress acts of terrorism and bring their perpetrators to justice despite the unsuccessful on-going efforts to conclude a Comprehensive Convention against International Terrorism. The more recent rise of the so-called 'Islamic State of Iraq and the Levant' (ISIL) has become a daunting challenge for the international community. Yet, nations have found ways and means based on international law to counter this non-State actor and no State has complained that it is beyond international law.

Even with the advent of the internet, international law can be adapted to regulate the cyberspace. The Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, set up under the First Committee (Disarmament and International Security Committee) of the UN General Assembly, has reached a common understanding that there is no legal vacuum in international law as existing relevant rules of international law, particularly the UN Charter, is applicable to the cyberspace and activities therein, including rules on State sovereignty and international norms and principles flowing from sovereignty, such as State jurisdiction over information and communications technology (ICT) infrastructure within State territory; and State responsibility for internationally wrongful acts attributable to the State.² Likewise, there is general consensus that international humanitarian law (IHL) does apply to the cyberspace, including the IHL principles of necessity, proportionality, and distinction.³

2. Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, UNGA Doc. A/68/98 dated 24 June 2013, Part III.

3. This is the consistent position of the International Committee of the Red Cross (ICRC). See, e.g., 'Cyberwarfare and international humanitarian law: the ICRC's

Narrative accounts and legal analyses of international law on the aforementioned developments have been well-documented elsewhere and will not be repeated here.

What this article will set out to do is to look at the failure of international law to face a most important challenge of succeeding generations in the past century, leaving legal gaps to be filled and humankind on the verge of mass annihilation.

The World Court, at first the Permanent Court of International Justice (PCIJ) and subsequently the International Court of Justice (ICJ), has come to a complete deadlock, with the votes of the judges equally divided and the decision adopted by the casting vote of its President, only on two occasions – in 1927 and in 1996.

II. *The Lotus Presumption*

In 1927, the PCIJ rendered its judgment in the *Lotus Case (France v. Turkey)*.⁴ This case concerned a collision on the high seas between a French vessel and a Turkish vessel, resulting in the death of 8 Turkish nationals. The main question for the PCIJ was whether under international law Turkey could exercise criminal jurisdiction over the French officer in charge of the French vessel at the time of the collision.

The PCJ held, by the President (Max Huber)'s casting vote – the votes being equally divided (6:6).⁵

position' (<https://www.icrc.org/eng/assets/files/2013/130621-cyberwarfare-q-and-a-eng.pdf>); ICRC statement at the general debate on all disarmament and international security agenda items, UNGA, 69th Sess., First Committee, 14 Oct. 2014. See also the *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* – prepared by the International Group of Experts at the invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

4. 1927 PCIJ Rep. Series A/ No. 10; also available at <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>.

5. Judge Moore, one of the dissenting judges, concurred with the PCIJ that there was 'no rule of international law by virtue of which the penal cognizance of a collision at sea, resulting in loss of life, belong[ed] exclusively to the country of the ship by or by means of which the wrong was done', thus making for the judgment on that question, as submitted by the *compromis*, in Judge Moore's own words, 'a definitely ascertained majority of seven to five'. His dissent was based solely on the connection of the pending case with Article 6 of the Turkish Penal Code which he considered to be in conflict with prevailing principles of international law.

“(1) that, following the collision which occurred on August 2nd, 1926, on the high seas between the French steamship *Lotus* and the Turkish steamship *Boz-Kourt*, and upon the arrival of the French ship at Stamboul, and in consequence of the loss of the *Boz-Kourt* having involved the death of eight Turkish nationals, Turkey, by instituting criminal proceedings in pursuance of Turkish law against Lieutenant Demons, officer of the watch on board the *Lotus* at the time of the collision, has not acted in conflict with the principles of international law, contrary to Article 15 of the Convention of Lausanne of July 24th, 1923, respecting conditions of residence and business and jurisdiction;

(2) that, consequently, there is no occasion to give judgment on the question of the pecuniary reparation which might have been due to Lieutenant Demons if Turkey, by prosecuting him as above stated, had acted in a manner contrary to the principles of international law.”

The PCIJ proceeded on the basis that it was asked to consider ‘whether Turkey [had] acted contrary to the principles of international law and, if so, what principles’. According to the special agreement (*compromis*) by the parties to bring the case before the PCIJ, therefore, ‘it [was] not a question of stating principles which would permit Turkey to take criminal proceedings, but of formulating the principles, if any, which might have been violated by such proceedings’.⁶ Simply put, was there any legal principle or rule which *prohibited* Turkey from exercising criminal jurisdiction over the French national allegedly responsible for the death of eight Turkish nationals as a result of the collision on the high seas between the French vessel and the Turkish vessel?

The PCIJ replied:

“This way of stating the question is also dictated by the very nature and existing conditions of international law.

International law governs relations between independent States. *The rules of law binding upon States therefore emanate from*

6. *Lotus* Judgment, p. 18.

their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.

Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – *failing the existence of a permissive rule to the contrary* – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a *permissive rule derived from international custom or from a convention*”.⁷

Conversely, a State may exercise its jurisdiction within its territory even if there is no specific rule of international law permitting it to do so, and such exercise is only limited by the *prohibitive rules of international law*. The PCIJ said:

“It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. [I]nternational law as it stands at present ... leaves them in this respect a wide measure of discretion, which is only limited by *prohibitive rules*; ...”⁸

In the case at bar, the PCIJ found no rule of international law which prohibited Turkey ‘to take into consideration the fact that the offence produced its effects on the Turkish vessel and consequently in a place assimilated to Turkish territory in which the application of Turkish criminal law [could not] be challenged, even in regard to offences committed there by foreigners’.⁹ The PCIJ cited the practice of national courts of many States, including France, which ‘interpret[ed] criminal

7. *Ibid.*, pp. 18-19. Emphasis added.

8. *Ibid.*, p. 19. Emphasis added.

9. *Ibid.*, p. 23.

law in the sense that offences, the authors of which at the moment of commission [were] in the territory of another State, [were] nevertheless to be regarded as having been committed in the national territory, if one of the constituent elements of the offence, and more especially its effects, [had] taken place there'.¹⁰ Turkey thus had criminal jurisdiction over the French national in this case.

The *Lotus Case* has paved the way for bases of exercise of jurisdiction other than the territorial jurisdiction, or 'territoriality'. What is more pertinent to this paper, however, is the *Lotus* approach to international law which, if interpreted literally, unduly recognized the free will of sovereign States within their respective territories, restricted only by 'prohibitive rules' recognized among themselves. In cases of acts outside their territories, their action was subject to 'permissive rules derived from international custom or from a convention'. This approach raised concerns among some of the dissenting judges in that case.

Judge Loder, first President of the PCIJ, dissented in the *Lotus Case* because he disagreed with the PCIJ's accepting Turkey's contention that, under international law, everything which was not prohibited by treaty or by established custom was permitted. In his opinion,

"It seems to me that the contention is at variance with the spirit of international law. This law is for the most part unwritten and lacks sanctions; it rests on a general consensus of opinion; on the acceptance by civilized States, members of the great community of nations, of rules, customs and existing conditions which they are bound to respect in their mutual relations, although neither committed to writing nor confirmed by conventions. This body of rules is called international law.

These rules may be gradually modified, altered or extended, in accordance with the views of a considerable majority of these States, as this consensus of opinion develops, but it seems to me incorrect to say that the municipal law of a minority of States suffices to abrogate or change them.

...."¹¹

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*, p. 34.

Judge Nyholm, dissenting, disagreed with the reasoning of the judgment that, failing ‘a rule of positive law’ or ‘a special rule’, the relations between States in the matter under consideration are governed by an absolute freedom.¹²

It has been argued that this Judgment has given rise to the ‘**Lotus presumption**’ that restrictions upon the freedom of action by States cannot be presumed – it must be proven that there exists a rule prohibiting States from taking a course of action.¹³

III. Lotus and the 1996 ICJ Advisory Opinion

In the Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, the ICJ was asked by the UN General Assembly to answer the question: ‘Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?’ The question was wittingly or unwittingly phrased in such a way that the ICJ was entrusted with finding the existence of any ‘permissive rule’ for the threat or use of nuclear weapons.

The ICJ alluded to the following positions of States:

“The use of the word ‘permitted’ in the question put by the General Assembly was criticized before the Court by certain States on the ground that this implied that the threat or the use of nuclear weapons would only be permissible if authorization could be found in a treaty provision or in customary international law. Such a starting point, those States submitted, was incompatible with the very basis

12. *Ibid.*, pp. 60-61. Judge Nyholm concluded, however, that ‘positive international law’ did not support Turkey’s case as there was no exception to the territorial principle in the case at bar (*ibid.*, pp. 62-63). Lord Finlay, another dissenting judge in that case, saw the question put in the *compromis* as concerning ‘whether the principles of international law authoriz[ed] what Turkey did in this matter’, and concluded that they did not so authorize (*ibid.*, p. 52). The other dissenting judges dwelt on the primacy of territorial jurisdiction over other possible bases of jurisdiction.

13. Dapo Akande, ‘Nuclear weapons, unclear law?: Deciphering the *Nuclear Weapons* Advisory Opinion of the International Court’, 68 *British Y. B. Int’l L.* 165 (1997), 213-215; see also Ole Spiermann, ‘Lotus and the double structure of international legal argument’ in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), chap. 9, esp. at pp. 131-148.

of international law, which rests upon the principles of sovereignty and consent; accordingly, and contrary to what was implied by use of the word 'permitted', States are free to threaten or use nuclear weapons unless it can be shown that they are bound not to do so by reference to a prohibition in either treaty law or customary international law. Support for this contention was found in dicta of the Permanent Court of International Justice in the '*Lotus*' case that 'restrictions upon the independence of States cannot . . . be presumed' and that international law leaves to States 'a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules' (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, pp. 18 and 19). Reliance was also placed on the dictum of the present Court in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* that:

'in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby the level of armaments of a sovereign State can be limited' (*I.C.J. Reports 1986*, p. 135, para. 269).

For other States, the invocation of these dicta in the '*Lotus*' case was inapposite; their status in contemporary international law and applicability in the very different circumstances of the present case were challenged. It was also contended that the above-mentioned dictum of the present Court was directed to the *possession* of armaments and was irrelevant to the threat or use of nuclear weapons.

Finally, it was suggested that, were the Court to answer the question put by the Assembly, the word 'permitted' should be replaced by 'prohibited'.¹⁴

That paragraph was the only place where the ICJ ever alluded to the *Lotus Case* in that Advisory Opinion.

14. Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, p. 226 at para. 21. France, Russia, the UK, and the USA all asked the ICJ to accept the '*Lotus* presumption' that States were free to threaten or use nuclear weapons unless it could be shown that they were bound not to do so by reference to a prohibition in either treaty law or customary international law. On the other hand, the Philippines, Samoa, Marshall Islands, and Solomon Islands were opposed to the '*Lotus* presumption'. See the references cited in fn. 7 and fn. 33 of Ole Spiermann, *supra* note 12.

The ICJ has fifteen judges, but Judge Andrés Aguilar-Mawdsley from Venezuela died in October 1995 at the age of seventy-one,¹⁵ leaving the remaining fourteen judges to deliberate and render the ICJ's Advisory Opinion in July 1996.

Operative paragraph 2 of the Advisory Opinion reads in its pertinent part:

“**B.** By eleven votes to three,
There is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such
IN FAVOUR: President Bedjaoui; Vice-President Schwebel; Judges Oda, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;

AGAINST: Judges Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma;

....

D. Unanimously,
A threat or use of nuclear weapons *should* also be compatible with the requirements of the international law applicable in armed conflict, particularly those of the principles and rules of IHL, as well as with *specific obligations under treaties and other undertakings which expressly deal with nuclear weapons*;

E. By seven votes to seven, by President's casting vote,
... [t]he threat or use of nuclear weapons would *generally* be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular international humanitarian law;
However, in view of the current state of international law, and of the elements of facts at its disposal, the Court *cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake*;

15. His successor, Judge Gonzalo Parra-Aranguren, also from Venezuela, took office on 28 Feb. 2016 and had not taken part in the hearings before the ICJ, held from 30 Sept. to 15 Oct. 1995.

IN FAVOUR: President Bedjaoui; Judges Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo;

AGAINST: Vice-President Schwebel; Judges Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma, Higgins;

F. Unanimously: There exists an *obligation to pursue in good faith and brings to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects* under strict and effective international control.” (Emphasis added.)

Operative paragraph 2 B and, even more controversially, operative paragraph 2 E, decided by the President’s casting vote, are the focus of the analysis in this paper.

If we use the *Lotus* terminologies, the ICJ ruled in these two operative paragraphs that there was no ‘prohibitive rule’ against the threat or use of nuclear weapons as such, and that it could not be concluded definitively whether there was a ‘prohibitive rule’ proscribing the unlawfulness of the threat or use of nuclear weapons in the extreme circumstance just mentioned. This is the first and only ICJ decision to date where the ICJ has pronounced a *non liquet*.¹⁶

Four ICJ judges in that case alluded to *Lotus* in their respective declaration, and separate or dissenting opinions.

ICJ President Bedjaoui said that *Lotus* was of limited relevance in this Advisory Opinion in light of the judicial and temporal context of *Lotus* which led to the decision by the PCIJ expressing ‘*the spirit of the times*, the spirit of an international society which as yet had few institutions and was governed by an international law of strict co-existence, itself a reflection of the vigour of the principle of State sovereignty’, markedly different from the contemporary international society in 1996. In his view, an international law of co-operation has gradually substituted the traditional international law of co-existence. In other words, the PCIJ’s ‘resolutely positivist, voluntarist approach of international law ... has been replaced by an objective conception of international law, a

16. See also Daniel Bodansky, ‘*No liquet* and the incompleteness of international law’ in chap. 10 of Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *supra* note 12.

law more readily seeking to reflect a collective juridical conscience and respond to the social necessities of States organized as a community'. Furthermore, the nature of the problem posed, the implications of the ICJ's pronouncement, and the underlying philosophy of the submissions in the case at bar were drastically different from *Lotus*, where the PCIJ faced a much less important question. Whereas the PCIJ gave the green light of authorization, having found in international law no reason for giving the red light of prohibition, the ICJ did not feel able to give a signal either way. Thus, continued President Bedjaoui, the ICJ in 1996 was 'far more circumspect than its predecessor in the "*Lotus*" case in asserting today that what [was] not expressly prohibited by international law [was] not therefore authorized'.¹⁷

As President Bedjaoui saw it, the PCIJ was entrusted with ascertaining whether or not there existed a rule of international law limiting the freedom of States to extend the criminal jurisdiction of their courts to a situation uniting the circumstances of that case and the PCIJ concluded that there was no principle of international law which precluded the institution of the criminal proceedings under consideration.¹⁸ President Bedjaoui then proceeded to explain the operative paragraph 2 B that the ICJ found there was a gap in international law on the matter and it was for a judicial body like the ICJ to legislate to fill the gap. With regard to the second sentence of operative paragraph 2 E, the ICJ had 'reached a point in its reasoning beyond which it [could not] proceed without running the risk of adopting a conclusion which would go beyond what [seemed] to it to be legitimate'. He explained his vote, which was decisive in the ICJ's adoption of operative paragraph 2 E, as follows:

"21. I have no doubt that most of the principles and rules of humanitarian law and, in any event, the two principles, one of which prohibits the use of weapons with indiscriminate effects and the other the use of arms causing unnecessary suffering, form part of *jus cogens*. The Court raised this question in the present Opinion; but it nevertheless stated that it did not have to make a finding on

17. Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, p. 226 at pp. 270-271 (Declaration of Judge Bedjaoui).

18. *Ibid.*, p. 271.

the point since the question of the nature of the humanitarian law applicable to nuclear weapons did not fall within the framework of the request addressed to it by the General Assembly of the United Nations. Nonetheless, the Court expressly stated the view that these fundamental rules constitute ‘intransgressible principles of international customary law’.

22. A State’s right to survival is also a fundamental law, similar in many respects to a ‘natural’ law. However, self-defence – if exercised in extreme circumstances in which the very survival of a State is in question – cannot produce a situation in which a State would exonerate itself from compliance with the ‘intransgressible’ norms of international humanitarian law. In certain circumstances, therefore, a relentless opposition can arise, a head-on collision of fundamental principles, neither one of which can be reduced to the other. The fact remains that the use of nuclear weapons by a State in circumstances in which its survival is at stake risks in its turn endangering the survival of all mankind, precisely because of the inextricable link between terror and escalation in the use of such weapons. It would thus be quite foolhardy unhesitatingly to set the survival of a State above all other considerations, in particular above the survival of mankind itself.”¹⁹

Judge Guillaume linked the *Lotus* approach with that of the ICJ in *Nicaragua v. USA* to the effect that all the treaties concerning certain types of weapons are formulated in terms of prohibition, and that ‘the customary nature of such a principle’ was recognized by the ICJ in paragraph 52 of the 1996 Advisory Opinion which read: ‘the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorization but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition’. Judge Guillaume considered operative paragraph 2 E of the Advisory Opinion to implicitly but necessarily recognize the legality of the policies of deterrence.²⁰

19. *Ibid.*, pp. 272-273. Emphasis original, footnote omitted.

20. Separate Opinion of Judge Guillaume, *ibid.*, pp. 291-292.

Judge Shahabuddeen was troubled by the ICJ's reliance on *Lotus* to the effect that there was a possibility that the use of nuclear weapons could be lawful in certain circumstances, and that it was up to States to decide whether that possibility existed in particular circumstances.²¹ For him,

“... [i]f, as it is said, international law has nothing to say on the subject of the legality of the use of nuclear weapons, this necessarily means that international law does not include a rule prohibiting such use. On the received view of the ‘*Lotus*’ decision, absent such a prohibitory rule, States have a right to use nuclear weapons.

On the other hand, if that view of ‘*Lotus*’ is incorrect or inadequate in the light of subsequent changes in the international legal structure, then the position is that States have no right to use such weapons unless international law authorizes such use. If international law has nothing to say on the subject of the use of nuclear weapons, this necessarily means that international law does not include a rule authorizing such use. Absent such authorization, States do not have a right to use nuclear weapons.

It follows that, so far as this case at any rate is concerned, the principle on which the Court acts, be it one of prohibition or one of authorization, leaves no room unoccupied by law and consequently no space available to be filled by the *non liquet* doctrine or by arguments traceable to it. The fact that these are advisory proceedings and not contentious ones makes no difference; the law to be applied is the same in both cases.

...

The General Assembly's question presents the Court, as a World Court, with a dilemma: to hold that States have a right to use nuclear weapons is to affirm that they have a right to embark on a course of conduct which could result in the extinction of

21. Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, *ibid.*, p. 376.

civilization, and indeed in the dissolution of all forms of life on the planet, both flora and fauna. On the other hand, to deny the existence of that right may seem to contradict the '*Lotus*' principle, relied on by some States, to the effect that States have a sovereign right to do whatever is not prohibited under international law, in this respect it being said that there is no principle of international law which prohibits the use of such weapons. The dilemma was the subject of close debate.²²

The dilemma for the learned judge here was that an affirmative answer by the ICJ to the General Assembly's question would mean that, while the ICJ could discover no law allowing a State to put the planet to death, there was undoubtedly a law which permitted the State to accomplish the same result through an exercise of its sovereign powers.²³ Judge Shahabuddeen offered four possible solutions, all on the basis of the *Lotus* presumption.

The first possible solution would be that an act which could lead to the extinction of mankind would necessarily involve the destruction of neutral States; hence, the act could not be justified under the rubric of self-defence. The second possible solution contended that, due effect being given to the UN Charter and the ICJ Statute of the Court thereto annexed, a State did not have a right to do an act which would defeat their fundamental assumption that civilization and mankind would continue, since this would be 'prohibited by the Charter'. Under the third possible solution, even in the absence of a prohibition, that residual right of States to do anything not prohibited by a rule of international law did not extend to the doing of things which, by reason of their essential nature, could not form the subject of a right, such as actions which could destroy mankind and civilization and thus bring to an end the basis on which States existed and in turn the basis on which rights and obligations existed within the international community. The fourth possible solution would distinguish *Lotus* from the case at bar, as *Lotus* did not relate to any act which could bring civilization to an end and annihilate mankind. Judge Shahabuddeen added that it did not

22. *Ibid.*, pp. 389-391. Footnote omitted.

23. *Ibid.*, p. 392, fn. 6.

preclude a holding that there was no right to do such an act unless the act was one which was authorized under international law – i.e., the ‘permissive rule’ mentioned in *Lotus*.²⁴

The fourth possible solution was said to be supported by three developments. Firstly, Article 2 (4) of the UN Charter imposed major restrictions on the right to recourse to force. Secondly, there was ‘a discernible movement from a select society of States to a universal international community’, entailing the inherent protection of the common welfare of the international community with a corresponding restriction of the sovereign power of individual States. Thirdly, the notions of sovereignty and independence which the PCIJ in *Lotus* had in mind ‘did not evolve in a context which visualized the possibility that a single State could possess the capability of wiping out the practical existence both of itself and of all other States’. Otherwise, the PCIJ would not have left the position it took without qualification.²⁵

Unlike Judge Guillaume, the *dicta* of the ICJ in *Nicaragua v. USA* quoted in paragraph 21 of the present Advisory Opinion²⁶ was distinguished by Judge Shahabuddeen on the grounds that the situation in *Nicaragua v. USA* did not relate to the use of nuclear weapons, and that the ICJ’s statement was directed to the right of a State to possess a level of armaments about the use of which no issue of legality had been raised.²⁷

Judge Weeramantry distinguished *Lotus* from the case at bar on the grounds that the former was decided by the ‘laws of peace’ in the context of a collision on the high seas, in time of peace – ‘a situation far removed from that to which the laws of war apply’²⁸ Besides, ‘*Lotus*’ was implicit that the sovereignty of other States should be respected, whereas a characteristic of nuclear weapons was that they violated the sovereignty of other States who had never consented to ‘the intrusion upon their fundamental sovereign rights, which is implicit in the use

24. *Ibid.*, pp. 392-394.

25. *Ibid.*, pp. 394-395.

26. *Supra* note 13.

27. Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, p. 226 at pp. 395-396. Judge Shahabuddeen also referred to the dissenting opinion of Lord Finlay in *Lotus* (see *supra* note 11).

28. Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, *ibid.*, p. 495.

of the nuclear weapon'.²⁹ In his view, the ICJ's jurisprudence attested to the existence of customary international law that imposed limits on State sovereignty.³⁰

Judge Koroma condemned the overall approach of the Advisory Opinion as 'judicial odyssey', an 'extreme form of positivism ... out of keeping with international jurisprudence' including that of the ICJ, in quest of a specific conventional or customary rule specifically authorizing or prohibiting the use of nuclear weapons, which only led to the discovery that no such specific rule existed. In his view, the absence of a specific convention prohibiting the use of nuclear weapons did not mean that the use of such weapons might be lawful, as customary international law embodied principles applicable to the use of such weapons. The ICJ, according to Judge Koroma, had applied legal principles and rules to resolve the conflict of opposing rights and interests where no specific provision of the law existed, and had relied on the corollaries of general principles – including the principles of international law, equity, and its own jurisprudence – to find a solution to the problem. In other words, the ICJ had not confined itself to searching for a specific treaty or rule of customary law specifically regulating or applying to a matter before it and, in the absence of such a specific rule or treaty, it had not declared that it could not definitively conclude or that it was unable to reach a decision or make a determination on that matter.³¹

Lotus cast a shadow in a subsequent Advisory Opinion by the ICJ. In *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, the ICJ was asked whether the unilateral declaration of Kosovo of 17 February 2008 was 'in accordance with' international law.³² The ICJ concluded, *inter alia*, that general international law contained no applicable prohibition of declarations of independence; hence, the said declaration of independence did not violate general international law.³³ While this Advisory Opinion did not refer to *Lotus*, Judge Simma, in his Declaration, expressed his dissatisfaction with 'the underlying rationale' of, and 'a wider conceptual problem'

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*, pp. 495-496.

31. *Ibid.*, pp. 575-576.

32. Advisory Opinion of 22 July 2010, ICJ Rep. 2010, p. 403.

33. *Ibid.*, paras. 78-84.

with, the ICJ's approach which reflected 'an old, tired view of international law, which takes the adage, famously expressed in the "Lotus" Judgment, according to which restrictions on the independence of States cannot be presumed because of the consensual nature of the international legal order ...' According to Judge Simma, like the PCIJ in *Lotus*, the ICJ in this Advisory Opinion concluded, 'in a manner redolent of nineteenth-century positivism, with its excessively deferential approach to State consent' that 'in relation to a specific act, it [was] not necessary to demonstrate a permissive rule so long as there [was] no prohibition'.³⁴

The debate on ramifications of *Lotus* could go on endlessly.³⁵ However, this paper will consider them in the context of nuclear disarmament after the 1996 ICJ Advisory Opinion.

IV. The Legal Gaps

It could be contended that the 1996 Advisory Opinion has identified, both tacitly and explicitly, at least two legal gaps in general international law in relation to nuclear weapons.

Firstly and tacitly, since sovereign States may do everything unless there is a rule prohibiting them from doing so, States in possession of nuclear weapons (NWSs) have no legal obligation to disarm their nuclear arsenals unless an international agreement exist among themselves for nuclear disarmament (i.e., prohibiting the threat or use of nuclear weapons).

Secondly and explicitly, as of 1996, it could not be concluded definitively whether the threat or use of nuclear weapons in an extreme circumstance of self-defence where the very survival of a State would be at stake could or could not override the general prohibition of the threat or use of nuclear weapons under the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular international humanitarian law (IHL).

34. Declaration of Judge Simma, *ibid.*, pp. 478-479. See also Anne Peters, 'Does Kosovo Lie in the *Lotus*-Land of Freedom?' 24 *Leiden Journal of International Law* 95 (2011), at 96.

35. See: Photini Pazartzis, 'Judicial Activism and Judicial Restraint: The PCIJ's *Lotus Case*', in Malgosia Fitzmaurice and Christian J. Tams (eds.), *Legacies of the Permanent Court of International Justice* (Martinus Nijhoff, 2013), pp. 321-336 and the references cited in the accompanying footnotes.

However, the said two legal gaps must also be seen in their proper context in light of the reasoning and opinions, including the ones already quoted above.

The following is a short recap.

While recognizing the unique characteristics of nuclear weapons, the ICJ concluded that State practice showed that the illegality of the use of certain weapons as such did not result from an absence of authorization but, on the contrary, was formulated in terms of prohibition in specific international legal instruments. No such instrument existed in relation to nuclear weapons. NWSs and States protected under their respective 'nuclear deterrence' umbrellas had reserved the right to use nuclear weapons in certain circumstances.

The ICJ just did not have sufficient facts and evidence to enable it to conclude with certainty that, by the date of its Advisory Opinion on 8 July 1996, the use of nuclear weapons by a State would have been illegal in any circumstance, especially in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake.

Yet, the ICJ held that the obligation under Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT)³⁶ went beyond a mere obligation of conduct; the obligation involved here was 'an obligation to achieve a precise result – nuclear disarmament in all its aspects – by adopting a particular course of conduct, namely, the pursuit of negotiations on the matter in good faith'.³⁷ This is the one aspect of that Advisory Opinion which should be widely praised.

The deadlock in relation to operative paragraph 2 E is quite misleading. It does not mean that seven ICJ judges considered the threat or use of nuclear weapons illegal, while the other seven considered them legal. The answer given by the ICJ in this paragraph 2 E to the question posed by the UN General Assembly was so ambiguous that it has been subject to different interpretations.³⁸

36. It stipulates:

"Each of the Parties to the Treaty undertakes to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control."

37. Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, para. 99.

38. See, e.g., Dapo Akande, *supra* note 12, at 165-217, esp. at 203-217.

All the fourteen judges present and voting appended declarations or separate opinions or dissenting opinions.

Only Judges Weeramantry (Sri Lanka), Judge Koroma (Sierra Leone), and Judge Shahabuddeen (Guyana), as seen from his statement quoted at length above, were unequivocal that the threat or use of nuclear weapons were illegal in any circumstance.

Several of the judges (including the ICJ President) voted in favour of 2 E on the ground that there was a legal *lacuna* on this matter. Judge Fleischhauer from Germany, for example, considered that international law at it stood provided no rule giving prevalence of international humanitarian law over the right of self-defence as far as the use of nuclear weapons was concerned.³⁹ Several of the judges (including Judge Higgins from Great Britain) voted against it on the ground that the ICJ could have given a definitive answer one way or another.

The ICJ President (an Algerian), while voting in favour of 2 E, criticized the paragraph for giving a higher priority to the survival of a State than to the survival of humanity itself. Judge Ranjevar from Madagascar, while voting for 2 E, added that the ICJ had not gone so far as to uphold the exception of extreme self-defence when the very survival of the State was at stake.

Judge Shi from China, also voting for 2 E, declared that ‘nuclear deterrence’ was within the realm of international politics, practised by a small proportion of the membership of the international community, had no legal value, and could not override the principle of sovereign equality.⁴⁰ Judge Ferrari Bravo from Italy, also voting for 2 E, declared that relevant UN General Assembly resolutions had been making it more difficult for NWSs to vindicate their policies within the framework of the nuclear deterrence policy.

Both Judge Guillaume from France and Vice-President Schwebel from the USA voted against 2 E, but they supported the ‘legality of policies of deterrence’, considered in light of the right to self-defence in an extreme case of national survival. They voted against 2 E because it had not explicitly recognized this – according to the French

39. Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, p. 226, Separate Opinion of Judge Fleischhauer, para. 5.

40. Like Judge Shi (*ibid.*, p. 278), Judge Koroma also alluded to the principle of sovereign equality (*ibid.*, p. 576).

judge, the ICJ had done so only implicitly. The US judge mentioned the example of the threat to use nuclear weapons during the Gulf War which might have deterred Iraq from using chemical and biological weapons against coalition force in that war. He added that nuclear deterrence was practised by the five Permanent Members of the UN Security Council, supported by a large and weighty number of other States, which together represented the bulk of the world's power and much of its population.

V. Illegalization of Nuclear Weapons?

(i) Lotus Redux or Lotus R.I.P.?

Any reliance on the *Lotus* approach to search for a prohibitive rule of international law was not well-grounded in logics or in the current circumstances of international relations, as shown in ICJ President Bedjaoui's Declaration appended to the 1996 Advisory Opinion, among others. In addition, if *Lotus* were to be literally followed, then there is another element not to be overlooked – in cases of acts outside the territory of a State, its action is subject to 'permissive rules derived from international custom or from a convention'. It must be recalled that the question posed to the ICJ in 1995 was phrased for the ICJ to find such 'permissive rules', if any. The General Assembly asked the ICJ: 'Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?' The ICJ did not proceed to find such rules, but sought for 'prohibitive rules' instead. Otherwise, the ICJ would have answered that there was not any 'permissive rule' permitting a State to threaten to use or use nuclear weapons against another State, outside the former State's own territory.⁴¹

(ii) Self-defence or necessity re: survival of a State

The ICJ Advisory Opinion of 1996 was also not substantiated by the logics behind self-defence in an extreme circumstance when the survival of a State is at stake.

41. Cf. also Judge Shahabuddeen's statement, *supra* note 21.

The ICJ did not elaborate on the notion of survival of States in its 1996 Advisory Opinion. Of the States which had submitted written statements to or orally pled before the ICJ, only the UK alluded to this notion, contending that the condition of proportionality in the exercise of self-defence could be met when nuclear weapons were used, if such use was crucial to the survival of the State being attacked.⁴² It could be akin to ‘self-preservation’ under natural law of olden days which has not found its place in modern international law.⁴³ The International Law Commission (ILC)’s Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001 list the six circumstances precluding wrongfulness under international law: consent of the injured State, self-defence, countermeasures, *force majeure*, distress, and necessity. The Draft Articles have been recognized by the ICJ and other international tribunals as authoritative statement of international law.⁴⁴ In the context of the legality or illegality of the threat or use of nuclear weapons, only the defences of self-defence and necessity could be relevant although, as will be seen, distress might also be a factor in self-defence and necessity.

Let’s us first look at the right to self-defence in the context of a State’s very survival.

The right to self-defence is recognized in criminal law of all legal systems of the world. The conditions of necessity and proportionality in the exercise of the right of self-defence in customary international law⁴⁵ derive from the nineteenth-century *Caroline* test that the

42. Cited in Marcelo G. Kohen, ‘The notion of “State survival” in international law’ in chap. 19, at p. 298 and accompanying fn. 19, of Boisson de Chazournes and Sands (eds.), *supra* note 12.

43. President Bedjaoui in his Declaration appended to the 1996 Advisory Opinion said: ‘A State’s right to survival is also a fundamental law, similar in many respects to a “natural” law’ (*supra* note 18). Cf. Kohen, *supra* note 41, at pp. 299-303, 313.

44. See, e.g., *Armed Activities on the Territory of the Congo (DR Congo v. Uganda)*, ICJ Rep. 2005, p. 168 at paras. 160, 293; *Request for advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Case No. 21, Advisory Opinion of the International Tribunal for the Law of the Sea dated 2 April 2015, para. 144.

45. See, e.g., the jurisprudence of the ICJ in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Rep. 1996, at p. 245, para. 41; *Armed Activities in the Territory of the Congo (DR Congo v. Uganda)*, ICJ Rep. 2005, p. 168 at p. 223, para. 147.

necessity of self-defence must be ‘instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation’.⁴⁶ This test was formulated in 1841-1842 by US Secretary of State Daniel Webster, who cited no legal precedent in support, although it could be assumed that it derived from his understanding of the right to self-defence under his domestic legal system. For example, the test to meet the requirement of self-defence that the peril must be ‘instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation’ was referred to several times in *US v. Holmes*⁴⁷ decided in 1842 by the Circuit Court, Eastern District, Pennsylvania, USA.

The International Law Commission considers the ‘*Caroline*’ incident of 1837, which gave rise to the aforesaid formulation of self-defence, as ‘really involved the plea of necessity at a time when the law concerning the use of force had a quite different basis than it has at present’.⁴⁸ Therefore, self-defence and necessity are sometimes interchangeably pled and considered as grounds to preclude wrongfulness.

It is interesting that Judge Higgins in the 1996 Advisory Opinion phrased the main issue as that of balancing the equation between necessity and humanity. She said:

“There remains unanswered the crucial question: *what* military necessity is so great that the sort of suffering that would be inflicted on military personnel by the use of nuclear weapons would ever be justified? That question, in turn, requires knowing the dimensions of the suffering of which we speak and the circumstances which occasion it. It has been suggested that suffering could be relatively limited in the tactical theatre of war. The Court rightly regards that evidence as uncertain. If the suffering is of the sort traditionally associated with the use of nuclear weapons –

46. ‘Letter to Henry Stephen Fox’ in K.E. Shewmaker (ed.), *The Papers of Daniel Webster: Diplomatic Papers, vol. 1: 1841-1843* (Armidale: University of New England Press, 1983), p. 62; John Bassett Moore, 2 *Digest of International Law* 409-413 (1906). See also Heather Harrison Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp. 102-104.

47. (1842) 26 US F. Cas. 360.

48. *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, p. 81, para. (5).

blast, radiation, shock, together with risk of escalation, risk of spread through space and time – then only the most extreme circumstances (defence against untold suffering or the obliteration of a State or peoples) could conceivably ‘balance’ the equation between necessity and humanity.”⁴⁹

In other words, in Judge Higgins’ opinion, the threat or use of nuclear weapons to defend against ‘untold suffering or the obliteration of a State or peoples’ would tip the balance in favour of international law on the use of force (*jus ad bellum*) at the expense of the requirement of military necessity under international humanitarian law (*jus in bello*).

In the case of extreme circumstances where one’s very survival is stake, pertinent examples would be that of throwing overboard some individuals to save others’ lives and that of ‘survival cannibalism’ after shipwrecks.

The American case of *US v. Holmes* decided in 1842 that seamen, due to their obligation to passengers, had no right, even in cases of extreme peril to their own lives, to sacrifice the lives of passengers for the sake of preserving their own. In instructing the jury, Circuit Justice Baldwin laid down the following test:

“... Where, indeed, a case does arise, embraced by this ‘law of necessity’, the penal laws pass over, such case in silence; for law is made to meet but the ordinary exigencies of life. But the case does not become ‘a case of necessity’, unless all ordinary means of self preservation have been exhausted. The peril must be instant, overwhelming, leaving no alternative but to lose our own life, or to take the life of another person. An illustration of this principle occurs in the ordinary case of self-defense against lawless violence, aiming at the destruction of life, or designing to inflict grievous injury to the person; and within this range may fall the taking of life under other circumstances where the act is indispensably requisite to self-existence. For example, suppose

49. Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, p. 226 at p. 587 (Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 18). The ‘equation’ was referred to several times in her Dissenting Opinion (i.e., at paras. 15, 18, and 20).

that two persons who owe no duty to one another that is not mutual, should, by accident, not attributable to either, be placed in a situation where both cannot survive. Neither is bound to save the other's life by sacrificing his own, nor would either commit a crime in saving his own life in a struggle for the only means of safety. Of this description of cases are those which have been cited to you by counsel, from writers on natural law,—cases which we rather leave to your imagination than attempt minutely to describe. And I again state that when this great 'law of necessity' does apply, and is not improperly exercised, the taking of life is divested of unlawfulness.

...

But, in addition, if the source of the danger have been obvious, and destruction ascertained to be certainly about to arrive, though at a future time, there should be consultation, and some mode of selection fixed; by which those in equal relations may have equal chance for their life. By what mode, then, should selection be made? The question is not without difficulty; nor do we know of any rule prescribed, either by statute or by common law, or even by speculative writers on the law of nature. In fact, no rule of general application can be prescribed for contingencies which are wholly unforeseen. There is, however, one condition of extremity for which all writers have prescribed the same rule. When the ship is in no danger of sinking, but all sustenance is exhausted, and a sacrifice of one person is necessary to appease the hunger of others, the selection is by lot. This mode is resorted to as the fairest mode, and, in some sort, as an appeal to God, for selection of the victim. ...

When the selection has been made by lots, the victim yields of course to his fate, or, if he resist, force may be employed to coerce submission. Whether or not 'a case of necessity' has arisen, or whether the law under which death has been inflicted has been so exercised as to hold the executioner harmless, cannot depend on his own opinion; for no man may pass upon his own conduct

when it concerns the rights, and especially, when it affects the lives, of others. We have already stated to you that, by the law of the land, homicide is sometimes justifiable; and the law defines the occasions in which it is so. ...⁵⁰

No lots were cast and no consultation held before 16 passengers (14 unmarried men and 2 women who chose to follow their brother into the sea) were thrown overboard to save the remaining 16 passengers and 9 crew members in the overcrowded sinking lifeboat. The defence based on the natural law right of self-preservation in situations of necessity was rejected by the court. The accused was charged with murder but the grand jury refused to indict him on that charge, reducing to manslaughter of which he was convicted.

*R v. Dudley and Stephens*⁵¹ is the leading English criminal case related to survival cannibalism following a shipwreck. It was held that necessity is NOT a defence to a charge of murder, either on the basis of legal precedent or the basis of ethics and morality. As Lord Justice Coleridge explained in that case:

“... Who is to be the judge of this sort of necessity? By what measure is the comparative value of lives to be measured? Is it to be strength, or intellect, or what? It is plain that the principle leaves to him who is to profit by it to determine the necessity which will justify him in deliberately taking another’s life to save his own. In this case the weakest, the youngest, the most unresisting, was chosen. Was it more necessary to kill him than one of the grown men? The answer must be ‘No’.”

The Court thus sentenced the accused *Dudley* and *Stephens* to death for wilful murder of a fellow shipwreck victim.

Applied to the context of self-defence by the use of nuclear weapons, the question to be answered is: ***Who is qualified to make the decision of who should live and who should die?*** Applying *US v. Holmes*, how should the lots be cast?

50. (1842) 26 US F. Cas. 360.

51. (1884) 14 QBD 273.

The ILC's Draft Articles on State Responsibility provide in Article 25 under the heading 'Necessity' as follows:

"1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or

(b) the State has contributed to the situation of necessity."

It is simply not possible for the threat or use of nuclear weapons to meet the condition not to seriously impair an essential interest of the international community as a whole under sub-paragraph (b) of paragraph 1 of Draft Article 25.⁵² The ILC did not intend the plea of necessity under Draft Article 25 to cover conduct which is in principle regulated by the rules relating to the use of force in international relations and to the question of 'military necessity'.⁵³ Nonetheless, it could be argued, *a contrario*, that even if the provision of Draft Article 25 had applied to *jus ad bellum* and to 'military necessity' in *jus in bello* there would have been no rule of international law precluding wrongfulness of the threat or use of nuclear weapons against another State based on the defence of necessity, either.

Besides, the generally accepted principle of self-defence is subject to the *proportionality* test. What if a State with less than 100,000 people decides to use a nuclear weapon against a State with millions of people for the sake of the former's survival? Is the proportionality test for self-defence to be overridden by the principle of sovereign

52. See also Marcelo G. Kohen, *supra* note 41.

53. Commentary to Draft Article 25 in *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, p. 84 at para. (21).

equality of States whereby a State cannot inflict injury or harm on another State, mentioned by Judge Shi and Judge Koroma in the 1996 ICJ Advisory Opinion?

In the ICJ Advisory Opinion of 1996, Judge Weeramantry, dissenting, dealt with proportionality in the context of self-defence at some length and found that use of nuclear weapons could never satisfy the test of proportionality.⁵⁴

(iii) State practice

Another significant aspect of the debate should be mentioned. Let's take a closer look at Vice-President Schwebel's analysis in the 1996 ICJ Advisory Opinion of State practice in support of the threat or use of nuclear weapons. Judge Schwebel contended:

“State practice demonstrates that nuclear weapons have been manufactured and deployed by States for some 50 years; that in that deployment inheres a threat of possible use; and that the international community, by treaty and through action of the United Nations Security Council, has, far from proscribing the threat or use of nuclear weapons in all circumstances, recognized in effect or in terms that in certain circumstances nuclear weapons may be used or their use threatened.

....

This nuclear practice is not a practice of a lone and secondary persistent objector. This is not a practice of a pariah Government crying out in the wilderness of otherwise adverse international opinion. This is the practice of five of the world's major Powers, of the permanent members of the Security Council, significantly supported for almost 50 years by their allies and other States sheltering under

54. Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, at pp. 513-516. See also Judith Gardam, 'Necessity and proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello*' in chap. 18 of Boisson de Chazournes and Sands (eds.), *supra* note 12, where she considers the most troubling aspect of that Advisory Opinion to be the ICJ's treated international humanitarian law as being inferior to the right of self-defence.

their nuclear umbrellas. That is to say, it is the practice of States – and a practice supported by a large and weighty number of other States – that together represent the bulk of the world’s military and economic and financial and technological power and a very large proportion of its population. This practice has been recognized, accommodated and in some measure accepted by the international community. That measure of acceptance is ambiguous but not meaningless. It is obvious that the alliance structures that have been predicated upon the deployment of nuclear weapons accept the legality of their use in certain circumstances. But what may be less obvious is the effect of the Non-Proliferation Treaty and the structure of negative and positive security assurances extended by the nuclear Powers and accepted by the Security Council in pursuance of that Treaty, as well as of reservations by nuclear Powers adhering to regional treaties that govern the possession, deployment and use of nuclear weapons.”⁵⁵

In 2014, this statement by Judge Schwebel was mentioned in the International Law Commission during the considerable debate on the role of ‘specially affected States’ when dealing with the topic ‘Identification of Customary International Law’. Several members of the Commission were of the view that the concept was irreconcilable with the sovereign equality of States, since all States are interested in the content and scope, in the formation and development, of general international law in all fields, and as such the practice of all States, either by action or inaction, is equally relevant. Attention was drawn to the limited jurisprudence of the ICJ on the subject, with some members of the Commission noting that the ICJ had not made the concept one of general application and had only found that the practice of specially affected States should be examined in the specific context of a particular case.⁵⁶ In reply, Sir Michael Wood, Special Rapporteur for the topic, explained that the reference to ‘specially affected States’ was not intended to suggest that the practice of certain

55. Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, at pp. 312-313.

56. See, e.g., the origin of the reference to, and the specific context of, ‘specially affected States’ in *North Sea Continental Shelf Cases*, ICJ Rep. 1969, paras. 73, 74.

powerful States should be regarded as essential for the formation of rules of customary international law, and that the States in question may vary from rule to rule, and the expression does not refer to any particular States.⁵⁷ In the end, reference to ‘specially affected States’ was deleted from the relevant draft conclusion by the International Law Commission on this topic.

State practice almost twenty years after 1996 is far from endorsing the threat or use of nuclear weapons as part of deterrence of wars of any type – conventional, nuclear, international, or non-international.

George P. Shultz (US Secretary of State from 1982 to 1989), William J. Perry (US Secretary of Defense from 1994 to 1997), Henry A. Kissinger (US Secretary of State from 1973 to 1977), and Sam Nunn (a former chairman of the US Senate Armed Services Committee), all well-known for their previous position as staunch proponents of nuclear deterrence during the Cold War era, have joined force since 2007 to disparage the rationale of nuclear deterrence as being obsolete and dangerous to humankind.⁵⁸ States in general also agree, and witnessed for their official positions expressed at various fora in these past decades.

Nuclear deterrence does not work if a NWS happens to believe in the highly controversial right to anticipatory self-defence. As Professor, and now ICJ Judge, Christopher Greenwood argues:

“... Where the threat is an attack by weapons of mass destruction, the risk imposed upon a State by waiting until that attack actually takes place compounded by the impossibility for that State to afford its population any effective protection once the attack has been launched, mean that such an attack can reasonably be treated as imminent in circumstances where an attack by conventional means would not be so regarded. ...”⁵⁹

57. *Report of the International Law Commission*, 66th Sess., UNGA Doc. A/69/10, paras. 168 and 182.

58. See, e.g., their op-ed article ‘Deterrence in the Age of Nuclear Proliferation: The doctrine of mutual assured destruction is obsolete in the post-Cold War era’, *The Wall Street Journal*, 7 March 2011, accessible at the following webpage: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748703300904576178760530169414>.

59. Christopher Greenwood, ‘International Law and the Pre-Emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq’, 4 *San Diego Int’l L. J.* 7 (2003), 16. While Greenwood’s article focuses on pre-emptive use of force, his analysis on the ‘imminence’ of

A pre-emptive nuclear attack by a NWS allegedly in the exercise of the right of anticipatory self-defence in the belief, rightly or wrongly, that a nuclear attack against it is imminent would make nonsense the mutually assured destruction (MAD) doctrine which forms the basis of deterrence. Such an attack would, most likely, be met with counterattacks, spiraling into a full-scale nuclear war.

US President Obama pledged in Prague in April 2009 that his presidency would see ‘America’s commitment to seek the peace and security of a world without nuclear weapons’ by, *inter alia*, downgrading the role ascribed to nuclear weapons in the United States’ national security doctrines. While the US rejected demands for a treaty immediately eliminating nuclear weapons, it did so because this option was ‘not the most practical’ – the US could not proceed alone while the other NWSs were not immediately eliminating their nuclear arsenals also.⁶⁰ In any event, the main obstacle for the international community

an attack by weapons of mass destructions, which naturally include nuclear weapons, is relevant to our analysis on self-defence and anticipatory self-defence.

This paper will not venture into the controversial Bush doctrine of pre-emptive use of force, defined by Sean Murphy as ‘the use of armed coercion by a State to prevent another State (or non-State actor) from pursuing a particular course of action which is not yet directly threatening, but which, if permitted to continue, could result at some future point in an act of armed coercion against the first State’ (S. Murphy, ‘The Doctrine of Preemptive Self-Defense’, 50 *Villanova L. Rev.* 699 (2005), 703–704). After an extensive analysis of State practice, Christine Gray concludes that there is little international support for the doctrine of pre-emptive self-defence (Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 213, 252, citing the positions of States during the debate on *In Larger Freedom*, UN Doc. GA/10377, 10388, and 10399 dated 6-8 Apr. 2005, and the position of the 118-member Non-Aligned Movement (NAM) in the 2006 Havana Declaration, UN Doc. S/2006/780, 29 Sept. 2006, paras. 20 and 22.5). The UK has declined to rely on the doctrine to justify its involvement in the Iraq war of 2002, and has maintained its opposition to the doctrine since (D. Akande, ‘UK Government Rejects Pre-emptive Self Defence With Respect to Iran’ (26 Oct. 2012), *EJIL: Talk!*, available at <<http://www.ejiltalk.org/uk-government-rejects-pre-emptive-self-defence-with-respect-to-iran/>>, citing the Attorney-General’s advice to the British Prime Minister on 30 Jul 2002).

60. UN Meetings Coverage and Press Releases, GA/DIS/3506 dated 20 Oct. 2014 (on the statement by the US representative to the First Committee of the UN General Assembly); ‘United States rejects calls for treaty to immediately eliminate nuclear weapons’, *AFP*, 10 Dec. 2014. Cf. also ‘The new nuclear age’, *The Economist*, 7 March 2015, pp. 9-10; ‘The unkicked addiction’, *ibid.*, pp. 18-21.

of nations to totally eliminate nuclear weapon is the [mis]perception from the 1996 ICJ Advisory Opinion that the threat or use of nuclear weapons is not prohibited for being illegal under international law, except in international humanitarian law which is, in turn, subject to the right of self-defence in the extreme circumstances mentioned by the ICJ in that Advisory Opinion.

On 26-27 March 2015, the Ministry of Foreign Affairs of Thailand and the WMD Project of the International Law and Policy Institute (ILPI) of Norway co-organized the 9th Regional Roundtable on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons and the Prospects for a Ban Treaty, with 34 participants 24 of whom were government officials with the rest from the civil society and academia. The Co-Chairs' Summary of the meeting states that '[t]he absence of an expressed prohibition on nuclear weapons remains the most significant legal gap' in international law regulating nuclear disarmament, and that 'a comprehensive prohibition on nuclear weapons, by way of a ban treaty, would most effectively close the legal gaps'. The meeting agrees that NSWs and non-NWSs have equally important roles to play in this matter. Importantly, focus could first be placed upon 'prohibition' before 'elimination' of nuclear weapons, including 'prohibition extending to military doctrines that incorporate nuclear weapons'. Finally, the meeting considers the possibility of submitting a request for another ICJ Advisory Opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons, 'taking into account the dynamics of the ICJ and changes in circumstances sine 1996'.

Indeed, the present author agrees with the above Summary that facts and circumstances have changed since 1996. More importantly, the 1996 Advisory Opinion is to be revisited in light of: (a) new fundamental changes of circumstances regarding the place of nuclear deterrence in the post-Cold War era, and, from an international legal perspective; and (b) the misapplication of the *Lotus* approach to identification of international law in a specific case. In any event, the question posed by the UN General Assembly to the ICJ in 1995 leading to the latter's Advisory Opinion a year later was framed in the 'permissive rule' of *Lotus*: 'Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstances permitted under international law?', and the ICJ replied largely by means of finding the existence of any 'prohibitive rule' à la *Lotus*. Subsequent

ICJ judgments and advisory opinions, except for the *Kosovo Advisory Opinion* of 2010 where the ICJ used the search of a ‘prohibitive rule’ to reply to the question posed, have not resorted to the *Lotus* approach. While *Lotus* was heavily relied on by Belgium in *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (DR Congo v. Belgium)* to support its contention that it could exercise universal jurisdiction over the Minister of Foreign Affairs of DR Congo since there was no rule of international law prohibition this, the ICJ in that case did not allude to *Lotus* in its Judgment. The ICJ in *Arrest Warrant* held that DR Congo merely requested the ICJ to rule on Belgium’s alleged violation of the immunities of the Minister for Foreign Affairs of the Congo then in office, and not on Belgium’s claim to exercise a universal jurisdiction.⁶¹ Of significance is the Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergethal which referred to *Lotus* and concluded:

“50. The application of this celebrated dictum would have clear attendant dangers in some fields of international law. (See, on this point, Judge Shahabuddeen’s dissenting opinion in the case concerning *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pp. 394-396.) Nevertheless, it represents a continuing potential in the context of jurisdiction over international crimes.

51. That being said, the dictum represents the high water mark of laissez-faire in international relations, and an era that has been significantly overtaken by other tendencies. ...”⁶²

It may be recalled that Judge Higgins was one of the judges in the 1996 ICJ Advisory Opinion. Her opinion in the *Arrest Warrant Case* decided by the ICJ in 2002 signifies that she did concur with Judge Shahabuddeen’s criticism of *Lotus* in his Dissenting Opinion attached to that 1996 Advisory Opinion.⁶³

61. ICJ Rep. 2002, p. 3 at paras. 45-46 and see Declaration of Judge Ranjeva, *ibid.*, p. 57 (para. 9).

62. *Ibid.*, p. 78.

63. The Joint Separate Opinion of the three judges in the 2002 case refers to Judge Shahabuddeen’s statement mentioned in notes 23 and 24 of this paper.

It is hereby submitted that a search for international law on a particular issue must look for as stipulated in Article 38 (1) of the ICJ Statute: (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States; (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; (c) the general principles of law recognized by civilized nations; and (d) judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. In a quest for customary international law outside treaty, the right approach is not to apply the *Lotus* approach, but to follow the standard practice of the ICJ, as evident from, for example, a recent authoritative pronouncement by the ICJ in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*. The ICJ enunciates that in order to determine, in accordance with Article 38 (1) (b) of its Statute, the existence of ‘international custom, as evidence of a general practice accepted as law’, ‘it must apply the criteria which it has repeatedly laid down for identifying a rule of customary international law. In particular, as the Court made clear in the *North Sea Continental Shelf* cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be a “settled practice” together with *opinio juris* (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports, 1969, p. 44, para. 77)* ...’⁶⁴

VI. Conclusions

Lotus and *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* have lasting effects on international law and, in the latter case, the international community. The former has been subject to differing interpretation regarding the ‘prohibitive rule’ and the ‘permissive rule’ aspects – most importantly in relation to the ‘prohibitive rule’ that sovereign States have discretion to do anything unless prohibited by a rule which they themselves have assented to be bound. Such interpretation has inadvertently led the ICJ to conclude in its Advisory Opinion of 1996 that, as of 1996, that there was neither customary

64. ICJ Rep. 2012, p. 99 at pp. 122-123, para. 55.

nor conventional international law 'any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such', and that the ICJ could not conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstances of self-defence, in which the very survival of a State would be at stage.

The overwhelming majority of ICJ judges who have alluded to *Lotus* recognize that the international society of today differs drastically from that in 1927 when *Lotus* was decided.

Indeed, there are now almost two hundred sovereign States whose practice must be duly and equally taken into account when assessing the existence of a rule of customary international law. Most of these States have been demanding total nuclear disarmament and they are convinced that international law requires the total elimination of nuclear weapons; hence, the requisite condition of *opinio juris* is satisfied. The rationale of deterrence has been seriously questioned and refuted even amongst its erstwhile proponents in the USA, the world's largest Super Power and the State with the largest nuclear arsenal on earth. Nonetheless, NWSs are caught in what is called 'a prisoners' dilemma' in game theory. In a prisoners' dilemma, two rational individuals choose not to cooperate even though it seems to be in their best interests to cooperate – disarm while your opponent continues to arm means you will be militarily inferior to your opponent and you might be annihilated; arm while your opponent disarms means your military superiority over your opponent; arm like your opponent means deterrence against armed attack by either side but at the high costs of arms production and upkeep by each side; and, finally, disarm like your opponent does would avoid war but the big question is how and when each side would disarm without fear of being subject to potential annihilation by the other side.⁶⁵ A major stumbling block towards nuclear disarmament is the belief among some States that international law does not prohibit the threat or use of nuclear weapons – a legacy of the 1996

65. Cf. also the Nash Equilibrium in game theory in which each player knows the equilibrium strategies of the other players and no player has anything to gain by changing his or her own strategy while every other player maintains his or her strategy.

ICJ Advisory Opinion, which must now be challenged in light of the fundamental changes of circumstances so that all NSWs would be obligated to disarm and end the said prisoners' dilemma once and for all.

In the third report by the International Law Commission's Special Rapporteur on the topic 'Identification of Customary International Law, Sir Michael Wood cogently summarizes the place of judicial decisions in customary international law. He rightly points out that there is no doctrine of *stare decisis* in international law. The weight of decisions of international courts and tribunals varies depending on the quality of the reasoning, the composition of the court or tribunal, and the size of the majority by which they were adopted. Besides, customary international law may have developed since the date of the particular decision.⁶⁶ Although judicial pronouncements, especially of the ICJ and of specialist tribunals, are often seen as authoritative, operative paragraph 2 E of the ICJ Advisory Opinion of 1996 is unsound, especially in light of the reasoning of each of the judges and the deadlock manner in which it was adopted.

The request for another advisory opinion by the ICJ would be in pursuant to Part IV – Advisory Opinion of the ICJ Statute, which reads:

“1. The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request.

2. Questions upon which the advisory opinion of the Court is asked shall be laid before the Court by means of a written request containing an exact statement of the question upon which an opinion is required, and accompanied by all documents likely to throw light upon the question. ”

Article 68 of the ICJ Statute stipulates that in the exercise of its advisory functions the ICJ shall further be guided by the provisions of its Statute which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable. In this context, Articles 60 and 61,

66. UN Doc. A/CN.4/682, para. 60.

under Chapter III – Procedure, of the ICJ Statute could be applicable *mutatis mutandis* to a new request for the advisory opinion.

“Article 60

The judgment is final and without appeal. In the event of dispute as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall construe it upon the request of any party.

Article 61

1. An application for revision of a judgment may be made only when it is based upon the discovery of some fact of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the judgment was given, unknown to the Court and also to the party claiming revision, always provided that such ignorance was not due to negligence.

2. The proceedings for revision shall be opened by a judgment of the Court expressly recording the existence of the new fact, recognizing that it has such a character as to lay the case open to revision, and declaring the application admissible on this ground.

3. The Court may require previous compliance with the terms of the judgment before it admits proceedings in revision.

4. The application for revision must be made at latest within six months of the discovery of the new fact.

5. No application for revision may be made after the lapse of ten years from the date of the judgment.”

It would be wise not to frame the request for the advisory opinion as a request for the interpretation or revision of the 1996 Advisory Opinion as this would encounter the impediment of ten-year lapse of time since 1996. The request should, instead, be so framed as to seek the ICJ’s advisory opinion on what was not asked by the UN General Assembly in 1995 and the ICJ did not answer in July 1996.

While the said Advisory Opinion, decided with the ICJ President’s casting vote on operative paragraph 2 E, answered the question posed by the UN General Assembly in 1995, it does not answer the following question which the UN General Assembly may now ask:

In light of the prevailing facts and circumstances, is the threat or use of nuclear weapons lawful under international law, especially international humanitarian law applicable to nuclear weapons?⁶⁷

The ICJ could do a great service to humankind by abandoning the *Lotus* approach and apply the correct approach to identification of international law, while heeding the advice in the various opinions of the ICJ judges in 1996.

As Judge Higgins put it in 1996,

“27. The meaning of the second sentence of paragraph 2E of the *dispositif*, and thus what the two sentences of paragraph 2 E of the *dispositif* mean when taken together, is unclear. ...

...

29. What the Court has done is reach a conclusion of ‘incompatibility in general’ with humanitarian law; and then effectively pronounce a *non liquet* on whether a use of nuclear weapons in self-defence when the survival of a State is at issue might still be lawful, even were the particular use to be contrary to humanitarian law. Through this formula of non-pronouncement the Court necessarily leaves open the possibility that a use of

67. This question would fill the gap in the UN General Assembly’s question addressed to the ICJ in 1995, which was identified by the then ICJ President Bedjaoui in the following term:

“21. I have no doubt that most of the principles and rules of humanitarian law and, in any event, the two principles, one of which prohibits the use of weapons with indiscriminate effects and the other the use of arms causing unnecessary suffering, form part of *jus cogens*. The Court raised this question in the present Opinion; but it nevertheless stated that it did not have to make a finding on the point since the question of the nature of the humanitarian law applicable to nuclear weapons did not fall within the framework of the request addressed to it by the General Assembly of the United Nations. Nonetheless, the Court expressly stated the view that these fundamental rules constitute ‘intransgressible principles of international customary law’.” (Declaration of President Bedjaoui, ICJ Rep. 1996 at p. 273, emphasis added).

nuclear weapons contrary to humanitarian law might nonetheless be lawful. This goes beyond anything that was claimed by the nuclear-weapon States appearing before the Court, who fully accepted that any lawful threat or use of nuclear weapons would have to comply with both the *jus ad bellum* and the *jus in bello* (see Advisory Opinion, para. 86).

30. I share the Court's view that it has not been persuasively explained in what circumstances it might be essential to use any such weaponry. Nor indeed may it be assumed that such types of weapons (perhaps to be used against submarines, or in deserts) can suffice to represent for a nuclear-weapon State all that is required for an effective policy of deterrence.

...

33. Perhaps the reference to 'the current state of international law' is a reference to perceived tensions between the widespread acceptance of the possession of nuclear weapons (and thus, it may be presumed, of the legality of their use in certain circumstances) as mentioned by the Court in paragraphs 67 and 96 on the one hand, and the requirements of humanitarian law on the other. If so, I believe this to be a false dichotomy. The pursuit of deterrence, the shielding under the nuclear umbrella, the silent acceptance of reservations and declarations by the nuclear powers to treaties prohibiting the use of nuclear weapons in certain regions, the seeking of possible security assurances – all this points to a significant international practice which is surely relevant not only to the law of self-defence but also to humanitarian law. If a substantial number of States in the international community believe that the use of nuclear weapons might *in extremis* be compatible with their duties under the Charter (whether as nuclear powers or as beneficiaries of 'the umbrella' or security assurances) they presumably *also* believe that they would not be violating their duties under humanitarian law.⁶⁸

68. Dissenting Opinion of Judge Higgins, ICJ Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, at pp. 589-591.

It is submitted that ‘a substantial number of States in the international community’ today believe that the use of nuclear weapons is, even *in extremis*, not compatible with their duties under the UN Charter, and that such use cannot be compatible with international humanitarian law. Thus, the ICJ must give a definitive legal answer: ‘No!’ to the new question posed by the UN General Assembly and save humanity from annihilation.

*Lotus – R.I.P.
Never Shalt Thou Be Any More!*



CAPÍTULO XVIII

RESPONSIBILITIES AND OBLIGATIONS OF STATES SPONSORING PERSONS AND ENTITIES WITH RESPECT TO ACTIVITIES IN THE AREA: FIRST ADVISORY OPINION OF THE SEABED DISPUTES CHAMBER OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

*Philippe Gautier*¹

I. Introduction

The present contribution comments on the main issues addressed by the Seabed Disputes Chamber (SBDC) of the International Tribunal for the Law of the Sea in its first advisory opinion of 1 February 2011 relating to the responsibilities of sponsoring States with respect to activities in the Area².

Before examining the answers given by the SBDC to the questions submitted to it, it is important to put the matter in its context. Two comments will be made in this respect:

- First, it should be pointed out that the competence of the SBDC to deliver advisory opinions is expressly provided for

1. Registrar, International Tribunal for the Law of the Sea; Professor, Catholic University of Louvain (Louvain-la-Neuve). The comments are expressed by the author in his personal capacity.

2. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, pp. 10 and ff. For comments on the advisory opinion, see e.g., D. Freestone, “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea advisory opinion on the responsibility of sponsoring states for deep-seabed mining operations”, *AJIL*, 2011, pp. 755–760; J. Harrison, “Significant International Environmental Cases”, *JEL*, 2011, pp. 517–532; M. Lodge, “Some reflections on the first request to the Seabed Disputes Chamber for an Advisory Opinion”, in M. Nordquist et al. (eds.), **The Law of the Sea Convention, US Accession and Globalization**, Nijhoff, 2012, pp. 165–172; Y. Tanaka, “Obligations and liability of sponsoring states concerning activities in the area: Reflections on the ITLOS Advisory Opinion of 1 February 2011”, *NILR*, 2013, pp. 205–230.

in article 191 of the Convention³. According to this provision, three conditions are required: 1) a request for an advisory opinion should be made by the Assembly or the Council of the Authority, 2) the request should concern a legal questions and 3) the legal question should arise within the scope of the activities of the Assembly or the Council. In its advisory opinion, the Chamber found that these requirements were met⁴.

- The second comment concerns the factual background of the case. The three questions submitted to the Chamber⁵ by the Council of the International Seabed Authority (ISA) on 14 May 2010 are drafted in a general way and do not explicit the reasons for asking the Chamber to deal with them. However, advisory opinions are usually not requested from judicial bodies to answer theoretical or academic issues. As it is the case in advisory proceedings before the International Court of Justice, a request for a legal question is generally made by an entity seeking assistance in the handling of a concrete legal issue. This was also the case with respect to the questions submitted to the SBDC. More precisely, these questions arose in connection with the interest expressed by Nauru and Tonga, two small island developing States, in mining activities in the Area. Each of these two States was planning to sponsor a commercial entity incorporated under

3. “The Seabed Disputes Chamber shall give advisory opinions at the request of the Assembly or the Council on legal questions arising within the scope of their activities. Such opinions shall be given as a matter of urgency.”

4. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, op. cit. note 1, paras 31-45; pp. 24-26.

5. “1. *What are the legal responsibilities and obligations of States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982?*

2. *What is the extent of liability of a State Party for any failure to comply with the provisions of the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement, by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2 (b), of the Convention?*

3. *What are the necessary and appropriate measures that a sponsoring State must take in order to fulfil its responsibility under the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement?*”

its laws. But, at the same time, these States wanted to know the extent of their liabilities, as a sponsoring State, under the Convention. Nauru took the view that, if these liabilities would exceed its financial capacities, this would have the effect of precluding it from taking part in the exploration and exploitation of seabed resources. In March 2010 Nauru proposed that a request be submitted to the SBDC regarding the extent of the liabilities of a sponsoring State. The Council of the ISA then considered this question and gave to the questions their final form.

It is equally useful to provide information on the scope of the issues brought before the Chamber. On this matter, the advisory opinion contains helpful precisions, which may be summarized as follows:

- The Chamber notes that, when addressing issues of responsibility of sponsoring States, the questions submitted to it refer to the terms “responsibility” and “liability”. The Chamber clarifies these expressions by explaining that questions 1 and 3 refer to “responsibility” in the meaning of primary obligations of sponsoring States⁶, while question 2 uses the term “liability”, which refers to secondary obligations, i.e. consequences of a breach of the sponsoring State’s obligations⁷.
- As regards the term “sponsorship”, the Chamber underlines that the requirement of a sponsorship by States Parties for activities conducted by a contractor in the Area is to ensure that obligations contained in the Convention “are complied with by entities that are subjects of domestic legal systems”.⁸ Therefore, under the Convention, an essential role has to be played by the national State of the contractor. But, at the same time, the nationality of the contractor is not the only criteria to be taken into account. Indeed, the Chamber makes it clear that, if a contractor which is

6. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, op. cit. note 1, paras 69 and 71, p. 31

7. *Ibid.*, para. 70, p. 31.

8. *Ibid.*, para. 75, p. 32.

the national of a State is under the effective control of the nationals of another State, “the sponsorship of that State is also necessary”.⁹ That may particularly be relevant in the case of a commercial entity operating under the laws of a State but which is a subsidiary controlled by a company incorporated in another State.

- The Chamber also examines the expression “activities in the Area” in light of the provisions contained in the Convention and the Regulations adopted by the International Seabed Authority (ISA)¹⁰. In this respect, it is interesting to note that the definition includes some related activities but excludes others. For the Chamber, “activities in the Area” not only covers “the recovery of minerals from the seabed and their lifting to the water surface”¹¹ but also activities directly connected therewith (“the evacuation of water from the minerals and the preliminary separation of materials of no commercial interest, including their disposal at sea”)¹². On the other hand, “processing” is excluded as well as transportation activities “to points on land from the part of the high seas superjacent to the part of the Area in which the contractor operates”, while “transportation within that part of the high seas, when directly connected with extraction and lifting” is included in the definition.¹³

9. *Ibid.*, para. 77, p. 33. See in this respect Annex III, article 4, paragraph 3, of the Convention: “3. Each applicant shall be sponsored by the State Party of which it is a national unless the applicant has more than one nationality, as in the case of a partnership or consortium of entities from several States, in which event all States Parties involved shall sponsor the application, or unless the applicant is effectively controlled by another State Party or its nationals, in which event both States Parties shall sponsor the application. The criteria and procedures for implementation of the sponsorship requirements shall be set forth in the rules, regulations and procedures of the Authority.”

10. Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (adopted 13 July 2000) and Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area (adopted 7 May 2010).

11. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, op. cit. note 1, para. 94, p. 37.

12. *Ibid.*, para. 75, p. 32.

13. *Ibid.*, para. 96, p. 37.

II. Answers given by the SBDC to the three questions submitted to it

Question 1. *What are the legal responsibilities and obligations of States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982?*

In its response to the first question, the Chamber does not adopt a revolutionary approach. The value-added of the opinion is not to develop new concepts but rather to bring clarity in a matter which is the subject of complex regulations.

In order to explain the obligations of sponsoring States, the Chamber makes a distinction between two different kinds of obligations: obligation of due diligence and direct obligations.

First, sponsoring States have a general obligation, which consists in the duty to ensure that contractors sponsored by them will comply “with the terms of the contract and the obligations set out in the Convention and related instruments”. This is an obligation of due diligence, which requires the States to take appropriate steps with a view to ensuring that another entity – the contractor – will fulfil its obligations. The expression “to ensure” could raise doubts as to the nature of the obligation concerned: obligation of conduct or obligation of result¹⁴. In the view of the Chamber, however, it is clearly an obligation of conduct: “The sponsoring State’s obligation ‘to ensure’ is not an obligation to achieve, in each and every case, the result that the sponsored contractor complies with the aforementioned obligations. Rather, it is an obligation to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost, to obtain this result¹⁵.” In other words, sponsoring States will not be automatically responsible in the event that the contractor breaches its obligations; a situation which would occur in the case of

14. See e.g., Ph. Gautier, “On the classification of obligations in international law”, in *Coexistence, Cooperation and Solidarity - Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Nijhoff, Vol. II, 2012, pp. 853-879.

15. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, op. cit. note 1, para. 110, p. 41.

an obligation of result. At the same time, the sponsoring State may be liable if it did not act in accordance with due diligence standards.

In this connection, it is important to underline that this due diligence obligation is not an empty shell and cannot be lightly discharged. It obliges the State not only to take action but also to take appropriate measures in light of the circumstances and the risks of the activities.

Furthermore, the due diligence obligation should not be looked at in isolation. It is reinforced by a second category of obligations, the so-called “direct obligations”, i.e. obligations which concern specific actions to be taken by sponsoring States. As an illustration of such obligations, the Chamber refers to the obligation to assist the Authority, set out in article 153, paragraph 4, of the Convention, the obligations to apply a “precautionary approach” and to apply “best environmental practices” (obligations contained in the Regulations adopted by the ISA), the obligation to provide recourse for compensation in case of damage¹⁶, as well as the obligation to conduct an environmental impact assessment.

In this respect, the opinion presents similarities with the approach adopted by the ICJ in its judgment in the *Pulp Mills* case¹⁷. There also, the Court considered that, in order to comply with an obligation of due diligence, a State has to take concrete action such as to perform an EIA¹⁸. Compared to the ICJ’s Judgment, the opinion nevertheless contains additional precisions.

First, the Chamber reinforces the legal status of the precautionary approach by declaring that the precautionary approach has been incorporated into a growing number of international treaties, which “initiated a trend towards making this approach part of customary international law”.¹⁹

16. *Ibid.*, para. 139, p. 49. See also article 235, paragraph 2, of the Convention: “States shall ensure that recourse is available in accordance with their legal systems for prompt and adequate compensation or other relief in respect of damage caused by pollution of the marine environment by natural or juridical persons under their jurisdiction”.

17. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14.

18. *Ibid.*, para. 204, p. 83 : “Moreover, due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works.”

19. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, op. cit. note 1, para. 135, p. 47.

Second, the Chamber states that the obligation to conduct an environmental impact assessment exists both under the Convention and under customary international law²⁰ – a position held by the ICJ in its Judgment of 20 April 2010.²¹ However, it may be recalled that in its judgment the ICJ mentioned that general international law does not “specify the scope and content of an environmental impact assessment”.²² In the context of the opinion, the Chamber goes further. It notes that recommendations and regulations adopted by the ISA add precision to the obligation and that these more precise provisions could receive general application vis-à-vis activities in the Area; i. e. “beyond the scope of application of specific provisions of the Regulations”.²³

An additional issue, which was commented on in the written statements made by States Parties and intergovernmental organizations in the course of the advisory proceedings, concerns the possible preferential treatment to be granted to developing States in matters of responsibility. In this respect, the Chamber adopts a crystal clear position: the Convention contains certainly provisions envisaging preferential treatment for developing States (for example the possibility for developing States to exploit areas reserved to the ISA). However, the provisions of the Convention relating to the responsibility or liability of sponsoring States “apply equally to all sponsoring States, whether developing or developed”.²⁴ The position of the Chamber may be easily explained. An uniform regime is needed “to prevent commercial enterprises based in developed States from setting up companies in developing States”²⁵, as “the spread of sponsoring States ‘of convenience’ would jeopardize uniform application of the highest standards of protection of the marine environment”.²⁶

Question 2. *What is the extent of liability of a State Party for any failure to comply with the provisions of the Convention, in particular*

20. *Ibid.*, para. 145, p. 50.

21. *Pulp Mills on the River Uruguay*, op. cit., para. 204, p. 83.

22. *Ibid.*, para. 205, p. 83.

23. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, op. cit. note 1, para. 150, p. 52.

24. *Ibid.*, Para. 158, pp. 53-54.

25. *Ibid.*, para. 159, p. 54.

26. *Id.*

Part XI, and the 1994 Agreement, by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2 (b), of the Convention?

Question 2 raises the specific question of the liability of the sponsoring State vis-à-vis a wrongful act committed by a contractor whom it sponsors. In particular, is the sponsoring State liable when the contractor does not comply with its obligations under the Convention?

This situation is addressed in paragraph 2 of article 139²⁷ of the Convention, which provides: “A State Party shall not however be liable for damage caused by any failure to comply with this Part by a person whom it has sponsored under article 153, paragraph 2(b), if the State Party has taken all necessary and appropriate measures to secure effective compliance under article 153, paragraph 4, and Annex III, article 4, paragraph 4”.

In the legal literature, this sentence has sometimes been interpreted as establishing a special regime of responsibility according to which the sponsoring State would not incur liability on the condition that it could provide sufficient evidence that it had taken “all necessary and appropriate measures to secure effective compliance” by its contractor²⁸. In practice, it could be difficult for a State to produce such evidence and the provision would then have the effect of creating a presumption in favour of the liability of the sponsoring State.

The Chamber, however, does not share the view that article 139, paragraph 2, of the Convention, provides for an automatic or quasi-automatic liability of the sponsoring State for the damage which would be the result of a failure of the sponsored contractor to meet its obligations. The Chamber takes the view that there is no strict liability or

27. “2. Without prejudice to the rules of international law and Annex III, article 22, damage caused by the failure of a State Party or international organization to carry out its responsibilities under this Part shall entail liability; States Parties or international organizations acting together shall bear joint and several liability. A State Party shall not however be liable for damage caused by any failure to comply with this Part by a person whom it has sponsored under article 153, paragraph 2(b), if the State Party has taken all necessary and appropriate measures to secure effective compliance under article 153, paragraph 4, and Annex III, article 4, paragraph 4.”

28. L. Condorelli and H. Dipla, « Solutions traditionnelles et nouvelles tendances en matière d’attribution à l’Etat d’un fait internationalement illicite dans la Convention de 1982 sur le droit de la mer », in **Le droit international à l’heure de sa codification**, Etudes en l’honneur de Roberto Ago, vol. III, Milan 1987, p. 92.

residual liability applicable to the sponsoring State in this matter. It adopts a classical approach under the law of international responsibility, which is reflected in the first sentence of paragraph 2 of article 139: “a State Party or international organization to carry out its responsibilities under this Part shall entail liability”. As expressed by the Chamber, “liability arises from the failure of the sponsoring State to carry out its own responsibilities”.²⁹

As regards the exemption of the sponsoring State from liability in the event that the sponsored contractor fails to comply with its obligations and such failure results in damage, the Chamber observes that, in order to benefit from this exemption, the sponsoring State should, pursuant to article 139, paragraph 2, have taken “all necessary and appropriate measures to secure effective compliance”.³⁰ In other words, this means that the sponsoring State should demonstrate that it had complied with its due diligence obligation in a satisfactory manner.

It should be underlined, however, that such exemption from liability does not apply to the situation where the sponsoring State would fail to carry out its direct obligations (e.g., the obligation to conduct and environmental impact assessment whenever this is required under the applicable regulations of the ISA or general international law). In this particular situation, the sponsoring State will be liable for the breach of its obligations and will have to repair the damage which would occur as result of such breach.

It may also be observed that article 139, paragraph 2, is not a static provision. It is expressly open to further development of international law as is indicated by the wording that this provision is “without prejudice” to the rules of international law regarding responsibility and liability. The Chamber noted, however, that no such development had taken place regarding liability of States for lawful acts. It nevertheless drew the attention of the Authority “to the option of establishing a trust fund to cover such damages not covered otherwise”.³¹

Question 3. What are the necessary and appropriate measures that a sponsoring State must take in order to fulfil its responsibility under

29. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, op. cit. note 1, para. 172, p. 57.

30. *Ibid.*, para. 186, pp. 60-61.

31. *Ibid.*, para. 209, p. 66.

the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement?

Question 3 raises a specific issue regarding the “necessary and appropriate measures” that the sponsoring State must take in order to fulfil its responsibility under the Convention. This is a practical question which is posed with a view to assisting the States Parties in the implementation of their obligations.

Under the Convention, the sponsoring State is required to adopt “laws and regulations and [take] administrative measures which are, within the framework of its legal system, reasonably appropriate for securing compliance by persons under its jurisdiction”.³² However, it is important for sponsoring States to have precise indication on the kind of measures which should be adopted in order to fulfil their obligations.

In response to the request, the Chamber elaborates on the measures expected from the sponsoring States. As examples of measures, the Chamber refers to the “establishment of enforcement mechanisms for active supervision of the activities of the sponsored contractor”³³. It also indicates that relevant measures to be taken by sponsoring States “may concern, *inter alia*, financial viability and technical capacity of sponsored contractors, conditions for issuing a certificate of sponsorship and penalties for non-compliance by such contractors”.³⁴ Sponsoring States should also take measures to ensure the enforcement of decisions of the Chamber,³⁵ an obligation under article 39³⁶ of the Statute of the Tribunal.

The Chamber also specifies that the laws and regulations or administrative measures adopted by the sponsoring State “should be in force at all times that a contract with the Authority is in force”.³⁷

32. See e.g., annex III, article 4, para. 4, of the Convention.

33. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, op. cit. note 1, para. 218, p.68.

34. *Ibid.*, para. 234, p. 72.

35. *Ibid.*, para. 235, p. 72.

36. “Article 39 Enforcement of decisions of the Chamber

The decisions of the Chamber shall be enforceable in the territories of the States Parties in the same manner as judgments or orders of the highest court of the State Party in whose territory the enforcement is sought.”

37. *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, op. cit. note 1, para. 219, p. 68.

Another important clarification contained in the opinion is the finding of the Chamber that “a sponsoring State could not be considered as complying with its obligations only by entering into a contractual arrangement, such as a sponsoring agreement, with the contractor”.³⁸ This means that the sponsoring State has to adopt legislation and cannot leave the regulation of this matter to provisions contained in a mere contract.

That said, there is no need to oblige sponsoring States to adopt similar regulations. In the view of the Chamber, discretion should be left to the sponsoring State” to determine the measures to be taken by it “within the framework of its legal system”.³⁹ However, this discretion is not absolute. Measures must be “reasonably appropriate” in light of the obligation of due diligence and should not be “inconsistent” with Part XI of the Convention. On the other hand, the sponsoring State may apply environmental laws and regulations which are more stringent than those in the rules adopted by the Authority.⁴⁰

Conclusion

The first advisory opinion of the Seabed disputes Chamber contains useful findings. It clarifies the notion of sponsoring State. It underlines the fact that a single regime is applicable under the Convention in the matter of responsibility and liability of sponsoring States. This is necessary to ensure compliance with the Convention and to avoid “sponsoring States of convenience”.

The opinion gives precision to the obligations to be complied with by sponsoring States: a general obligation of due diligence which is supplemented by direct obligations. Those obligations are mainly of a procedural nature but they require concrete actions, such as e.g., the obligation to conduct of Environmental impact assessment.

Furthermore, the opinion is helpful for the States concerned. It contains a catalogue of items which should be dealt with in national legislation regulating activities in the Area. In this respect, it may be seen that the opinion led to a more intense exchange of information

38. *Ibid.*, para. 223, p. 69.

39. *Ibid.*, para. 229, p. 70.

40. See annex III, article 21, para. 3, to the Convention.

within the ISA on national legislation relating to the sponsorship and conduct of activities in the Area⁴¹. The Secretariat of the ISA is now maintaining a database on national legislation with respect to activities in the Area.⁴² This point is particularly important and indicates that the opinion is not a dead letter but, to the contrary, seems to have contributed to the effective implementation of the legal regime applicable to mining activities in the Area.

41. See Information Note on Matters Before the Eighteenth Session of the International Seabed Authority, 9 to 27 July 2012, Kingston, Jamaica (available on the website of the International Seabed Authority): "During the seventeenth session, the Council discussed the implications of the Advisory Opinion issued by the Seabed Disputes Chamber on 1 February 2011. It requested the Secretary-General to prepare a report on the status of national legislation relating to the sponsorship of and conduct of activities in the Area for further consideration by the Council this year. In accordance with that request, the Secretary-General had requested all members of the Authority to provide information on the status of currently existing or proposed national legislation to give effect to the provisions of the Convention and 1994 Agreement regarding sponsorship of activities in the Area. A number of responses to this request have been received and a report will be provided to the Council in due course."

42. See "News" 2014 ("Seabed Council discusses reports on prospecting and contracts for exploration of minerals"), "News Archives" (2014) concerning the Twentieth Session of the International Seabed Authority, 14 to 25 July 2014, Kingston, Jamaica (available on the website of the International Seabed Authority): "The following member States had also, as of 4 July 2014, provided information on or texts of relevant national legislation: Belgium, China, the Cook Islands, the Czech Republic, Fiji, France, Germany, Guyana, Japan, Mexico, Nauru, the Netherlands, New Zealand, Oman, the Republic of Korea, Tonga, the United Kingdom of Great British and Northern Ireland, and Zambia. The United States had also provided relevant information and text to the Secretariat. A submission had also been received from the South Pacific Commission on behalf of the Pacific Islands region. The information regarding national legislation is available on the Authority's website."

CAPÍTULO XIX

LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE: UN PROCESSUS TRANS- FORMATEUR DANS UN MONDE EN MOUVEMENT

*Mireille Delmas-Marty*¹

Depuis 1945, le monde a profondément changé, pris dans un mouvement inéluctable de « collectivisation humaine » que l'on nomme « globalisation » car il se rattache directement à la forme sphérique de notre planète, qui empêche l'expansion indéfinie des êtres humains. Dès la fin du 18^{ème} siècle, c'est par cette forme sphérique de la terre que Kant expliquait le principe « d'hospitalité universelle » qui caractérisait son droit cosmopolitique. Pourtant la population de l'ensemble de la planète n'était alors que d'à peine un milliard d'êtres humains. Deux siècles plus tard, au milieu du 20^{ème} siècle, elle aura triplé, conduisant le grand savant jésuite Pierre Teilhard de Chardin à constater que la phase d'expansion est désormais terminée. De la phase d'expansion à celle de compression, sa description est étonnamment prémonitoire quand il montre comment le « serrage de la masse humaine » conduit inéluctablement à « la montée simultanée du social, de la machine et de la pensée »².

Il suffira ensuite de soixante ans pour parvenir en 2010 à une population mondiale de plus de 7 milliards. Face à cette explosion démographique sans précédent, nous voici condamnés à vivre ensemble et affronter le risque d'une sur-hominisation de l'espèce humaine aboutissant à une déshumanisation des êtres humains par la perte de leur singularité. En somme la victoire de l'espèce sur l'individu.

Il ne suffit pas de gagner la guerre pour construire la paix. Pendant des siècles, la paix imposée par les armes et sans procès fut la paix des vainqueurs, une paix sans justice. Puis sont apparus en 1945 les premiers tribunaux pénaux internationaux de Nuremberg et Kyoto. L'objectif était de « juger » les crimes commis pendant la guerre : si la plupart des accusés furent condamnés, certains furent acquittés. Mais

1. Membre de l'Institut de France, professeur honoraire au Collège de France.

2. *L'avenir de l'homme*, p. 298.

cette justice des vainqueurs s'inscrivait encore dans la logique souverainiste d'un ordre interétatique, porteur d'une paix éphémère.

Il ne suffit pas de juger les vaincus pour que la paix soit durable. Encore faut-il construire un ordre à vocation universelle, engageant tous les Etats à protéger cette valeur commune que nous nommons « humanité ». C'est ainsi que le crime « contre l'humanité » est apparu dans le statut de Nuremberg, au côté des crimes de guerre et du crime contre la paix. Mais il « se volatilisa » au cours du procès, au point de perdre toute autonomie par rapport aux crimes de guerre. Quant au crime contre la paix, ou crime d'agression, il ne fut jugé que du point de vue des vainqueurs. Le procureur général Robert Jackson avait pourtant insisté, à l'ouverture du procès, sur la nature universelle de la justice pénale internationale: « si la loi doit servir à quelque chose, elle doit condamner les agressions par quelle que nation que ce soit, y compris celles qui maintenant siègent ici pour juger ». Mais depuis lors, aucun des vainqueurs de 1945, ni aucune grande puissance, n'a été jugé(e) pour agression.

Avec les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (TPIY et TPIR), une nouvelle étape est franchie en 1993-94 et la justice, rendue au nom de l'humanité par des juges et des procureurs du monde entier, accompagne le processus de retour à la paix. Et le crime contre l'humanité devient autonome, ainsi que le génocide. Mais cette justice reste limitée dans le temps et l'espace, dans ces tribunaux *ad hoc* créés pour juger des faits commis à un moment et en un lieu déterminés et le refus du procureur d'enquêter sur les frappes de l'Otan au Kosovo fera douter de la parfaite impartialité d'une juridiction financée par les pays occidentaux.

La Cour pénale internationale (CPI), qui commença à fonctionner le 1^{er} juillet 2002, en application du traité signé à Rome en 1998, aurait dû marquer une étape décisive dans la réalisation du vieux rêve de paix, durable sinon perpétuelle. Pour la première fois, était créée une juridiction pénale internationale permanente, et non une juridiction *ad hoc*. Pour la première fois les États avaient voulu un système de justice qui pourrait arrêter ou prévenir la violence plutôt qu'intervenir *a posteriori*. A l'image de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), la CPI semblait exprimer de la part des Etats signataires « leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et

la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes » (Préambule DUDH).

Et pourtant, l'enthousiasme se transforme en désenchantement. Certes l'institution a pris place dans le paysage mondial. En témoigne, outre les nombreuses ratifications du traité (122 en 2013), le nombre croissant des communications qui sont adressées à la Cour, non seulement par les États parties, mais aussi par d'autres États (y compris la Russie) ou par des acteurs non étatiques, ouvrant ainsi la voie à des examens préliminaires situés dans le monde entier (Afrique mais aussi Géorgie et Afghanistan, Corée, ou encore Honduras et Colombie). En témoignent également les saisines par le Conseil de sécurité, à propos du Darfour en 2005, puis de la Libye en 2011.

Mais les Etats-Unis ont retiré leur signature et tenté de faire barrage aux ratifications et les critiques s'accroissent, même de la part des Etats adhérents, dont beaucoup, y compris la France, se sont éloignés, faisant valoir que la Cour n'avait jugé que deux affaires et que sa saisine semblait bloquée pour la Syrie. En outre les Etats africains accusent de néocolonialisme cette cour dont les premières poursuites et les premières condamnations sont concentrées sur l'Afrique ; tandis que l'Union africaine envisage de créer une section pénale au sein de la Cour africaine de justice. Plus récemment, le gouvernement palestinien ayant adhéré au statut de Rome le 2 janvier, le président de l'Autorité palestinienne a dans le même temps envoyé à la Cour un document autorisant le procureur à enquêter. Mais l'Etat d'Israël contesta, dès le 16 janvier 2015, l'ouverture d'un examen préliminaire par le procureur pour savoir s'il existe une «base raisonnable» pour ouvrir des enquêtes sur d'éventuels crimes commis dans «les territoires palestiniens occupés depuis le 13 juin 2014».

C'est ainsi que le rythme des ratifications se ralentit et que le budget reste bloqué, au point que le procureur a décidé d'abandonner l'enquête engagée au Soudan sur saisine du Conseil de sécurité des Nations unies, faute de moyens pour recueillir des preuves et faire exécuter le mandat d'arrêt lancé contre El Béchir.

Pour tenter de défendre la justice pénale internationale, il faut d'abord souligner que le désenchantement n'est pas surprenant. Face à un idéal aussi ambitieux - juger les crimes les plus graves, ceux qui « heurtent la conscience humaine » et « ne sauraient rester impunis »,

même quand il s'agit d'un chef d'Etat en exercice (Préambule et art. 27, Convention Rome) – le passage du rêve à la réalité se heurte nécessairement au monde tel qu'il est : profondément inégalitaire, fortement instable, et surtout violemment écartelé, déchiré, entre deux visions de l'humanité liées à la globalisation.

C'est pourquoi nous commencerons, dans une première partie, par évoquer le contexte de ce monde écartelé entre deux visions de l'humanité. Loin d'alimenter le doute et la résignation, l'instabilité qui en résulte nous conduira à montrer la nécessité de mettre en marche la dynamique lancée par la création de la CPI. C'est précisément à cette dynamique que nous consacrerons la seconde partie de ce papier. Nous appellerons à concevoir l'institution de la CPI non pas comme un dispositif substitué à la justice pénale nationale, mais comme un processus transformateur, à la fois subsidiaire et inachevé. Subsidiaire parce que la Cour, ne faisant que « compléter » la justice nationale (et la justice dite internationalisée), ne jugera pas tous les crimes relevant de son statut, car il est d'abord du devoir des Etats de les juger eux-mêmes. Inachevé, parce que le dispositif comporte de nombreuses lacunes qui devraient amener la communauté internationale à étendre la compétence de la Cour.

1. Un monde écartelé entre deux visions

C'est précisément pour conjurer un tel risque que la DUDH pose l'interdit universel des traitements « inhumains » et que la justice pénale internationale se construit, de Nuremberg à La Haye, autour d'un « droit pénal de l'inhumain ». Mais le changement n'est pas continu. Véritable bifurcation de l'histoire, les attentats du 11 septembre 2001 ont conduit les Etats-Unis à substituer la guerre contre le crime au jugement des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Face au terrorisme global, les Etats-Unis ont popularisé un « droit pénal de l'ennemi » qui va jusqu'à légitimer l'inhumain (des internements préventifs aux exécutions extra judiciaires, en passant par la torture) au nom de l'efficacité.

Ce dédoublement du droit pénal constitue un véritable danger pour la mondialisation car le nouveau paradigme du « droit pénal de l'ennemi » est une négation de l'universalisme des valeurs et un retour à l'Etat

souverain. Et pourtant, il s'inscrit dans une vision globale où le droit pénal de l'ennemi tend à devenir une guerre globale, à la fois mondiale et permanente : mondiale car l'ennemi n'est plus circonscrit à un Etat, comme dans les situations traditionnelles de guerre, mais se situe potentiellement partout (comme le démontrent notamment les massacres et autres actes de barbarie diffusés par Internet par l'organisation criminelle dite « Etat Islamique ») ; permanente car sans partenaire avec lequel conclure la paix.

C'est pourquoi il faut lutter contre le désenchantement et renforcer la crédibilité de la Cour car la marginalisation d'un droit pénal de l'inhumain à vocation universelle au profit d'un droit pénal de l'ennemi impliquant une guerre globale contre le terrorisme ne laisserait aucune chance à la paix³. D'autant qu'en arrière plan s'opposent ainsi deux visions anthropologiques de la mondialisation : à l'anthropologie humaniste confiante en une communauté de destin qui sous-tend la CPI, le droit pénal de l'ennemi substitue l'anthropologie guerrière des sociétés de la peur.

Le dédoublement du droit pénal : droit pénal de l'inhumain / droit pénal de l'ennemi

Dès son entrée en fonctions, peu après les attentats du 11 septembre 2001, la CPI a été confrontée à ce phénomène de dédoublement du droit pénal. Premier évènement d'emblée global et inscrit comme tel dans l'Histoire, les attentats de New York auraient pu être l'occasion d'accélérer la naissance de cette cour. Il aurait suffi d'une décision du Conseil de sécurité pour reconnaître qu'ils pouvaient être qualifiés de crimes contre l'humanité car ils constituaient une attaque, à la fois systématique et généralisée, qui avait été « lancée contre une population civile » dans le cadre d'une « organisation ayant pour but une telle attaque ». Le Conseil aurait pu en conséquence donner compétence immédiate à la CPI pour les juger.

Juridiquement solide, l'argument était politiquement irrecevable dans le contexte américain de méfiance à l'égard du droit international. Rien

3. Voir M. Delmas-Marty, *Direito penal do inhumano*, ed Forum, Belo Horizonte, 2014, Prefacio, Claudai perrone-Moisés e Kathia Martin-Chenut

d'étonnant donc si l'occasion fut manquée. Au plan international le Conseil de sécurité qualifia les attentats, non pas de crimes mais d'actes d'agression, comme s'ils avaient été le fait d'un Etat. Du coup il admettait l'état de légitime défense, légitimant ainsi aux Etats-Unis la proclamation de l'état de guerre et le transfert des pouvoirs au Président, en application du *Patriot Act*, puis l'invasion de l'Irak au nom de la légitime défense préemptive puis préventive. Une guerre qui s'étendra par la suite aux autres formes de terrorisme global car la « militarisation du terrorisme », selon les propres termes du ministre français de la défense, « exige une réponse militaire » (Jean Yves le Drian, in « Retro 2014 », *JDD* 28 déc 2014).

Il est vrai que les Etats dans leur guerre contre le terrorisme ont une marge de manœuvre plus large et des moyens apparemment plus efficaces que la justice internationale dans sa lutte contre l'inhumain. A défaut de police et d'armée mondiale, la CPI reste dépendante des Etats pour mener les enquêtes et faire exécuter les mandats d'arrêt. Mais l'efficacité ne garantit pas la légitimité, notamment face aux dérives sécuritaires dont on commence à mesurer l'ampleur avec les révélations du Sénat américain sur la torture.

De même avec les « exécutions ciblées » et leurs « dégâts collatéraux » considérablement accrus depuis l'apparition des drones tueurs. A la différence des premiers engins sans pilote utilisés comme simples observateurs lors de la guerre du Kosovo, les drones utilisés par l'armée américaine en riposte aux attentats du 11 septembre 2001 sont des « drones tueurs ». D'abord en Afghanistan (2004), puis bien au-delà des territoires en guerre (Pakistan, Yémen, Afrique de l'est), c'est une véritable peine de mort qui est ainsi prononcée par le Président des Etats-Unis, sans procès préalable, en se fondant sur le *Patriot Act* de novembre 2001. Elle frappe des suspects, militaires ou civils, sans parler des simples passants dont la seule faute est de s'être trouvé au mauvais moment au mauvais endroit. De façon moins dramatique mais aussi préoccupante pour les libertés individuelles, se mettront simultanément en place divers dispositifs de surveillance numérique portant directement atteinte à la vie privée (voir notamment le débat sur le fichier imposé aux compagnies de transport aérien (Passengers Names Record ou PNR) ; ou encore de blocages des sites Internet, directement contraires à la liberté d'expression. En France une dizaine de lois

ont été adoptées depuis 2001, notamment celle de novembre 2014 qui durcit le régime des sanctions en cas de discours incitant à la haine et permet à la police de prendre des mesures d'interdiction de sortir du territoire national sans contrôle de l'autorité judiciaire.

A terme c'est la disparition de la distinction entre guerre et paix, ennemi et criminel, armée et police, qui se trouve programmée. C'est ainsi que les normes se resserrent en un maillage de plus en plus dense qui annoncerait déjà au nom de la prévention de tous les risques, l'avènement d'une société de contrôle, alors même que l'on avait rêvé d'une communauté de destin.

Deux visions de la mondialisation : sociétés de la peur / communauté de destin

Tout se passe désormais comme si le « serrage de la masse humaine », loin de privilégier les forces d'attraction (de la sympathie à l'amour universel) avait exacerbé les forces de répulsion et d'exclusion (de la peur de l'autre à la guerre perpétuelle). Dans les sociétés de la peur où la sécurité est affichée comme « le premier des droits », le contrôle permanent est la seule réponse. Tocqueville avait prophétisé dès le 19^{ème} siècle l'avènement d'une société de contrôle, imaginant que le despotisme en démocratie « serait plus étendu et plus doux, et dégraderait les hommes sans les tourmenter ». Couvrant la société « d'un réseau de petites règles compliquées, minutieuses, uniformes », il tendrait à fixer les humains dans l'enfance et à réduire chaque nation « à n'être plus qu'un troupeau d'animaux timides et industriels, dont le gouvernement est le berger ».

Nous y voilà, mais avec cette différence que les troupeaux se transforment en armées de robots. De l'œil du pilote à l'œil du robot, l'acteur humain se trouve en effet concurrencé par la machine. L'autonomisation croissante des robots, associée à la robotisation en cours de l'humain et à son amélioration programmée (*human enhancement*) annonce l'entrée dans l'ère du post humain, où le pilotage automatique risque de s'étendre à la gouvernance du monde. Déjà les politologues montrent comment ce qu'ils nomment « bureaucratisation néolibérale » (Hibou, 2013) paralyse les actions humaines, notamment en raison de l'inflation normative et de la perte de sens qui caractérise-

raient ce processus et commencent à se propager à l'échelle du monde. Bientôt les robots auront leurs propres règles éthiques, puis juridiques.

Un siècle plus tard, Teilhard, assimilant la genèse de l'esprit à un phénomène cosmique – la « noosphère »- avait espéré que l'Evolution finirait par privilégier les forces d'attraction, qu'il disait plus puissantes et plus profondes que les forces de répulsion. Au vu des expériences totalitaires du 20^{ème} siècle, le philosophe sera toutefois « moins disposé à penser que *à soi seul* le serrage de la masse humaine suffise à la réchauffer », car l'anthropogenèse recèle « un élément irréductible d'indétermination et d'incertitude ». Même s'il conclut, en chrétien convaincu, par la certitude que l'Humanité ne peut manquer de trouver le bon chemin, il reconnaît que cette certitude dérive d'un acte de foi « surnaturel » qui laisse subsister « toutes les anxiétés de la condition humaine ». D'autant que la foi mal comprise, quand elle s'enferme dans un dogmatisme d'un autre âge, peut provoquer les crispations, voire les fureurs identitaires, que l'on observe d'un bout à l'autre de la planète.

De nouvelles formes de violence saisissent le monde du 21^{ème} siècle. Interne puis international le terrorisme devient mondial avec les attentats du 11 septembre 2001, des attentats du 11 à new York à ceux du 11 janvier 2005 à Paris. Pour la première fois depuis des décennies, la France est au cœur de la tourmente. A la même date deux mille personnes ont été assassinées à Baga, au Nigeria, par «Boko Haram», nouvel épisode d'un déchaînement de violences mondialisé qui n'épargne aucun pays, aucune culture, aucune religion.

La marche sans colère et sans haine du 11 janvier, événement à la fois national et international d'union dans la diversité a témoigné d'une volonté de vivre ensemble qui est aujourd'hui menacée partout. C'est précisément pour éviter à la fois les fureurs identitaires (la peur de l'autre, de l'étranger, de l'inconnu) et les dérives sécuritaires (la peur des dangers connus), qu'il faudrait soumettre tout usage de la force à l'interdit pénal de l'inhumain. Et c'est pourquoi la justice pénale internationale devrait contribuer à privilégier l'espérance à la peur, le désir de vivre à l'effroi de périr. En somme à substituer l'humanisation confiante à la déshumanisation apeurée.

Cette vision de la mondialisation comme processus d'humanisation suppose une justice mondiale garantissant le respect des droits de l'homme en punissant les violations les plus graves. A défaut de cour

mondiale des droits de l'homme, c'est à la CPI que revient ce rôle de défenseur des droits de l'homme au nom de la justice. Une justice mondiale, donc destinée non seulement à restaurer la paix dans les pays dévastés par les guerres mais à instaurer la paix à l'échelle d'une communauté mondiale croyant en son destin commun. Une aussi haute ambition ne peut être qu'un effort continu, un processus transformateur.

2. La CPI comme processus transformateur

A l'évidence le premier bilan est décevant et le progrès s'annonce nécessaire. Lorsqu'on analyse les deux cas définitivement jugés par la CPI, on voit mal comment de tels jugements pourraient garantir la paix. Certes dans l'affaire *Lubanga*, milicien de rang moyen condamné pour l'enrôlement d'enfants soldats en République démocratique du Congo (RDC), la condamnation prononcée par la CPI a constitué, selon la représentante spéciale du Secrétariat Général des Nations Unies pour les enfants dans les conflits armés, « un précédent crucial dans la lutte contre l'impunité et aura un effet dissuasif décisif contre les auteurs de tels crimes », conduisant notamment à libérer 3000 enfants au Népal. Mais que dire de Germain Katanga, jugé sans que la liste des victimes ait pu être établie, pour complicité de crimes qui ne semblent jamais avoir « menacé la paix, la sécurité et le bien-être du monde » et dont les auteurs principaux n'ont pas été recherchés ? Comment peut-on comprendre la condamnation pour crimes contre l'humanité de ce jeune homme de 22 ans au moment des faits, que l'on avait revêtu d'un costume de général la veille de son transfert à La Haye, comme si le gouvernement du Congo était soucieux de convaincre du sérieux de l'affaire, afin d'éviter la mise en cause de suspects plus puissants⁴ ?

De telles maladroites atteignent à l'évidence la crédibilité de la CPI, soulignant l'écart entre l'approche juridique de la Cour à vocation universelle et l'approche politique des Etats qui n'ont pas renoncé au modèle souverainiste et tentent d'empêcher (ou retarder) le procès des véritables responsables au plus haut niveau de l'Etat.

C'est pourquoi le procès de l'ancien président ivoirien Laurent Gbagbo, ainsi que de son proche collaborateur et coaccusé Charles Bié,

4. J. Branco, *De l'affaire Katanga au contrat social global*, thèse ENS, Paris, 2014

pourrait contribuer à consolider la Cour, s'il s'ouvre comme prévu à La Haye en juillet 2015 pour juger les crimes contre l'humanité commis dans le cadre des violences post électorales, entre décembre 2010 et avril 2011, période pendant laquelle environ 3000 personnes ont perdu la vie.

Mais il restera à savoir s'il est faisable et souhaitable en Côte d'Ivoire que l'épouse de l'ancien président, ainsi que 83 personnalités de son entourage, soient jugés sur place, au nom du principe de la subsidiarité de la CPI. Et en RDC, il restera à juger les innombrables crimes, notamment contre les femmes, révélés en 2010 par le rapport *Mapping* des Nations Unies, que la CPI ne pourra tous juger, non seulement en raison de leur date, beaucoup de ces crimes ayant été commis bien avant l'entrée en vigueur de la CPI, mais aussi en raison de leur nombre (6 millions de morts, 500 000 viols). D'où la proposition de créer une juridiction *ad hoc* pour les juger.

En somme il devient clair que la répartition entre les affaires qui relèvent de la Cour et celles qui relèvent soit des juridictions nationales, soit de juridictions *ad hoc*, internationales ou mixtes sera l'une de clés de la crédibilité de la Cour. C'est donc en approfondissant la notion de complémentarité que l'on parviendra à consolider la CPI comme une sorte de cour suprême qui assurerait la cohérence de l'ensemble des dispositifs de justice pénale internationale, le cas échéant par un recours en interprétation. Dans cette perspective, il faut sans doute comprendre que la complémentarité qui semble faire de la CPI une institution subsidiaire par rapport aux juridictions nationales, peut aussi fonctionner comme un processus transformateur encore inachevé.

Une institution subsidiaire

Subsidiaire, alors que les tribunaux *ad hoc* avaient primauté sur les juridictions nationales. En revanche, selon le statut de la CPI, il est d'abord du devoir des Etats de juger les crimes relevant du statut de Rome, la Cour ne fait en principe que compléter la justice nationale. Lors de son examen préliminaire, le procureur doit vérifier non seulement la qualification des faits mais encore le fait que l'Etat directement concerné n'a pas la volonté et la capacité de juger lui-même l'affaire. C'est la complémentarité passive. Mais quand il s'agit d'Etats aux frontières imposées par des puissances coloniales, ravagés par les

guerres et les massacres, il est clair que la vérification débouche sur le dessaisissement au profit de la CPI. Dans cette perspective, il faudrait faciliter la saisine de la cour, notamment par un encadrement du droit de veto du Conseil de sécurité qui permettrait de faire systématiquement appel à la CPI en cas de massacres de masse.

Mais il faudrait aussi favoriser la participation et l'harmonisation des systèmes nationaux, même si le statut de la CPI ne les impose pas directement. D'où l'apparition de la complémentarité dite active qui implique des programmes de formation et de soutien des juridictions nationales par les institutions internationales, à commencer par le bureau du procureur et par les juges.

Mais cela ne suffira pas. Comme on le voit pour la République démocratique du Congo (RDC) ou celle de la République de Centre Afrique, d'autres dispositifs, soit internationaux et permanents mais régionaux (cour pénale de l'Organisation de l'Union africaine), soit internationaux ou internationalisés mais créés *ad hoc* (appel à créer un tribunal spécial RDC) devront prendre le relais, sur les modèles déjà connus du Cambodge ou de la Sierra Leone.

Un processus inachevé

Inachevé parce que le statut de la CPI comporte de nombreuses lacunes qui devraient amener la communauté internationale à étendre la compétence de la Cour pour tenir compte des nouveaux défis : les défis liés à la globalisation économique appellent à étendre la responsabilité pénale des individus aux personnes morales (entreprises transnationales) et les défis liés à un terrorisme global et de plus en plus militarisé devrait conduire à renforcer la responsabilité des organisations criminelles afin de les poursuivre en considérant certaines formes de terrorisme, soit comme des crimes contre l'humanité voir *supra*), soit comme des crimes d'agression relevant de la justice pénale internationale, donc de la logique pénale plutôt que de la logique de guerre.

A terme il faudra sans doute considérer aussi la possibilité d'élargir les valeurs protégées par la justice pénale internationale : de l'humanité présente aux générations futures, voire à la sûreté de la planète. C'est pourquoi il serait opportun que le droit pénal se porte « au secours de

l'environnement», car l'échelle des dégradations a changé au cours des dernières décennies. Le péril n'est pas seulement multicolore (boues rouges, marées noires et algues vertes) et multiforme (pollutions, biopiraterie, trafics de déchets etc), désormais il s'élargit dans l'espace, comme en témoignent, notamment, le réchauffement du climat et l'épuisement des ressources naturelles, et dans le temps, car la menace s'étend aux générations futures.

On découvre les excès et les limites d'un humanisme de domination qui avait fait des êtres humains les conquérants puis les maîtres de leur environnement non humain et pourrait à l'avenir menacer la sûreté de la planète et la survie même de l'humanité. Le moment est donc venu de transformer la relation de domination en une relation d'interdépendance entre l'humain et le non humain. Un humanisme relationnel, donc, à condition de préciser qu'il s'agit d'une relation asymétrique, sans réciprocité. Il n'y a pas à proprement parler des « droits » du non humain, dans un sens comparable à celui des droits de l'homme. En revanche comme êtres doués de conscience et de raison, les humains ont des devoirs à l'égard de l'environnement et doivent être considérés comme responsables s'ils ne les assument pas. D'où la proposition d'une convention internationale pour définir, au-delà des crimes environnementaux relevant du droit national, un crime à vocation universelle, crime « contre la Terre »⁵ ou encore « écocide », relevant de la compétence de la CPI, et rattachés comme les crimes déjà prévus, à la défense de la sûreté de la planète⁶.

Alors que les communautés nationales, ou infra nationales, se sont forgées à partir d'un passé et d'un présent commun, c'est par référence à l'avenir que se structure la future communauté mondiale. Certes les humains ont toujours modifié leur environnement, parfois à grande échelle, mais ce que les chercheurs observent, depuis les années cinquante, c'est une influence sans précédent, en rythme comme en amplitude, donc une responsabilité nouvelle, à un niveau global, et partagée par toutes les nations, même si les proportions varient. Nous serions entrés dans l'ère de « l'anthropocène », marquée par

5. Proposition du Barreau de Lyon, *Justice pour la Terre*, 2002.

6. Voir *Des crimes contre l'environnement au crime d'écocide-Le droit pénal au secours de l'environnement*, à paraître Bruylant, 2015, dir. Isabelle Fouchard et Laurent Neyret, préface Mireille Delmas-Marty.

l'influence prépondérante des activités humaines sur la terre⁷. A l'heure de la « grande accélération », il reste peu de temps pour éviter le grand effondrement d'une planète en surchauffe, démographique et écologique. C'est pourquoi la protection pénale de la sûreté de la planète, qu'il s'agisse de crimes contre l'humanité ou contre l'environnement, ne devrait pas se limiter au repli derrière les murs illusoire de nos sociétés de la peur, mais s'ouvrir à l'espérance d'un destin commun.

En conclusion, on reviendra à Teilhard. Dans *Construire la terre* (1958), le grand jésuite, en quête de ce qu'il appelle *l'esprit de la terre*, opposait à l'instinct de survie bâti sur la peur la confiance dans un destin commun. Cinquante ans plus tard, on peut se demander si ce bien suprême n'est pas précisément celui dont la CPI a la garde : l'humanité comme valeur qui transcende les autres communautés, au point d'affirmer que « *la seule unité humaine vraiment naturelle et réelle est l'Esprit de la Terre* ».

7. Etude Will Stephen et alia, in *The anthropocene Review*, 19 janvier 2015



CAPÍTULO XX

DELIMITACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR

*Alonso Gómez-Robledo Verduzco*¹

Apuntes sobre delimitación en Derecho Internacional del Mar

Principio básico

El principio fundamental en materia de delimitación marítima es un principio consuetudinario, que sería retomado por la Corte Internacional de Justicia en su famosa sentencia del 18 de diciembre de 1951 referente al Caso de las Pesquerías entre Reino Unido y Noruega:

<<La delimitación de los espacios marítimos posee siempre un aspecto internacional; la delimitación no podría depender de la sola voluntad del Estado ribereño tal y como se llegare a expresar en su derecho interno. Si bien es verdad que el acto de delimitación es necesariamente un acto unilateral, ya que el Estado ribereño es el único competente para emprenderlo, sin embargo la validez de la delimitación frente a Estados terceros depende incuestionablemente del Derecho internacional²>>

Complejidad creciente

Los problemas concernientes a las delimitaciones de zonas marítimas, desde un punto de vista meramente técnico, se puede de-

1. Juez del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

2. *Affaire des Pêcheries*, Arrêt du 18 décembre 1951: CIJ *Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et ordonnances*, A. W. Sijthoff, p. 132. En su opinión Disidente, el Juez J. E. Read a propósito del trazado de líneas realizadas sobre los mapas y cartas geográficas, observó lo siguiente: "I must, however, point out that the so-called *arcs of circles method* is nothing more or less than a technical expression, used to describe the way in which the coast line-rule has been applied in the international practice of last century-and-a-half", *ibidem*, p. 192.

cir que eran realmente sencillos de resolver en la mayor parte de los casos.

La anchura de las aguas territoriales no eran más que de unas cuantas millas; las líneas de base que servían para su medición seguían generalmente la configuración de las costas. Pero en la actualidad las delimitaciones comprenden grandes distancias que no sólo tienen una frontera de tres o 12 millas náuticas, sino de grandes extensiones cubiertas por las zonas económicas exclusivas y por las plataformas continentales o insulares.

Todas y cada una de las negociaciones, ya sean bilaterales o multilaterales, presentan un conjunto único de problemas, entre los que se encuentran las múltiples diferencias en la configuración de la línea de la costa, la presencia de islas, rocas o elevaciones que emergen en el alta mar, la morfología del lecho marino, la distribución de recursos vivos y no vivos, etcétera.

Las reglas generales sobre delimitación, entre dos o más Estados, están todavía emergiendo a través de un proceso gradual de formación, debido principalmente a la obra de la jurisprudencia internacional. Aun cuando son cada día más numerosos los casos sometidos al arbitraje y a la judicatura internacional, sin embargo, como ha dicho Tuillo Scovazzi, no parece que se haya ya formado un corpus tan consistente como para consentir a la individualización de reglas generales suficientemente precisas y consolidadas en la práctica internacional.

Por otro lado, es indiscutible que el derecho de la delimitación de la plataforma continental ha sido considerado como el prototipo del derecho de toda delimitación marítima, aunque no resulte evidente a primera vista que la delimitación del mar territorial, la plataforma y la zona económica exclusiva deban obedecer a los mismos principios y reglas de derecho, ya que por su mismo objeto se aplican a jurisdicciones de naturaleza jurídica diversa.

Desde el año de 1969, la Corte ha considerado que la no aplicabilidad de las disposiciones convencionales de 1958 no equivalía a una ausencia de reglas jurídicas, y desde entonces tanto sentencias judiciales como fallos arbitrales no han dejado de insistir en la obligación impuesta al juez internacional para dirimir las controversias sobre la base del derecho, no confiriéndole así la facultad de decidir en forma alguna un litigio *ex aequo et bono*.

El denominador común aplicable a todo delimitación marítima, y sobre el cual no hay discusión en la jurisprudencia internacional- como se verá en el curso del trabajo- es que la delimitación debe ser realizada por la aplicación de criterios equitativos y por la utilización de métodos prácticos aptos a asegurar un resultado equitativo, habida cuenta de la configuración geográfica de la región y de otras circunstancias pertinentes al caso concreto.

Poco a poco, y a través de la sucesión de casos sometidos a la jurisprudencia internacional, se puede sostener que ya el juez no puede cumplir con su misión con sólo declarar sencillamente que un trazado de delimitación es el adecuado, porque él, simple y llanamente lo considera equitativo. Es necesario, además, que el juez internacional sea capaz de justificar la línea de delimitación a la luz de principios equitativos de contenido normativo.

Es por eso que uno de los graves problemas que presenta el derecho de la delimitación marítima es el de encontrar ese equilibrio necesario entre un cierto grado de generalidad que debe revestir toda norma jurídica, pero en conjunción estrecha con el criterio de equidad y teniendo muy en cuenta de no llevarlo hasta posiciones ilógicas de una individualización extrema de la regla misma de derecho, la que obviamente, si esto último fuera el caso, perdería toda connotación de regla normativa.

Si se analiza la jurisprudencia internacional en la materia, no es difícil describir cómo la infinita variedad de situaciones concretas han producido que desde un principio se encuentre una cierta flexibilidad en la regla jurídica, y éste es el papel que precisamente desempeña la función de la equidad- a la par de lo que sucede con las *circunstancias especiales*-, posibilitando así la individualización de la norma general, a fin de evitar resultados no equitativos.

La Convención de Ginebra y la III CONFEMAR

De conformidad con la Convención sobre la Plataforma Continental, adoptada en Ginebra el 29 de abril de 1958, y en vigor a partir del 10 de junio de 1964, la delimitación de una misma plataforma continental adyacente al territorio de dos o más Estados, y cuyas costas estén situadas una frente a otra, se deberá optar (a falta obviamente de cualquier otro acuerdo entre las partes) por la llamada *línea media*, cuyos puntos

sean todos equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base donde se mide la anchura del mar territorial, pero dicho método puede no llegar a aplicarse si existen *circunstancias especiales*, que justifiquen otra forma de delimitación.

De igual manera, cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos Estados limítrofes, su delimitación deberá efectuarse, a falta de otro acuerdo entre ellos, y salvo que *circunstancias especiales* justifiquen otra delimitación, por medio del llamado *principio de la equidistancia* de los puntos más próximos de las líneas de base.

En el seno de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, el grupo partidario del método de la equidistancia relegaba a un segundo plano el elemento de las *circunstancias especiales*, en tanto que el grupo partidario de los principios equitativos preconizaba una regla de delimitación fundamentada únicamente en esos principios, sin querer que se hiciera mención alguna de la equidistancia.

Aquellos Estados que se pronunciaban enfáticamente por el método de la equidistancia deseaban, de acuerdo con su propia concepción, asegurarse de que no solamente la delimitación estuviera basada en la relación geográfica entre el área marítima en cuestión y las áreas de las costas respectivas, sino que además la relación geográfica más significativa de tomarse en cuenta fuera la misma proximidad.

Por parte de los Estados que se pronunciaban enfáticamente en defensa de los llamados principios equitativos, y según también su propia concepción, deseaban que en el proceso de delimitación fueran sopesados todos los aspectos de la relación geográfica entre el área en cuestión y las costas de los Estados respectivos, incluyendo la proximidad, pero no limitándose a ella.³

Las dos posturas eran criticables, en tanto que en relación con la primera (equidistancia) no existe una verdadera jerarquía entre esos dos elementos, y en relación con la segunda (equidad), como ha sido empíricamente demostrado, el recurso al método de la equidistancia desemboca, en un número considerable de casos, en soluciones inequitativas.

3. Oxman, H. Bernard. "The Third United Conference on the Law of the Sea: The Eighth Session (1979)", en *American Journal of International Law*. vol. 74, 1980, pp. 29-32.

Uno de los elementos más significativos que sobresalen en buen número de acuerdos de delimitación que se han llevado a cabo es la tendencia a tomar como criterio de base la línea trazada según el método de equidistancia, y señalándose luego los ajustes necesarios que deberán hacerse para tomar en cuenta las circunstancias particulares, como puede ser la presencia de *islas*⁴.

Es por ello que, con toda razón, el profesor Lucius Caffisch sostiene que debido a que en el fondo existe una real convergencia y la jurisprudencia en materia de delimitación así lo demuestra, entre la regla *equidistancias-circunstancias especiales* y los *principios equitativos* (ambos apuntan a encontrar soluciones de equidad), el conflicto entre adversarios y partidarios de los principios equitativos estaban ampliamente desprovisto de todo alcance jurídico; en realidad, el significado verdadero se situaba más bien en el plano político o incluso casi psicológico.⁵

La disposición que finalmente fue adoptada por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aplicable a la delimitación de la plataforma continental (Artículo 83), y con igual redacción para la delimitación concerniente a la zona económica exclusiva (Artículo 74), está consagrada de la siguiente manera:

La delimitación de la plataforma continental (o zona económica exclusiva) entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho internacional, al que se hace referencia en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa.

4. Véase el magnífico documento preparado por B. Conforti y G. Francalani, *Atlante dei Confini Sottomarini*, Milán, Guiffre, 1979. En el diferendo entre Grecia y Turquía a propósito de la delimitación de la plataforma continental en el Mar Egeo, presentado en 1976 ante la Corte Internacional de Justicia a instancias del gobierno helénico, la Corte en su fallo del 19 de diciembre 1978 sostuvo por doce votos contra dos que no era competente para conocer de la demanda interpuesta por el gobierno de las República helénica, habiendo permanecido contumaz el gobierno turco; Corte Internacional de Justicia, *Affaire du Plateau Continental de la Mer Egée. Recueil des arrêts avis consultatifs et ordonnances*, 1978.

5. Caffisch, Lucius. "Les zones maritimes sous juridiction nationale, leur limites et leur délimitation", en *Revue Générale de Droit Internationale Public*, tome 84/1980/1, p. 93.

Esta disposición contenida en la Convención de Jamaica de 1982 (conocida como fórmula Koh), y que fue elaborada casi totalmente en secreto por los países de Irlanda y España como representantes de las dos corrientes principales en pugna, se caracteriza de la manera siguiente:

Primero se especifica que la delimitación deberá efectuarse por acuerdo; en segundo lugar, la delimitación deberá realizarse de conformidad con las reglas del Derecho Internacional, tal y como se desprenden de las fuentes definidas en el Artículo 38 del Estado de la Corte Internacional de Justicia (principalmente serán el Derecho convencional y el consuetudinario), y en tercer lugar, el acuerdo de delimitación y, por lo tanto, las reglas de Derecho internacional, a las cuales dicho acuerdo se ciñe, deben desembocar en una solución equitativa. Al ser en gran medida esta disposición, el resultado de una solución de transacción, este precepto aporta ventajas, pero también, es cierto, inconvenientes.

Hay que recordar que en seno de la Tercera Conferencia los partidarios de la *equidad*, como Turquía e Irlanda, sostenían que la *equidistancia* era un método arbitrario que conducía por su automatismo a resultados injustos; en tanto que los defensores de la equidistancia, como el Reino Unido y Grecia, sostenían que la equidad no era ni un método ni una norma jurídica, y que por su vaguedad no era susceptible de fundamentar un criterio real de delimitación.⁶

Con base en la nueva Convención, y si ningún acuerdo llega a obtenerse dentro de un plazo razonable, los Estados interesados deberán recurrir a los medios pacíficos de solución de controversias internacionales como el Tribunal del Derecho del Mar, Corte Internacional de Justicia, Arbitraje, o cualquier otro medio previsto por el Artículo 33 de la *Carta de Naciones Unidas*.

El mérito principal, sin lugar a dudas, del nuevo artículo sobre delimitación, radica obviamente en su amplia, aunque no total, aceptación por las delegaciones de los Estados en las III CONFEMAR (Turquía y Venezuela se pronunciarían en contra).

Lo que ha hecho que sea aceptable la nueva reglamentación se fundamenta en el hecho palpable de que esta fórmula evita pronunciarse categóricamente –como afirma Lucius Caffisch– sobre el debate estéril

6. Dupuy, René-Jean. *L'Océan Partagé*, París, pp. 132-135.

entre adversarios y partidarios de la equidistancia; este objetivo se logra al remitir el artículo en cuestión a las reglas existentes del Derecho internacional, convencionales o consuetudinarias, pero sin enumerar las mismas ni precisar tampoco su contenido.

Sin embargo, esta falta de especificidad e incertidumbre, que paradójicamente es lo que la hizo aceptable, va a perpetuar la inseguridad jurídica que se ha extendido en este terreno, en razón del carácter vago de los *principios y soluciones equitativas*⁷.

Métodos de delimitación

Del método de delimitación que se elija por las partes o por una jurisdicción, arbitraje, conciliación, etcétera, va a depender la precisión de la operación en la que se atribuya la extensión específica de la zona que se delimite, la definición de las líneas de base a partir de la cuales dicha zona será determinada y, por último, implicará también la precisión de los límites exteriores de la misma.

En el año de 1953, la Comisión de Derecho Internacional, a través de un Comité de Expertos sobre cuestiones de orden técnico concernientes al mar territorial, estudió, bajo la presidencia del relator especial C.W. Van Santen (Consejero Jurídico Adjunto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Holanda), por vez primera y desde un punto de vista jurídico, el problema de delimitación en aguas territoriales.⁸

El Comité de Expertos se preguntó cómo debería determinarse la delimitación de las aguas territoriales de dos Estados adyacentes, enumerado las siguientes posibilidades:

- a) ¿Por medio de la prolongación de la frontera terrestre?
- b) ¿Por la línea perpendicular a la costa en el lugar en donde la frontera entre los dos territorios llegue al mar?

7. Clafisch, Lucius. "Les zones maritime sous juridiction nationale, leurs, limites et leur délimitation", en *Revue Générale de Droit International Public*, París, Pédone, 1980, pp. 97-163.

8. "Rapport du Comité d'experts sur certaines questions d'ordre technique concernant la mer territoriale" (annexe) Additif au deuxième rapport de MJPA, 18 mai 1953, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1953, United Nations, New York, 1959.

- c) ¿Por medio del trazado de una línea perpendicular partiendo del punto mencionado en el inciso anterior, siguiendo la dirección general de la línea de la costa?
- d) ¿Por medio de una línea media? Y si este fuera el caso, ¿de qué manera habría de trazar dicha línea?⁹

El Comité, después de una profunda discusión, declaró que la frontera (lateral) entre las aguas territoriales respectivas de dos Estados adyacentes, en los casos en que las partes no la hubieran fijado de otra manera, debería ser trazada según el principio de la equidistancia de la costa, de una parte, y de otra, del punto de convergencia de la frontera.

En ciertos casos, sin embargo, este método – precisaba el Comité de Expertos- no permitirá alcanzar una solución equitativa, y en esta hipótesis dicha solución debería ser encontrada en el curso de las negociaciones¹⁰.

Finalmente, el Comité especificó que había tratado de esforzarse por encontrar fórmulas para el trazado de las fronteras internacionales en las aguas territoriales que pudieran al mismo tiempo servir para delimitar las fronteras respectivas de la plataforma continental, concernientes a los Estados, frente a cuyas costas se extiende dicha plataforma.¹¹

Hay que destacar que aun cuando la Comisión de 1958 utiliza el término de la *línea media* como método para la delimitación de la plataforma continental con costas situadas frente a frente, y el término de *principios de la equidistancia* para delimitar una misma plataforma adyacente al territorio de dos Estados limítrofes (Artículo 6°, incisos 1 y 2), esto no quiere decir que el método en sí sea diverso en uno u otro caso.

En realidad, los términos *línea media* y *línea de la equidistancia* son sinónimos, en el sentido de que ambos son producto o resultado de la utilización de un mismo método geométrico.

Como principio geométrico, *la línea de la equidistancia* entre dos puntos cualesquiera dentro del mismo plano, llega a ser la bisectriz de la perpendicular de una línea que une a todos ellos. Este principio se encuentra comprendido dentro del concepto de la *línea media*.

Este método puede ser utilizado en una gran variedad de situaciones geográficas en donde los Estados se encuentren situados con costas

9. *Idem*, “Rapport du Comité”, p. 79/VII

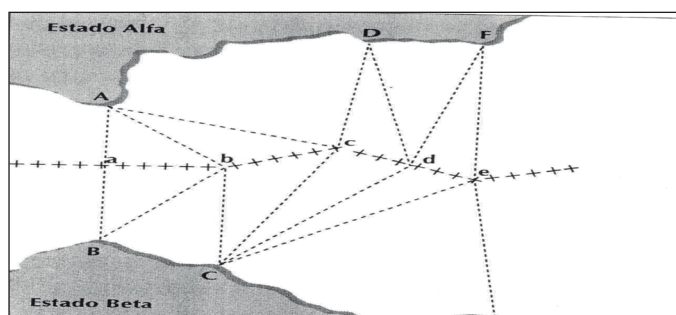
10. *Ibidem*.

11. “Observations sur VI et VII” en *idem*. p. 79.

frente a frente o adyacentes entre sí, pudiendo presentarse la existencia de islas u otras formaciones o características en la proximidad de las líneas de base¹².

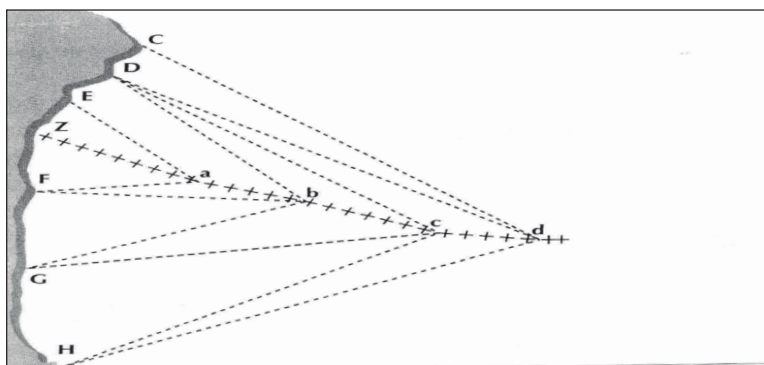
El hecho de que el método de la equidistancia siga siendo utilizado en una gran mayoría de casos en la delimitación de fronteras marítimas, se debe –como afirma Michel Voelckel- a dos causas fundamentales:

Gráfica 1. Delimitación entre Estados con costas situadas frente a frente



Línea de equidistancia

Gráfica 2. Delimitación entre Estados adyacentes



Línea media

12. Kapoor, D.C. y Adam J. Kerr, *A Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Carswell, Toronto, 1986, pp. 10-13 y pp. 73-77.

1. El procedimiento de la equidistancia, que se basa en una construcción geométrica del espacio que se delimita, es el único que permite ya sea realizar delimitaciones bilaterales directamente, o bien que primero se realice una repartición general, para luego corregir o restringir el área propia de delimitación.
2. El procedimiento de la equidistancia permite abrir la vía a la equidad. Esto no es contradictorio con la constatación de que en efecto la *línea de equidistancia* puede conducir a resultados inequitativos (ejemplo: la aplicación de la *línea de equidistancia* en presencia de Estados, cuyas costas presentan una configuración cóncava).

En la práctica internacional se puede constatar que en múltiples ocasiones los trazados adoptados son en realidad delimitaciones de conformidad con el método de la equidistancia, pero que se van, en el curso de las negociaciones, corrigiendo y modificando según las necesidades propias para llegar a un resultado equitativo.¹³

En la gráfica 1, una línea de equidistancia consiste en los segmentos a, b, c, d y e se encuentra trazada entre los dos Estados Alfa y Beta.

El método de construcción se realiza de la manera siguiente:

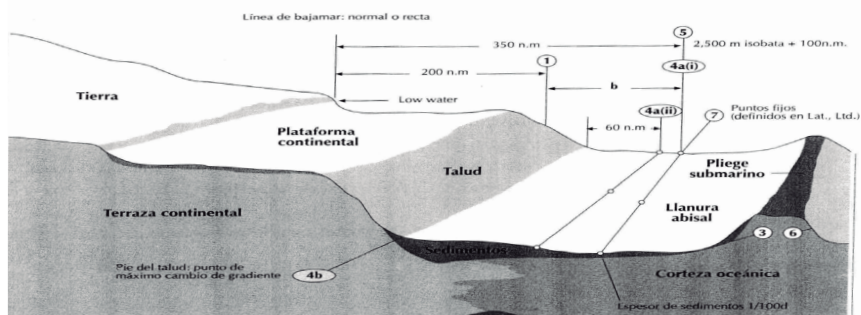
- a) Se localizan los puntos de base más cercanos de los dos Estados, y se traza una bisectriz perpendicular en el punto medio de la línea, haciendo unir con ello dichos puntos. en este caso, los dos puntos

13. Voelckel, Michel. "Aperçu de quelques problèmes techniques concernant la délimitation de fontenières maritimes", en *Annuaire Français de Droit International*, París, vol. XXV, 1979. pp. 693-711.

Uno de los reproches que se le hace al método de la equidistancia es que no toma en cuenta la proporcionalidad que debería respetarse entre la fachada marítima y la zona propia a delimitar. Sin embargo, e incluso si uno se atiende únicamente a la anchura del litoral, el principio de proporcionalidad difícilmente puede servir de un fundamento a un método objetivo de delimitación, ya que la misma anchura del litoral no es un dato de irrefutable precisión. La anchura de un segmento de litoral puede variar en proporciones muy importantes según la escala métrica utilizada. Si una bahía o península se examina sobre una costa de acuerdo con una escala de 1/100,000, y luego de acuerdo con una de 1/10,000, aparecerán en la segunda carta náutica nuevas penínsulas o bahías. Y como los grados de irregularidad de una determinada costa corresponden a diversas escalas, éstas por lo tanto no son necesariamente idénticas, (*idem*, pp. 705 y 706).

- son A y B con el punto medio en el segmento \underline{a} . La bisectriz perpendicular queda marcada por los signos ++++++
- b) Un punto \underline{b} es localizado en la bisectriz de tal forma que el próximo punto más cercano en cualquiera de las dos costas es equidistante en la relación con los dos puntos anteriores A y B. En este caso se trataría del punto \underline{C} , situado en la costa del Estado Beta. De esta suerte, $\underline{Ab}=\underline{Bb}=\underline{Cb}$, y los puntos seleccionados serán siempre los puntos más cercanos. La delimitación se continúa con cada uno de los puntos decisivos quedando equidistantes de tres puntos de base.

Gráfica 3 Plataforma continental de acuerdo con lo estipulado por el Artículo 76 de La Convencion de Montego Bay



En la gráfica 2 se trata de dos Estados con costas adyacentes. El principio u operación geométrica es el mismo que se realiza cuando se trata de Estados con costas situadas frente a frente.

Del punto \underline{Z} (véase gráfica 2), en donde la frontera terrestre alcanza la ribera del Estado, la línea de la equidistancia parte como una perpendicular a la línea de la costa (o hacia la tangente, si la línea de la costa es particularmente encorvada por el punto \underline{Z}).

La perpendicular inicial continúa hasta alguna parte de la línea de base, de cualquiera de los Estados, y es una línea equidistante. En esta gráfica el punto \underline{E} en el segmento relevante a: en donde $\underline{Za}=\underline{Ea}$.

La línea, ahora, continúa como una bisectriz perpendicular a la línea que une \underline{EZ} . De esta manera, la línea continúa a través de los puntos relevantes \underline{b} , \underline{c} , \underline{d} , \underline{e} ...: todos los puntos son equidistantes de los puntos más cercanos de las líneas de base respectivas de los dos Estados.

La equidad como objetivo último de la delimitación.

La jurisprudencia internacional, tanto de la Corte Internacional de Justicia como de los tribunales de arbitraje, ha ido configurándose de acuerdo con la tesis según la cual el derecho internacional general no prescribe en forma *imperativa* ningún método único de delimitación, trátase del método de la equidistancia o de cualquier otro criterio.

Lo único que el derecho internacional general prescribiría, sería que toda delimitación se lleve a cabo conforme a criterios que sean equitativos, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, para con ello poder llegar a lograr un *resultado equitativo*.

Es costumbre – como dice Olivier Pirotte- confrontar la justicia basada sobre el llamado derecho natural a la justicia concreta, a la *justicia legal*, la cual se presume estar constantemente articulada al sistema de normas que enmarca a la sociedad internacional.

La dificultad reside en que lo equitativo, aun cuando sea justo, no está necesariamente *su justicia* apegada o de conformidad con el derecho positivo¹⁴

En la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el representante de México en su intervención expuso que

La equidad no está fuera del Derecho (no es un *aequum et bonum* en el vacío), sino que está plenamente dentro del Derecho, pues no es sino la aplicación de la norma jurídica, sólo que adaptada a las circunstancias concretas [...] como la regla de plomo de Lesbos, que sigue las sinuosidades de la piedra.¹⁵

Hay que recordar que de acuerdo con el derecho internacional positivo *la equidad* no puede considerarse de ninguna forma como una fuente autónoma de las decisiones y fallos jurisprudenciales, excepto por aplicación del párrafo 2º del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional.

14. Pirotte, Oliver. “La notion d’équité dans la jurisprudence récente de la Court Internationale de Justice”. en *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1972. pp. 2-44 (extrait).

15. Intervención del representante de México, Embajador Antonio Gómez-Robledo en el Grupo de Negociación no. 7, 12 de septiembre de 1978.

Pero en este último caso, como es sabido, es condición indispensable que las partes en el diferendo consientan explícitamente en que la Corte dirima la controversia *ex aequo et bono*, esto es, que incluso pueda apartarse totalmente de las reglas de derecho existentes.

Esta disposición del párrafo 2° del Artículo 38, en que la Corte pudiera fallar *ex aequo et bono*, es, como dice Shabtai Rosenne, una disposición obscura y controvertida, que incluso no estaba prevista en el Proyecto del Estatuto preparado en 1920 por el Comité de Juristas, sino que fue añadida después durante las deliberaciones de la primera sesión de la Asamblea de la Liga de las Naciones¹⁶.

La concepción que se desprende de la jurisprudencia internacional a partir del año 1969 es que la solución equitativa a la que debe llegarse en una operación de la delimitación marítima, debe estar de conformidad con el derecho internacional existente, lo cual excluye que puede hablarse entonces de una solución *ex aequo et bono*.

Una solución equitativa, dentro de esta perspectiva, va a ser sencillamente una solución que corrige, cuando sea necesario, ciertos accidentes o ciertas particularidades geográficas, que al no ser esenciales, podrían, de ser tomada en cuenta, desembocar en una solución inequitativa.

Hay que recordar también que la hipótesis del párrafo 2° del Artículo 38 que confiere un poder inmenso a la Corte no ha sido jamás aplicada. Lo que se registra únicamente es el intento, por parte de Guatemala, aceptando en 1947, la eventualidad de un arreglo *ex aequo et bono* para la rectificación del territorio de Belice, pero la Gran Bretaña rechazó tal propuesta¹⁷.

16. Rosenne, Shabtai. "Equitable Principles and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals", en el volumen *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Verlag, Bern, 1980, p. 408.

17. *Idem*. p. 408. Incluso, respecto a los tribunales de arbitraje, también es sumamente raro que se les confiera tal facultad. Durante el pasado siglo solamente se registran dos casos: el arbitraje *James Pugh* en el año de 1933 entre Panamá y el Reino Unido y el arbitraje en el caso del *Chaco* entre Bolivia y Paraguay en el año de 1938 (*Idem*, p. 408, nota 3). En el caso del *Chaco*, el Artículo 2° del Compromiso de Arbitraje establecía que la línea fronteriza en la región del *Chaco* entre Bolivia y Paraguay sería determinada por los presidentes de Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Perú y Uruguay en su calidad de árbitros, según la equidad, los cuales actuando *ex aequo et bono* formularían la decisión arbitral "Affaire du Chaco". *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. III. *Nations Unies*, pp. 1819-1825.

La idea de justicia – dice el juez Jiménez de Aréchaga- no puede ser separada de la noción de equidad, ni oponérsele a ésta. El hecho de que un tribunal tenga la facultad de aplicar principios equitativos le confiere el mandato de dictar no una decisión sometida a los caprichos del azar, sino la de encontrar la decisión que, de conformidad con las circunstancias propias del caso, sea justa para el diferendo en cuestión.

No es pues por una decisión particular de justicia que se llega a la equidad, sino por la justicia de cada decisión particular. Esta concepción de la equidad – vista no como una corrección o atenuante sobre una regla de Derecho que en realidad no existe, sino como una regla prioritaria adaptada a los elementos de la situación considerada – permite resolver el dilema que está a la base de todos los casos de delimitación de la plataforma continental, y que surge de la necesidad de respetar la coherencia y la uniformidad de los principios y reglas de Derecho en una serie de situaciones caracterizadas por su extrema diversidad¹⁸

La línea de base como línea fundamental.

La línea de base del mar territorial es la línea fundamental y primordial, entre todas aquéllas que delimitan los espacios marítimos nacionales.

A partir de la línea de base se van a calcular todas las zonas costeras que son definidas en términos de extensión, como lo es el mar territorial de 12 millas náuticas (Artículo 3° de la Convención de Montego Bay); la zona contigua de 24 millas náuticas (Artículos 33, inciso 2°); la zona económica exclusiva de 200 millas marinas (Artículo 57); la plataforma continental, en el caso que esta última sea definida hasta una distancia de 200 millas náuticas (Art. 76, inciso 1°).

La línea de base puede ser una línea de base *normal*, o bien una línea de base “recta”. La primera coincide con la línea de bajamar, y su normalidad radica precisamente en el hecho de que la línea que establece en sentido jurídico, el límite entre el mar y la tierra se identifica con la línea que en la naturaleza distingue estos dos elementos.

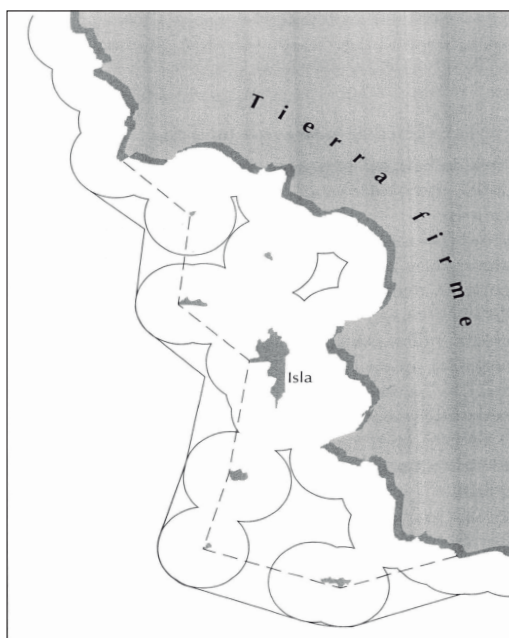
18. “Opinion individuelle” de M. Jiménez de Aréchaga, en el “Affaire du Plateau Continental (Túnez/Libia) Arrêt du 24 février 1982”, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, p. 106, párrafos 25 y 26.

Las líneas de base “rectas”, por el contrario, corren a través del mar, pero uniendo puntos de base de tierra firme, y su intrínseca contradicción deriva del hecho de que el límite en sentido jurídico entre tierra y mar – i.e., aguas internas y aguas territoriales – llega a ser determinado por una línea que, en sentido natural, separa el mar,- como dice Tullio Scavazzi,- del mismo mar¹⁹.

Es evidente que el recurso a líneas de base rectas o la determinación mar adentro del trazado de aquellas ya existentes, tendrá como efecto una extensión de los espacios marinos sobre los cuales un Estado ejerce derechos soberanos, y una correspondiente restricción del alta mar.

El Estado costero consigue una ventaja de tipo especial, sin modificar la anchura preestablecida por el Estado, en cuanto extensión del mar territorial o de la zona económica exclusiva.

Gráfica 4. Delimitación del límite exterior del mar territorial: método de arcos de círculo y método de línea rectas



19. Scovazzi, Tullio. *La linea de Base del Mare Territoriale* (Comp.), Dott. A. Giuffrè Editore, 1986, p. 6.

Límite exterior del mar territorial y métodos para su determinación.

Por otro lado, los métodos para la determinación del límite exterior del mar territorial, que mayormente han sido propuestos en el curso de la historia, son los siguientes.

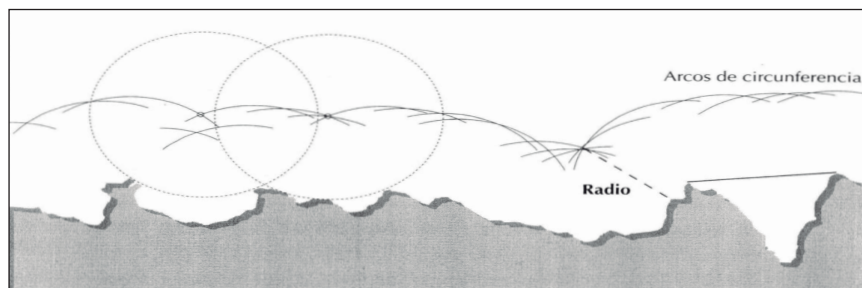
Una línea paralela a la dirección general de la costa, tomando en cuenta todas las sinuosidades.

Una serie de líneas rectas, paralelas a líneas rectas, trazadas de un punto a otro de la costa, y de una isla a otra isla.

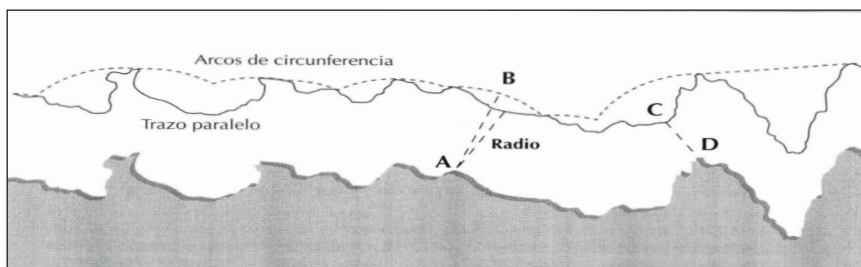
Una línea cuyos puntos, todos ellos, se encuentren alejados en relación con el punto más próximo de la costa, de una extensión igual a la distancia escogida como anchura del mar territorial.

Los resultados de estos tres métodos, decía el profesor Gilbert Gidel, serán coincidentes entre ellos mismos, cuando se trate de una costa perfectamente rectilínea. No siendo ésta la hipótesis, el resultado será, en cada caso, diverso en todo, o en parte.²⁰

Gráfica 5 Delimitación del límite del mar territorial mediante el método de arcos y de círculo y método del trazado de línea paralela



20. Gidel, Gilbert. *La mer territoriale et la zone contigüe*, tome III. op. cit., p. 503. Gilbert Gidel se basa en un estudio de S.W. Boggs, aparecido en el año de 1930 en: "Delimitation of the Territorial Sea", en *American Journal*, t. 24, pp. 541 a 545



En relación con el primer método, el del *trazado paralelo* a la costa, es inadmisibile, dice G. Gidel, cuando se pretende aplicar a una costa presentando sinuosidades, más o menos pronunciadas.

Este método hace casi imposible para el navegante constatar, cuando se encuentra a una distancia de la costa sensiblemente igual a la distancia seleccionada como anchura del mar territorial, si se encuentra en un punto situado en el interior del límite del mar territorial o, al contrario, si se encuentra en un punto, situado en el exterior de dicho límite marítimo.

El método del trazado paralelo no es jamás admisible en tanto que *método* en sí, pero por su propia naturaleza puede existir, en tanto que *resultado*, como en costas excepcionalmente rectilíneas.

En relación con el segundo método, llamado método del *trazado poligonal* (*headland theory*), el límite exterior del mar territorial es la resultante de líneas rectas paralelas de aquellas que forman la línea de base; la distancia entre unas y otras estará dado por la medida seleccionada para la anchura del mar territorial.

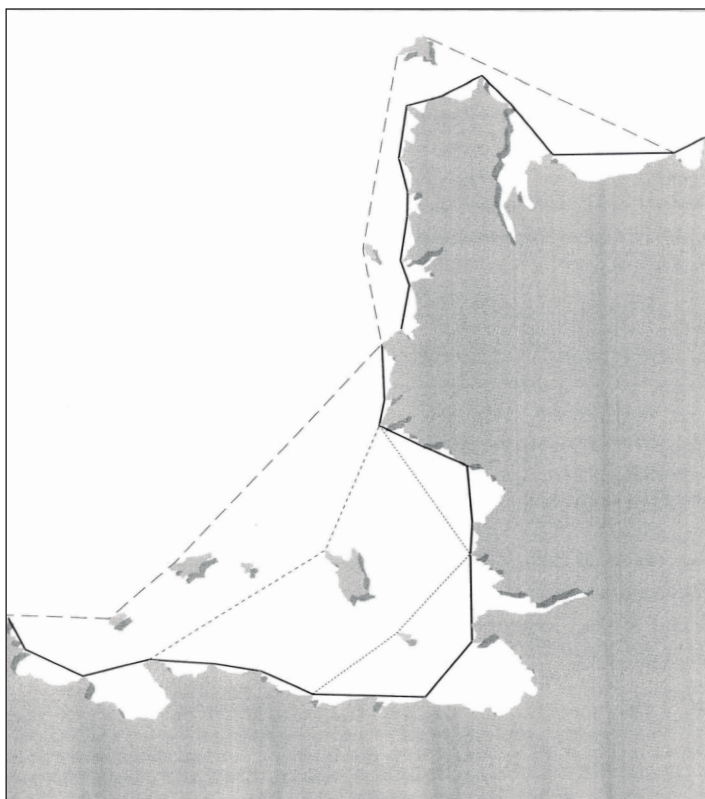
la figura que se obtiene es un polígono irregular, en el cual se inscribe la tierra de la cual se determina el mar territorial adyacente.

La gran debilidad o desventaja de este método del *trazado poligonal*, o *headland theory*, reside en que, en ausencia de reglas preestablecidas e invariables, es imposible a un navegante determinar por la sola inspección de los mapas y cartas marinas de la zona litoral, cuál podría ser la línea desde donde debe partir el mar territorial.

Por otro lado, y a pesar de lo que se diga, este sistema no es susceptible de responder a todas las situaciones geográficas. En realidad este método no puede ser aplicado más que a condición de que la costa presente una *configuración cóncava*, ya que en todas aquellas

situaciones de *configuración convexa*, se debe rechazar la aplicación de este método²¹.

Gráfica 6. Aplicaciones varias del concepto de la dirección general de la costa



En cuanto a lo que se refiere al tercer método, llamado de la *curva tangente* es un método que quedó formulado conceptualmente en la Conferencia de La Haya de 1930.

21. Gidel Gilbert. *op. cit.*, tome III, livre IV.; chapitre II, pp. 505-509. Para los aspectos técnicos de la delimitación del mar territorial, tanto Gilbert Gidel, como C. Jonh Colombos se refieren expresa y ampliamente a los trabajos de Munch y de S. W. Boggs: vid. Colombos, John, *Le Droit International de la Mer: Préface de Alejandro Álvarez*, Editions A. Pédone, Paris. 1952. pp. 55-110.

El principio esencial de este método es que, frente a una costa cualquiera, solamente puede trazarse una sola línea, y que va a ser precisamente aquella que determine este método.

El método *de la curva tangente*, al quererle atribuir un valor excesivo, se olvida que el susodicho método nos da resultados, en principio, extremadamente satisfactorios en lo que concierne al trazado del límite exterior del mar territorial, siempre y cuando supongamos ya resuelta la cuestión de saber a partir de qué puntos los arcos de círculo pueden ser debidamente trazados.

En realidad, dice Gilbert Gidel, no existe una regla suficientemente general por sí misma, que nos permitiera hacer abstracción de las configuraciones particulares de las costas frente a las cuales se trata de realizar el trazado del mar territorial, ya que el método *de la curva tangente*, incluso si es preferible a otro método general de trazado del límite exterior, tiene necesidad de ser complementado en su aplicación concreta, por diversas supresiones, eliminaciones y correcciones²²

Trazado del método de líneas de base rectas.

El trazado de líneas de base rectas se encuentra consagrado en el Artículo 7° de la Convención de Montego Bay de 1982, de la siguiente manera:

22. Gidel, Gilbert. op. cit., tome III, livre IV, chapitre II, pp. 509-516. Véase los excelentes estudios de Tullio Scovazzi y de María Clara Maffei en el volumen "Commenti agli Unite sul Dinitto del Mare", en la *Línea di Base del Mare Territoriale*. Edif. Cott. A. Guiffré. Milano. 1986, pp. 71-31 y 35-58. No hay que perder de vista que estos tres métodos, a saber, el del *trazado paralelo*, el del *trazado poligonal* y el llamado *de la curva tangente* van a verse modificados (en el sentido de ocurrir a ellos), a partir de la famosa Sentencia del 18 de diciembre de 1951, dictada por la Corte Internacional de Justicia en el Caso de las Pesquerías Anglo- Noruegas, al aceptar como válido el método trazado de *líneas de base rectas*, método que sería después codificado en la Convención sobre Mar Territorial de 1958 (Artículo 4°), y en la Convención de Montego Bay de 82 (Artículo 7°)

Por una parte la Corte sostuvo que el método de *envelopes of arcs of circles*, cuyo fin era asegurar la aplicación del principio de que el cinturón de las aguas territoriales debía seguir la línea de la costa, no tenía nada de obligatorio jurídicamente (*It is not obligatory by Law; p. 129*), y por otra parte sostuvo que: "The real question raised in the choice of base-lines is in effect within certain sea areas lying within these lines are sufficiently closely linked to the land domain to be subject to the regime of international waters", en *Recueil* 1951, op. cit., p. 129 y 133.

Artículo 7

Líneas de base rectas

1. En los lugares en que la costa tenga profundas aberturas y escotaduras o en los que haya una franja de islas a lo largo de la costa situada en su proximidad inmediata, puede adoptarse, como método para trazar la línea de base desde la que ha de medirse el mar territorial, el de línea de base rectas que una los puntos apropiados.
2. En los casos en que, por la existencia de una delta y otros accidentes naturales, la línea de la costa sea muy inestable, los puntos apropiados pueden elegirse a lo largo de la línea de bajamar más alejada mar afuera y, aunque la línea de bajamar retroceda ulteriormente, las líneas de base rectas seguirán en vigor hasta que las modifique el Estado ribereño de conformidad con esta Convención.
3. El trazado de las líneas de base rectas no debe apartarse de una manera apreciable de la dirección general de las costas, y las zonas de mar situadas del lado de tierra de esas líneas han de estar suficientemente vinculadas al dominio terrestre para estar sometidas al régimen de las aguas anteriores.
4. Las líneas de base rectas no se trazarán desde elevaciones que emerjan en bajamar, a menos que se haya construido sobre ellas faros o instalaciones análogas que se encuentren constantemente sobre el nivel del agua, o que el trazado de líneas de base hacia o desde elevaciones que emerjan en bajamar haya sido objeto de un reconocimiento internacional general.
5. Cuando el método de líneas de base rectas sea aplicable, según el párrafo 1, al trazar determinadas líneas de base, podrán tenerse en cuenta los intereses económicos propios de la región cuya realidad e importancia estén claramente demostradas por un uso prolongado.
6. El sistema de líneas de base rectas no puede ser aplicado por un Estado de forma que aisle el mar territorial de otro Estado del alta mar o de una zona económica exclusiva.

Las dificultades generales de análisis y aplicación concreta que representa el trazado de líneas de base rectas, tal y como lo dispone ahora

la Convención de Montego Bay de 1982, y antes la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de 1958 (Artículo 4°), son bastante conocidas:

1. ¿Cómo vamos a apreciar la *dirección general de la costa*, la cual puede variar significativamente según el tipo de escala de la carta marítima en cuestión, y según el modo de proyección retenido, y ello en virtud de que los sistemas de proyección cartográfica, si bien son numerosos, ninguno de ellos es perfecto?
2. ¿Cuál es, al fin de cuentas, la naturaleza del vínculo que debe existir entre las aguas interiores que se generan por el trazado de líneas de base rectas, y lo que puede llamarse el dominio propiamente terrestre?
3. ¿Qué es en realidad lo que quiere significar con una proximidad *inmediata*; cuándo estamos realmente frente a una escotadura o abertura *profunda*?

La Convención de Montego Bay, como la de Ginebra sobre Mar Territorial, no hace referencia a una distancia máxima entre los puntos ligados por una línea recta, ni tampoco indica el espacio que debe existir entre las líneas y la costa.

Ahora bien, este método de *líneas de base rectas* es mucho muy importante ya que puede reglamentar no solamente, la extensión de aguas territoriales, sino también las de la zona contigua, y de la zona económica exclusiva, e incluso la extensión de la plataforma continental, cuando ésta no alcance una distancia de 200 millas náuticas. De *método-excepción*, se ha convertido en *método-normal* por su uso constante²³.

La práctica internacional observada hasta ahora carece de toda homogeneidad; esta práctica se diversifica y se desarrolla entre lo que ha dado en llamarse el *modelo finlandés*, en el que no se encuentra el trazo de ninguna línea recta superior a dos veces la extensión del mar territorial, o bien hasta lo que se podría llamarse *el modelo birmano* que

23. Scovazzi, T. Francalancia; G. Romano, D; Mongandini, S. Atlas of the Straight Baselines, 2ª ed. (Col. Studi e Documenti. no 20) Giuffrè Editore. 1989. En este Atlas de la Universidad de Parma, se pueden apreciar 131 mapas de diversos Estados ribereños, con la utilización del método de *líneas de base rectas*.

realiza un trazado de una línea de base de más de 200 millas, el cual se aleja además de unos 60° de la dirección general de la costa.

La Convención de Montego Bay consagra, como se ha visto, que las líneas de base rectas podrán trazarse ahí donde la costa tenga profundas escotaduras o aberturas, o bien –alternativamente- que a lo largo de la costa exista un franja de *islas* situadas en su proximidad inmediata.

Si se cumple con el anterior requisito, y el trazo no se aparta de manera apreciable de la dirección general de la costa - y existe la vinculación al dominio terrestre-, puede decirse que en principio (y obviamente simplificando) el método del trazado de áreas de base rectas será un trazado legítimo y válido conforme el derecho internacional convencional.

Ahora bien, la Convención sostiene que cuando el método de líneas de base rectas sea aplicable de conformidad con los requisitos por ella misma consagrados, entonces –y sólo entonces- “podrán tenerse en cuenta los intereses económicos propios de la región que se trate cuya realidad e importancia estén claramente demostrados por un uso prolongado” (Art. 7°, párrafo 5°).

Hay que recordar que la Delegación de México, en el seno de la Tercera Conferencia de Derecho del Mar, introdujo una propuesta que desafortunadamente no tuvo éxito, en el sentido de que, en relación con los intereses económicos propios de la región, fuese suprimido el requisito adicional de que tales intereses económicos fuesen claramente demostrados por un uso prolongado.²⁴

Entre las actividades económicas susceptibles de ser tomadas en cuenta, además de la actividad de la *pesca*, que aparece como la más frecuente e importante, se habla de la extracción de ciertos recursos

24. Documentos Oficiales: Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. A/CONF 13/C.I/L. 99. p. 239.

El sistema o método de trazado de líneas de base rectas fue utilizado por México en el año de 1968, para fines de la delimitación de su mar territorial en el interior del Golfo de California, de conformidad con la Convención con la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua del 29 de abril de 1958, y vigente desde el 10 de septiembre de 1964.

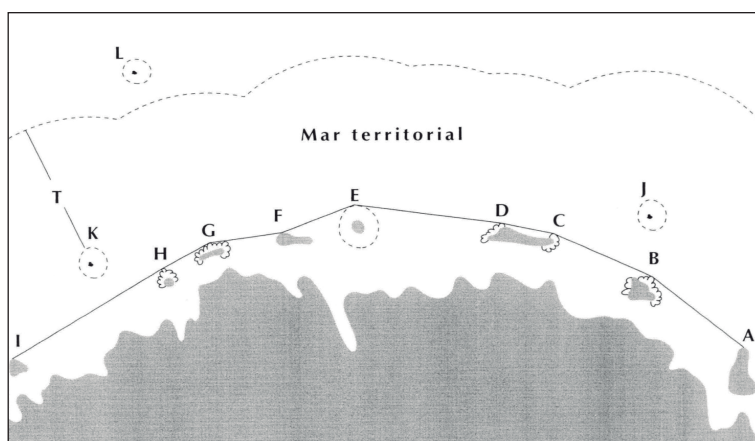
México tuvo también en cuenta el Caso de las Pesquerías Anglo-Noruegas de 1951. Vid. *Recueil des Arrêts. op. cit.*, pp. 116-208. Véase: Gómez Robledo, Alonso. *El nuevo Derecho del Mar: Guía introductoria a la Convención de Montego Bay*, Edit. Miguel Ángel Porrúa, México, 1986, pp. 35-41.

diversos a la pesca misma, y también a la (posiblemente igual de importante), actividad del turismo, del Estado ribereño²⁵.

Sin embargo estos famosos “intereses económicos propios de la región [...] claramente demostrados por un uso prolongado” es un factor de controversia, que levantó polémica en la III CONFEMAR, así como en la doctrina más autorizada.

Al respecto se argumenta que no se entiende bien en virtud de qué *racionalidad* ciertos intereses económicos serían más importantes, para ser tomados en consideración en caso de costas con configuración “convulsa”, y no para el caso de costas rectilíneas.

Grafica 7. Trazado de líneas rectas y elevaciones en bajamar



En segundo lugar, se ha dicho que o bien la configuración geográfica de las costas es en sí misma suficiente o se ha querido crear una solución particular y suplementaria, teniendo en cuenta los intereses económicos de la región.

Según algunos autores, parecería que la referencia a las consideraciones económicas no va a adquirir interés más que *a posteriori*, es decir, en aquellas hipótesis en que una vez trazado el acto unilateral de

25. 1) Langarant, E: Droit de la Mer. Le droit des communications maritimes, Editions Cujas, Paris, 1981, pp. 33-41. 2) Scovazzi, Tullio. “Le linee di Base Rette” en el volumen *la linea di Base...* op. cit., pp. 87-172. 3) Lucchini, L/Voelkel M: *Droit de la Mer*, tome I, édition A, Pédone, Paris, pp. 175-186.

determinación de las líneas de base rectas por el Estado ribereño, surjan protestas oficiales de un tercer Estado. El *interés* económico sería un argumento adicional para reforzar la medida adoptada²⁶

Régimen jurídico de las islas y elementos de delimitación

Naturaleza jurídica de una isla

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982 fue firmada por México el mismo día de su apertura a firma. El Senado de la República lo aprueba el 29 de diciembre de 1982, y se deposita el instrumento respectivo el 18 de marzo de 1983 ante el Secretario de las Naciones Unidas (*Diario Oficial de la Federación*, 1º de junio de 1983).

De conformidad con el Artículo 308 de la Convención de Montego Bay, ésta entraría en vigor 12 meses después de la fecha en que hubiera sido depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o de adhesión.

Así su entrada en vigor acaeció el 16 de noviembre de 1994, esto es doce meses después de que Guyana hubiera depositado su instrumento de ratificación.

El régimen de las islas se encuentra consagrado en la Parte VIII de la Convención de Montego Bay de la manera siguiente:

1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.
2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicadas a otras extensiones terrestres.

26. Véase en este sentido a Laurent Lucchino y a Michell Voelckel, *Droit de la Mer*, op. cit., p. 180, note 145. Es interesante la Opinión Disidente de Sir Arnold McNair en el *Fisheries Case* de 1951 a este propósito: « A mon avis, la modification des limites de eaux territoriales pour protéger les intérêts économiques et autres intérêts sociaux ne se justifie pas en droit [...] Les Etats seraient encouragés... à estimer leurs droits d'une manière subjective, plutôt que de se conformer... à une règle internationale commune » *Opinion Dissidente de Sir Arnold McNair; Recueil des Arrêts*, 1952, op. cit. p. 169, 3er párrafo.

3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia, no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental²⁷.

Concepto de rocas y su problemática.

El párrafo 3° del Artículo 121 de la Convención de Montego Bay se refiere al concepto de *rocas*, pero sólo a aquella categoría de rocas que no sean *aptas para mantener vida humana o vida económica propia*, las cuales carecerán de zona económica o de plataforma continental.

Es indudable –como se hizo patente en las discusiones de la III CONFEMAR– que los criterios que se encuentran a la base de esta distinción son arbitrarios, ya que podrían haberse tomado otros muy diferentes, pero son también criterios de una gran vaguedad, ya que la *habitabilidad* y la aptitud de una vida económica propia son nociones muy poco precisas y que están por lo demás sujetas a múltiples cambios. Como en varias intervenciones se hizo observar, si una *roca* pertenece a un Estado industrializado, podrá disponer de los medios necesarios para que aquella *roca* se convierta en *habitable*, lo cual no sería seguramente el caso para una roca semejante que perteneciera a un Estado en vías de desarrollo.

Por otro lado, y siguiendo lo preceptuado en el párrafo 3° del Artículo 121, hay cuestiones importantes que no se resuelven en ninguna parte de la Convención. Entre éstas baste pensar si en el caso de una roca no apta a mantener habitación humana, pero poseyendo una vida económica propia, por el hecho de que, en su subsuelo se encuentren una gran cantidad de depósitos de minerales, pueda entonces de pleno derecho exigir una zona económica exclusiva y una plataforma continental.

Igualmente, piénsese en cuestiones tales como la siguiente: ¿es que toda roca apta a mantener habitación humana, pero no por ello necesaria-

27. Artículo 121, Parte VIII CONVEMAR. Confróntese con el Artículo 10 de la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial de 1958, cuya entrada en vigor data del 10 de septiembre de 1964: “1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra en el nivel de ésta en pleamar. 2. El mar territorial de una isla se mide de acuerdo con las disposiciones de estos artículos” (Art. 10°). La regla general que una isla “es una extensión natural de tierra” es una regla consuetudinaria, y por lo tanto, unánimemente aceptada,

mente ya habitada, y sin vida económica propia, podría reivindicar espacios como una plataforma continental o una zona económica exclusiva?

Lo anterior demuestra el hecho lamentable de que los criterios de *habitabilidad* o de viabilidad económica están sujetos a muchos abusos y múltiples manipulaciones. Ello se agrava porque ambos criterios son mencionados alternativamente, creando mayor confusión alrededor de un concepto (roca) que no es nunca definido en la Convención, ni jurídica ni geológicamente²⁸

El Artículo 121 sobre islas y rocas fue, como muchos otros conceptos, fruto de un compromiso entre las dos tendencias principales que se desprendieron a propósito de la cuestión de saber si las islas tenían o no derecho a una zona económica exclusiva.

Una primera tendencia, en el seno de la III CONFEMAR, buscaba que todas las islas, sin excepción, tuvieran derecho a una zona económica exclusiva; en tanto que la segunda tendencia principal buscaba que se introdujeran ciertas distinciones para diferentes tipos de islas.

Obviamente esta segunda tendencia era apoyada por todos aquellos Estados cuyos espacios marítimos se verían *amputados* o disminuídos, en razón de que sus Estados vecinos poseían una serie de islas e islotes. A este grupo se unía, naturalmente, aquellos Estados carentes en su totalidad de islas o islotes, ya que para ellos la llamada Zona Internacional solamente se reduciría en su desventaja en virtud de las zonas económicas reconocidas a las islas.

28. 1) Troisième Conférence. Documents, vol. III. p. 266. doc A/CONF 627C.2/1. 55. 2) Troisième Conférence. Documents, vol. II. pp. 320-321. 3) Véase general: Appollis, Gilbert, *Les Frontières Maritimes en Droit International. Mutations et Perspectives*, Montpellier, 1979, collection: Rapports Economiques et Juridiques. 4) Véase la obra clásica de Gilbert Gidel, *Le Droit International Public de la Mer*, Editorial: Vaduz/Duchemin, Liechtenstein, Paris, Reimpresión, 1981, tome III, chapitre septième, pp. 664-727. El eminente profesor Gilbert Gidel, tomando como base los trabajos elaborados en el transcurso de la Conferencia de la Haya de 1930, define una isla de la manera siguiente:

“Une ile est élévation naturelle du sol maritime qui, entouré par l’eau, se trouve d’une manière permanente au-dessus de la marée haute et dont les conditions naturelles permettent la résidence stable de groupes humains organisés”, *idem*, p. 684.

México expidió en el año 1986 la llamada *Ley Federal del Mar*, cuyo Artículo 51 reza así: “Las islas gozan de zona económica exclusiva, pero no así las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia”, *Diario Oficial* 8/i/1986.

Gráfica 8. Delimitación del límite exterior del mar territorial de una isla mediante el método de trazado paralelo y del método de arcos de circunferencia.



Así, de todas las proposiciones debatidas, la Convención de Montego Bay no va a retener, como ya veíamos, más que el criterio de las famosas rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia.

Por regla general, e independientemente de su población, de su superficie, de la distancia que las separan de la costa principal, y de su configuración geográfica, una isla va a tener derecho indiscutible a una zona económica propia; no será más que como excepción a esta regla general que la disposición sobre el concepto de rocas podrá tener aplicación.²⁹

No se sabe con exactitud lo que debemos entender por roca en su sentido jurídico, por la sencilla razón de que en ningún lugar de la

29. Troisième Conférence: Document, vol. III. A/CONF62"/C.2/L:30. En particular, pp. 244, 263, 266.

Convención de 1982 se encuentra clase alguna de definición, y esto se agrava si pensamos que tampoco el derecho consuetudinario internacional nos proporciona mayores elementos definitorios. La pregunta es si la estructura geológica rocosa de un peñasco que se levanta en el mar, constituyó el criterio pertinente y único para calificar a una isla como roca.

Para que una cierta prominencia marítima pueda quedar enmarcada en la categoría de prominencias que no tienen derecho a zona económica propia, una determinada elevación debe no solamente constituir una roca, sino, además, no ser apta para mantener habitación humana.

Ahora bien el Artículo 121, inciso 3º, no precisa si es en su estado natural que la llamada roca debe ser no susceptible de habitación. Esto permitiría suponer que si se asienta una población sobre la roca, después de haber modificado sus condiciones naturales, entonces dicha roca tendría derecho a una zona económica propia.

La fórmula utilizada por el Artículo 121 parece ser suficientemente imprecisa, como para que pudiéramos concluir correctamente que, a partir del momento en que un islote o peñasco sea habitado, se le pudiera legalmente acordar una zona económica propia.

Respecto al criterio de la aptitud para mantener una vida económica propia, éste se revela igualmente endeble.

Imaginemos el caso, nos dice la profesora griega Hartini Dipla, de un descubrimiento de minerales preciosos en el subsuelo de una *isla-rocosa* situada en pleno océano o en el subsuelo del mar que le rodea. El Estado al cual pertenece dicha *isla-rocosa* adoptará todas las medidas necesarias para instalar una población sobre la isla, así como el equipo e instrumental necesario para excavación y extracción.

De esta suerte, la isla no sólo se convierte en una isla habitada, sino que además va a poseer una floreciente vida económica propia. El Estado en cuestión proclamará como consecuencia una zona económica exclusiva. ¿Pero qué pasará el día en que se hayan agotado los recursos situados en el subsuelo de la isla o del mar que le es adyacente? Ya no habrá obviamente necesidad alguna de seguir explotando la isla y, por ende, tampoco habrá ya necesidad de habitarla. La isla volverá a ser desértica y por lo tanto perderá su zona económica exclusiva.

A la conclusión que llega H. Dipla es que la disposición contenida en el párrafo 3° del Artículo 121, fruto de un compromiso de negociación difícil, plantea muchos más problemas, que los que en realidad pudiera resolver. Es innegable pues que la disposición en cuestión, habiendo sido el resultado de un compromiso entre intereses divergentes y largos debates, contiene una regla normativa cuya interpretación es harto problemática.³⁰

Por otra parte hay que dejar bien claro que, aún y cuando una roca, en tanto que emerge en marea alta, es una isla en el sentido jurídico del término, no recibe un tratamiento idéntico al que reciben las islas en sí, en lo tocante a la zona económica exclusiva.

Se podría decir que las rocas conforme a la Convención de Montego Bay son una especie de islas de segunda clase, cuyo *status* se ve ligeramente disminuído.

Ahora bien, como hemos visto, no existe definición jurídica de *roca* en la Convención de 1982, ni tampoco en el derecho escrito, en otras convenciones multilaterales, ni en el derecho internacional consuetudinario.

Si tomamos la estructura geológica rocosa, como el elemento constitutivo de la delimitación, tendríamos que preguntarnos qué sucedería con una isla que no poseyera una estructura rocosa. En esta hipótesis, ¿se trataría de una isla al cien por ciento, aún y cuando no fuese apta para mantener habitación humana o vida económica propia?³¹

30. Dipla, Haritini. *Le régime juridique des îles dans le droit international de la mer*, préface par Lucius Cafilisch, publication d' l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1984, pp. 79-85. El caso hipotético de H. Dipla podría, -dice ella misma,- aproximarse al de la isla noruega de Jan Mayen. Esta isla volcánica y rocosa habitada por una treintena de personas que trabajan en estaciones meteorológicas, y situada a 550 millas de Noruega, no se enmarca, según el Informe de una Comisión de Conciliación instituida por Noruega e Islandia, dentro del inciso 3° del Artículo 121 de la Convención de 1982, y por consiguiente, posee el derecho a una zona económica y una plataforma continental propias. La Comisión de Conciliación, presidida por Elliot Richardson, y compuesta por Hans Andersen de la parte de Islandia y por el jurista Jens Evensen por parte de Noruega llegó a la conclusión de proponer a los Estados en cuestión, un sistema de explotación común, solución *equitativa y aceptable para* las dos partes en el diferendo, *idem*, pp. 188-195.

31. Karl, Donal E. "Islands and the Delimitation of the Continental Shelf: a Framework for Analysis" en *American Journal of International Law*, vol. 71, Washington, 1977, pp. 642-673.

Islas artificiales.

La Convención de Montego Bay prevé que el Estado costero pueda tener el derecho exclusivo de construir, operar y utilizar *islas artificiales*, poseyendo el Estado costero jurisdicción exclusiva sobre dichas islas artificiales, instalaciones y estructuras.

De ser necesario, el Estado ribereño puede establecer, alrededor de dichas islas artificiales, instalaciones y estructuras, zonas de seguridad razonables, en las cuales podrá tomar medidas apropiadas para garantizar tanto la seguridad de la navegación, como de las islas artificiales, estructuras o instalaciones.

Salvo excepción, por norma consuetudinaria, o por recomendación de una organización internacional competente, la anchura de las zonas de seguridad no podrá extenderse más de 500 metros alrededor de éstas, medida a partir de cada punto de su borde exterior (Artículo 60, numerales 1° a 7°).

Ahora bien, la Convención deja muy en claro que las islas artificiales, instalaciones y estructuras no poseen la condición jurídica de islas. “No tienen mar territorial propio y su presencia no afecta a la delimitación del mar territorial, de la zona económica exclusiva o de la plataforma continental” (Artículo 60, párrafo 8°).

En ciertos casos es verdad que puede llegar a ser un tanto difícil la distinción entre *islas artificiales e islas naturales*. Este sería el caso, por ejemplo, de una isla que esté a punto de ser engullida bajo el agua y el Estado costero trate de impedir su desaparición, ejecutando diversos trabajos y maniobras de nivelación y terraplenamiento.

El problema que se plantea aquí es el de saber si la isla, habiendo sido la creación de la naturaleza desde todo punto de vista, no llega a modificar su *status* jurídico, al estar interviniendo el Estado para impedir su desaparición.

Según la doctrina, la respuesta a este tipo de interrogantes debe buscarse en la intención del Estado costero; habría que examinar si la preservación de la isla ha sido efectuada en vista de una utilización práctica y efectiva de ésta, o bien si resulta evidente que el único objetivo de la operación era el de no disminuir la extensión de espacios marítimos bajo jurisdicción nacional de dicho Estado.³²

32. Papadakis, Nikos. “Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone” en el volumen editado por Benedetto Conforti, *La zona económi-*

Elevaciones en bajamar.

El derecho relativo a las elevaciones en bajamar (*low-tide elevations*) no sufrió mayor modificación en la Convención de 1982, de tal suerte que el Artículo 11 de la Convención de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua es idéntico a lo prescrito por el Artículo 13 de la Convención de Montego Bay:

Una elevación que emerge en bajamar es una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en la bajamar, pero queda sumergida en la pleamar. Cuando una elevación que emerge en bajamar esté total o parcialmente a una distancia del continente o de una isla que no exceda de la anchura del mar territorial, la línea de bajamar de esta elevación podrá ser utilizada como línea de base para medir la anchura del mar territorial (Artículo 13, numeral 1°).

El papel de las *elevaciones en bajamar* ha ido acrecentando con el tiempo su importancia indiscutible.

La Comisión de Derecho internacional, en sus trabajos preparatorios a la I Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, había previsto una elección: el Estado costero podía ya sea servirse de la línea de bajamar de los *haut-fonds découvrants* para medir la anchura de su mar territorial, o bien trazar líneas de base rectas entre puntos apropiados, los cuales no pueden ser, por ningún motivo, *elevaciones que emergen en bajamar*.

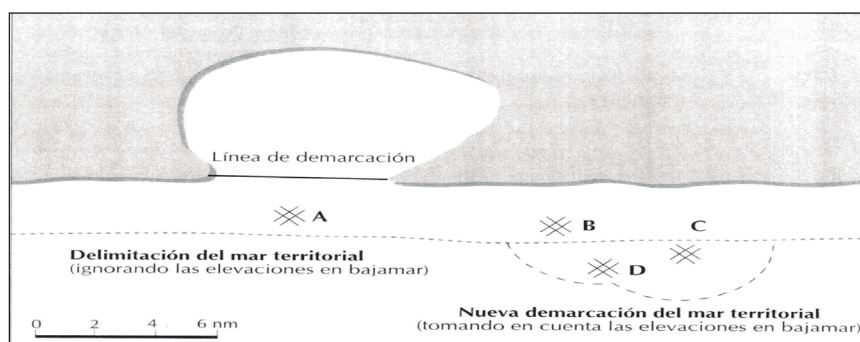
La Convención de Ginebra sobre Mar Territorial mantuvo esta alternativa pero atemperándola y matizando. Así, el Estado puede trazar líneas de base hacia elevaciones que emergen en bajamar, o a partir de ellas, siempre y cuando, “se hayan construido sobre ellas faros o instalaciones análogas que se encuentren constantemente sobre el nivel del agua” (Artículo 4°, inciso 3).

La Convención de 1982 de Montego Bay amplió aún más el alcance de esta excepción, ya que las líneas de base rectas pueden tratarse teniendo como apoyo las elevaciones que emerjan en bajamar, incluyendo

ca exclusiva, Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 99-117. 2) Symmons, Clive R. The Maritime Zones of Islands in International Law, La Haya, edit. Nijhoff, 1979.

aquellas desprovistas de toda superestructura generada por la mano del hombre, con el fin de que “el trazado de líneas de base hacia o desde elevaciones que emergen en bajamar haya sido objeto de un reconocimiento internacional general” (Artículo 7º, inciso 4).

Gráfica 9. Trazado de líneas de base rectas, tomando en cuenta elevaciones en bajamar: B, C, D



Por otro lado, el problema que se plantea con las elevaciones que emergen en bajamar es similar a aquel que surge respecto a las islas: ¿a qué nivel exacto de la marea baja esas elevaciones deben quedar al descubierto para ser consideradas como tales, es decir, como *low-tide-elevations* o, lo que es lo mismo, como *haut-fonds-découvrants*?

Según la doctrina más autorizada, la respuesta sería en el sentido que dado que la razón de ser de la regla sobre las *elevaciones que emergen en bajamar* es, ni más ni menos, que éstas son elevaciones que deben quedar al descubierto, aunque sea muy poco –al menos de tiempo en tiempo–, entonces parecería que puede muy bien admitirse que es suficiente que esas elevaciones queden al descubierto en la más baja de las mareas.

El carácter consuetudinario de la definición que se desprende de las elevaciones que emergen en bajamar es incuestionable, ya que los Estados, desde tiempo inmemorial, han siempre distinguido entre elevaciones descubiertas en forma permanente, y aquéllas que no se descubren más que a un cierto punto del reflujó de la marea.³³

33. Dipla Hartini, op. cit., pp. 43-49. 2) Lucchini, Lawrent/Voelckel, Michel. *Droit de la Mer*, tome I, éditions A. Pédone, chapitre III. pp. 320-356. 3) Kapoor, D.C/Kerr.

México y su régimen jurídico insular

Independientemente de las famosas Comisiones de Reclamación entre México y otros países, y que (no hay que olvidar) fueron auténticos tribunales de arbitraje, nuestro país ha sido parte en tres célebres arbitrajes:

El arbitraje relativo al *Fondo Piadoso de las Californias*, cuyo laudo desfavorable para México fue pronunciado por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, el 14 de octubre de 1902; el caso del *Chamizal*, cuyo laudo favorable para México fue pronunciado el 15 de junio de 1911, pero fue hasta el año de 1962 cuando los Estados Unidos de América resolvieron acatar los términos del fallo; y por último, el triste arbitraje sobre la *isla Clipperton, Médanos o de la Pasión*.

México y Francia firmaron un Acuerdo de Arbitraje, el 2 de marzo de 1909, designándose, de común acuerdo, por único árbitro al Rey de Italia, Víctor Manuel III, designación por cierto deplorable, y que habríamos de lamentar.

De conformidad con el Artículo 3º, los dos gobiernos se comprometían fielmente a observar el laudo arbitral, el cual fue dictado hasta el año de 1931, concediendo el árbitro la soberanía de la isla Clipperton a la República de Francia.

En uno de los más eminentes y reconocidos estudios sobre el caso Clipperton, su autor sostiene en conclusión lo siguiente:

Pero así como creemos sinceramente que el árbitro obró justamente al desechar los títulos históricos de México así también pensamos que debió haber procedido con el mismo rigor al estudiar los títulos históricos de Francia. Ciertamente que por no ser ni los unos ni los otros de evidencia apodíctica, tenía el árbitro cierta latitud de apreciación [...], pero si usó severidad con México, lo mismo debió haber sido con Francia, en lugar de apreciar sus actos como lo hizo, con la mayor liberalidad y por el lado más favorable [...]

J. Adam. *A Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Carswell Toronto, Calgary, Vancouver, 1986. Kapoor y Kett afirman que el término del Artículo 121, párrafo 3º, relativo a: "rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia" necesita de un examen sumamente cuidadoso "In order to sustain human habitation of their own, it is presumed that rocks do not necessarily have to be inhabited, but sustain life; this might imply the availability of water", *idem*, pp. 68-69.

A todo el rigor que se tuvo con México en el examen de sus títulos correspondió la mayor lenidad, la más benévola interpretación posible con los de la parte contraria. En nuestro concepto, un fallo justo hubiera sido el tener igualmente por dudosos los títulos de una y otra parte hasta 1897, y en la duda resolver la controversia a favor de México, que tenía la posesión más cierta *anima et corpore*, desde la expedición del Demócrata.³⁴

Ahora bien, lo que es jurídicamente inviable es el alegato de algunos autores que han estado clamando por que se reabra el caso de la isla Clipperton, pues según ellos, México, por razones supuestamente *supervenientes* principalmente (y por otras más), podría revertir el laudo arbitral dictado por el Rey de Italia, Víctor Manuel III, en el año de 1931.³⁵

Sin embargo, hay que recordar que el laudo arbitral, una vez dictado, es definitivo y obligatorio para las partes en litigio. El laudo posee la autoridad de cosa juzgada, de *res iudicata*, y los Estados deben ejecutarlo lo antes posible, y de conformidad al principio internacional de la *buena fe*.

34. Gómez Robledo, Antonio. *México y el arbitraje internacional*. Editorial Porrúa, México, 1965, pp. 152-155. En este Arbitraje sobre la isla Clipperton, México contó con uno de los mayores internacionalistas, el italiano Dionisio Anzilotti, quien en el Memorial sostenía tres puntos básicos en la defensa de México: I La isla de Clipperton, en 1858, formaba parte del territorio mexicano; II. Suponiendo que la isla no formase parte del territorio mexicano, la declaración de toma de posesión de Francia, en 1858, no pudo mudar condición jurídica de *res nullius* y, por lo tanto, México pudo válidamente ocuparla, como lo hizo en 1879; III. Suponiendo que Francia hubiese adquirido en 1858 un derecho a ocupar la isla Clipperton, este derecho no sería oponible a México, y en todo caso se habría extinguido por el no uso, *ibidem*. p. 117.

En igual sentido se pronuncia el especialista Luis G. Zorrilla en su libro: *Los casos de México en el arbitraje internacional*. Editorial Porrúa, México, 1981 (2ª edición). pp. 147-163. Véase igualmente los principales Documentos y Cartografía oficial presentados por México y Francia, en la publicación de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México: *Isla de la Pasión, llamada de Clipperton*, imprenta A. García Cubillas Cubas, pp. 1-96.

35. Véase principalmente en este sentido el libro de Miguel González Avelar, *Clipperton, isla mexicana*, Fondo de Cultura Económica, (sección de obras de historia), México, 1992. En particular el capítulo IX, pp. 192-217. En el sentido semejante se pronuncia David Vega Vera: "Clipperton, un caso olvidado de los juristas mexicanos" en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, 1976.

El principio esencial del derecho internacional sigue siendo el consistente en que la decisión arbitral es definitiva y sin lugar a apelación; no sería conforme a la exigencia de la estabilidad necesaria que deben revestir las relaciones internacionales, el que pudiera en todo momento, ponerse en tela de juicio los fallos y laudos arbitrales.

Desde hace muchísimo tiempo, el derecho internacional ha limitado la posibilidad de una rectificación del fondo del laudo arbitral, al solo caso de que se descubriera, sin lugar a dudas, un hecho nuevo, ignorado por los árbitros o jueces en el momento en que dictaron su decisión, y que, de haber sido conocido por ellos, hubiera sido de naturaleza sustancial y de fondo, de suerte tal que hubiese ejercido una influencia decisiva en el juicio del árbitro o árbitros.³⁶

En el importante caso de la Sentencia Arbitral Dictada por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 entre Honduras y Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia, en su decisión del 18 de noviembre de 1960, por 14 votos a favor, resolvió que la sentencia arbitral, dictada por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906, era absolutamente válida y por lo tanto obligatoria, debiendo ser ejecutada por Nicaragua.³⁷

El gobierno de la República de Nicaragua habría alegado ante la Corte de La Haya anular el Arbitraje de 1906, principalmente porque, según Nicaragua, la decisión del Rey Alfonso XIII no tenía carácter de

36. Rousseau, Charles, *Droit International Public-Les rapports conflictuels*, tome V, Edit. Sirey, Paris, 1983, p. 366. El principio en cuestión fue explícitamente consagrado por el Artículo 83, fracción 1° y 2° de la Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 en relación con las sentencias de la Corte Permanente de Arbitraje, y por el Artículo 61, fracción 1° del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia. Esta última recoge el principio consuetudinario de la manera siguiente: "Solo podrá pedirse la revisión de un fallo cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido de la Corte y de la parte que pide la revisión, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia" Artículo 61, fracción 1° del Estatuto de la CIJ, en: *Actes et Documents Relatifs a l'Organisation de la Cour*, no. 4, Netherlands, 1978, p. 84. En el mismo Artículo 61, en su fracción 5°, se prescribe además, que no podrá pedirse la revisión, una vez transcurrido el término de 10 años desde la fecha del fallo, *ibidem*.

37. Affaire de la Sentence Arbitrale Rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906-Arrêt du 18 novembre 1960 (Honduras C. Nicaragua), *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, pp. 192-217). El único voto en contra fue el del juez ad hoc por parte de Nicaragua, el Sr. Urrutia Holguin, pp. 221-239, *ibidem*.

una sentencia arbitral dictada de conformidad con el Tratado Gámez-Bonilla de 1894.

Aunado a ello, argumentaba Nicaragua, este tratado había expirado, cuando el Rey aceptó la función de árbitro único, y *a fortiori*, cuando se dictó la decisión en 1906.

Por último, aducía Nicaragua, el pretendido Arbitraje debía ser anulado, en virtud de que la decisión impugnada estaba viciada de errores esenciales; la decisión del Rey había excedido su jurisdicción, y finalmente, porque el pretendido laudo arbitral no estaba suficientemente motivado.³⁸

En su opinión individual, el juez Sir Percy Spencer confirmó compartir la opinión en el sentido de que Nicaragua estaba impedida (*precluded; forclos*) en todo punto a invocar uno u otro de sus pretendidos vicios del laudo, para invalidar a éste. Sir Percy Spencer sostuvo que debía otorgarse una importancia particular al hecho de que, durante largos años, después de haber tomado conocimiento de los términos de la sentencia, el Estado nicaragüense nunca opuso la menor de las objeciones en cuanto a la validez del laudo.³⁹

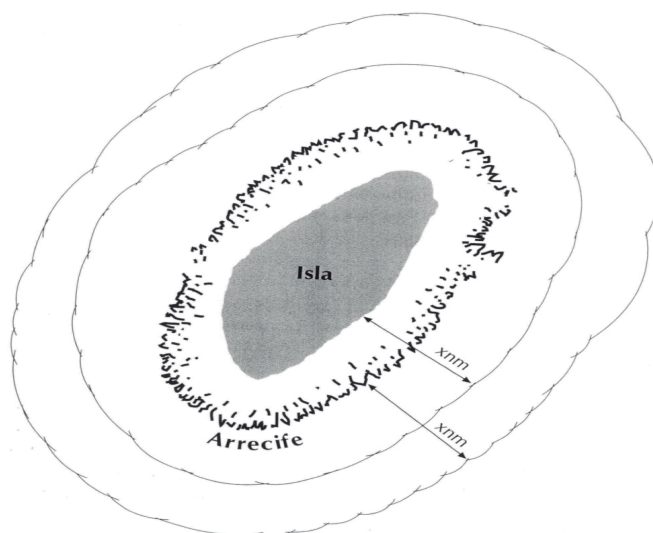
Teniendo en cuenta todo lo anterior, parece simple y llanamente un dislate jurídico pretender reabrir el caso de la isla Clipperton. Por lo demás no existieron, en este último caso, *vicios externos* que pudieran haber dado pie a la petición de nulidad del Compromiso de Arbitraje entre México y Francia.

No se puede alegar tampoco, con seriedad, *vicios internos o intrínsecos*, ya que no existió corrupción por parte del Rey de Italia; tampoco se puede aducir que actuó *ultra petita*, esto es más allá de sus facultades otorgadas, y menos aún podría invocarse que el laudo de 1931 estaba viciado de *error de derecho manifiesto y fundamental*, o supuesta falta de claridad, y menos aún, la existencia de hechos supervenientes de naturaleza tal a poder invalidar el laudo arbitral por el que perdió México la soberanía sobre la Isla de la Pasión o Clipperton.

38. *Recueil* 1960, *op. cit.*, pp. 197-198

39. *Separate Opinion of Percy Spencer, op. cit.*, pp. 219-220.

Gráfica 10. Arrecife/ isla: las islas deben quedar comprendidas dentro del trazado de líneas para su demarcación.



México ejecutó el laudo hasta finales de 1932, después de llevar a cabo exhaustivos exámenes y dictámenes encomendados a los organismos oficiales científicos y universitarios más idóneos. La mayoría de ellos fueron de la opinión que el laudo del Rey de Italia no adolecía de ninguno de los vicios que pueden invalidar una resolución arbitral. En los dictámenes se asentó que no había existido exceso de poder por parte del árbitro, ni prevaricato plenamente probado, y menos aún, aparición de pruebas que no hubieran podido ser conocidos antes del laudo por ninguna de las partes, ni por el árbitro mismo.⁴⁰

40. Gómez Robledo, Antonio. *op. cit.*, pp. 154-157. Véase el artículo de E. Zoller: "Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales", en *Annuaire Français de Droit International*, 1978, pp. 327 y ss.

Es preciso notar que en una hipótesis como la de la Sentencia de 1960 por la CIJ, no existe algo parecido a una creación de una jurisdicción superior al arbitraje. Ningún nuevo juez sustituye al árbitro para revisar su decisión sobre el fondo del asunto. El proceso ante la Corte tiene por único punto central, la ejecución de la sentencia. Es únicamente bajo esta perspectiva que la Corte de La Haya examinó la regularidad de designación de árbitros, el procedimiento, las lagunas invocadas por Nicaragua, así

Ley federal del mar de 1986, y el problema de islas y rocas

México posee 11,592.77 kilómetros de costas, de las cuales 8,475.06 corresponden al litoral del Pacífico, y 3,111.77 correspondientes a los litorales del Golfo de México y del Mar Caribe, incluyendo su territorio insular.

Cuando México proclama en el año de 1976 una zona económica exclusiva de 200 millas náuticas, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, nuestro territorio marítimo -favoreciéndose de nuestro territorio insular- se extendería sobre una superficie de 2 millones 822 mil kilómetros cuadrados.

A partir de entonces, y de acuerdo con el derecho internacional y nacional, México ejerce en todo ese espacio marítimo de cerca de 3 millones de km², derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y subsuelo del mar.⁴¹

Como sabemos, la aprobación del Senado de México a la Convención de Montego Bay de 1982 se realizó el 29 de diciembre del mismo año, publicándose en el *Diario Oficial de la Federación* los decretos de

como las presuntas contradicciones en la sentencia, el exceso de poder o el defecto de motivación suficiente de la decisión. Véase en este sentido el estudio del antiguo profesor de Rennes, Louis Cavaré: "L'arrêt de la CIJ du 18 novembre 1960 et le moyen d'assurer l'exécution des sentences arbitrales", en el volumen: *Mélanges offerts a Henri Rolin, Pédone*, Paris, 1964, pp. 39-54.

Uno de los análisis más exhaustivos de las causas de nulidad de un laudo arbitral se encuentra en el libro de Balasco, A. *Causes de Nullité de la Sentence Arbitrales en droit international public* (Prix Carlos Calvo), Editions, A. Pédone, Paris, 1938, pp. 403

41. Para el estudio, características y dimensiones de nuestras islas, cayos y arrecifes, pueden consultarse los siguientes cuatro títulos publicados por la Secretaría de Gobernación, por ser ésta la dependencia a quien corresponde la administración de las islas de ambos mares de jurisdicción federal: 1) *Islas mexicanas: régimen jurídico y catálogo*, Talleres Gráficos de la Nación, Secretaría de Gobernación, México, 1987, pp. 154. 2) *Islas del Golfo de California*, Talleres Gráficos de la Nación, Secretaría de Gobernación/UNAM, 2a edición, México, 1991, pp. 292. 3) *Cartografía histórica de las islas mexicanas*, Talleres Gráficos de la Nación, Secretaría de Gobernación, México, 1992, pp. 309. 4) *Islas: silentes centinelas de los mares mexicanos*, Secretaría de Gobernación, México, 1993, pp. 235. En esta última obra, se encuentra una excelente selección de nuestras islas en el Pacífico norte, en el Mar de Cortés, en el litoral del Pacífico del Golfo y Península de Yucatán.

aprobación y promulgación, el 18 de febrero y el 1° de junio de 1983, en forma respectiva.

El instrumento de ratificación de la Convención de 1982 fue depositado ante el Secretariado de la Naciones Unidas, el 18 de marzo de 1983.

La Convención de Montego Bay no entraría en vigor sino hasta el 16 de noviembre 1994, al haberse depositado por Guyana el 60° depósito de ratificación, 12 meses antes, conforme lo dispuesto por el Artículo 308 de la misma.

Esta Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, altamente compleja y negociada por casi 15 años, que prevalecerá en las relaciones entre los Estados partes, sobre las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar del 29 de abril de 1958, es *Ley Suprema de toda la Unión* conforme a nuestro Artículo 133 constitucional.

Dentro de esta tesitura, México legislaría una *Ley Federal del Mar*, en vigor desde el 9 de enero de 1986 (*DOF* 8/1/86), que consta de 65 Artículos y 4 transitorios, en donde se transcriben textualmente las disposiciones previstas en la multicitada Convención de Montego Bay.

Expedir una *Ley Federal* que reitera textualmente el contenido de una convención internacional, que México negoció, firmó, aprobó y ratificó, que está vigente, y que es por lo tanto un sólido cuerpo normativo que vincula jurídicamente a nuestro país, necesariamente plantea la interrogante, precisamente, del por qué la expedición de una nueva *Ley Federal del Mar*.

La Exposición de Motivos de la entonces Iniciativa de Ley tampoco arroja luz sobre la anterior interrogante, máxime que, enigmáticamente, asevera que ésta

tiene la importante característica de contribuir a la legislación vigente en la materia, pues codifica y desarrolla, en un cuerpo jurídico integral, en manera de una ley marco, las principales normas nacionales vigentes aplicables a nuestras zonas marinas, así como las nuevas normas internacionales en la materia, poniendo al día y adecuando las primeras a las segundas [sic].

Ahora bien, el problema grave y de fondo es que la citada *Ley Federal del Mar* de 1986, al transcribir fidedignamente lo prescrito en la Convención de 1982 sobre Islas y Rocas, está comprometiendo seriamente nuestras reivindicaciones sobre dichas figuras marítimas.

De conformidad con el Artículo 51 y el 63 respectivamente de la *Ley Federal del Mar*, las islas gozan de zona económica exclusiva y de plataforma insular, pero no así las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia.

¿En dónde radica el problema? El problema reside lisa y llanamente en que, con excepción de México, ningún otro país establece en absoluto una distinción entre las diferentes categorías de islas, ni entre éstas y las rocas, ni entre rocas aptas para mantener habitación o vida económica, y rocas no aptas a tales fines.

La República francesa, por ejemplo, ha establecido una zona económica exclusiva alrededor de sus posesiones insulares, incluso las más alejadas de ultramar, sin estar ni siquiera habitadas en lo más mínimo.

La Gran Bretaña, por su parte, ha reivindicado una zona de pesca exclusiva de 200 millas alrededor de rocas no aptas para habitación humana, *las Rockall* (1976); aunque hay que añadir que al momento de su adhesión a la Convención de 1982, este mismo país renunció a dicha zona de pesca (1997)

Jan Mayen, isla noruega, particularmente inhóspita, sin ningún recurso propio, sin población permanente, pero cuya superficie (373 km²) rebasa la Isla de Malta, posee una zona económica exclusiva y una plataforma continental, según los acuerdos de delimitación concluidos entre Islandia y Noruega del 25 de agosto de 1980 y del 22 de octubre de 1981.

Así pues, por lo que parece, solamente México a través de nuestra *Ley Federal del Mar* de 1986, de entre todos los demás Estados, despoja de zona económica exclusiva a las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia.

Lo delicado del problema es incuestionable, y tan es así, que países como Irán o Rumania, poco satisfechos con lo previsto en la Convención de 1982 sobre Rocas (Artículo 121, inciso 3º) acompañaron la firma de la Convención de declaraciones interpretativas, de tal suerte que no se les aplicara, en un futuro, las restricciones estipuladas en el Artículo 121, inciso 3º.⁴²

42. Lay, Houston, Churchill, Robin, Nordquist, Myron and Simimids (comps.). New Directions in the Law of the Sea, Oceana Publications and the British Institute of International and Comparative Law, 1973-1981, vol. I -11 y IV-XI

CAPÍTULO XXI

EL DERECHO INTERNACIONAL ENTRE DOS SIGLOS FRAGMENTOS METODOLÓGICOS Y TESTIMONIO

Dr. Carlos Mata Prates¹⁻²

I. Introducción

1.- Debo dejar constancia, en primer lugar, que es un verdadero honor el haber recibido la invitación de la Sociedad Brasileira de Derecho Internacional para realizar una contribución en la edición conmemorativa del *Centenario del Boletín de la Sociedad Brasileira de Derecho Internacional*.

2.- La edición especial del *Boletín* tiene por finalidad abarcar aspectos de la evolución del Derecho Internacional en los últimos dos siglos lo cual conlleva, obviamente, un extenso período histórico con sus lógicos impactos en las diferentes ramas científicas y, en especial, en la Ciencia del Derecho. A ello debe agregarse que el Siglo XX, considerado por algunos como el “siglo corto”, ha sido uno de los que mayores impactos y rupturas dejó en la vida social y científica a lo que debe agregarse la velocidad con la que se produjeron las mismas.

3.- Es por la antedicha razón que el presente trabajo se circunscribirá a dicho período histórico abarcando dos cuestiones, en primer término, algunos aspectos acerca de la evolución y la enseñanza del Derecho Internacional o al menos en la actual fase del mismo y, en segundo lugar,

1. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR). Magister en Ciencias de la Legislación y Gobernanza Política (Universidad de Pisa). Profesor de Derecho Internacional Público (UCUDAL) (CLAEH) y Profesor Adjunto de Derecho Público II (Administrativo) (UDELAR). Presidente de la Comisión Asesora del Poder Ejecutivo para el Establecimiento del Límite Exterior de la Plataforma Continental (COALEP). Director para Asuntos de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores. Vicepresidente del Comité Jurídico Interamericano (OEA). Vicepresidente de la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo (CTMFM). Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional. Correo electrónico: cmatapra@gmail.com

2. El presente trabajo, con modificaciones, fue publicado en el libro de Conmemoración de los Veinticinco años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay.

uno de los capítulos de la materia que se consolidó -con el alcance que veremos más adelante- sobre el final del siglo pasado, hago referencia, concretamente, al Derecho del Mar y su directa incidencia en asuntos estratégicos para los Estados, en especial, los ribereños.

4.- En definitiva, el presente trabajo pretende abarcar ambas temáticas o, más precisamente aún, una aproximación a las mismas como contribución a la merecida conmemoración del *Centenario del Boletín de la Sociedad Brasilera de Derecho Internacional*.

II. Algunos Aspectos Acerca de la Actualidad y la Enseñanza del Derecho Internacional Contemporáneo

5.- El Derecho Internacional es el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones (derechos y obligaciones), en general externas, de los miembros de la sociedad internacional a los que, el sistema normativo, reconoce subjetividad jurídica.

6.- En consecuencia, el supuesto necesario refiere a que la asignatura Derecho Internacional Público tiene como objeto de estudio un sistema normativo y, se desprende de ello, que su análisis es un análisis necesariamente jurídico.

7.- Es del caso señalar, también, que el Derecho Internacional presupone la existencia de la Sociedad Internacional a la cual se aplica dicho sistema normativo. Esta es una cuestión a destacar pues, en algunas ocasiones, lleva a confusiones, en especial, cuando se pretende comparar al Derecho Internacional con los Derechos Internos pues, como lo expresa Antonio Remiro Brotóns³, “*Respondiendo a las características de la sociedad internacional, el Derecho Internacional se vacía en un molde distinto al de los Derechos Estatales*”. El Derecho Internacional asume premisas diferentes al de los Derechos Internos pues se estructura en base al *principio de coordinación* mientras que los Derechos Internos los hacen a partir del *principio de subordinación*⁴

3. *Derecho Internacional. Curso General*, Ed. Tirant Lo Blanch (Valencia) (2010) pág. 37.

4. V. Carlos Mata Prates, *La Jerarquía de los Tratados en Nuestro Derecho: Una Relectura*, en *Anuario de Derecho Administrativo T. VIII*, FCU (Montevideo) (2000), págs.. 135 y sigts.

8.- Lo señalado precedentemente tiene directa consecuencia, entre otras, en la teoría de las fuentes del Derecho Internacional, en especial, en lo relativo al procedimiento para la producción de normas internacionales así como en el ámbito de validez de las mismas (subjetivo, temporal, territorial y material), a los entes a los cuales se le reconoce subjetividad en dicho sistema, la forma de interpretación, aplicación y, a su vez, lo referente a la coacción como elemento determinante de todo sistema jurídico, etc.⁵.

9.- Lo anterior, o la falta de comprensión de dichas premisas, llevó, en algunas oportunidades, a la realización de afirmaciones apresuradas las cuales, en sus posiciones más extremas, negaban la naturaleza jurídica del Derecho Internacional o lo estigmatizaban señalándolo como un derecho primitivo en comparación con los derechos internos, todo lo cual fue terminantemente desmentido una y otra vez por la realidad.

10.- Existen algunos hechos y fechas relevantes -aunque necesariamente la selección de los mismos tiene cierta arbitrariedad- en la historia del Derecho Internacional los cuales tienen directa incidencia en la estructura y funcionalidad del mismo y existe consenso en seleccionar los siguientes: a) el sistema de paz de *Westfalia* (1648); b) el *Congreso de Viena* (1815); c) el *Tratado de Versalles* (1919); con posterioridad a la finalización de la denominada Segunda Guerra Mundial, el sistema basado en la Organización de las Naciones Unidas (1945); y, finalmente, la *Institucionalización de la Sociedad Internacional y, en consecuencia, del Derecho Internacional* a partir de la década de los '80 del siglo pasado⁶.

5. V. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, FCU (Edición limitada con finalidad docente) (Montevideo) (1979); *Teoría General de las Normas*, Trillas (México) (2007); *Principles of International Law*, Hold, Rinehart and Winston, Inc. (USA) (1952); H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, AbeledoPerrot (Buenos Aires) (2012); James Crawford, *Chance, Order, Chance. The Course of International Law*, Hague Academy of International Law, Collected Courses Volume 365 (Boston).

6. Ver, entre otros, Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos (Madrid) (1980); Eduardo Jiménez de Aréchaga y otros, *Derecho Internacional Público T. I*, FCU (Montevideo) (2005); Hildebrando Accioly, G. E. Do Nascimento e Silva, Paulo Borba Casella, *Manual de Direito Internacional Público*, Saraiva (Sao Pablo) (2014); J. F. Rezek, *Derecho Internacional Público*, Saraiva (Sao Pablo) (2002); Julio D. González Campos y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, Thomson Civitas (España) (2008); Antonio Remiro Brotons, ob. cit.; Henry Kissinger, *La diplomacia*, FCU (México) (1995).

11.- Al finalizar la denominada Segunda Guerra Mundial y con la instauración primero y la consolidación a posteriori –naturalmente que dicho proceso no es lineal sino que depende de los momentos históricos, no obstante es correcto afirmar que se trata de una constatación fáctica- de la Organización de las Naciones Unidas y el fortalecimiento de las Organizaciones Regionales el Derecho Internacional Contemporáneo ha ingresado en una nueva fase histórica. Las principales características de la misma se pueden resumir de la siguiente manera: a) la codificación de materias (Convención de Viena del Derecho de los Tratados (1969)); Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas (1961); Convención de Viena de Relaciones Consulares (1963); Convención del Derecho del Mar (1982); Estatuto de Roma con la creación de la Corte Penal Internacional (1998); etc.); b) La institucionalización de las decisiones a nivel universal, haciendo especial énfasis en las diferentes materias (ONU; OMC; Banco Mundial; Fondo Monetario Internacional); c) La creación y aceptación de órganos jurisdiccionales permanentes (Corte Internacional de Justicia; Tribunal del Derecho del Mar; Corte Penal Internacional; etc.) y sistemas arbitrales (CIADI; etc.); d) La aceptación, por parte de los Sujetos, de que no existe, en principio, materia que se encuentre excluida de ser regulada por el Derecho Internacional; y, e) la definitiva aceptación de la primacía del Derecho Internacional sobre los Derechos Internos.

12.- Una de las críticas más incisivas que se le realizaba al Derecho Internacional, para negarle su naturaleza jurídica a dicho sistema, era la falta de un juez internacional que interpretara y aplicara la norma internacional. Al respecto es notable la evolución que se dio en dicho punto⁷ y, a manera de constatación, enumero alguno de los tribunales existentes al momento: a) *Tribunales con vocación universal*: Corte Internacional de Justicia; Tribunal del Derecho del Mar; Corte Penal Internacional; b) *Tribunales ad hoc*: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; Tribunal Penal Internacional para Ruanda; Corte Especial para Sierra Leona; Tribunal Especial para Líbano; *Órganos arbitrales*: Corte Permanente de Arbitraje Internacional,

7. V. el excelente trabajo sobre el punto de Wagner Menezes, *Tribunais Internacionais. Jurisdicao e Competencia*, Saraiva (Sao Paulo) (2013).

Órganos de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio; Centro Internacional de Solución de Controversias sobre Inversiones (CIADI); Finalmente, *órganos jurisdiccionales regionales*: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, etc.

13.- Esta nueva configuración institucional ha cambiado la dinámica del Derecho Internacional e incide en la enseñanza del Derecho Internacional contemporáneo, como viene de señalarse la codificación de diferentes materias mediante tratados multilaterales con alto nivel de aceptación; la creación de ámbitos de toma de decisiones universales (Consejo de Seguridad; OMC; etc.); el establecimiento de diferentes órganos jurisdiccionales no son aspectos indiferentes para la comprensión y análisis de la materia.

14.- En pleno proceso de consolidación de esta nueva realidad ya se expresaba dicha preocupación en diferentes ámbitos⁸.

15.- En lo que a la enseñanza del Derecho Internacional refiere debe asumirse, en primer término, que el objeto de estudio de dicha asignatura es un sistema jurídico y, en consecuencia, ello debe reflejarse en la metodología de la enseñanza y de la investigación. En segundo lugar, la enseñanza del Derecho Internacional contemporáneo sería inexacta y errónea sino se integra el cambio estructural y funcional que implica la actual fase de *institucionalización* de la Sociedad Internacional.

16.- Lo anterior debe integrar también como lo enseñaba el Profesor Héctor Gros Espiell -aunque no es una condición de enseñanza exclusiva del Derecho Internacional sino de todo el Derecho- el aspecto de que *“No se puede enseñar Derecho Internacional, aunque sea una materia jurídica, y deba ser una enseñanza técnicamente jurídica, sin una referencia constante a la política internacional y a las relaciones internacionales. Es decir, los programas de Derecho Internacional... deben mantener esta tensión constante de la realidad que se vive con el Derecho”*.

8. V. Jornadas y Cursos de Derecho Internacional organizados en el ámbito de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, Academia de la Haya, etc.

III. El Derecho Del Mar Contemporáneo con Especial Referencia a la Plataforma Continental⁹.

17.- Con la finalidad de mostrar como se manifiesta la institucionalización de la Sociedad Internacional analizaré una área que se encuentra regulada por normas internacionales abarcativas y suficientes, con amplia aceptación universal, me detendré en el Derecho del Mar y los desafíos que plantea dicho sistema para los Estados. La Convención sobre el Derecho del Mar (en adelante la Convención) fue aprobada por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar el 30 de abril de 1982 –consta de 320 artículos y varios anexos- constituyendo, al decir del Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, un verdadero Código del Mar o para otros doctrinos la Constitución del Mar. El 10 de diciembre de 1982 la Convención fue abierta para su firma, la República Oriental del Uruguay suscribió la misma, procediéndose posteriormente a su ratificación el 29 de julio de 1992.

18.- Con relación a lo dispuesto en la Convención sobre el Derecho del Mar me permito destacar que -naturalmente de manera esquemática- se conceptualizan, en principio, dos grandes áreas, el espejo y volumen de las aguas y, por otra parte, el lecho y subsuelo marinos.

19.- En lo referente al espejo y volumen de las aguas la Convención las subdivide, a su vez, en cinco zonas: las aguas interiores (artículo 8 de la Convención), el mar territorial (artículo 3 y sigts de la Convención), la zona contigua (artículo 33 de la Convención), la zona económica exclusiva (artículo 55 y sigts de la Convención) y la alta mar (artículo 86 y sigts de la Convención), correspondiéndoles a cada una de ellas un régimen jurídico singular y distintivo.

9. Muchas de las consideraciones que se realizarán fueron expuestas en las diferentes comparecencias a las Comisiones de Asuntos Internacionales y Defensa de las Cámaras de Senadores y Representantes; así como en el artículo *Delimitación Exterior de la Plataforma Continental. ¿La Última Frontera?*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU (Montevideo) (2011), págs. 1165 y sigts.; en *United Nations Convention of the Law of the Sea at 30: Reflections*, United Nations (New York) (2013), págs. 132 y sigt.; en la exposición *Extensión de la Plataforma Continental* realizada en el ciclo *Derecho y Sociedad* de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, el día 15 de octubre de 2014; y en la *Tribuna del Abogado del Uruguay*, Enero-Marzo No. 191 (Montevideo) (2015).

20.- Por su parte, en lo que al lecho y subsuelo marinos refiere la Convención distingue tres grandes zonas, lecho y subsuelo del mar territorial, la plataforma continental (artículo 76 y sigts de la Convención) y los fondos marinos y oceánicos denominado por la Convención como La Zona (artículos 133 y sigts de la Convención), otorgándoseles, a cada una de ellas, un diferente régimen jurídico.

21.- Debe señalarse que la Convención del Derecho del Mar (1982) no solamente regula aspectos sustantivos sino que, a efectos de hacer efectivo dicho régimen jurídico, establece cuatro órganos: 1) la Asamblea de Estados Parte; 2) la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (artículo 76 y Anexo II); 3) el Tribunal del Derecho del Mar (Anexo VI); y, 4) la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (artículos 156 y sigts.).

22.- En el caso de Uruguay, debe tenerse presente, que para comprender adecuadamente el alcance de la Convención del Derecho del Mar debe realizarse una interpretación que, necesariamente, integre y armonice esta Convención con el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (1973) celebrado entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay.

23.- Si bien el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (1973) es anterior a la Convención del Derecho del Mar (1982) es del caso recordar que el principal negociador de Uruguay de ambos instrumentos fue el Dr. Julio Cesar Lupinacci por lo cual, al negociarse el primero de dichos instrumentos jurídicos, se tenía conocimiento acerca de las tendencias que comenzaban a consolidarse en el Derecho del Mar y, en consecuencia, ambos son perfectamente compatibles. además de señalarse que tanto Argentina como Uruguay son Estados parte de la Convención del Derecho del Mar.

24.- A su vez, en relación a la interpretación de las disposiciones del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (1973) debe preferirse, como criterio general, aquella que haga compatible a éste con la Convención del Derecho del Mar (1982), teniendo en consideración que en ambos tratados son parte la República Argentina y la República Oriental del Uruguay y siguiendo los criterios establecidos, a dichos efectos, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

25.- A título ilustrativo, el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (1973) dispone en su artículo primero donde comienza el

Río de la Plata y hasta donde se extiende el mismo –“*El Río de la Plata se extiende desde el paralelo de Punta Gorda hasta la línea recta imaginaria que une Punta del Este (República Oriental del Uruguay) con Punta Rasa del Cabo San Antonio (República Argentina), de conformidad a lo dispuesto en el Tratado de Límites del Río Uruguay del 7 de abril de 1961 y en la Declaración Conjunta sobre el Límite Exterior del Río de la Plata del 30 de enero de 1961*”- la cual opera como línea de base de conformidad a la Convención del Derecho del Mar (1982); establece “*El límite lateral marítimo y el de la plataforma continental, entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina...*” (artículos 70 y sigt.); “*garantizan la libertad de navegación y sobrevuelo en los mares bajo sus respectivas jurisdicciones más allá de las doce millas...*”(artículo 72); “*Las partes acuerdan establecer una zona común de pesca, más allá de las doce millas marinas...*”(artículo 73 y sigts.); establece un régimen de prevención de la contaminación marina (artículo 78) y de investigación (artículo 79); entre otras cuestiones vinculadas al mar.

IV. El Concepto de Plataforma Continental en la Convención Del Derecho Del Mar

26.- Concretamente en lo que dice relación con la plataforma continental el artículo 76 preceptúa: “*La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia*”. Simplificando, es decir sin ingresar a otras hipótesis especiales previstas en la norma, se puede afirmar que la Convención les garantiza a todos los Estados ribereños, con independencia de los criterios geomorfológicos, una plataforma continental de 200 millas marinas.

27.- A su vez, en los casos en los cuales el Estado ribereño posea, de conformidad al criterio o a los criterios aceptados en la Convención,

una plataforma continental superior a las 200 millas marinas dispone el numeral 7º del artículo 76 de la Convención: *“El Estado ribereño trazará el límite exterior de su plataforma continental cuando esa plataforma se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante líneas rectas, cuya longitud no exceda de 60 millas marinas, que unan puntos fijos definidos por medio de coordenadas de latitud y longitud. 8. El Estado ribereño presentará información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida de conformidad con el Anexo II sobre la base de una representación geográfica equitativa. La Comisión hará recomendaciones a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de los límites exteriores de su plataforma continental. Los límites de la plataforma que determine un Estado ribereño tomando como base tales recomendaciones serán definitivos y obligatorios”*.

28.- Agrega luego la Convención: *“Artículo 77. Derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental. 1. El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales. 2. Los derechos a que se refiere el párrafo 1 son exclusivos en el sentido de que, si el Estado ribereño no explora la plataforma continental y no explota los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender estas actividades sin expreso consentimiento de dicho Estado. 3. Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa. 4.- Los recursos naturales mencionados en esta Parte son los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquéllos que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo o sólo pueden moverse en constante contacto físico con el lecho o el subsuelo”*. A su vez el artículo 78 y siguientes de la Convención establecen determinadas limitaciones al ejercicio del derecho de soberanía del Estado ribereño sobre su plataforma continental.

V. Naturaleza de las Recomendaciones de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental

29.- Es pertinente tener en cuenta la naturaleza de las recomendaciones realizadas por la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas (ONU) en el marco de la Convención del Derecho del Mar y del Derecho Internacional.

30.- Como cuestión previa entiendo oportuno consignar que, de conformidad al Anexo II de la Convención, la Comisión de Límites de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas marinas “*estará compuesta de 21 miembros, expertos en geología, geofísica o hidrografía, elegidos por los Estados Partes en esta Convención entre sus nacionales, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de asegurar una representación geográfica equitativa, quienes prestarán sus servicios a título personal*” (artículo 2°).

31.- Por su parte el artículo 3° del Anexo II preceptúa: “*1. Las funciones de la Comisión serán las siguientes: a) Examinar los datos y otros elementos de información presentados por los Estados ribereños respecto de los límites exteriores de la plataforma continental cuando ésta se extienda más allá de 200 millas marinas y hacer recomendaciones de conformidad con el artículo 76 y la Declaración de Entendimiento aprobada el 29 de agosto de 1980 por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. b) Prestar asesoramiento científico y técnico, si lo solicita el Estado ribereño interesado, durante la preparación de los datos mencionados en el apartado a)*”.

32.- Finalmente, en lo que a este estudio importa, “*la Comisión funcionará mediante subcomisiones integradas por siete miembros, designados de forma equilibrada teniendo en cuenta los elementos específicos de cada presentación hecha por un Estado ribereño*” (artículo 5° del Anexo II) y “*presentará sus recomendaciones a la Comisión*” (artículo 6° numeral 1 del Anexo II). De conformidad a lo dispuesto en el artículo 4° del Anexo II, el plazo para proponer la extensión del límite exterior de la plataforma continental más allá de las 200 millas deberá realizarse “*en todo caso dentro de los 10 años siguientes a la entrada en vigor de esta Convención respecto de ese Estado...*” (artículo 4° del Anexo II) Este plazo ha sido prorrogado siendo la fecha final admitida para realizar dicha presentación el 31 de mayo del año 2009.

33.- El numeral 7 del artículo 76 de la Convención establece: “*El Estado ribereño trazará el límite exterior de su plataforma continental, cuando esa plataforma se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde la líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial*”.

34.- A su vez la parte final del numeral 8 del artículo 76 expresa: “*La Comisión hará recomendaciones a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de los límites exteriores de su plataforma continental. Los límites de la plataforma que determina un Estado ribereño tomando como base tales recomendaciones serán definitivos y obligatorios*”.

35.- En consecuencia, en la concepción de la Convención el establecimiento del límite exterior de la plataforma continental corresponde al Estado ribereño, no obstante ello no le asegura un efecto erga omnes frente a la comunidad internacional, pues para obtener dicho efecto es necesario seguir el procedimiento establecido en la misma.

36.- Lo referido ut supra surge con meridiana claridad del numeral 8 del artículo 76 de la Convención al disponer que “*Los límites de la plataforma que determina un Estado ribereño tomando como base tales recomendaciones serán definitivos y obligatorios*”¹⁰.

37.- Es del caso señalar que, una vez establecido el límite exterior de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, dicho espacio pasará a formar parte del dominio público de la República estando regido por el régimen jurídico nacional e internacional. Me adelanto a señalar que, en caso de existir una contradicción entre la norma nacional y la de naturaleza internacional, la primera deberá adecuarse, necesariamente, al Derecho Internacional¹¹.

*VI. La Presentación de la República Oriental Del
Uruguay para el Establecimiento de su Plataforma
Continental Más Allá de las 200 Millas Marinas*

38.-Teniendo en consideración las normas de la Convención sobre el Derecho del Mar y, en especial, lo establecido en el artículo 76 y

10. El subrayado no pertenece al original.

11. V. del autor “La Jerarquía de los Tratados en nuestro Derecho: Una Relectura” en Anuario de Derecho Administrativo T. VIII (Montevideo), FCU (2000).

el Anexo II de la misma el Poder Ejecutivo, mediante Decreto N° 811/96 de 20 de agosto de 1996, dispuso: “1°.- Créase la Comisión Asesora del Poder Ejecutivo para el establecimiento del límite exterior de la plataforma continental” la cual estará integrada por un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores que la presidirá y representantes del Ministerio de Defensa Nacional (Armada Nacional), Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca y del Ministerio de Industria, Energía y Minería¹².

39.- Posteriormente, con fecha 20 de noviembre de 1998, se promulgó la Ley N° 17.033 denominada “Ley de Espacios Marítimos” la cual adecua la legislación nacional a las normas establecidas en la Convención. En el artículo 10 de dicha ley se establece: “La plataforma continental de la República comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá del mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio, hasta el borde exterior del margen continental. El Poder Ejecutivo a través de una Comisión Especial, presidida por un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores e integrada por representantes de los organismos competentes, dispondrá y coordinará las acciones pertinentes a efectos de la fijación del límite exterior de la plataforma continental de la República, de acuerdo a las disposiciones del artículo 76 de la Convención”¹³.

40.- Culminado el informe para el establecimiento del límite exterior de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas marinas -para el cual se contó con el asesoramiento, entre otros, del Instituto Alemán de Geociencias, de un integrante de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de NNUU así como el de otros expertos en el tema e intercambiado informaciones con las Comisiones respectivas de Argentina y Brasil- la COALEP elevó el mismo al Poder Ejecutivo el cual dispuso, mediante Resolución del 19 de marzo de 2009 (Asunto N° 131/2009), “1°.- Apruébase el informe presentado por la Comisión Asesora para el Establecimiento del Límite Exterior de la Plataforma Continental de la República (COALEP), el cual se anexa. 2°.- Encomiéndase a dicha Comisión la presentación del

12. Presidió la misma el Dr. Julio Cesar Lupinacci actuando el autor como Secretario de la Comisión.

13. Al producirse el deceso del Dr. Julio Cesar Lupinacci el autor fue designado Presidente de la COALEP.

informe referido a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas”.

41.- El 1º de abril de 2009 el Ministro de Relaciones Exteriores de la época, Dr. Gonzalo Fernández, acompañado del suscrito, en su carácter de Presidente de la COALEP, presentó el informe a los líderes de los Partidos Políticos con representación parlamentaria¹⁴.

42.- Posteriormente, dentro del término establecido en la Convención –mayo de 2009-, y tal como se expresó en el Comunicado de Prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores No. 68/09 “*El día 25 de agosto de 2009 en la sede de las Naciones Unidas (Nueva York) el Gobierno de Uruguay procedió a realizar la presentación ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas, con el propósito de determinar la fijación del límite exterior de la plataforma más allá de las 200 millas marinas establecidas en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar....*”

43.- Me permito señalar, finalmente, que con la presentación del informe culminó con éxito una etapa, la cual es necesariamente interna de la República, que insumió un esfuerzo y dedicación importante para un país de las dimensiones del nuestro y comenzó, a su vez, otra de interacción con la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de NNUU, órgano creado por la Convención a dichos efectos, y, con la Subcomisión establecida para el estudio de la presentación de Uruguay.

VII. El Estado Actual Del Proceso para la Extensión Del Límite Exterior de la Plataforma Continental

44.- La Subcomisión para el estudio de la presentación de Uruguay para extender el límite exterior de la plataforma continental de conformidad a la Convención del Derecho del Mar fue constituida en el año 2011 habiéndose realizado, a la fecha de la redacción de esta nota, nueve reuniones de trabajo así como intercambios de información.

14. Participaron en dicha reunión: el Dr. Luis Alberto Lacalle y Jorge Larrañaga (Partido Nacional); Dr. Jorge Broveto (Encuentro Progresista – Frente Amplio); Dr. Jorge Batlle y Prof. Luis Hierro López (Partido Colorado); y Dr. Pablo Mieres (Partido Independiente)

45.- En las sesiones de trabajo llevadas a cabo entre el 28 de julio y el 1º de agosto del año 2014, la Subcomisión aceptó los criterios sostenidos por Uruguay para establecer el límite exterior de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Lo anterior implica que, de 90.000 km² –refiere a la diferencia entre las 200 y 350 millas marinas- Uruguay, con el criterio acordado, tiene derecho a acrecentar sustantivamente su territorio subacuático a más de 81.000 km² lo cual pone en evidencia la importancia de dicha negociación.

46.- A lo anterior debe agregarse que -habiéndose producido una oportunidad inmejorable para los intereses de Uruguay- se procedió, en el mes de diciembre de 2014, a la adquisición y procesamiento de datos de sísmica en 2D en áreas de la plataforma continental de las cuales se carecía de información precisa, lo cual –de conformidad a la información primaria- mejorará aún más la posición de Uruguay para el establecimiento del límite exterior de su plataforma continental.

47.- No puedo omitir señalar, a su vez, que la metodología de negociación utilizada por la COALEP ha sido reconocida de manera positiva por diferentes países lo cual ha redundado en solicitudes de reuniones para intercambiar experiencias sobre la misma.

48.- Finalmente destaco, en primer término, que este proceso, necesaria e ineludiblemente, es un asunto de Estado por su importancia estratégica para el país y por haber comprendido más de un período de Gobierno, y así fue encarado. Este espíritu le otorgó certeza, continuidad y madurez a la negociación y culminará exitosamente con el incremento sustantivo de su dominio público a través de una Plataforma Continental cuyo límite exterior estará más allá de las 200 millas marinas. En segundo lugar, la negociación se realizó durante gobiernos democráticos, con todos los contralores respectivos, y ello no es un dato menor y debe ser destacado debidamente pues se inscribe en la mejor tradición republicana.

CAPÍTULO XXII

TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL AGREEMENTS UNDER THE NEW SPANISH TREATIES ACT

*Carlos Espósito*¹

A brand new law regulates treaties in Spain: the *Treaties and Other International Agreements Act*,² which was passed on 27 November 2014. This Act regulates both the conclusion of treaties and other international agreements in Spain as well as the role of the Spanish Autonomous Communities in international legal affairs. The short essay starts with a succinct account on the context, scope and goals of the Treaties Act and the Spanish treaty-making process. Then the treaty process for “other international agreements” regulated by the Treaties Act will give us the opportunity to discuss the grounds and wisdom for such regulation, a discussion that will naturally take us to the field of ‘federalist’ controversies.³

The Context and Goals of the Treaties Act

Spain acceded to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 on 16 May 1972.⁴ Around the same time, on 24 March 1972, the

1. Professor of International Law (Catedrático) at the University *Autónoma* of Madrid. This essay was prepared for a presentation at the Duke-Geneva Conference on Comparative Foreign Relations Law, Geneva, 10-11 July 2015. I thank Professor Curtis Bradley for the invitation, and all the participants for a rich discussion on various aspects on treaty process, federalism and foreign relations law.

2. Ley 25/2014, of 27 November 2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, available at <http://www.boe.es/boe/dias/2014/11/28/pdfs/BOE-A-2014-12326.pdf> (last visited 8 June 2015) [hereinafter ‘the Treaties Act’].

3. Spain is not exactly a federalist state; nevertheless, I use the word ‘federalism’ loosely to signal controversies over the exclusive power of the central Government or the Autonomous Communities to exercise certain competences stemming from the Constitution. For a discussion on the Spanish system from a federalist point of view, see RS Blanco Valdes, *Los rostros del federalismo* (Alianza, Madrid, 2012).

4. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331 [hereinafter VCLT].

Francoist regime issued a Decree to regulate the conclusion and publication of treaties in Spain.⁵ The Decree reproduced and adapted the wording of the VCLT on matters such as negotiation, adoption and authentication of the text of a treaty, expression of consent to be bound by a treaty and mentioned the possibility of provisional application of treaties; it also added provisions on the registration and publication of treaties. The Spanish Constitution of 1978 derogated from many of those provisions, but not all of them as the Decree of 1972 continued to govern many practical administrative matters related to the conclusion of treaties by Spain.

The Constitution has provisions concerning the conclusion of treaties, the treaty-making power, the process of democratic control of treaties by the Congress and the Senate, and incorporation of validly concluded treaties into the Spanish legal system.⁶ The Constitution also provides for the exclusive powers of the national government ('the State' in the terms of the Constitution) *vis à vis* the Autonomous Communities with regard to foreign affairs.⁷ With regard to the treaty making-process, the Executive has the discretion both to start negotiations to conclude a treaty and to ratify such treaties. However, there is a mandatory participation of the legislative power in the treaty-making process,⁸ as the Constitution provides for the control by the legislature through a compulsory authorization to the Government prior to expressing the consent to be bound by a treaty in the following cases: on the one hand, treaties that attribute constitutional powers to international organizations⁹ -such as the European Union- for which an overall majority vote through the

5. Decree 801/1972, of 24 March 1972, regulating the activity of the Administration of the State in matters of international treaties (in force until 18 December 2014), available at http://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1972-531 (last visited 11 June 2015).

6. Spanish Constitution, 6 December 1978, arts. 56, 63(2), 93-96.

7. Spanish Constitution, arts. 97 and 149(1)(3).

8. An accessible account of the Spanish treaty process provided for in the Constitution may be found in C. Izquierdo Sanz, "Parliamentary Procedure in the Conclusion of International Treaties in Spain", 5 SYBIL 1 (1997), available at <<http://www.sybil.es/documents/ARCHIVE/vol5/Izquierdo.pdf>>.

9. Art. 93: "Authorization may be granted by an organic act for concluding treaties by which powers derived from the Constitution shall be transferred to an international organization or institution. It is incumbent on the *Cortes Generales* [ie. the Congress and the Senate] or the Government, as the case may be, to ensure compliance with these treaties and with resolutions originating in the international and supranational organizations to which such powers have been so transferred."

adoption of a statute is required;¹⁰ on the other hand, those treaties listed in Article 94 of the Constitution, which are authorized by simple majority of the Houses: “a) Treaties of a political nature, b) Treaties or agreements of a military nature, c) Treaties or agreements affecting the territorial integrity of the State or the fundamental rights and duties established under Part 1 [of the Constitution], d) Treaties or agreements which imply financial liabilities for the Public Treasury, e) Treaties or agreements which involve amendment or repeal of some law or require legislative measures for their execution.” That article also provides in paragraph (2) that “[t]he Congress and the Senate shall be informed forthwith of the conclusion of any other treaties or agreements,” although in practice this option is almost never used. An advisory function of the Constitutional Court is also provided for in article 95, but not a specific referendum procedure for the conclusion of treaties.¹¹

Of course, the Constitution does not cover the general, administrative aspects of the treaty process, which until the entry into force of the Treaties Act were governed partially by the Decree of 1972, completed with numerous internal administrative orders known as Ministerial Circulars. This was one of the main reasons to adopt a comprehensive law regulating international treaties, a legislative ambition that has been on the desk of almost all Spanish democratic governments since 1979.¹² Another important reason for the adoption of a law of treaties

10. Art. 93 of the 1978 Constitution was adopted with a view to the subsequent application of Spain to become a member of the European Communities, and that explains the mere absolute majority requisite prescribed for in this provision. History proved that it was not necessarily a wise decision, and that a more demanding majority would have been more appropriate, such as the supermajority required for the ‘consent and advised’ of the Senate in the US Constitution. See A. Remiro Brotóns, “De los tratados internacionales (arts. 93-96 de la Constitución)”, en O. Alzaga (ed), *Comentarios a las Constitución española de 1978*, vol. VII (Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2da ed. 1999), pp. 491-651.

11. Referenda have been used twice under the 1978 Constitution: on the permanence of Spain as a member of the NATO on 12 March 1986, and on the establishment of a EU Constitution on 20 February 2005. Both referenda were voluntary called by the Government on the basis of Art. 92 of the Constitution. See *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, de M.E. Casas Baamonde et al ed. (Kluwer España, 2009).

12. See, e.g., *La celebración de tratados internacionales por España: Problemas actuales*, (Biblioteca Diplomática Española, Madrid, 1990), with a series of papers

was the need to deal with the increasing conventional practice by the Autonomous Communities affecting foreign affairs, particularly through MOUs, but also employing different sorts of international administrative agreements. These matters are now governed by the Treaties Act, which defines its scope in Article 1 establishing that its object is the regulation of the conclusion and application of international treaties, international administrative agreements and “non-normative” international agreements.¹³

Treaty Process Regulating ‘Other International Agreements’

The Treaties Act does not introduce substantial changes in the treaty process of international treaties.¹⁴ The most interesting and controversial aspect of the law as regards treaty process is the definition and regulation of international administrative agreements (IAI) and MOUs. As it happens in many countries,¹⁵ classic international treaties are just part of the foreign affairs legal toolbox in Spain, so that was one the explicit grounds for adopting a new law regulating “other international agreements.”

IAI is defined in article 2(b) of the Treaties Act as an agreement of an international character which “does not constitute a treaty,” concluded by public bodies of a subject of international law with subject-matter jurisdiction, covered by the main treaty’s scope, and governed by international law. This may be confusing, because international administrative agreements are treaties. The difference with international treaties according to

presented at a conference organized by the Spanish Diplomatic School to discuss the draft act on the law of treaties of 15 April 1985. The most comprehensive account on the law of treaties in Spanish is still A. Remiro Brotons, *Derecho de los tratados* (Madrid, Tecnos, 1986).

13. The Treaties Act does not cover EU agreements.

14. There are some interesting novelties regarding the rank of treaties in the domestic legal system and the rule governing direct application of treaties, but these matters are beyond the object of our present panel. A general account of the Treaties Law may be found in J. Martín y Pérez de Nanclares, “La Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar,” 76 REDI 1 (2015).

15. C.A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System* (OUP, 2013), Ch. 3; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (CUP 2000), Ch. 3.

the Treaties Act is that they need not be submitted to the Congress and the Senate before the expression of consent to be bound by the agreement, and that they may be concluded by public organs or entities of the State to develop or execute matters within the scope of the main treaty.¹⁶ So maybe what the drafters of the Treaties Act wanted to say is that international administrative agreements are not equal to international treaties, and that they must observe different domestic treaty processes.

The Treaties Act establishes in its Chapter IV the obligation to ask for the legal opinion of the Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs as to whether the agreement is a true international administrative agreement, and also to check with the Treasury about its budgetary commitment.¹⁷ It also provides that international administrative agreements should be published in order to become part of the Spanish legal system.¹⁸ Furthermore, the Ministry of Foreign Affairs will regularly publish a collection of international administrative treaties.¹⁹

Chapter IV of the Treaties Act regulates non-legally binding agreements²⁰ under the imprecise term “non-normative international agreements.”²¹ These agreements are not treaties: they are neither governed by international law nor constitute sources of legal obligations *per se*.²² The Treaties Act, however, requires that each body or organ with the authority to sign an MOU shall ask its legal services for an opinion on the legal nature of the agreement. It should also assure itself that the necessary budgetary needs are guaranteed. The Treaties Act requires that copies of all MOUs be sent to the Ministry of Foreign Affairs in order to keep a *register* of these international non-legal agreements.

16. Art. 38(1) Treaties Act (“Los órganos, organismos y entes de las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos internacionales administrativos en ejecución y concreción de un tratado internacional cuando el propio tratado así lo prevea.”)

17. Art. 39.

18. Art. 41. Cf. the Case-Zablocki Act, 1 U.S.C. 112b.

19. Art. 42.

20. A. Aust, “Alternative to Treaty-Making: MOUs as Political Commitments,” in *The Oxford Guide to Treaties* (D.B. Hollis ed. 2012) pp. 46-72.

21. The term was coined in the eighties, and have been used since then in ministerial circulars and other texts. See the chapter by Antonio Remiro in *La celebración de tratados internacionales por España: Problemas actuales*, supra note 9.

22. Arts. 2(c) and 43.

The Treaties Act deals with the internal point of view of international treaties and other international agreements.²³ The distinction among different kinds of agreements does not affect their international legality,²⁴ and it has not had a major influence in the case law of the International Court of Justice.²⁵ The question then is why did the Spanish legislator think it necessary and wise to regulate these three categories of international agreements instead of only proper international treaties as defined in article 2(1) of the VCLT? As I said in the beginning of this essay, there was a wide consensus on the need to replace the old pre-constitutional regulation with a new law of treaties. The scope of the Treaties Act is, however, more controversial. Indeed, some thought that it was unnecessary (and even wrong) to include AIAs and MOUs,²⁶ while others thought that it was short in scope as the trilogy of categories left some relevant international agreements out of the picture.²⁷

Both critiques make some interesting points. The latter, concerning incompleteness, may prove right in cases of sole executive treaties, since the definition of AIA only seems to cover agreements based on a principal treaty providing for the authority to execute its provisions through further administrative agreements.²⁸ The drafters of the Treaties Act were not persuaded by this critique: they seemed to understand that those agreements, including sole executive treaties, fall under

23. See Bradley, *International Law in the U.S. Legal System*, supra note 14, at p. 74 (“The distinction between treaties and executive agreements is one of U.S. law, not international law”).

24. Art. 26 VCLT.

25. *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports 1994, p. 112. See also *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, ICJ Reports 2002, p. 303. See J. Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Kluwer, 1996).

26. A. Fernández Tomás, “Parliamentary Control of “Other International Agreements” in the New Spanish Treaties and Other International Agreements Act (TOIAA),” 18 SYBIL 61 (2013-2014), available at http://www.sybil.es/documents/ARCHIVE/vol18/4_Fernandez_Tomas.pdf

27. Opinion of the Spanish Conceil of State 808/2013, of 3 October 2013, available at <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-808>.

28. For example, art. 3 of the Second Protocol of Amendment of the Agreement between the United States and Spain on defense cooperation, of 1 December 1988, signed in 10 October 2012 (authorizing the conclusion of administrative agreements in conformity with the Agreement and the national legislations of the Parties).

the category of international treaties, and so require the normal treaty process,²⁹ or they are international agreements governed by national law. Both are out of the AIA definition.

The critique on the lack of justification to include the new categories of international agreements is more complex. A general point affecting both AIAs and MOUs is that for some authors the treaty system had functioned rather well with the Decree plus the Circulars, so allegedly there was no need to opt for a law with such a comprehensive scope.³⁰ The legislator was not impressed by this argument, and believed that the legal system could not continue to avoid the proper regulation of the rich practice of international agreements.³¹

Regarding AIAs, the critiques have concentrated on the avoidance of control by the legislative, and in the consequences of their vague legal nature.³² Let us recall that AIAs are not to be submitted to the treaty process provided for in the Constitution for international treaties, which requires the authorization (and therefore the control) of the Congress and the Senate prior to the government's expression of consent to be bound by the treaty. The Treaties Act requires a consultation to the Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs on the nature of the agreement,³³ and its *publication* in the Official Journal.³⁴ The criticism is based on the idea that what matters for the determination of a treaty in the Spanish constitutional system is its substance, not its form.³⁵ It has been suggested³⁶ that the discussion was particularly intense because

29. Cf. Judgment of the Constitutional Court 155/2005, 9 June 2005 (sustaining the unavoidable necessity of Parliamentary control for certain international agreements with the IMF), available at <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/5415>.

30. Fernández Tomás, *supra* note 25, p. 64.

31. Preamble of the Treaties Act. See also Martín y Pérez de Nanclares, *supra* note 13.

32. The place of IAI in the Spanish legal system will not be considered in this panel. The main problem, however, becomes evident when one thinks of the provision of the Treaties Act affirming that AIA are not treaties and its consequences. If this affirmation is taken literally, then those international administrative agreements will not necessarily be put at the same hierarchical level as treaties, i.e. above legislation and below the Constitution, as derived from art. 96 of the Constitution and its systematic interpretation.

33. Art. 39(1) Treaties Act.

34. Art. 41(1) Treaties Act.

35. See Fernández Tomás, *supra* note 25, p. 79.

36. Martín y Pérez de Nanclares, *supra* note 13, p. 43.

it coincided with the controversial decision by the Office of the Legal Advisor holding that the agreement on the financial sector adjustment program for Spain of the Memorandum of Understanding between the European Commission and Spain on Financial Sector Policy was an “international administrative agreement”.³⁷ The huge amount of debt contracted by Spain for the restructuring and recapitalization of the Spanish banking sector was a key element to support the opinion that the MOU was in fact an international treaty requiring the procedure provided for in article 94 of the Constitution.³⁸ For the Legal Advisor the agreement was founded in the previous Framework Agreement on the European Financial Stability Facility of 2010,³⁹ and therefore was properly considered an AIA.⁴⁰ Apart from that case, the rich Spanish practice on AIAs has been less controversial.

The previous example is also useful to refer to the main criticism regarding the extensive use of MOUs by the Executive. The Treaties Act intends to tackle ‘hidden treaties’⁴¹ made as MOUs with the following two requirements: first, MOUs should be submitted to the legal advisors of the bodies or organs intending to sign them;⁴² second, MOUs should be communicated to the Ministry of Foreign Affairs in order to be included in a special Registry of MOUs.⁴³ This is helpful, especially the obligation to register these non-binding agreements, which may prove beneficial for a better practice on MOUs and their transparency. Until now, the practice was disperse and chaotic, since the International Law Department of the Ministry of Foreign Affairs

37. Memorandum of Understanding on Financial Sector-Policy Conditionality, Brussels and Madrid, 23 June 2012, published in the BOE n° 296, 10 December 2012.

38. See Fernández Tomás, *supra* note 25, p. 79.

39. Available at http://www.efsf.europa.eu/attachments/20111019_efsf_framework_agreement_en.pdf.

40. Martín y Pérez de Nanclares, *supra* note 13, p. 43, fn. 119.

41. J. González Vega, “¿Tratados ocultos?, sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada no convencional en el marco de las competencias reservadas a los tratados internacionales,” in S. Torres Bernárdez et al., *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor L. I. Sánchez Rodríguez* (Iprolex, 2013), p. 75 (studying ‘hidden treaties’ affecting the categories included in the list of treaties of Art. 94(1) of the Spanish Constitution, which need a parliamentary authorization).

42. Art. 45 Treaties Act.

43. Art. 48 Treaties Act.

checked only a few of those agreements.⁴⁴ Moreover, some public bodies and Ministries used and abused MOUs, particularly in certain sensible areas, such as defense and foreign aid. The very broad capacity to make MOUs remains problematic,⁴⁵ and of course the registry to be kept by the Ministry of Foreign Affairs will not solve the difficulties arising from treaties wrongly qualified as ‘non-normative agreements’. Having said that, such risk already existed before the Treaties Act, and one must insist that the obligation to publish these agreements in an official public registry creates a strong incentive to establish a better practice on MOUs.

The Role of the Autonomous Communities in the Treaty Process

One of the bodies with the capacity to make AIAs and MOUs are the Autonomous Communities of Spain. The Treaties Act regulates this power in its Title V on Autonomous Communities, Cities of Ceuta and Melilla, and Local Entities. A long road has led Spain into this intricate landscape. In fact, most observers believe that the projects to regulate treaties failed due to the lack of consensus on the role of the Autonomous Communities in the treaty-making process.⁴⁶ This is not totally true as the lack of will to coordinate the different ministries and other organs of the central Government was indeed responsible for those failures as well – they did not want to give up the power to control their foreign relations quota, which in some cases means a huge deal of power. The zeal to keep a capacity to project domestic powers externally will not disappear, but it may be less problematic if there is a substantive positive contribution of the new Inter-ministerial Commission established by the Treaties Act to deal with the coordination of treaties and other international agreements.⁴⁷

44. A Circular of the Ministry of Foreign Affairs was applicable for the determination of the legal nature of ‘non-normative agreements’. Circular 3.286 of the Ministry of Foreign Affairs, 19 July 2010.

45. Art. 44 Treaties Act.

46. C. Espósito, “Reflexiones sobre la reforma del servicio exterior de España,” FRIDE Working Paper (2005), available at <http://fride.org/publicacion/50/reflexiones-sobre-la-reforma-del-servicio-exterior-de-espana>.

47. Art. 6 Treaties Act.

According to the Spanish Constitution, the treaty-making power is an exclusive competence of the Spanish national government.⁴⁸ Article 149(1)(3) of the Constitution clearly establishes that “[t]he State holds exclusive competence over (...) international relations.” This provision may be read in a strict manner, as shown by the first judgments of the Constitutional Court dealing with controversies over foreign relations competences between the State and the Autonomous Communities, which upheld the exclusion of the Autonomous Communities from the treaty-making process.⁴⁹ The participation of Autonomous Communities was also restricted by the fact that they did not have effective indirect ways to participate in the treaty-making process. Indeed, in other countries, the Senate would represent rather well the interests of the territorial entities of the State, whether federal states, Länder or regions. This would satisfy, at least with regard to solemn treaties, the legitimate quest for participation of the basic territorial entities of the State. This is not the case in Spain, where the Senate is weaker than the Congress, and it is not well prepared to represent the interests of the Autonomous Communities, but those of the provinces of Spain.⁵⁰ Moreover, the Autonomous Communities did not have clear rules to participate in the negotiations and implementation of agreements affecting their own constitutional competences, a problem which was evident in trans-frontier relations, but also in the European Union sphere.⁵¹

Such background has changed considerably over the years. Firstly, the Constitutional Court accepted, soon after its initial judgments on the role of Autonomous Communities with regard to international agreements, that these entities had a relevant role in ‘international relations’, an expression that should be constructed in a less extensive manner. Therefore, while affirming the exclusive competence of the

48. Cf, e.g., Art. I, Section 10 U.S. Constitution; Art. 117(1) of the Constitution of México; Art. 59 of the Constitution of Germany; *et cetera*. For a comparative study see Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems* (OUP, 2011) (with 27 country studies, not including Spain).

49. Constitutional Court, Judgment 137/1989, 20 July 1989 (denying the power of the Autonomous Community of Galicia to conclude a «Communiqué of Collaboration» with Denmark, which was signed on 2 November 1984). See also judgment 149/1991, 4 July 1991.

50. A. Remiro et al, *Derecho internacional* (Tirant lo Blanc, 2010) p. 400.

51. Cf. Arts. 23 and 24(1)(a) of the German Constitution.

State to conclude solemn international treaties, the Court recognized the power of the Autonomous Communities to make some international agreements and even establish offices abroad to deal with matters of their competence.⁵² Secondly, many Statutes of the Autonomous Communities, particularly after their recent amendments, include different kinds of external competences.⁵³ This is the practice that will now be regulated by the new Treaties Act.

Title V of the Treaties Act regulates Autonomous Communities takes into account this complex and sometimes awkward legal and political panorama. There are several rights and obligations concerning the participation of Autonomous communities in the treaty process.⁵⁴ The Autonomous Communities have now the right to request the central Government to open negotiations of treaties on subject matters of their own jurisdiction or affecting in a special manner their territorial scope. They may also request to be part of the Spanish delegation charged with such negotiation. The Government is under the obligation to give a reasoned answer to these requests. The Autonomous Communities may submit comments on the negotiation of those treaties, which shall be taken seriously by the Government. Furthermore, the Government shall inform the Autonomous Communities about the negotiation and ratification of treaties affecting their subject matter jurisdiction.

The Treaties Act also regulates the power of the Autonomous Communities to conclude AIAs and MOUs.⁵⁵ The Autonomous Communities may conclude AIAs executing or crystallizing an international treaty on subject matters of their own jurisdiction with due regard to the provisions of such international treaty. AIAs negotiated by Autonomous

52. Constitutional Court, judgment 165/1994, of 26 May 1994 (on the right of the Basque Government to establish an office in Brussels). See, however, judgment 198/2013, of 5 December 2013 (affirming the exclusive jurisdiction of the State under Article 149.1.3 of the Constitution to make treaties with other countries, and nullifying the Fishing Agreement of 21 September 2003 between the Regional Minister of Fisheries of the Basque Country and the Minister of Fisheries of the Republic of Mauritania).

53. See, e.g., articles 192-200 of the Organic Law 6/2006, of 19 July 2006, on the Reform of the Statute of Autonomy of Catalonia, available at http://www.parlament.cat/porteso/estatut/estatut_angles_100506.pdf. See

54. Arts. 49-51 Treaties Act.

55. Arts. 52-53 Treaties Act.

Communities must be submitted to the Ministry of Foreign Affairs before their conclusion in order to obtain the opinion of the office of the Legal Advisor, who should decide on whether they are AIAs or treaties. MOUs may also be signed by the Autonomous Communities on subject matters of their own jurisdiction; they shall also be submitted to the report of the Legal Advisor on their legal nature and procedural requirements.

Final Remarks

It is too early to judge the performance of the Treaties Act. The legislative update was clearly needed, and it is a fair goal to aim at putting order in the complex area of practice concerning the legal foreign affairs of Spain. The measures intended to increase transparency and control over the conventional activities of diverse organs and bodies negotiating AIAs and MOUs are also significant. The challenges, however, remain considerable, and they may not necessarily arise from the functioning of the law but from entrenched practices, deficiencies, and equilibriums of power within the Administration and the nation.

Some people doubt the force of the incentives to do away with ‘hidden treaties’ and to strengthen the role of the legislative. In my view, the problem lies not within those mechanisms of control, which function well when they are followed,⁵⁶ but in the poor involvement of the legislative in the treaty-making process. The formal rules of the Constitution, and now the Treaties Act, are structurally fine. Nevertheless, the role of the Congress and the Senate in the scrutiny and democratic control over treaties is scarce and deficient – as a general rule, it is a “low intensity intervention” at best.⁵⁷ The Foreign Affairs Committee of the Congress is prone to discussing controversial political issues, but does not have a proper practice for the thorough examination of the treaty-making process. The Congress and the Senate usually authorize the Government to express consent to be bound by treaties without any discussion or debate at all. When legislators are asked about this deficiency, some would allege lack of resources. There

56. The mandatory reports on the legal nature of treaties of the Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs and the Council of State are highly appreciated.

57. A. Remiro Brotóns, *Política exterior de defensa y control parlamentario* (Centro de Estudios Constitucionales, 1988) p. 137.

is some truth to that, of course, but is not a very persuasive argument since such democratic control has never been a legislative priority – a culture of democratic scrutiny of treaties is simply absent from the Spanish parliamentary practice.⁵⁸ A more sophisticated response to that fact is based on the existence of a sort of consensus on foreign policy in the Parliament. From this perspective, the lack of debate would not be a mere *blanc cheque*, but a recognition of all legislatures since the Spanish transition that foreign affairs policy is a State policy. Such explanation is not convincing. There have been situations of vast dissent on foreign affairs policy, and in any case the legislative power has a constitutional democratic mandate to control the treaty-making practice of the Government.

The other challenge that must be mentioned lies in the political tensions created by the will of many Autonomous Communities to acquire more and more foreign relations power, as expressed in the letter of their Statutes of Autonomy, and of the will of some of them to have a foreign power of their own. The fair aspirations of the Treaties Act to coordinate the practice of Autonomous Communities concerning international agreements would become sterile without a minimum respect of the federal loyalty principle.

58. This is demonstrated by the interventions of one Congressman from the Plural Left coalition, Mr. Joan Josep Nuet, who has dare to make questions over certain treaties submitted by the Government for parliamentary authorization, and therefore generated some debate over treaties in the Congress Foreign Affairs Committee.



CAPÍTULO XXIII

EVOLUTION AND PRESENT PROBLEMS OF THE LAW OF THE SEA

Tullio Treves¹

Evolution

The law of the sea is one of the most ancient branches of international law, as old as international law itself. Its historical development has been driven by political, economic, security and, in more recent times, scientific and environmental interests. The evolution of technology and science plays a significant part. These interests and developments have given rise to competing claims to the freedom of the seas and to the exercise of exclusive (or sovereign, or jurisdictional) rights by States. The tension between, and the accommodation of, these competing claims is the recurrent theme of the expansion of the law of the sea.

International law in this field has expanded in two ways sometimes overlapping. It was driven, firstly, by the necessity to add details to the few basic customary rules that for centuries constituted the substance of the international law of the sea. These were the rules providing for exclusive rights of coastal States in a narrow band of waters adjacent to their coast (the territorial sea) and for the freedom for all States to conduct activities in the rest of the sea (the high seas). This freedom consisted in the right for each State to claim non-interference by other States with vessels linked to it by nationality.² Secondly, the law of the sea also expanded – similarly to space and environmental

1. *University of Milan, Former Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea, member of the Institute of International Law and of the Curatorium of the Hague Academy of International Law.*

2. As famously stated in a study of the UN Secretariat attributed to Gidel: “L’idée essentielle contenue dans le principe de liberté de la haute mer est l’idée d’interdiction d’interférence de tout pavillon dans la navigation en temps de paix de tout autre pavillon. L’interdiction d’interférence se construit sur la notion de pavillon, c’est-à-dire sur le symbole de rattachement du navire à un Etat donné et non pas sur la notion de nationalité des individus intéressés dans les rapports maritimes dont il s’agit. (UN

law – to regulate human activities hitherto unregulated or conducted in maritime spaces hitherto unreachable.

Customary international law formed up to the middle of the twentieth century added to the density of the two basic rules though the formation of rules concerning, *inter alia*, the exercise of sovereignty on the territorial sea, the baseline for the determination of the breath of the territorial sea including in the presence of bays and islands, straits, the difference between internal and territorial waters, innocent passage of foreign vessels (including military ones) through the territorial sea, criminal and civil jurisdiction on vessels passing through the territorial sea and in port, the right of hot pursuit from the territorial waters into the high seas. An obstacle to this process, confirmed by lack of success of attempts to reach agreement in codification conferences convened by the League of Nations at the Hague in 1930 and by the United Nations at Geneva in 1958 and again in 1960, was the question of the breath of the territorial sea. According to the main maritime powers international law prescribed a maximum breath of three miles, while other States adopted territorial seas of six or twelve miles claiming their conformity to international law.

The UN Convention on the Law of the Sea

This problem could be solved only during the seventies of the 20th century by the recognition by practically all States of the conformity with international law of territorial seas of up to 12 miles. This was the result of the Third UN Conference on the Law of the Sea (1973-1982) and of the practice of States during its preparation and holding, as well as its aftermath, and expressed in the clear provision of article 3 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) adopted by the Conference in 1982. This important step in the expansion of international law within the framework of the traditional notions was made as a part of a package of other steps whose cause and origin was especially the political change brought about by the independence, mostly during the sixties of the 20th century, of many former dependent territories.

doc.. A/CN.4/32, Yearbook of the International Law Commission, 1950, II, p. 67 ff. at para 9 on p. 69 – original French, no transl. available)

These steps consisted mainly in the recognition of the exclusive economic zone of 200 miles (absorbing the aspiration to 200 miles maritime domains pursued since the forties of the 20th century by Chile, Ecuador and Peru and later adopted by many newly independent States) and of a system including various maritime zones whose limits and regimes were defined. Some of these zones were already known, although their external limits were redefined, such as the contiguous zone and the continental shelf. In addition to the exclusive economic zone, over which sovereign rights and jurisdiction over resources and other activities were recognized to the coastal States, other zones were entirely new: archipelagic waters, a 24-mile zone in which the right of the coastal State to approve the removal of objects of archaeological and historical nature found at sea was recognized, and the International Seabed Area (the Area) including the seabed and ocean floor and the subsoil thereof beyond the limits of national jurisdiction.

This definition of a system of maritime zones had the result, especially through the Third UN Conference on the Law of the Sea, the UNCLOS and the practice generated by it, of expanding the reach of international law to the detailed regulation of activities such as fishing, the laying of cables and pipelines, marine scientific research and to general rules on the protection of the marine environment. The jurisprudence of international courts and tribunals further refined this process of expansion by clarifying whether and how existing rules could be interpreted as to encompass activities hitherto not envisaged. So, the International Tribunal for the law of the sea reached the conclusion that the regulation of bunkering (an activity not considered by the States negotiating the UNCLOS) of fishing vessels in the exclusive economic zone is covered by the rules governing fisheries in that zone.³ So, the International Court of Justice, arbitration tribunals and the International Tribunal for the law of the sea, on the basis of the scant indications given by articles 74 and 83 of UNCLOS, developed a methodology for the decision of

3. The *Virginia G.* case, Judgment of 14 April 2014, ITLOS, Reports 2014, (and www.itlos.org), paras 209-223. In the previous *MV Saiga* Nr. 2 case (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*), Judgment of ITLOS Reports 1999, p. ff, at para the Tribunal had examined the question but decided it was not necessary to solve it.

disputes concerning the delimitation of maritime areas between neighbouring States.⁴

Compulsory settlement of disputes: a major achievement

A major achievement of UNCLOS is that it has brought the law of the sea under the jurisdiction of international courts and tribunals. Disputes arising between States parties and concerning the interpretation or application of the LOS Convention may be submitted at the initiative of one party to the dispute (and also under an agreement of both parties) to an international court or tribunal whose judgment is binding.

This compulsory mechanism for the settlement of disputes is not without limitations and exceptions (articles 297 and 298 of UNCLOS). Moreover, the exercise of compulsory jurisdiction under the LOS Convention is entrusted to a plurality of adjudicating bodies, the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), the International Court of Justice and arbitration tribunals, with a built-in preference for the latter, and other compulsory mechanisms applicable between the parties are recognized priority over those set out in the LOS Convention.

This indicates that uniformity of jurisprudence was not seen as high priority by the States negotiating the LOS Convention, a fact that may be seen as somehow strange in light of today's concerns for fragmentation of international law caused by "proliferation" of international courts and tribunals. This indicates also, however, that the framers of the LOS Convention were perfectly aware that the decision they were taking in submitting the Convention to compulsory dispute-settlement – something unprecedented in the history of codification conventions – was a momentous one well worth accepting exceptions and limitations as well as a plurality of adjudicating bodies.

Practice since the LOS Convention has entered in force shows that the submission of the Convention to compulsory adjudication has slowly contributed to make recourse to international judges and arbitrators a physiological, not necessarily hostile, occurrence in international

4. For a synthesis of this jurisprudence, T. Treves, Maritime delimitation and offshore features, in S. Jayakumar, T. Koh, R. Beckman (eds), *The South China Sea Disputes and Law of the Sea*, Celtenham UK and Northampton MA, USA, 2014, p. 121 ff., at 126-133.

relations as regards law of the sea questions. The ITLOS and “annex VII” arbitration tribunals have been seized, on the basis of the jurisdictional clauses of the LOS Convention, in numerous occasions since 1994. The ICJ, although it has never been seized under these clauses, has had a number of opportunities to apply the LOS Convention and has made a significant contribution to the interpretation of some of its provisions. So far no conflicting views have emerged as between these different adjudicating bodies.

Another significant development relating to the settlement of disputes is that a number of agreements concerning the law of the sea, starting with the Fish Stocks agreement of 1995 and including most recently the Wrecks Removal convention of 2007, adopt, for the settlement of disputes regarding their interpretation and application, the dispute-settlement provisions of the LOS Convention. This applies also for disputes involving States not parties to the latter. In this way, a linkage is established between conventions with different States parties that is bound to contribute – the plurality of adjudicating bodies notwithstanding – to a uniform development of the law⁵.

New law for new problems: experience and prospects

During this history of expansion through building upon existing rules, on some occasions States have been confronted with certain activities that could not be governed by existing rules because these rules did not provide a satisfactory regulation or because the activities were completely extraneous to existing law. In these cases international law expanded through the formation of new law, similarly to what happened for space activities or for the protection of the environment.

A first occasion was the law of the continental shelf. During the second World War the development of technology for exploration and exploitation of hydrocarbons on the seabed and the pressing need for oil and gas due to the war situation were at the origin of a

5. T. Treves, 'Dispute-Settlement in the Law of the Sea: Disorder or System?', in M. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/ La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Brill, 2007, pp. 927-949.

Proclamation by the President of the United States Harry S. Truman dated 28 September 1945 (the ‘Truman Proclamation’) concerning the ‘Natural Resources of the Subsoil and the Seabed of the Continental Shelf’.⁶ The Proclamation is a claim that the natural resources of the subsoil and seabed of the continental shelf beneath the high seas but contiguous to the coasts of the United States «appertain» to it under its jurisdiction and control. It goes beyond what had hitherto been accepted in international law, with the exception of the immediate precedent of the 1942 Treaty between Great Britain and Venezuela Relating to the Submarine Areas of the Gulf of Paria.⁷ The Proclamation was soon followed by proclamations and legislation by other States in the Americas, in the Middle East and elsewhere, sometimes including claims to the extension of the coastal State’s jurisdiction not only to the continental shelf, but also to superjacent waters. While the latter claims were not generally accepted immediately, the claim concerning the continental shelf, by a very quick process lasting no more than twenty years, became the contents of new rules of customary international law. These rules were set out in the Geneva Convention on the Continental Shelf of 1958. Referring to articles 1 to 3 of the Convention, defining the external limits of the continental shelf and the rights over it of the coastal State, in the *North Sea Continental Shelf* judgment of 1964 the International Court of Justice stated that these articles were in 1958 «regarded as reflecting, or crystallizing, received or at least emergent rules of customary international law».⁸

The law of the continental shelf was corrected and expanded by UNCLOS, in light of the acceptance of the concept of the exclusive economic zone of 200 nautical miles including the seabed, and of the fact that certain States claimed a geological continental shelf reaching beyond 200 miles. The Convention has adopted a definition of the external limit of the continental shelf radically different from that set

6. Proclamation Nr. 2667, 12 Federal Register 1230, A. V. Lowe and S. A. G. Talmon, *The Legal Order of the Oceans, Basic Documents on the Law of the Sea*, (Hart, Oxford and Portland, 2009), 19.

7. 205 LONTS 122, Lowe and Talmon, *The Legal Order of the Oceans*, p. 16.

8. Denmark v. Federal Republic of Germany, The Netherlands v. Federal Republic of Germany, I.C.J. Reports 1969, para 63.

out in article 1 of the Geneva 1958 Convention and which the International Court of Justice had included among the provisions reflecting or crystallizing customary rules. A complex procedure for delineating with “final and binding” effect the external limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines, involving the intervention of a new institution set up on the basis of UNCLOS, the Commission for the Limits of the Continental Shelf (CLCS) has been established. The International Court of Justice has stated that at least the first paragraph of article 76 of UNCLOS containing the new definition of the outer limit of the continental shelf “forms part of customary international law”,⁹ and that the procedures to be followed before the CLCS are binding for States parties to UNCLOS even in the context of a dispute with a non-party.¹⁰

A second occasion presented itself less than a decade after the 1958 Geneva Conventions. Again, States found themselves before other, then only perspective, human activities at sea that no existing rule contemplated. These were the activities aiming at exploring and exploiting hitherto unreachable mineral resources – the polymetallic nodules – found on the seabed beyond the limits of national jurisdiction. States approached the question of how to regulate these activities following a pattern similar to that followed as regards space activities. The General Assembly first adopted Declarations stating that the seabed and its resources beyond the limits of national jurisdiction were the common heritage of mankind and that exploration and exploitation had to be effected through “an international regime applying to the area and its resources and including appropriate international machinery” to be “established by an international treaty of a universal character universally agreed upon”¹¹.

9. Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 674, para 118.

10. Nicaragua v. Colombia quoted above, para 126.

11. UN GA res 2749 (XXV) Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, Beyond the Limits of National Jurisdiction, 17 December 1970 (adopted with 108 votes in favor, none against, and four abstentions), para 9, in Lowe and Talmon, *The Legal Order of the Oceans* quoted above, p. 75. See also UN GA res 2574 D (XXIV) of 15 December 1969 (62 votes in favor, 28 against, 28 abstentions), in Lowe and Talmon, *The Legal Order of the Ocean* p. 74, 2d preambular para.

The rules concerning the regime and the machinery (the International Seabed Authority) were painstakingly negotiated at the Third UN Conference for the Law of the Sea, incorporated in Part XI and annexes III and IV of UNCLOS and amended with the Implementation Agreement of 28 July 1994. The regime is further developed by the International Seabed Authority through binding regulations concerning, up to now, the exploration for mineral resources of the Area which have been found of interest (polymetallic nodules and also sulphides and polymetallic ferromanganese crusts). A specialized dispute-settlement body, the Sea-Bed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, is given competence to settle disputes concerning activities governed by Part XI and connected texts submitted by agreement or unilaterally by States, the International Seabed Authority as well as by private entities. The Chamber may also be requested – and has once been requested in fact – by the International Seabed Authority's principal organs to deliver advisory opinions. The impact of these rules on States, and in particular the United States, that are not parties to UNCLOS still remains to be seen.

More recently, since the beginning of the 21st century, a third occasion has presented itself to deal with new problems through new law. States are confronted by a new unregulated activity beyond the limits of national jurisdiction. This activity concerns the exploitation of genetic resources, especially those found on the seabed in connection with hydrothermal vents and consisting in organisms that prosper in extreme temperatures, develop without light through chemical mechanisms completely different from those through which known animal and plant life develops. Once studied and their chemical mechanisms reproduced, these organisms can, allegedly, be highly profitable. Their natural peculiarity, the difficulty to adopt general assumptions as to whether they belong to the seabed or to the water column, the fact that in most cases only samples are needed for subsequent research, and that huge investments are often required to develop potential applications, explain how difficult it is to determine the law of the sea rules applicable to them.

International law does not address these resources. Part XI of UNCLOS, on the basis of which most recently States have expanded international law to cover the resources of the seabed beyond national juris-

diction, explicitly states that it envisages only mineral resources.¹² The main divergence of views in the current debate is between States holding the opinion that the key applicable principle should be that of the common heritage of mankind and States according to which such key principle should be that of the freedom of the high seas.¹³ This opposition of views often focuses on whether the regime of the Area encompasses resources other than mineral resources, sometimes arguing on the basis of an analogy with the status of sedentary species on the continental shelf, on whether article 143 of UNCLOS concerning marine scientific research in the Area may be invoked to support the idea that prospecting for genetic resources must be conducted «for the benefit of mankind as a whole», on whether the International Seabed Authority is entitled to play a role. This opposition of views, while reflecting real economic interests, is in part diplomatic posturing and in part ideological.

In fact, the discussions held in the framework of the United Nations (since 2006 an “Ad hoc Open-ended Working Group” has been established) show that there is agreement on that there are “gaps” in the existing law and that work for adopting an agreement – which would be an “implementing agreement” of UNCLOS - must be pursued.¹⁴ It

12. UNCLOS, arts. 133 and 137.

13. A broad literature considers the subject see e.g. Tullio Scovazzi, “Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bio-prospecting: Some Considerations on the Role of the International Seabed Authority”, in (2004) 19 *International Journal of Marine & Coastal Law*, pp. 383-409; David K. Leary, “Bioprospecting and the Genetic Resources of Hydrothermal Vents on the High Seas: What is the Existing Legal Position, Where are we Heading and What are our Options?” in (2004) 1 *Maquairie Journal of Comparative and Environmental Law*, pp. 137-178; D. Tladi, “Genetic resources, benefit sharing, and the law of the sea: the need for clarity”, (2007) 13 *Journal of International Maritime Law*, vol. 13, 2007, 183-193; Alex G. Oude Elferink, “The Regime of the Area: Delineating the Scope of Application of the Common Heritage Principle and of Freedom of the High Seas”, (2007) 22 *International Journal. Marine & Coastal Law*, pp. 143-176; Erik Jaap Molenaar, “Managing Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction”, in Myron H. Nordquist, Ronan Long, Thomas H. Heidar, John N. Moore (eds.), *Law, Science and Ocean Management*, M. Nijhoff, Leiden/Boston, 2007, pp. 625-681; Margaret F. Hayes, ‘Charismatic Microfauna: Marine Genetic Resources and the Law of the Sea’ *ibidem*, pp. 683-700; Fernanda Millicay, “A Legal Regime for the Biodiversity of the Area”, *ibidem*, pp. 739-850.

14. See, in particular, the recommendations and summary of discussions of the Working Group in UN doc. A/66/119 of 30 June 2011, and the summary of discussions and Chairmen’s overview of issues in UN doc.A/ 69/82 of 5 May 2014.

is clear that the most controversial unregulated issue is that of the legal regime of genetic resources.

Nonetheless, the diplomatic process started within the United Nations and which should bring to the conclusion of a binding instrument, deals with this subject, including the question of sharing benefits, as an aspect of the broader subject of “the conservation and sustainable use of marine diversity”, which also includes marine protected areas, environmental impact assessments, capacity-building and the transfer of marine technology. This broadening of the subject-matter of discussions is the effect of the needs of diplomacy preparing the ground for compromises in which each group of interests can obtain something which it considers useful and positive in order to compensate for concessions on other subjects.

It is still difficult to forecast the results of the diplomatic process started. What seems important to underline is that States have identified a new area in which expansion of international law is needed and that they have started discussing how to cope with this need.

CAPÍTULO XXIV

US PROSECUTION OF KLEPTOCRACY IN FIFA: POSSIBLE RAMIFICATIONS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Chile Eboe-Osuji LLD¹

Introduction

Contemplate here the significance of big bombs, big wars, Big Mac and rap music and other things that have changed the world. If truism at its tritest be excused, it is plain as the nose (or lack thereof) on a face, that the world, as we know it will not be the same without Americans and their role in it, regardless of how that role is evaluated in its very own context. One such evaluation was made by a Pulitzer-prize winning American humourist who wrote that ‘when American people decide to “get involved” in a problem, it is best not to let them have any sharp implements.’² Of course, Americans number among them many who would reject, as much as Ghandi did, the idea of injurious use of ‘sharp implements’, understood in the strict and narrow sense. Indeed, Americans have even won the Nobel Prize for peace. And it is not just the likes of Martin Luther King Jr—but their Presidents, too. For present purposes, however, the point may be taken that, in the broad and liberal sense, ‘sharp implements’—in context—may comprise even the law. And that may be a truism to anyone at the receiving end of criminal law.

This essay engages yet another evaluation of American role in the world. It examines the more modest question whether the American prosecution of certain individuals connected with FIFA offers any incidental value to the development of international criminal law—beyond the humorous ripostes that *American involvement* in things may provoke in the usual way (particularly in relation to the world of association football).

1. Judge of the International Criminal Court.

I thank Benjamin Taylor, my former intern, for his assistance in the preparation of this paper. I also thank Elizabeth Little for reviewing it.

2. Dave Barry, *Talks Back* (1991) p 182.

The 'FIFA Indictment'

On Wednesday 27 May 2015, the US Department of Justice announced its indictment in the case of *United States of America v Web et al.*³ The indictees are nine FIFA officials and five corporate executives associated with FIFA. The charges are of criminal conspiracy and racketeering—in violation of an American federal statute famously known by its acronym of RICO (which stands for Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act).⁴ This was a piece of American legislation passed in 1970, for the purpose of fighting organised Mafia crimes. A US federal prosecution manual notes that history as follows: ‘Congress found that organized crime, particularly La Cosa Nostra (“LCN”), had extensively infiltrated and exercised corrupt influence over numerous legitimate businesses and labor unions throughout the United States, and hence posed “a new threat to the American economic system.”’⁵ But the manual is careful, however, to point out that although RICO ‘reflects Congress’ intent to create new, enhanced remedies to combat the corrupt influence of organized crime,’ the legislation is ‘not limited to organized crime prosecutions, but rather broadly applies to all criminal conduct within its ambit regardless of whether it involves

3. See <www.justice.gov/opa/pr/nine-fifa-officials-and-five-corporate-executives-indicted-racketeering-conspiracy-and>

4. 18 US Code §§ 1961-1968.

5. United States Department of Justice, *Criminal RICO: 18 USC §§ 1961-1968—A Manual for Federal Prosecutors*, 5th Revised Edition (2009) p 3. Notably, in Congress’s Statement of Findings and Purpose for RICO, Congress made the findings that ‘organized crime in the United States is a highly sophisticated, diversified and widespread activity that annually drains billions of dollars from America’s economy’. Also, ‘organized crime activities in the United States weaken the stability of the Nation’s economic system, harm innocent investors and competing organizations, interfere with free competition, seriously burden interstate and foreign commerce, threaten domestic security, and undermine the general welfare of the Nation and its citizens. ... It is the purpose of this act to seek the eradication of organized crime in the United States by strengthening the legal tools in the evidence-gathering process, by establishing new penal prohibitions, and by providing enhanced sanctions and new remedies to deal with the unlawful activities of those engaged in organized crime.’ See US Senate, 91st Congress, 1st Session, ‘Organized Crime Control Act of 1969, Report of the Committee on the Judiciary, United States Senate together with Individual and Additional Views (1969) pp 1—2.

organized crime.⁶ What remains less clear in that qualifier is whether the rider similarly de-emphasises RICO's original legislative purpose of combating 'new threat[s] to the American economic system.'

The DOJ's announcement of the FIFA Indictment ushered in great media excitement around the world; particularly with dramatic scenes of arrests outside tony hotels in Geneva, where the echelons of FIFA (regional and international) had assembled for what was largely seen (at the time) as the re-coronation of Sepp Blatter as head of organised world football. And, here, we may mark the expression 'world *football*.'

Notably for purposes of liability, RICO targets persons who engage in a 'pattern of racketeering activity' or 'collection of an unlawful debt' and who have a specified relationship to an 'enterprise' that affects US interstate or foreign commerce.⁷ So, for purposes of RICO prosecutions, the existence of an *enterprise* is an element of the crime. And, here again, we call in aid the federal manual. It explains that '[a]n "enterprise" includes any individual, partnership, corporation, association, or other legal entity, and any group of individuals associated in fact although not a legal entity. For example, an arson ring can be a RICO enterprise, as can a small business or government agency.'⁸ So it is that the 'enterprise' (in the case of the FIFA Indictment) comprised FIFA itself and its six constituent continental confederations,⁹ plus affiliated regional federations, national member associations, and sports marketing companies.¹⁰

And, here, we may recall the expression 'world *football*.' In what some avid football fans may feel is cringe-worthy conduct—and a very serious matter indeed possibly capable of loss of all sympathy for the prosecution—the drafters of the FIFA Indictment systematically referred to the beautiful game as 'soccer'! For example: 'The principal purpose of the

6. United States Department of Justice, *Criminal RICO: 18 USC §§ 1961-1968—A Manual for Federal Prosecutors*, *supra*, p 5.

7. See, *ibid*, p 1. See also 18 US Code § 1961, sections 5 and 6.

8. United States Department of Justice, *Criminal RICO: 18 USC §§ 1961-1968—A Manual for Federal Prosecutors*, *supra*, p 2. See also 18 US Code § 1961, section 4.

9. Specifically, the Confederation of North, Central American and Caribbean Association Football (CONCACAF), the Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL), the Union des Associations Européennes de Football (UEFA), the Confederation Africaine de Football (CAF), the Asian Football Confederation (AFC), and the Oceania Football Confederation (OFC).

10. See the FIFA Indictment, para 1.

enterprise was to regulate and promote the sport of soccer worldwide.¹¹ Corruption must be considered a very serious matter, of course, even if all that is involved by way of harm is a venal breach of fiduciary duty owed to a juristic entity that is apparently extremely wealthy. Still, one wonders whether it had crossed the minds of the indictment's drafters—or whether they cared—that it is wholly possible to find football fans somewhere who may wonder whether it is such a sin for countries to outbid themselves in greasing the grubby hands of certain FIFA officials for the privilege of putting on the quadrennial show (as long as the show does go on with at least the usual run of fanfare). But to call it 'soccer' is a different ball game altogether. It is, of course, an open question whether fans of that ilk will find appeasement in the attempt eventually made in the Indictment to recognise 'football' as *the* correct terminology everywhere else outside the US and Canada: 'FIFA was the international body governing organized soccer, commonly known outside the United States as football.'¹² Or is that merely a defining element of the thorough-going American orientation of the Indictment, possibly beyond the empathic ken of many a football fan 'outside the United States'?

Of the 14 indicted defendants, only two have US citizenship. The others are nationals of Argentina, Brazil, the Cayman Islands, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay, Trinidad and Tobago, the United Kingdom and Venezuela. Of the four defendants who pleaded guilty and agreed to cooperate, two have no US citizenship, and of the two companies who also entered guilty pleas, one is registered in the British Virgin Islands.¹³

It is thus that the jurisdictional element of the matter did not escape the critics. A spokesperson for the Russian Foreign Ministry accused the United States of 'illegal extra-territorial application of the US laws.'¹⁴ The *Economist* appears to concur. As they put it: 'Few would

11. *Ibid*, para 2.

12. *Ibid*, para 4.

13. See <www.justice.gov/opa/pr/nine-fifa-officials-and-five-corporate-executives-indicted-racketeering-conspiracy-and>

14. See <www.presstv.com/Detail/2015/05/27/413155/football-2018-fifa-world-cup-russia>

take Russia's counsel on international law, but in this case it is on to something. American prosecutors like [US Attorney General] Loretta Lynch do indeed reach much farther than their peers elsewhere—sometimes too far.¹⁵

It may yet be the case that the propositions in those criticisms are mistaken. For, quite apart from the consideration that the alleged connection of many of the defendants to the United States—by way of nationality and domicile (business and property)—does technically blunt the force of the complaint of extra-territoriality, it may also be the case that international law is not opposed to the prosecution. This is particularly in the sense that international law does not, as a general proposition, forbid extra-territorial exercise of criminal jurisdiction; provided that the extra-territorial jurisdiction is not exercised *within* the territory of another State without the consent of the other State.¹⁶ Other states have a choice to accept or reject the attempt at extra-territorial exercise of jurisdiction. Better still, other states may see some value in electing to follow suit and exercise extra-territorial jurisdiction in their own turn in a similar way: thus possibly resulting in a consistent practice of states capable of generating customary international law on the matter. Here, one may note Lord Denning's eloquent (and correct) observation on how international custom that forms law is usually created: 'Whenever a change is made, someone some time has to make the first move. One country alone may start the process. Others may follow. At first a trickle, then a stream, last a flood.'¹⁷

What is more, the US prosecution may well enjoy international legal cover under the UN Convention against Corruption adopted in 2003, to which the US is a State Party.¹⁸ To that end, article 42(6) of the Convention specifically provides as follows: 'Without prejudice to norms of general international law, this Convention shall not exclude

15. 'The World's Lawyer—Why American, and not another country, is going after FIFA', *The Economist*, 6 June 2015 <www.economist.com/news/international/21653613-why-america-and-not-another-country-going-after-fifa-worlds-lawyer>

16. See *The Case of the SS "Lotus"*, (*France v Turkey*) [1927] PCIJ Rep Series A, No 10.

17. *Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* [1977] 2 WLR 356 at 367.

18. Although corruption in public office is the primary focus of UNCAC, corruption in the private sector does not escape its remit: see articles 20—23 in particular.

the exercise of any criminal jurisdiction established by a State Party in accordance with its domestic law.’ And, as noted earlier, there is no known norm of general international law that prohibits extra-territorial assertion of criminal jurisdiction.

Nevertheless, there may be some value in questioning the propriety of the prosecution on grounds of extra-territoriality. For one thing, that value may be to the to the effect of the following question: should it be a matter of concern that each State should use its laws to protect the football world—i.e. FIFA, its confederations and their constituent organizations and their beneficiary programmes (specifically the national member associations, national teams, youth leagues, and development programs) and the sporting marketing companies around the world—from thieving FIFA officials and associated companies and their principals? That question is provoked by pleadings—such as the following statement of harm—appearing in the Indictment:

The damage inflicted by the defendants and their co-conspirators was far-reaching. By conspiring to enrich themselves through bribery and kickback schemes relating to media and marketing rights, among other schemes, the defendants deprived FIFA, the confederations, and their constituent organizations—and, therefore, the national member associations, national teams, youth leagues, and development programs that rely on financial support from their parent organizations—of the full value of those rights. In addition, the schemes had powerful anti-competitive effects, distorting the market for the commercial rights associated with soccer and undermining the ability of other sports marketing companies to compete for such rights on terms more favorable to the rightsholders. Finally, the schemes deprived FIFA, the confederations, and their constituent organizations of their right to the honest and loyal services of the soccer officials involved. Over time, and in the aggregate, such deprivations inflicted significant reputational harm on the victimized institutions, damaging their prospects for attracting conscientious members and leaders and limiting their ability to operate effectively and carry out their core missions.¹⁹

19. *Ibid*, para 73.

In a similar vein, the following pleading may be noted:

The corruption of the enterprise became endemic. Certain defendants and co-conspirators rose to power, unlawfully amassed significant personal fortunes by defrauding the organizations they were chosen to serve, and were exposed and then either expelled from those organizations or forced to resign. Other defendants and co-conspirators came to power in the wake of scandal, promising reform. Rather than repair the harm done to the sport and its institutions, however, these defendants and co-conspirators quickly engaged in the same unlawful practices that had enriched their predecessors.²⁰

The question of propriety need not be seen as deriding the Indictment at the international stage. Quite the contrary, as will be developed later, the question may yet entrench the Indictment as something of a desirous catalyst for a needed development at the international stage—in the direction of a general practice of international prosecution of corruption or kleptocracy as an international crime, on the basis of universal jurisdiction. And that project assumes an added dimension, given certain trends in US case law, which may be a matter of concern for the fate of adjudication of cases with extra-territorial dimensions in US Courts. Notably, the US Supreme Court initially dealt a serious blow to extra-territorial applications of such laws in 2010 with the case of *Morrison v National Australia Bank*.²¹ It firmly overturned the previous ‘effects test’ which Courts had used to allow US laws to apply where the effects of the conduct they govern touches the US in some sufficient manner—i.e. ‘whether the wrongful conduct had a substantial effect in the United States or upon United States citizens’²²—and reaffirmed a general presumption against extraterritoriality in US statutes.

It may be that the RICO statute rebuts this presumption to some extent: but, it is by no means clear as to what that extent is. Three approaches are discernible in the development of the jurisprudence. And, it remains to be seen which of these approaches the Prosecutors in the

20. *Ibid*, para 75.

21. *Morrison v National Australia Bank*, 561 US 247 (2010) [US Supreme Court].

22. *Ibid*, at 257.

FIFA case will follow. Those three approaches respectively orient towards a theory of the case that focuses on the enterprise, the conduct, or the predicate offence charged.

The Enterprise Theory

In the post-*Morrison* federal jurisprudence, the focus has been placed on the location of the alleged enterprise. In *Cedeño v Intech Group*,²³ for instance, the federal district court of the Southern District of New York addressed a claim brought by Mr Cedeño, a Venezuelan national, against various persons and entities associated with the Venezuelan government for wrongful imprisonment. The defendants were alleged to have conducted a money laundering scheme utilising New York banks, through an ‘association-in-fact’ enterprise comprised of organs of the government of Venezuela. The court held that since the focus of the RICO statute is on the enterprise, it does not apply where the alleged enterprise is entirely foreign in nature.

However, this approach can become complicated in the cases where it is not obviously apparent that a RICO enterprise exists only in one location. And, some courts following this approach have leaned upon the language of anatomy to explain things—by palpating for the ‘nerve centre’ of the enterprise in question. And the nerve centre may be in foreign parts. For example, in *Mitsui OSK Lines v Seamaster Logistics*,²⁴ a 2013 case of the US District Court in San Francisco, the nerve centre of a so-called ‘Shenzhen door arrangement’ to pay kick-backs on trucking services which never actually occurred was held to be in Hong-Kong, despite part of the arrangement being in the United States.²⁵

23. *Cedeño v Intech Group*, 733 F.Supp.2d 471 (2010) [US District Court, S.D. New York].

24. See, e.g., *Mitsui OSK Lines, Ltd v Seamaster Logistics, Inc.*, 2013 WL 1191213, 1 (2013)(US District Court, ND California).

25. It should be noted, of course, that the district Court’s holding was overturned on appeal, by the 9th Circuit which found as follows: ‘The district court applied a “nerve center” test when it dismissed MOL’s RICO claim. However, in a case decided after the trial but before the district court issued its Findings of Fact and Conclusions of Law, this Court explicitly rejected that test, explaining that the test to determine whether a RICO application is extraterritorial is to look “not upon the place where the deception originated,” but “at the pattern of Defendants’ racketeer-

In the FIFA case, locating the alleged enterprise could prove a complicated matter. In the indictment, the tentacles of the enterprise in question appear quite wide and far-flung indeed. As noted earlier, it includes FIFA itself, the six continental confederations, affiliated regional federations, national member associations, and sports marketing companies²⁶ operating everywhere in the world. In short, as we saw earlier from the statement of harm indicated in the Indictment, the ‘enterprise’ is organised world football. But where on earth is the ‘nerve centre’ of world football? Every fan may insist that the beating heart of football is in their home park—that is, when the last light is sadly switched off in the stadium hosting the closing ceremony of the World Cup in its quadrennial summer. It will thus be truly interesting to see how the Prosecutors do that palpation that locates the never centre of world football on US soil, for purposes of the enterprise theory of a RICO prosecution. Well, perhaps, this is it: ‘the enterprise operated in the Eastern District of New York and elsewhere, including overseas.’²⁷ Indeed.

The Conduct Theory

The second post-*Morrison* approach to determine if a RICO action will be impermissibly extra-territorial is to focus on the location of the alleged racketeering conduct, as the Court of Appeals for the Ninth Circuit did in *US v Chao Fan Xu* in 2013.²⁸ It was held that RICO will apply where a pattern of racketeering activity occurs in the US, regardless of the location of the enterprise.

But, would this approach provide firmer grounds for the FIFA prosecutions? There are indeed indications of such an approach in the indictment. Pleadings in that regard include the following:

ing activity taken as a whole.” Id. at 977–79. (quoting *Morrison*, 561 US at 266). Thus, even if racketeering activity is “conceived and planned overseas,” it may still fall within the ambit of the statute if “it was executed and perpetuated in the United States.” The district court therefore erred when it applied the nerve center test.’ *Mitsui OSK Lines, Ltd v Seamaster Logistics, Inc.* 2015 WL 4071527, 2 [CA9 (Cal. C.A.9 (Cal.),2015].

26. See the FIFA Indictment, pp 1-13.

27. *Ibid*, para 3.

28. *US v Chao Fan Zu*, 706 F 3d 965 (2013) [US Court of Appeals, 9th Circuit].

Over a period of approximately 25 years, the defendants and their co-conspirators rose to positions of power and influence in the world of organized soccer. During that same period, sometimes with the assistance of the defendants and their co-conspirators, a network of marketing companies developed to capitalize on the expanding media market for the sport, particularly in the United States. Over time, the organizations formed to promote and govern soccer in regions and localities throughout the world, including the United States, became increasingly intertwined with one another and with the sports marketing companies that enabled them to generate unprecedented profits through the sale of media rights to soccer matches.²⁹

In addition to the operations of the FIFA media market ‘particularly in the United States’, as suggested in the above quote, elements of conduct theory may also be seen in allegations, including the activities of defendants and co-conspirators who had relocated either themselves or a FIFA regional affiliate’s administrative headquarters to cities in the US,³⁰ used alter ego to buy property in the US ‘with money drawn from an account held in the name of a soccer facility that was ostensibly affiliated with’ with the FIFA regional affiliate,³¹ payments of bribes through use of accounts in banks located in the US,³² and so on.

The Predicate Offences Theory

The third and final approach, adopted most recently by the Second Circuit Court of Appeals in *European Community v RJR Nabisco Inc.*,³³ is that the focus must be put on the statutes which prohibit the predicate conducts allegedly underlying the RICO case, and whether those underlying statutes are intended to apply extra-territorially. In that case, the Court held that RICO claims which were based on money-laundering

29. *Ibid*, para 74.

30. *Ibid*, para 76 and para 83.

31. *Ibid*, para 78.

32. *Ibid*, para 86.

33. *European Community v RJR Nabisco Inc.*, 764 F.3d 129 [2014] [US Court of Appeals, Second Circuit].

and actions in material support of terrorism could be based on conduct which occurred outside the territory of the US, precisely because the laws criminalising those predicate acts indicate clear intentment for extra-territorial application.

In this case, the predicate acts charged include, *inter alia*, wire fraud, including honest-services wire fraud, money laundering and money laundering conspiracy, interstate and foreign travel in-aid-of racketeering and obstruction of justice. Many of the underlying statutes criminalising those acts may well indicate clear extra-territorial reach by virtue of their express language.

Kiobel Revisited

So, whichever approach to RICO jurisdiction is eventually taken, it should seem clear that the Act has a potentially vast geographical reach with which to pursue those who engage in racketeering. It perhaps marks a stark contrast, then, to the position of the Alien Tort Statute (ATS),³⁴ once assumed to be a primary instrument for the prosecution of extra-territorial claims of international human rights abuses before US courts. The statute provides simply that ‘the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States’, and for many years this statute lay dormant, providing a basis for jurisdiction in only two generally known cases between 1789 until 1980.³⁵

However, the invocation of ‘the law of nations’ and international treaties as a basis of actionable rights may have concealed some thorny issues amidst the vast growth in international law since the adoption of the ATS, perhaps made worse by the floodgates of litigation that resulted from the 1980 judgment of the US Court of Appeals for the Second Circuit against a Paraguayan former Police Chief for the torture that he had committed in Paraguay.³⁶ This, perhaps, was bound to lead to the Supreme Court decision in *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co*³⁷—a

34. 28 US Code Section 1350.

35. Hufbauer and Mitrokostas ‘International Implications of the Alien Tort Statute’ (2004) 16 *St Thomas L Rev* 607, 609.

36. *Filártiga v Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (1980) [US Court of Appeals, 2nd Circuit]

37. *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co* 133 S Ct 1659 (2013) [US Supreme Court].

case whose facts base was in the Nigerian geographic and political landscape of the 1990s.

Invoking the presumption against extra-territoriality and citing *Morrison*, Chief Justice Roberts, joined by justices Scalia, Kennedy, Thomas and Alito, held in *Kiobel* that the Alien Torts Statute did not avail the Nigerian plaintiffs. In their view, neither the ATS on its face nor its drafting history indicated legislative intention to control conducts beyond US territory. We are reminded that ‘the presumption [against extra-territoriality] serves to “protect against unintended clashes between [US] laws and those of other nations which could result in international discord.”’³⁸ And, from the perspective of judges, that danger is best avoided when the judiciary defers to the political prerogative of the executive in matter of foreign policy, in the absence of a clear and contrary indication in the applicable legislation. The danger has especial magnitude, it is said, in relation to the ATS. As the Supreme Court put it:

Indeed, the danger of unwarranted judicial interference in the conduct of foreign policy is magnified in the context of the ATS, because the question is not what Congress has done but instead what courts may do. This Court in *Sosa* repeatedly stressed the need for judicial caution in considering which claims could be brought under the ATS, in light of foreign policy concerns. As the Court explained, “the potential [foreign policy] implications ... of recognizing ... causes [under the ATS] should make courts particularly wary of impinging on the discretion of the Legislative and Executive Branches in managing foreign affairs.”³⁹

There is a discernible fear of unpredictability—or is it lack of trust—when judicial hands are allowed to meddle in the broth of foreign policy. Thus, ‘[s]ince many attempts by federal courts to craft remedies for the violation of new norms of international law would raise risks of adverse foreign policy consequences, they should be undertaken, if at all, with great caution.’⁴⁰

38. *Ibid*, at 1661. See also *EEOC v Arabian American Oil Co*, 499 US 244, at 248 (1991) [US Supreme Court].

39. *Kiobel*, at 1664.

40. *Ibid*, quoting *Sosa v Alvarez-Machain*, 542 US 692 at 728 (2004).

In light of *Kiobel*, it may be observed that successful prosecutorial or plaintiff's litigation of RICO cases with extra-territorial dimension ultimately raises questions of dissonance, when compared with the less confident prospects facing ATS cases as seen in the *Kiobel* outcome. Does the fight against corruption enjoy greater value in American jurisprudence than the fight against impunity for gross human rights violations even in the possible order of crimes against humanity?

Perhaps some of the explanation for the dissonance lies in what may be a readier inclination to view human rights and crimes against humanity as matters in the realm of international relations, more easily belonging to the order of *jure imperii*; whereas corruption is regarded as belonging to the realms of the economic—and the more mundane—life, falling more readily to the order of *jure gestionis*. Notably, acts *jure imperii* have more traditionally attracted the impulse of national courts to tread with greater care in the assumption and exercise of jurisdiction than have been the case with acts *jure gestionis*.⁴¹ Hence, the kinds of offences that vex RICO litigation are seen as more inherently economic. It may be recalled that the original aim of RICO was said to be conducts amounting to 'a new threat to the American economic system'.⁴² Thus, concerns about how far RICO extends may not provoke the same degree of concern in the judiciary about encroaching upon the realm of foreign policy.

But it is possible that this distinction is arbitrary in practice. For one thing, the result of successful prosecution of the FIFA Indictment carries a real potential to deprive legitimacy to the hosting of the World Cup in countries whose successful bids are implicated in the RICO case. This may lead in turn to moral pressure on FIFA to withdraw the hosting privilege, or it may result in other significant boycotts of the concerned World Cup Games. One may well see how either event 'could result in international discord', in the words of the US Supreme Court in *EEOC v Arabian American Oil Co*, repeated in *Kiobel*. International discord such as may result from events connected with World Football need

41. See Chile Eboe-Osuji, 'State Immunity, State Atrocities and Civil Justice in the Modern Era of International Law' (2007) 45 *Canadian Yearbook of International Law* 223 at pp 233—234. See also *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)* (Judgment) (2012) ICJ Report 99, paras 59—60.

42. United States Department of Justice, *Criminal RICO: 18 USC §§ 1961-1968—A Manual for Federal Prosecutors*, *supra*, p 3.

not go as far as the 100-hour ‘Football War’—also known as the ‘100-Hour War’—between El Salvador and Honduras, when mass violence resulting from a FIFA qualifier match between the two nations, directly triggering a war between them on 14 July 1969.⁴³

Corporate Legal Liability for Human Rights Violations

There is another comparison to take. The peculiar history of the *Kiobel* case at the Supreme Court resulted in a decision addressing a very different prospect than many had initially expected it to. The issue before the Supreme Court was originally cast as a dispute largely about corporate legal liability for gross violations of international human rights law—and this was the question of interest for the *amicus curiae* brief that I submitted in the case, as counsel for the UN High Commissioner for Human Rights, Ms Navi Pillay. But, as it turned out, *Kiobel* took a different turn in the end, after the close of oral arguments: re-orientated in the direction of the question of extra-territoriality, and necessitating another round of arguments (a rather unusual incident for the Supreme Court). Both the majority and the minority in the end decided the case on the extra-territoriality question, leaving the application of human rights norms to corporations largely unaddressed.

Although it came about in an awkward way, the approach of answering the extra-territoriality question did conform to the sensible approach of dealing with jurisdiction before cause of action. The disposal of the *Kiobel* case on the question of jurisdiction thus calls for caution when reading the Court’s opinions as regards the cause of action question, as it concerns liability of corporations for human rights violations. It has a tendency to be seen by the judgments supporters as capable of stretching far to answer that question in the negative, and by the judgments critics as being too elastic to achieve that aim.

43. To be sure, the war was not entirely due to football. From all indications, the relationship between El Salvador and Honduras had been particularly stressful for a long while before. The football event merely tipped over. As some commentators summed up the matter: ‘Rowdy fans from both nations started post-game riots that helped push their armies into a war that had been on the precipice of eruption for years’: Veytskin, Lockerby and McMullen, ‘The Soccer War’ (2009), available at <<https://sites.duke.edu/wcwp/research-projects/the-soccer-war/>>

There were, however, some *obiter* that muddied the waters. Notably, Justice Alito's separate concurring opinion which pointed out that any action would have to satisfy the test of 'definiteness and acceptance among civilized nations'⁴⁴ articulated by the Court in the earlier case of *Sosa v Alvarez-Machain*.⁴⁵ This may raise some doubt over viability of claims of violations of human rights norms that were not explicitly part of customary international law.

The effect of leaving the question of corporate responsibility for human rights violations unanswered leaves us with the rather unsatisfactory uncertainty of conflicting jurisprudence from the US appellate courts, who appeared quite divided on the matter before the US Supreme Court accepted the case—with the preponderance (as with the UN High Commissioner for Human Rights) in favour of an explicit finding that corporations are bound by international human rights norms,⁴⁶ as opposed to the 2:1 majority of the US Federal Court for the Second Circuit that answered the question in the opposite direction.⁴⁷ The uncertainty in US law as to the question of corporate legal responsibility for human rights violations is not resolved by the fact that some of these appellate judgments have been vacated due to the Supreme Court's holding in *Kiobel* that was decided on grounds of extra-territorial reach of the ATS.⁴⁸

A key rationale behind the High Commissioner's *amicus curiae* intervention was that the legal fiction of juristic personality it taken too far when enterprise operators are permitted to shield themselves with it in order to enjoy impunity for gross human rights violations.

The situation under the RICO statute and the intentions of its enactment are very telling in this regard. RICO is aimed at enterprises. To

44. *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659, at 1670 (2013) (US Supreme Court).

45. *Sosa v Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004) (US Supreme Court).

46. See *Flomo v Firestone Natural Rubber Co LLC*, 643 F 3d 1013 (2011) [US Federal Court of Appeals, 7th Circuit]; *John Doe VIII et al v Exxon Mobil Corporation et al*, 654 F 3d 11 (2011) [US Federal Court of Appeals, 8th Circuit]; and, *Sarei et al v Rio Tinto et al*, 671 F 3d 736 (2011) [US Federal Court of Appeals, 9th Circuit].

47. *Kiobel et al v Royal Dutch Petroleum Co et al*, 621 F 3d 111 (2010) [US Federal Court of Appeals, 2nd Circuit].

48. *Rio Tinto*: cert granted, judgment vacated, 133 S Ct 1995 (2013); *Doe v Exxon Mobil*: affirming in part, reversing in part, vacating judgment 654 F 3d 11 (2013), remand heard in DC district court 69 F Supp 3d 75.

that end, both individuals and corporations may be both civilly and criminally liable, in some quite exceptional ways. RICO allows for the vicarious liability of one member of the enterprise for the actions of others in the enterprise. That, no doubt, is evidence of legislative intent to prevent impunity for the relevant conduct. Legal responsibility may be achieved through corporate liability (civil or criminal type) or through prosecuting the accused that can be reached and making them liable for the action of their co-defendants.

But, is the ardour of the rule of law of the 1970s which, through RICO, had targeted organised criminal activities (that harmed US economic interests) not to be emulated in other aspects of impunity prevention? In particular, should that ardour not focus on enterprise violation of human rights in a very gross way?

But the foregoing discussion about liability of corporations for human rights violations has entailed a bit of an author's licence in tangential digression from the subject of prosecuting corruption. We must now make our way back to the main theme of the present essay.

It may be noted that in some ways RICO's 'enterprise' model of liability will look strangely familiar to practitioners of international criminal law, reminiscent of the concept of joint criminal enterprise. The two share a focus on legal proceedings against individuals—and also corporations, in the case of RICO—through the lens of an *enterprise*, which may contain individuals who are not situated in the immediate noose of culpability or liability as a result of the prosecutions or civil claims.

*Kleptocracy and Massive Corruption as a
prosecutable international crime*

The development of international criminal law has been urged in the direction of prosecution of kleptocracy as an international crime, whether by national exercise of universal jurisdiction⁴⁹ or by imbuing an international criminal tribunal, such as the ICC, with the jurisdiction to do so.

Kleptocracy, the systematic robbery of the wealth of a nation and its resources by the elites of the realm, is an evil whose deleterious

49. Chile Eboe-Osuji, 'Kleptocracy: a desired subject of international criminal law that is in dire need of prosecution by universal jurisdiction', *African Perspectives on International Criminal Justice* (2005) p 121.

effect is vastly difficult to understate.⁵⁰ It is rarely considered as ‘mass atrocity crimes’, such as crimes against humanity and war crimes, presumably because of the more indirect effects occasioned the victims. Nevertheless, kleptocracy involves the direct violation of serious and internationally agreed upon human rights, such as the freedom from want, the rights to social security, protection against unemployment, reasonable standards of living and wellbeing, education, and so on. Such rights are enshrined in the Universal Declaration and the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, as well as the African Charter on Human and Peoples’ Rights.

It would amount to an expression of these rights to see the punishment—as international criminals—public officials, private persons and corporations (regardless of location) who grossly violate human rights, by stealing the wealth of the nations (regardless of location).

Indeed, the spirit of the FIFA Indictment is also readily felt in the realms of the need to prosecute through RICO—or international criminal law—persons and enterprises who violate rights in this way. Such spirit eminently lives in considerations such as the following seen earlier in the FIFA Indictment:

The damage inflicted by the defendants and their co-conspirators was far-reaching. By conspiring to enrich themselves through bribery and kickback schemes relating to media and marketing rights, among other schemes, the defendants deprived FIFA, the confederations, and their constituent organizations—and, therefore, the national member associations, national teams, youth leagues, and development programs that rely on financial support from their parent organizations—of the full value of those rights.⁵¹

We may also note the following once more:

The corruption of the enterprise became endemic. Certain defendants and co-conspirators rose to power, unlawfully amassed significant personal fortunes by defrauding the organizations they were chosen to serve Other defendants and co-conspirators

50. See *Ibid.*

51. See FIFA Indictment, *supra*, para 73.

came to power in the wake of scandal, promising reform. Rather than repair the harm done to the sport and its institutions, however, these defendants and co-conspirators quickly engaged in the same unlawful practices that had enriched their predecessors.⁵²

It is very touching, indeed, that the US federal prosecution juggernaut was triggered into action—by, among other things, the consideration that *endemic corruption* in FIFA had been depriving Football World's 'national member associations, national teams, youth leagues, and development programmes that rely on financial support from their parent organisations—of the full value of [the] rights'⁵³ to enjoy the bounties of organised World Football. Long, long before Kid Cudi got on 'the pursuit of happiness,' John Locke and Thomas Jefferson had preached the right to do so as inalienable.

But, the right to the pursuit of happiness, unhindered by massive and cancerous corruption, resonates in the joy to the world that the World Cup ushers in every four years, especially to the youth of the world who play the sport and their fans of every nation. It is, therefore, difficult to see how the wholesomely good intentions that serve well the RICO Indictment of corrupt FIFA officials, should stop there; without also readily serving the need to prosecute abroad public officials, individuals and corporations implicated similarly (or even more) in the cynical and alarming stripping of wealth or resources from vulnerable places and helpless people who are more palpably harmed than is the harm resulting from FIFA graft. Surely, if the fact that FIFA's intended beneficiaries—including national teams, youth leagues and development programmes—are being cheated out of their full benefits due to corruption in FIFA, such that validates prosecution of foreign FIFA officials in US federal courts, there should be little question then that similar motives ought also to animate prosecution for extra-territorial crimes of corruption.

Concerning the comparison of the benefits of football development with those of good husbandry of national public funds for purposes of social welfare, perhaps a pause is called for here to note the following.

52. *Ibid*, para 75.

53. FIFA Indictment, *supra*, para 73.

The Reuters news agency had reported⁵⁴ in 2012 that in the sentencing of a former governor of Delta State of Nigeria upon his conviction (on a guilty plea) in London on charges of grand theft of public funds from Niger Delta State (the dominant oil producing State of Nigeria), the defence called, as a character witness, a former famous English footballer of Nigerian origins. As part of his testimony, the former footballer is reported to have praised the former governor for overseeing the construction in Delta State of three Olympic and FIFA-registered stadia, an 18-hole golf course and a shooting range. But Judge Pitts (the trial judge) was seemingly unimpressed. He was reported as being unsure of what use the ordinary people of Delta State were making of such facilities, but in any case ‘it was not for him to judge the former governor’s overall performance as governor but rather to sentence him for his specific crimes’.⁵⁵ And those specific crimes charged involved the embezzlement of ‘50 million pounds (\$79 million) in one of the biggest money-laundering cases seen in Britain’—even so, the judge was reported to have observed that the 50 million pounds that the former governor had pleaded guilty to stealing ‘may be a “ludicrously low” fraction of his total booty.’⁵⁶

In that connection, observations such as those to be indicated presently may be matched against the harmful effects to World Football included in the FIFA Indictment as among the motives for the prosecution in the US. To begin with, the effects of corruption have been generally described as follows: ‘Corruption is one of the most dangerous social ills of any society. This is because corruption, like a deadly virus, attacks the vital structures that make for society’s progressive functioning, thus putting its very existence into serious peril.’⁵⁷ And, perhaps, reflecting an aspect of that phenomenon in more graphic

54. Estelle Shirborn, ‘Corrupt Nigerian governor gets 13-year UK jail term’, *Reuters*, 17 April 2012 <www.reuters.com/article/2012/04/17/britain-nigeria-iboridUSL6E8FH3J820120417>

55. *Ibid.*

56. Estelle Shirborn, ‘Corrupt Nigerian governor gets 13-year UK jail term’, *Reuters*, 17 April 2012 <www.reuters.com/article/2012/04/17/britain-nigeria-iboridUSL6E8FH3J820120417>

57. See Eugen Dimant (2013), ‘The Nature of Corruption: An Interdisciplinary Perspective’ (2013), Economics Discussion Papers, No 2013-59, Kiel Institute for the World Economy <www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2013-59>, p 2.

terms, *The Independent* (London) carried the following report in its 28 June 2001 issue:

Corruption is costing thousands of lives in poor countries and moves by the rich world to help alleviate the Aids pandemic must be accompanied by vigilance towards governments which steal from their own people, Transparency International (TI) said yesterday. ... Launching the latest index in Paris yesterday, TI's chairman, Peter Eigen, highlighted the health impact of corruption. He said: '*Aids is killing millions of Africans and in many of the countries where [it is] at its deadliest the problem is compounded by high corruption levels. While it is imperative that richer countries provide medical research to address this human tragedy, it is essential that corrupt governments do not steal from their own people. This is now an urgent priority if lives are to be saved.*'⁵⁸ [Emphasis added.]

UN Secretary General Kofi Annan wholly concurred with the foregoing observations. Notably, in a foreword to a publication on the UN Convention against Corruption, he went even further, saying:

Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish.

This evil phenomenon is found in all countries—big and small, rich and poor—but it is in the developing world that its effects are most destructive. Corruption hurts the poor disproportionately by diverting funds intended for development, undermining a Government's ability to provide basic services, feeding inequality and injustice and discouraging foreign aid and investment. Corruption is a key element in economic underperformance and a major obstacle to poverty alleviation and development.⁵⁹

58. *The Independent* (London) 28 June 2001, p 18.

59. United Nations, Office of Drugs and Crime, *United Nations Convention against Corruption* (2004) p iii https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf.

The impetus is thus engaged for the acceptance of norms of international law, no doubted boosted by the FIFA Indictment in US Courts, for the assumption of jurisdiction over the prosecution of the crime of corruption and kleptocracy, without regard to the nationality of the defendants or the geography of the offence. It may be assumed that such an urge for universal jurisdiction over such crimes may provoke in some quarters sentiments to the effect that prosecution should only proceed where distinct interests of the forum are implicated, in order to avoid turning the particular forum into the custodian of morality for the whole world. But, a little reflection, some of which follows below, will quickly reveal that there may be more that recommends universal jurisdiction over corruption than the mere status of global *custos morum*.

In the *Kiobel* case, Justice Breyer, writing for the minority, articulated a test of three alternative grounds for the exercise of jurisdiction, similar to the alternative bases of RICO application. He would find jurisdiction in any of the following circumstances: (i) the alleged conduct occurred on American territory, (ii) the defendant is an American national, or (iii) the defendant's conduct substantially and adversely affects an important American national interest, including a distinct interest in preventing the United States from becoming a safe harbour (free of civil as well as criminal liability) for a common enemy of humankind.⁶⁰

The third of these tests is worthy of close examination, as it is the best anchor of jurisdiction for cases with purely foreign componentry. But it is far from a floating buoy of universal jurisdiction. It is necessarily tethered to the limiting language that the defendant's conduct be seen as substantially and adversely affecting an important national interest of the forum, even if such an interest be the consideration that the forum must not be seen as a safe harbour for common enemies of humankind. It thus requires the presence of the accused or the proceeds of his crime within the forum. In most cases, it should be relatively easy to establish such a substantial connection with the prosecutorial forum, as individuals or corporations who loot wealth elsewhere would often hide it in foreign bank or launder it into foreign investments and

60. *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 SCt 1659, at 1671 (2013) [US Supreme Court].

may later relocate to those places to enjoy the loot. Such appeared to be the fact pattern implicated in the British prosecution of the former governor of Delta State of Nigeria seen earlier, as it may be with some of the foreign defendants implicated in the FIFA Indictment in New York.

But there is a further perspective from which it is possible to consider that prosecution of culprits of corruption committed elsewhere is a serious matter of national interest of the forum state (notwithstanding the absence of the indicated kinds of connection with the forum)—and not merely a question of custodian of morality for the world.

That perspective may find sufficient anchor in the following words of the US Court of Appeals for the Second Circuit in *United States v Alcoa*: ‘[I]t is settled law ... that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends; and these liabilities other states will ordinarily recognize.’⁶¹ This perspective may accommodate the ill-effects of international migration. The migrant crises around the world—notably in Europe, Oceania, North America and some of the wealthier countries of the developing world—may be seen as something that substantially and adversely affects the national interests of the destination countries, whose circumstances are overwhelmed by such crises in very serious ways. But the problem is not limited to these overwhelming tides of economic migrants compelled to seek a better life elsewhere, away from home countries where endemic and relentless corruption has rendered life largely unlivable for most. It is possible to implicate other side effects of serious concern to national security. As seen earlier, Kofi Annan included organised crime (no doubt including trafficking and smuggling of human beings) and terrorism among the ills associated with corruption. Hence, prosecution should be possible where it is motivated by the need to stem corruption somewhere else in a world that keeps getting increasingly ever so smaller that no State can truly hope to remain insulated from these side-effects of corruption. The FIFA Indictment helps to shine the light on the need to normalise such prosecution as a general practice—in order words, a matter of universal jurisdiction.

61. *United States v Alcoa*, 148 F2d 416 at 443 (1945) [US Court of Appeals, 2nd Circuit].

*Further Impetus from Contemporary
International Treaty-based Law*

Perhaps, there is already in place at the international stage a strong structure of international treaties that do provide a solid legal framework of universal jurisdiction over the crimes of corruption. A key instrument in that regard is the UN Convention against Corruption (the CAC). There are also regional anti-corruption instruments that are no less important in their own spheres⁶² in contributing to the impetus for the development of international practice for the prosecution of corruption on the basis of universal jurisdiction.

In the *Hissen Habre* case, the International Court of Justice considered that the UN Convention against Torture (the CAT) permitted the exercise of universal jurisdiction against torture.⁶³ The conclusion resulted from considerations such as that the object of the CAT is to make more effective the struggle against torture.⁶⁴ The Court's finding of universal jurisdiction for torture began with an appreciation of article 4—which not only provides for the offences of torture, attempt, complicity and other manner of participation, but also requires every State Party to make these offences punishable under its national law. And, then, article 5 requires every State party to establish its jurisdiction over torture offences in circumstances in which they were committed within its territory or on board a ship or aircraft flying its flag, or the suspect or victims are its citizens, or the suspect is within its territory and it declines extradition to another State. Finally, article 5(3) provides that the CAT does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law.

62. See the Inter-American Convention against Corruption (adopted in 1996); African Union Convention on Preventing and Combating Corruption (adopted in 2003); OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (1997). European anti-corruption instruments include: European Union Convention against Corruption Involving Officials (1997); European Union Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interests (1995); Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption (1999); Council of Europe Civil Law Convention on Corruption (1999).

63. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)* (Judgment) (2012) ICJ Reports, p 451, paras 74 and 75, page 453 para. 84 and page 461 at para. 118.

64. See *ibid.*, page 449 para 68, and page 451 para 74.

There are equivalent norms in the CAC. Notably, its first object is '[t]o promote and strengthen measures to prevent and combat corruption more efficiently and effectively'.⁶⁵ To that end, each State party is required to criminalise the following conducts: active and passive corruption of national public officials (respectively involving giving or offering them bribes and their solicitation or receipt of bribes) in relation to official functions;⁶⁶ active corruption of foreign or international public officials (in the sense of giving or offering them bribes) in connection to their official functions;⁶⁷ embezzlement and other fraudulent conversion of public funds by a public official;⁶⁸ laundering of proceeds of crime;⁶⁹ obstruction of justice in relation to offences proscribed by the CAC;⁷⁰ attempt and other manner of participation in the proscribed offences;⁷¹ criminal responsibility of corporations for the proscribed offences.⁷² In addition to these offences, there are also a number of conducts that each State Part is *required* to *consider* criminalising:⁷³ but even the *requirement* upon States Parties to *consider* criminalising these offences should be enough of an international impetus for States to criminalise them.

To the same effect as with article 5 of the CAT, the CAC also contemplates universal jurisdiction, by way of a series of provisions, some of which require States to exercise jurisdiction, while others merely authorise the exercise of jurisdiction. For instance, each State Party is required to establish its jurisdiction over convention offences committed within its territory or on board a ship or aircraft flying its flag.⁷⁴ Furthermore, a State Party is entitled to exercise jurisdiction over con-

65. See the Convention against Corruption, article 1(a).

66. See UN Convention against Corruption, article 15.

67. *Ibid*, article 16(1).

68. *Ibid*, article 17.

69. *Ibid*, article 23.

70. *Ibid*, article 25.

71. *Ibid*, article 27.

72. *Ibid*, article 26.

73. These include passive corruption of foreign and international public officials (involving their solicitation or receipt of bribes) in relation to official functions (article 16(2)); influence peddling by public officials (article 18); illegal abuse of office for personal gain (article 19); illicit enrichment in public office unexplained by lawful income (article 20); active and passive bribery in the private sector (article 21).

74. *Ibid*, article 42(1).

vention offences⁷⁵—and indeed required to do so in cases of convention offences that have been mutually criminalised by the State and another State requesting extradition⁷⁶—when the suspect is present in the territory of the requested State that declines extradition solely on the ground that the suspect is its nationals. In addition to those provision, States Parties are authorised, to establish their jurisdiction over the proscribed offences in the following circumstances:⁷⁷ the victim of the offence is a citizen of the State; the suspect is a national or a stateless person habitually resident in the State; conspiracy committed outside the territory of the State's territory with the view to laundering proceeds of crime within the territory; or the State Party is the victim of the offence.⁷⁸ Finally, it is provided that without prejudice to norms of general international law, the CAC does not exclude the exercise of criminal jurisdiction established by a State Party in accordance with its domestic law.⁷⁹

Without a doubt, the jurisdictional clauses in the CAT are strikingly urgent and straight forward in *requiring* all States Parties to exercise jurisdiction over the crime of torture, with no limitation recognised on grounds of sovereignty or non-intervention in the domestic affairs of another State. The jurisdictional clauses in the CAC, on the other hand, are seemingly wordier and more nuanced, especially in light of the provisions of article 4 requiring respect for the principles sovereignty of States and of non-intervention in internal affairs. Nevertheless, what seems clear enough is that the CAC does reveal an intendment to authorise States Parties to assume jurisdiction, according to its internal laws, over the crimes of corruption committed

75. *Ibid*, article 42(4).

76. *Ibid*, article 42(3).

77. *Ibid*, article 42(2).

78. Article 42(2) of CAC appears to suggest that this order of jurisdictional authorisation is subject to the obligation of States to respect the principles of sovereign equality, territorial integrity of other States and non-intervention in their domestic affairs (and specifically to refrain from undertaking in the territory of another State the exercise of jurisdiction and performance of functions reserved exclusively for the authorities of that other State by its domestic law). It is, however, not clear that this provision is exclusive to this caveat of sovereignty, since article 4 itself makes the application of the CAC subject to the caveat.

79. *Ibid*, article 42(6).

abroad. This is underscored by the CAT-like norm repeated in article 42(6) of the CAC, to the effect that the Convention does not forbid States Parties from assuming jurisdiction over convention offences. All these are enough of a basis for universal jurisdiction. The basic element of the norm of universal jurisdiction involves nothing more than a licence to States to assume jurisdiction according to their internal laws. The additional element, where applicable, of imposition upon a State the obligation to exercise jurisdiction, only creates an international obligation that the State can breach when extradition is not granted in circumstances in which jurisdiction is also not exercised. But, this obligation is not a necessary element of universal jurisdiction beyond a view of that obligation as also implying the basic element of authorisation to exercise jurisdiction.

Conclusion

It may be observed in the final analysis that international law has developed to the point of a global acceptance of organised efforts to prosecute genocide, crimes against humanity, war crimes and even wars of aggression as international crimes. The establishment of the International Criminal Court is, perhaps, the best testament of that global consensus. Without a doubt, the conducts that inspired that consensus belong to the first order of atrocities, fully deserving the accord that the ICC represents. With that consensus achieved, the time has come to orientate global efforts in the direction of also combatting large scale corruption.

Football is a big deal. It unites people and countries around the world like no other sport. When persons and companies associated with it are implicated in schemes of self-enrichment, it is right to prosecute them. But corruption at the scale that strips national wealth and resources are of far greater importance, in light of its deleterious effects on societies beyond the locus of such crimes. That a powerful nation like the US is willing to extend the reach of its prosecutorial jurisdiction to target money laundering and fraud in World Football is a development that should afford a stronger reason to deploy similar zeal against persons suspected of such levels of corruption in the national realms outside the territory of the United States.

The US prosecution of FIFA officials and affiliated sport media marketing firms, like the UK prosecution of a former Nigerian politician, are efforts to be emulated by all States, especially those States that have over the years proved the destination of choice for the secretion or conversion of ill-gotten wealth. Indeed, the UN Convention against Corruption lends added impetus and international legitimacy to such prosecutions.

But, developments in the direction of the general practice of States to engage in such prosecutions should not exclude the possibilities offered by the existence of the ICC, as an alternative and more standardised forum for such prosecutions. It should not be beyond contemplation to adopt a protocol additional to the Rome Statute, for the purpose of conferring jurisdiction upon the ICC to enable it investigate and prosecute such crimes in the future.

Returning, then, to the opening question of this essay: beyond the humorous ripostes that the prosecution of FIFA officials by American federal prosecutors may provoke, the FIFA Indictment does indeed serve the purpose of provoking a needed international discussion—even consciousness—about the exercise of universal jurisdiction over the crimes of corruption. It is indeed a welcome development.



CAPÍTULO XXV

THE APPROACH OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE TO INJURIES SUFFERED BY INDIVIDUALS

*Giorgio Gaja*¹

1. When one attempts to draw a picture of the jurisprudence of the International Court of Justice on a certain question, one is rarely able to reconstruct a complete picture. There are always several aspects that are left undefined.

The Court cannot make plans for completing an undefined picture. The Court does not fix its own agenda. The cases pending before the Court may not offer an opportunity to address all the aspects of a question or those which have previously been left undefined. Sometimes, even if the Court is given an opportunity, it may have reasons for not seizing it. The Court's main concern is to give the most appropriate decision in pending cases, not to provide an overview of the applicable rules of international law.

One may take as an example the question of *jus standi* in relation to breaches of a treaty protecting common interests. Some aspects of this question were considered by the Court in its judgment of 2012 in *Belgium v. Senegal* concerning obligations under the Torture Convention.² The *Whaling in Antarctica* case provided an opportunity for further developments. One author, Andreas Zimmermann, noted that the Court failed to meet his expectations in this respect.³ Since Japan had not formally raised the issue of Australia's *jus standi*, the majority of the Court preferred to leave this issue aside and to move on to examine

1. Judge at the International Court of Justice. This contribution reflects the author's personal views and does not engage the Court.

2. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *I.C.J. Reports 2012*, pp. 449-450, paras. 68-70.

3. A. Zimmermann, "Between the Quest for Universality and its Limited Jurisdiction: The Role of the International Court of Justice in Enhancing the International Rule of Law", in: G. Gaja and J. Grote Stoutenburg (eds.), *Enhancing the Rule of Law through the International Court of Justice* (Brill/Nijhoff: 2014), p. 33 at p. 44.

Australia's claims on their merits.⁴ It is open to scholars to draw their conclusions from the Court's total silence on Australia's *jus standi*. The following questions may be raised. Does the Court have to decide on the admissibility of a claim when admissibility is not contested? Should one consider that the Court implicitly pronounced in favour of the applicant's *jus standi*? If so, on what basis and to what extent?

2. The picture of the Court's jurisprudence is moreover likely to change over time. A painter may come back to an earlier work and by modifying it show his or her "regrets" about previous achievements. The Court may also have regrets sometimes, but it is more likely to consider that, in view of changing circumstances, new principles and rules have emerged.

Although it generally strives to maintain a certain consistency in its jurisprudence, the Court will then revise its approach and prompt a development of the law. The subject that I have chosen for my contribution will provide an illustration of this.

3. I do not need to recall that only States are entitled to bring contentious proceedings before the Court. Judge Cançado Trindade recently advocated allowing access for individuals,⁵ but this is obviously not for the near future. In spite of the fact that only States are parties to proceedings before the Court, claims may concern injuries affecting individuals. Claims will then normally be put forward by a State for the benefit of these individuals.

The traditional approach of the Court to the position of individuals in this type of claim is best illustrated by two quotations from judgments of the Permanent Court of International Justice. The first one is the famous definition of diplomatic protection in the *Mavrommatis* judgment:

"It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By

4. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand intervening)*, I.C.J. Reports 2014, p. 226.

5. A. Cançado Trindade, "Reflections on a Century of International Justice and Prospects for the Future", in: G. Gaja and J. Grote Stoutenburg (eds.), op. cit. supra note 2, p. 1, at pp. 9-10 and 29.

taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.”⁶

This reflects the view that in proceedings before the Court it is only the State exercising diplomatic protection which may be regarded as injured. As the Permanent Court later expressed it in the *Chorzów Factory* case, the only harm for which compensation may be claimed before the Court is the one suffered by the State, although the injury suffered by the individual provides a useful yardstick. The Court then said:

“It is a principle of international law that the reparation of a wrong may consist in an indemnity corresponding to the damage which the nationals of the injured State have suffered as a result of the act which is contrary to international law. [...] The reparation due by one State to another does not however change its character by reason of the fact that it takes the form of an indemnity for the calculation of which the damage suffered by a private person is taken as the measure. [...] Rights or interests of an individual the violation of which rights causes damage are always in a different plane to rights belonging to a State, which rights may also be infringed by the same act. The damage suffered by an individual is never therefore identical in kind with that which will be suffered by a State; it can only afford a convenient scale for the calculation of the reparation due to the State.”⁷

As late as 2004 Christian Dominicé could still describe these views as “doctrine classique” (classical doctrine), adding that, notwithstanding some criticism, this doctrine should not be abandoned.⁸

4. It is well known that since the turn of the century the Court has acknowledged that individuals enjoy rights under international law,

6. *Mavrommatis Palestine Concessions*, P.C.I.J., Publications, Series A, No. 2, p. 12.

7. *Chorzów Factory*, P.C.I.J., Publications, Series A, No. 17, pp. 27-28.

8. Ch. Dominicé, “La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats”, in: *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (Editoriale Scientifica: 2004) p. 729 at p. 743.

even if the respect of these rights can be invoked before the Court only by a State. In *LaGrand*⁹ and later in *Avena*¹⁰ the Court found that Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations conferred rights on individuals detained in a foreign State. Any person detained has the right to be informed about his or her right to request that the consular authorities of the national State be informed of his or her detention. Also the national State has the right to request that the individuals concerned be so informed. The Court concluded that “Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article I of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person”.¹¹

The assertion that rights are conferred by international law on individuals brought significant changes to diplomatic protection. In *Diallo* the Court considered that “under customary international law” a definition of diplomatic protection could no longer be centred on the right and injury of the State of nationality of the natural or legal person. The Court endorsed a definition which had been adopted a few months earlier, at the outcome of a long debate, by the International Law Commission. The definition runs as follows:

“diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.”¹²

There is no reference in this definition to either the right of the individual or the right of the national State. What is especially noteworthy is that the only injury mentioned is that caused to the natural or legal person.

9. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, I.C.J. Reports 2001, p. 466.

10. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, I.C.J. Reports 2004, p. 12.

11. *Supra* note 8, p. 497, para. 77.

12. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 2007, p. 599, para. 39. The text of the article adopted by the International Law Commission is reproduced in *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, Vol. II, Part Two, p. 26.

The follow-up of the *Diallo* case offers further elements of interest. The judgment on the merits considered violations of the rights of Diallo under provisions of the Covenant on Civil and Political Rights, the African Charter on Human and Peoples' Rights and the Vienna Convention on Consular Relations.¹³ The judgment also referred to "reparation due to Guinea for the injury suffered by Mr. Diallo".¹⁴

The 2012 judgment in *Diallo* has as a subtitle "Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea".¹⁵ However, the Court specified that its "inquiry [would] be limited to the injury resulting from the breach of Mr. Diallo's rights as an individual".¹⁶ In fact, the Court only examined the non-material and material injuries suffered by Mr. Diallo and did not make any reference to any injury that might have been suffered by the Republic of Guinea.

5. There is another aspect of the *Diallo* case which is significant. The case was brought mainly in view of the violation of customary rules concerning the treatment of aliens, in particular foreign shareholders. After the judgment on preliminary objections the *Diallo* case turned out to be essentially a human rights case focussing on the expulsion of an alien.

In the second part of the twentieth century, customary rules concerning specifically the treatment of aliens have dwindled, while treaty and also customary rules on the protection of human rights have increasingly provided a standard which is applicable both to nationals and to aliens. Treaties concerning the protection of human rights are concluded in the general interest of the States that are parties. Each State party may invoke a provision in a human rights treaty for the benefit of an individual whatever his or her nationality. When human rights are involved, the requirement of nationality of claims, which is basic for diplomatic protection, does not apply.

What has been said of claims under human rights treaties also applies to claims based on customary international rules concerning the protection of human rights. All States are arguably entitled to put forward a claim for protecting the human rights of an individual whichever his or

13. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, I.C.J. Reports 2010*, pp. 662-673, paras. 63-98.

14. *Ibid.*, p. 691, para. 161.

15. *I.C.J. Reports 2012*, p. 325.

16. *Ibid.*, p. 333, para. 17.

her nationality. This is a point that was strongly made by Judge Simma in his opinion relating to the judgment in *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, where he observed that the missing proof of the Ugandan nationality of some persons who had been ill-treated at Kinshasa airport should not have led the Court to conclude that Uganda's claim on their behalf was inadmissible.¹⁷

One may wonder whether a reference to diplomatic protection is appropriate for defining the invocation of rules on human rights by a State. However, the term has been used in practice when a claim is made by the State on behalf of one of its nationals, whether it is based on rules concerning the treatment of aliens or on rules for the protection of human rights. The definition of diplomatic protection by the International Law Commission, previously quoted, includes claims concerning the protection of human rights. Moreover, this is specified in the commentary.¹⁸ In the *Diallo* judgment on preliminary objections the Court, after giving the definition of diplomatic protection reproduced above, added that "the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights".¹⁹

One may assume that when a State puts forward a claim for one of its nationals it comes under the definition of "specially affected State" according to article 42 of the articles on State responsibility.²⁰ This is confirmed by the context, since one of the following articles, article 44, refers to the "applicable rules relating to the nationality of claims".²¹

Supposing that the State of nationality of the individual brings a claim for the benefit of an injured individual, it would not necessarily act, as was suggested by Alain Pellet,²² only as representative of the

17. *I.C.J. Reports 2005*, pp. 347-350, paras. 35-41.

18. *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, Vol. II, Part Two, p. 27, para. 4.

19. *Supra* note 11, p. 599, para. 39.

20. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 117.

21. *Ibid.*, p. 120.

22. A. Pellet, "La seconde mort d'Euripide Mavrommatis? Notes sur le projet de la C.D.I. sur la protection diplomatique", in: *Droit du pouvoir; pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruylant: 2007) p. 1359 at pp. 1370-1372.

injured individual. It may also claim reparation for an injury that it may have suffered.

The national State could in fact suffer a moral damage, for instance when the breach consists in conduct discriminating individuals having its nationality. The breach may also affect an economic interest of the same State, and therefore also cause a material damage.

6. When considering claims relating to international responsibility that a State makes not as specially affected but in pursuance of a common interest, for instance under a human rights treaty, article 48, paragraph 2, (b) of the ILC articles on State responsibility admits that that State may seek reparation for an injured individual “in the interest [...] of the beneficiaries of the obligation breached”.²³ This provision has to be read in the context of article 33, paragraph 2, which refers to “any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State”.²⁴ Enzo Cannizzaro observed that the term “beneficiaries” in article 48, paragraph 2, (b) has a “polysemic significance”, but also noted that it includes the individuals having a right to reparation for the injuries they suffered.²⁵

Article 48 does not refer to any reparation that the claiming State could request for its own benefit. The reason is that that State suffers no injury, apart from the injury deriving from the breach of the obligation that it shares with the other States parties to the treaty.

Insofar as the injury caused by the breach only affects an individual, the national State exercising diplomatic protection appears to be in the same situation as States referred to in article 48, paragraph 2, (b). This is clearly so when the claim relates to the protection of human rights, but should also arguably apply when the breach concerns a rule on the treatment of aliens. The State can claim reparation for the injury suffered by the individual, but only for the benefit of the injured individual.

23. *Supra* note 19, p. 126.

24. *Ibid.*, p. 94.

25. E. Cannizzaro, “Is There an Individual Right to Reparation? Some Thoughts on the ICJ Judgment in *The Jurisdictional Immunities Case*”, in: D. Alland and others (eds.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy* (Nijhoff: 2004) p. 495 at p. 497.

The reparation would then correspond to the harm suffered by the individual, because the claim would concern that harm and not because, as was held by the Permanent Court of International Justice in the *Chorzów Factory* case,²⁶ the State indirectly suffers the same harm.

7. When a State, such as the Republic of Guinea in *Diallo*, does not claim reparation for any damage directly suffered, the reparation must be intended to be requested for the benefit of the individual. The Court made this point in its judgment on compensation when it said:

“The Court recalls that the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter’s injury.”²⁷

This unusual statement may have been prompted by the large sums claimed by the applicant in the last phase of the proceedings, including substantial sums for costs (500,000 US dollars for a twenty-page memorial). One commentator, Luigi Condorelli, noted that the use of the verb “recall” appears to suggest that the Court had made the same point in an earlier decision or in a previous passage of the same judgment, which in his opinion was not the case.²⁸ However, the Court had already said that the reparation was due for injury suffered by Mr. Diallo.²⁹ The Court may moreover have wished to recall a widespread State practice. Normally a State transfers to the injured nationals the sums that it obtains in compensation for the injuries they suffered, sometimes after deduction of part of the expenses. It would be politically difficult for a State to act otherwise. Should the State of nationality

26. See the passage of this judgment reproduced above, para. 3.

27. *Supra* note 14, p. 244, para. 57.

28. L. Condorelli, “Protection diplomatique réussie et réparation due: une glose”, in: D. Alland and others (eds.), *op. cit. supra*, note 24, p. 477 at p. 480. Also F.d.M. Palaco Caballero, *La Cour internationale de justice et la protection de l’individu* (LGDJ/Schulthess: 2015) at p. 177, emphasizes the novelties of the 2012 judgment. According to A. Peters, *Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht* (Mohr/Siebeck: 2015) at p. 349, the Court did not give in *Diallo* a univocal answer to the question whether an individual may be the holder of a right to reparation under international law. .

29. See the passage of the 2010 judgment reproduced in the text corresponding to note 13.

appropriate the compensation received, this could be viewed as a form of unjust enrichment to the detriment of its nationals.

According to Article 19 of the ILC articles on diplomatic protection, a State entitled to exercise diplomatic protection “should [...] transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions”.³⁰ The statement in the *Diallo* case goes one step further in indicating that the sum received as compensation for the injury suffered by Mr. Diallo is intended to provide reparation for Mr. Diallo’s injury. This points to the requirement that a State wishing to request compensation for its own injury should do so separately and that it should also consider any compensation obtained under this heading as separate from the one received for the individual’s injury.

8. The idea that individuals have a right under international law to obtain reparation for their injuries may lead to some implications that have not yet been considered by the Court.

One implication is that the national State cannot determine the reparation for the individual’s injury in a way that binds the individual without the individual’s consent. Another is that the national State cannot waive a claim concerning reparation for an individual’s injury except insofar as it concerns its own exercise of diplomatic protection. Thus, should the claim concern the violation of human rights, there would be the possibility for another State to bring a claim for the benefit of the individual or for the individual to bring a claim in another forum.

Whether the Court will draw these consequences depends on the opportunities offered by future cases, but may also depend on who will be sitting on the bench.

30. *Supra* note 17, p. 53.



CAPÍTULO XXVI

THE ISSUE OF THE GENUINE LINK IN THE JURISPRUDENCE OF ITLOS

Jose Luis Jesus¹

1. Introduction

The 1982 United Nations Law of the Sea Convention, heretofore the Convention, establishes that “there must exist a genuine link between the ship and the State” whose flag it is entitled to fly². This issue of genuine link has raised one of the most controversial issues in international maritime law since it was introduced in the 1958 High Seas Convention³.

For long⁴, it has been a fact of life that some ships are registered in and flying the flag of a State with which their owners or operators do not have the usual connections. In common parlance this is known as ships carrying a flag of convenience. The use and abuse of the so-called flag of convenience by ships of all sorts have been seen by many as an umbrella to cover up illegal activities at sea, or to evade the obligations of ship owners and operators. IUU fishing, for example, is seen by many as being boosted by ships flying a so called “flag of convenience”, as a number of flag States, for lack of a genuine link with the ships flying their respective flags, appear not to exercise very effective control over some of such ships. No wonder therefore that the debate about how to curb the pernicious effects caused by the illegal activities carried out by some ships navigating under the so-called “flag of convenience” has always been a hot debate surrounding the issue of a genuine link that must exist between the flag State and the ship.

1. Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea.

2. Article 91, paragraph 1.

3. Simon W.Tache, *The Nationality of Ships: The Definitional Controversy and Enforcement of Genuine Link*, page 301, INTERNATIONAL LAWYER, 1982.

4. *Ibidem* 2, page 303..

This debate, which continues and has brought out different opinions and hinted at different solutions, hovers over the interpretation of articles 91 and 94 of the Convention, dealing with the nationality of ships and the duties and responsibilities of the flag State. To date, international courts and tribunals in general (exception made to the International Tribunal for the Law of the Sea, heretofore the Tribunal), have not made a thorough interpretation or pronouncements on this issue that could have clarified the understanding of the law.

The International Court of Justice, heretofore the ICJ, for one, has not addressed head on the issue of genuine link between a ship and its flag State⁵. However, in its advisory case regarding the Constitution of the Maritime Safety Committee of the Intergovernmental Maritime Consultative Organization, the ICJ, by implication, seems to have discarded genuine link as a condition for the conferral of nationality to a ship.

In this advisory case, the IMCO's Assembly was asked to elect the members of the Maritime Safety Commission that, in accordance with article 28 of IMCO Convention, should be the eight largest ship-owning nations. Notwithstanding the indication given to the Assembly in "the Working Paper prepared by the Secretary-General of the Organization which embodies a list of the ship-owning nations with their respective registered tonnages formulated on the basis of Lloyd's Register", the Assembly decided not to elect Liberia and Panama, countries which were among the eight largest ship-owning nations on the list. Instead, the Assembly, in total disregard of the provision of article 28 of the IMCO Convention, elected other countries which ranked ninth and tenth on the list of the ship-owning nations."⁶

This decision generated a controversy that ended up in a request to the ICJ for an advisory opinion on the proposal by Liberia. Responding to the question as to whether IMCO's Assembly, in not electing Liberia and Panama, two major flag States, as members of the Maritime Safety

5. Though the ICJ in the *Notebohm* case (which dealt with the issue of genuine link and nationality of Friederich Notebohm, a German national by birth to whom Liechtenstein had extended its nationality), did have a different approach to genuine link and nationality (ICJ *Notebohm* case (*Lichtenstein v. Guatemala*(second Phase)(1955).

6. Maritime Safety Committee (Opinion of 8 VI 60), INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS, pages 168 and 169.

Committee, had use its electoral power in conformity with article 28 of IMCO Convention, the ICJ rejected the test of the nationality of the beneficial owners of ships, by stating that it was unlikely that when article 28 “[...]was drafted and incorporated into the Convention it was contemplated that any criterion other than registered tonnage should determine which were the largest ship-owning nations”. In particular it is unlikely that it was contemplated that the test should be the nationality of stock-holders and of others having beneficial interests in every merchant ship”.⁷ The ICJ found that such test has “no basis in international practice, the language of international jurisprudence, in maritime terminology, in international conventions dealing with safety at sea or in the practice followed by the Organization itself in carrying out the Convention. On the other hand, the criterion of registered tonnage is practical, certain and capable of easy application”⁸.

Though ICJ declined to address squarely the issue whether the genuine link concept⁹ would be taken account of¹⁰, it nonetheless concluded “that the determination of the largest ship-owning nations depends solely upon the tonnage registered in the countries in question”¹¹. This last phrase can only be read as an endorsement of the position in accordance with which the issue of whether a genuine link between a ship and its flag State exist does not condition or limit the right to confer a nationality to the ship.

The International Tribunal for the Law of the Sea, heretofore the Tribunal, in addressing the issue of the genuine link between a ship and its flag State raised during the proceedings of the M/V “SAIGA”

7. *Ibidem* 5, page 169.

8. *Ibidem* 5, page 169.

9. It was contended in the course of the arguments that the Assembly, in assessing the size, in relation to ship-owning, of each country, was entitled to take into consideration the notion of a genuine link which it was claimed should exist between ships and the countries in which they are registered. Article 5 of the unratified Geneva Convention on the High Seas of 1958 was invoked in support of this contention. The Court having reached the conclusion that the determination of the largest ship-owning nations depends solely upon the tonnage registered in the countries in question, any further examination of the contention based on a genuine link is irrelevant for the purpose of answering the question which has been submitted to the Court for an advisory opinion. *Ibidem* 5 paragraph 171..

10. *Ibidem* 5, page 171.

11. *Ibidem* 5, 171.

(No. 2) Case, did make a significant contribution to the jurisprudence, by clarifying some aspects of the interpretation of articles 91 and 94.

In the Virginia G case (Case No. 19), the Tribunal was once again confronted with similar issue, as Guinea-Bissau argued that the lack of a genuine link between the M/V Virginia G and Panama was a cause for the inadmissibility of the claims of Panama. Guinea-Bissau also used the argument of absence of a genuine link between the Virginia G and Panama as a basis for a counter-claim for compensation against Panama. The Tribunal seized the opportunity raised in this case to reaffirm and further strengthen its jurisprudence set in the *Saiga 2* case (2). By so doing, it may have greatly contributed to put to rest the confusion that has existed since 1958 on the issue of the significance of genuine link referred to in article 91 of the Convention.

These two cases prompted the Tribunal to make a solid contribution to the clarification of the law, namely articles 91 and 94 of the Convention, putting the significance of the genuine link concept into perspective in the context of the right of States to grant their nationality to ships.

With a view to better underlining the contribution of the Tribunal to the jurisprudence on this important matter of maritime law, I shall proceed by making a succinct reference to the submissions of the parties on each of these cases and highlight the material position held by the Tribunal.

2. The Jurisprudence set by ITLOS

(a) In the Saiga (No.2) Case (Merits)

The *Saiga* case, between Saint Vincent and the Grenadines (the flag State) and Guinea, involved the arrest of a ship of the nationality of Saint Vincent and the Grenadines by Guinea for alleged violation of Guinea's customs laws, while bunkering fishing vessels in the Guinea's Exclusive Economic Zone. Saint Vincent and the Grenadines presented several claims against Guinea for the alleged violation of its rights under the Convention.

The dispute was brought to the Tribunal for resolution. Guinea had argued for inadmissibility of the claims presented by Saint Vincent and the Grenadines, including on the grounds of the absence of a genuine link. In this regard, it stated that Saint Vincent and the Grenadines

“claim concerning a violation of its right of navigation and the status of the ship is not admissible before the Tribunal vis-à-vis Guine”.¹²

In defense of its position, Guinea presented the following arguments:

- a) It was not “bound to recognize the Vincentian nationality of the M/V ‘Saiga’, which forms a prerequisite for the mentioned claim in international law that a State cannot fulfil its obligations as a flag State under the Convention with regard to a ship unless it exercises prescriptive and enforcement jurisdiction over the owner or, as the case may be, the operator of the ship”¹³;
- b) “in the absence of such jurisdiction, there is no genuine link between the ship and Saint Vincent and the Grenadines and that, accordingly, it [Guinea] is not obliged to recognize the claims of Saint Vincent and the Grenadines in relation to the ship”¹⁴.

Saint Vincent and the Grenadines contra-argued by stating that there was nothing in the Convention

- a) “to support the contention that the existence of a genuine link between a ship and a State is a necessary precondition for the grant of nationality to the ship”¹⁵;
- b) “or that the absence of such a genuine link deprives a flag State of the right to bring an international claim against another State in respect of illegal measures taken against the ship”¹⁶;
- c) In addition, Saint Vincent and the Grenadines challenged the contention of Guinea that there was no genuine link between it, as the flag State, and the Saiga. It called the attention to a number of facts to provide evidence of this link. These facts included the representation of the ship owner in the country by a company, the supervision exercised by the flag State to secure compliance with the relevant convention of the International Maritime

12. ITLOS’ judgment, Saiga 2 case (merits) 1 July, 1999.

13. *Ibidem* 11, paragraph 76.

14. *Ibidem* 11, paragraph 76

15. *Ibidem* 11, paragraph 77

16. *Ibidem* 11, paragraph 78

Organization and the regular supervision of the vessel's seaworthiness through surveys¹⁷.

Against this background, the Tribunal, after referring to article 91, paragraph 1 of the Convention, in accordance with which "There must exist a genuine link between the State and the ship", identified the following two questions that it needed to address:

- a) "The first is whether the absence of a genuine link between a flag State and a ship entitles another State to refuse to recognize the nationality of the ship.
- b) The second question is whether or not a genuine link existed between the *Saiga* and Saint Vincent and the Grenadines at the time of the incident¹⁸.

In addressing the first question the Tribunal drew the conclusion that neither "the provision of article 91, paragraph 1, of the Convention, requiring a genuine link between the State and the ship", "nor articles 92 and 94 of the Convention, which together with article 91 constitute the context of the provision, provide the answer".

To respond the first question it posed to itself the Tribunal had to have instead recourse to the travaux préparatoires leading to the text of the provision of article 91, paragraph 1, of the Convention on genuine link. As article 91 was taken from the 1958 High Seas Convention, the first draft of which was prepared by the International Law Commission, the Tribunal proceeded analyzing the antecedents of this draft and the developments that took place during its consideration leading to its adoption in the 1958 Geneva Conference by participating States.¹⁹

In assessing these travaux préparatoires, the Tribunal made the following observations: "... the International Law Commission, in article 29 of the Draft Articles on the Law of the Sea adopted by it in 1956, proposed the concept of a "genuine link" as a criterion not only for the attribution of nationality to a ship but also for the recognition by other States of such nationality. After providing that "[s]hips have the

17. *Ibidem* 11, paragraph 79.

18. *Ibidem* 11, paragraph 79.

19. *Ibidem* 11, paragraph 80.

nationality of the State whose flag they are entitled to fly', the draft article continued: Nevertheless, for purposes of recognition of the national character of the ship by other States, there must exist a genuine link between the State and the ship". This sentence was not included in article 5, paragraph 1, of the Convention on the High Seas of 29 April 1958 (hereinafter 'the 1958 Convention')²⁰, which reads, in part, as follows: There must exist a genuine link between the State and the ship; in particular, the State must effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag. Thus, while the obligation regarding a genuine link was maintained in the 1958 Convention, the proposal that the existence of a genuine link should be a basis for the recognition of nationality was not adopted"²¹.

The Tribunal continued: "The Convention follows the approach of the 1958 Convention. Article 91 retains the part of the third sentence of article 5, paragraph 1, of the 1958 Convention which provides that there must be a genuine link between the State and the ship. The other part of that sentence, stating that the flag State shall effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag, is reflected in article 94 of the Convention, dealing with the duties of the flag State"²². "Paragraphs 2 to 5 of article 94 of the Convention outline the measures that a flag State is required to take to exercise effective jurisdiction as envisaged in paragraph 1. Paragraph 6 sets out the procedure to be followed where another State has "clear grounds to believe that proper jurisdiction and control with respect to a ship have not been exercised. That State is entitled to report the facts to the flag State which is then obliged 'to investigate the matter and, if appropriate, take any action necessary to remedy the situation'". The Tribunal therefore concludes that "[T] here is nothing in article 94 to permit a State which discovers evidence

20. The non-inclusion of this sentence was the result of a vote that took place which overwhelmingly rejected it being included in the amended version. The vote was 30-15 in favor of deleting the phrase, with 17 abstaining (Ben Vinar, Notes, the Effect of the Genuine Link principle of the 1958 Convention on the national character of a ship, NYUL, Vol 35, p. 1055).

21. *Ibidem* 11, paragraph 80.

22. *Ibidem* 11, paragraph 81

indicating the absence of proper jurisdiction and control by a flag State over a ship to refuse to recognize the right of the ship to fly the flag of the flag State”²³.

On the basis of its interpretation of articles 91 and 94, the Tribunal made a very important pronouncement regarding the legal significance of genuine link in the context of the granting of nationality to, and the registration of, ships. The Tribunal concluded that “[...] the purpose of the provisions of the Convention on the need for a genuine link between a ship and its flag State is to secure more effective implementation of the duties of the flag State, and not to establish criteria by reference to which the validity of the registration of ships in a flag State may be challenged by other States”²⁴. It therefore dismissed Guinea’s objection to admissibility based on the absence of a genuine link between the Saiga and Saint Vincent and the Grenadines²⁵, as there was no legal basis for the claim of Guinea that it can refuse to recognize the right of the Saiga to fly the flag of Saint Vincent and the Grenadines on the ground that there was no genuine link between the ship and Saint Vincent and the Grenadines²⁶.

With respect to the second question it posed to itself, the Tribunal concluded that, “in any case, the evidence adduced by Guinea [was] not sufficient to justify its contention that there was no genuine link between the ship and Saint Vincent and the Grenadines at the material time”²⁷.

The position held by the Tribunal in this case, regarding the proper understanding of a genuine link between the State and the ship carrying its flag is the correct interpretation of the provision which is now incorporated in article 91 of the Convention. It could not possibly have an interpretation, as pretended by Guinea that would have granted States the right not to recognize a ship its nationality on the argument that there is no genuine link between the ship and its flag State.

The danger of such an interpretation was well underlined in the following statement by the American representative, Admiral Colclough, at the time of the negotiations of the 1958 High Seas

23. *Ibidem* 11, paragraph 82.

24. *Ibidem* 11, paragraph 83.

25. *Ibidem* 11, paragraph

26. *Ibidem* 11, paragraph 86

27. *Ibidem* 11, paragraph 87

Convention²⁸. Speaking on the issue of recognition of the national character of the ship by other States proposed by the Netherlands' delegation, "the United States argued that the proposal amounted to telling states 'that if they found that the genuine link did not exist, in a particular case, they were free not to recognize the nationality of the ship concerned. 'Such a principle', he urged, "was inherently dangerous'. A principle that would permit a vessel to be treated as a stateless ship for lack of a 'genuine link' with its flag state controverts the purpose of the rule of exclusive jurisdiction of the flag state, which is designed 'to protect ships and crews from undue interference with navigation by being subjected to penal proceedings before strange and foreign courts' "²⁹.

(b) In the Virginia G case

The Tribunal was once again confronted with similar situation in the Virginia G case (case 19), between Guine-Bissau and Panama. This case involved the arrest of a Panama flagged-ship by Guine-Bissau for bunkering fishing vessels in the EEZ of Guine-Bissau without the required authorization, as required by its laws and regulations applicable to fishing and fishing-related activities in its EEZ.

During the written and oral proceedings Guine-Bissau relied on the argument of the absence of a genuine link between Panama, as the flag State, and the arrested ship, Virginia G, to file a counter claim against Panama and also to contest the admissibility of Panama's claims.

In its counter claim, Guine-Bissau stated that "Panama violated art. 91 of the Convention by granting its nationality to a ship without any genuine link to Panama, which facilitated the practice of illegal actions of bunkering without permission in the EEZ of Guine-Bissau" and that "Guine-Bissau is entitled to claim from Panama all damages and costs caused by Virginia G to Guinea-Bissau, which are a result of the granting of the flag of convenience to the ship by Panama"³⁰.

Furthermore, in objecting to the admissibility of the claims of Panama, Guine-Bissau contended that there was no genuine link between

28. *Ibidem* 19, page 1055.

29. *Ibidem* 19, page 1055.

30. ITLOS judgment, Virginia G case (case 19), paragraph 21.

the M/V Virginia G and Panama, submitting that “the function of the genuine link is to establish an international minimum standard for the registration of ships”.

For Guine-Bissau, “the genuine link is not only a formal registration, but also requires a real and substantial connection between the vessel and the flag State”. It further submitted that “the registration of the Virginia G under the flag of Panama does not meet the condition of an effective jurisdiction of the flag State” and that “neither the ship owner nor the manning of the ship are of Panamanian origin, which are essential conditions to have a genuine link established between the State and the ship under article 91(1) of the Convention”. It argued that this situation “is a case of a flag of convenience, as there is not any connection between the ship and Panama”. Referring to article 92, paragraph 2, of the Convention, Guine-Bissau concluded that “[i]n cases of lack of a genuine link between the flag State and the ship, the coastal State should not be bound to acknowledge the right of navigation of such ship in its exclusive economic zone”³¹.

Guine-Bissau concluded that “a basic condition for the registration of a ship is that also the owner or operator of the ship is under the jurisdiction of the flag State’ which can result from, for example, the nationality or residence or domicile of the owner or operator of the ship”³².

It was to be expected that such arguments presented by Guine Bissau could not hold water in the light of the clear jurisprudence of the Tribunal set in Saiga 2 case. Similar arguments presented in Saiga 2 case were totally rejected by the Tribunal and, therefore, it was to be expected that the arguments put forward by Guine-Bissau on genuine link and nationality of ships were doomed to fail bluntly. In fact that was what the Tribunal did. It started by recalling that “[...] article 91, paragraph 1, third sentence, of the Convention requiring a genuine link between the flag State and the ship should not be read as establishing prerequisites or conditions to be satisfied for the exercise of the right of the flag State to grant its nationality to ships”³³.

In response to the argument of Guine-Bissau that “the registration of the Virginia G under the flag of Panama does not meet the condition

31. Ibidem 29, paragraph 102.

32. Ibidem 29, paragraph 103.

33. Ibidem 29, paragraph 110.

of an effective jurisdiction of the flag State and that “[i]n cases of lack of a genuine link between the flag State and the ship, the coastal State should not be bound to acknowledge the right of navigation of such ship in its exclusive economic zone”, the Tribunal observed that article 94 of the Convention requires the flag State to “effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag”. However, it recalled in this regard that article 94, paragraph 6, of the Convention “outlines the procedure to be followed where another State ‘has clear grounds to believe that proper jurisdiction and control with respect to a ship have not been exercised’”. It further recalled that as it had stated in the M/V “SAIGA” (No.2) Case, “[t]here is nothing in article 94 to permit a State which discovers evidence indicating the absence of proper jurisdiction and control by a flag State over a ship to refuse to recognize the right of the ship to fly the flag of the flag State”³⁴.

The Tribunal also reaffirmed what it had stated in M/V “SAIGA” (No.2) case, regarding the significance of the nature of genuine link, where it stated that “the purpose of the provisions of the Convention on the need for a genuine link between a ship and its flag State is to secure more effective implementation of the duties of the flag State, and not to establish criteria by reference to which the validity of the registration of ships in a flag State may be challenged by other States”³⁵.

The Tribunal concluded by expressing its views on the significance of the genuine link concept, as embodied in article 91 of the Convention, by saying in quite unequivocal terms that, “once a ship is registered, the flag State is required, under article 94 of the Convention, to exercise effective jurisdiction and control over that ship in order to ensure that it operates in accordance with generally accepted international regulations, procedures and practices. This is the meaning of “genuine link”³⁶.

This conclusion of the Tribunal was an important element added to its jurisprudence it had set in the Saiga (No. 2) Case, in that it clearly put into perspective the relationship between the genuine link that must exist between the ship and its flag State and the nationality

34. *Ibidem* 29, paragraph 111.

35. *Ibidem* 29, paragraph 112.

36. *Ibidem* 29, paragraph 113.

and registration of the ships. The jurisprudence set by the Tribunal in both cases on the issue of genuine link is a major stride in the judicial interpretation of article 91 of the Convention³⁷. This clearly and unambiguously established jurisprudence of the Tribunal on the issue of genuine link, together with the position held by the ICJ in the Maritime Safety Committee advisory case, as referred to above, should give enough guidance to the actions of governments and especially to counsels and lawyers before courts and tribunals when arguing their case involving the issue of genuine link.

The Tribunal concluded by finding that a genuine link existed between Panama and the M/V Virginia G at the time of the incident and accordingly, rejected the “objection raised by Guine-Bissau to the admissibility of the claims of Panama based on the alleged lack of genuine link between Panama and the M/V Virginia G”³⁸ and did not have to deal with the merits of Guine-Bissau’s counter claim as a result.

3. Concluding remarks

As inferred from above, the issue of a genuine link that must exist between the ship and its flag State has been abundantly argued over decades and has been the object of a major debate in maritime law. The divergent views that have since emerged may be reduced to two different positions:

- a) a position in accordance with which the genuine link should be seen as a precondition to be satisfied before the conferment by the State of its nationality to a ship or before its registration in the ships register of that State; and
- b) an opposite position in accordance with which that genuine link should not in any way condition or limit the sovereign right of a State to grant its national character to a ship or to register the ship in its ships register. This position maintains that the only function of the genuine link concept is to make sure that a State that has

37. Some authors still have doubts as to the position of the Tribunal. See Roger O’keefe, *Cambridge Law Journal*, 431 (2000), 59(3).

38. *Ibidem* 29, paragraphs 117 and 118.

conferred its national character to a ship or has registered such ship in its register comply with the international responsibilities and obligations under international law and applicable international regulations, such as periodic surveys, safety of navigation, protection of the marine environment, safe and proper working conditions and social welfare of the crew³⁹.

The jurisprudence of the Tribunal, as set in the two cases mentioned above, clearly can be identified with the last position. The main tenets of this jurisprudence may be summarized as follows:

- a) Article 91, paragraph 1, third sentence, of the Convention, requiring a genuine link between the flag State and the ship, should not be read as establishing prerequisites or conditions to be satisfied for the exercise of the right of the flag State to grant its nationality to ships⁴⁰;
- b) The purpose of the provisions of the Convention on the need for a genuine link between a ship and its flag State is to secure more effective implementation of the duties of the flag State, and not to establish criteria by reference to which the validity of the registration of ships in a flag State may be challenged by other States⁴¹;
- c) Once a ship is registered, the flag State is required, under article 94 of the Convention, to exercise effective jurisdiction and control over that ship in order to ensure that it operates in accordance with generally accepted international regulations, procedures and practices. This is the meaning of “genuine link”⁴².
- d) The Tribunal observes that article 94 of the Convention requires the flag State to effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag. However, it recalls in this regard that article 94, paragraph 6, of the Convention outlines the procedure to be followed where another State ‘has clear grounds to believe that proper jurisdiction and control with respect to a ship have not been exercised’⁴³;

39. *Ibidem* 2, page 306.

40. *Ibidem* 29, paragraph 110.

41. *Ibidem* 11, paragraph 83.

42. *Ibidem* 29, paragraph 113.

43. *Ibidem* 29, paragraph 111

- e) There is nothing in article 94 to permit a State which discovers evidence indicating the absence of proper jurisdiction and control by a flag State over a ship to refuse to recognize the right of the ship to fly the flag of the flag State⁴⁴.

44. *Ibidem* 11, paragraph 82.

CAPÍTULO XXVII

A NOVA POLÍTICA EUROPEIA DE INVESTIMENTO DECORRENTE DO TRATADO DE LISBOA – O REGULAMENTO *GRANDFATHERING* E A ARTICULAÇÃO ENTRE A COMPETÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA E AS COMPETÊNCIAS REMANESCENTES DOS ESTADOS-MEMBROS

*Maria João Palma*¹

Parte I - Introdução

A celebração do primeiro Acordo Bilateral de Investimento remonta a 1959, por altura da assinatura do primeiro BIT (*Bilateral Investment Treaty*)² entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão³. Desde

1. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (1992), Pós-graduada em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da FDL (1993), Docente da FDL (1993/2009), LLM College of Europe, Bruges, Bélgica (1996), Mestre em Direito pela FDL (1998), Consultora Jurídica do Ministério da Economia (1998 até ao presente) e Assistente Convidada do Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (2009 até ao presente).

Este artigo constitui uma versão revista de um Parecer Jurídico elaborado no exercício das funções de Consultora Jurídica do Ministério da Economia (DGAE). As opiniões aqui apresentadas são da autora e não vinculam aquela entidade.

2. Com a finalidade de facilitar a leitura e, uma vez que o seu uso é generalizado, usaremos a sigla em inglês BIT (Bilateral Investment Treaty) para fazer referência aos, entre nós designados, acordos bilaterais de promoção e proteção recíproca de investimento.

3. Alemanha, China, Suíça e Reino Unido são os 4 maiores signatários de BITs a nível mundial. As listas por país podem ser consultadas em - unctad.org/en/Pages/DIAE/.../Country-specific-List-of-Bits.aspx. Segundo esta lista – referente a junho de 2013 - a Alemanha tem 136 BITs assinados, dos quais 127 em vigor. A China tem 128 BITs assinados, dos quais 103 em vigor. Portugal assinou o seu primeiro BIT em 1980 com a Alemanha, o qual está em vigor desde 1982. Ao todo Portugal tem 55 BITs assinados e 41 em vigor. Com a China, o BIT português está em vigor desde 2008. Presentemente, a China tem BITs com 27 dos Estados-Membros (EM), colocando-se, atualmente, a questão de saber qual a mais valia da celebração de um acordo de investimento entre aquela e a União Europeia (UE), a qual, passará, em nosso entender, pela harmonização do level of protection entre os vários EM relativamente à China.

então, o número de acordos celebrados a nível mundial aumentou para, aproximadamente, 2800 BITs, dos quais cerca de metade foram celebrados por Estados-Membros da União Europeia⁴.

Os Acordos Bilaterais de Investimento têm por objetivo assegurar garantias mínimas aos investimentos e aos investidores de uma parte contratante no território da outra parte contratante (“*level playing field*”).⁵

Essas garantias consubstanciam, por um lado, um conjunto de direitos substantivos que são assegurados aos investidores (como a regra do tratamento nacional ou o direito a indemnização em caso de expropriação) mas, também, o acesso à arbitragem internacional cujo rol já extenso de decisões terá dado origem a um *novo ambiente de aprendizagem*⁶, não só para os intérpretes e aplicadores dos acordos mas, desde logo, para os próprios negociadores dos mesmos.

A Irlanda é o único EM que não assinou nenhum BIT com um país terceiro. Note-se que, a partir do momento em que a UE celebre um acordo de investimento com um país terceiro, a Irlanda também ficará vinculada ao cumprimento do mesmo, muito embora esta se tenha mantido à margem da celebração deste tipo de acordos até ao presente.

O Brasil é merecedor, também, de uma referência na medida em que apesar de ter vários BITs assinados na década de 90, nenhum deles chegaria a entrar em vigor. Por seu lado, Angola, com 8 BITs assinados, tem apenas 4 em vigor. Sendo ambos os países fortes recetores de investimento, esta letargia prova que os BITs não são fundamentais para a captação de investimento estrangeiro, pese embora desempenhem um papel essencial na proteção dos investidores contra atos hostis imputáveis ao Estado recetor do investimento.

4. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report*, 2012, p. xx.

5. “*What is a BIT? These are Treaty arrangements to provide foreign investors with a “level playing field” and access to an international arbitral tribunal in the event the host State uses its sovereign power with detrimental effect to the foreign investor*”, in Khawar Qureshi QC - “Bilateral Investment Treaties (BITs): The Essentials”, 2007, http://www.mcnairchambers.com/media/documents/200810/investmenttreatyessentials_.pdf.

Entre nós, Fausto de Quadros, *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, p. 48 e segs.

6. Devemo-nos referir, aqui, a um exercício de mera “*interpretação arbitral*”, ao invés de “*case law*”, uma vez que não cabe fazer apelo à figura do *precedente* - as decisões dos tribunais arbitrais nesta área não são obrigatórias para partes terceiras, nem os outros tribunais têm de seguir as decisões anteriores. *Vide*, UNCTAD, *Scope and Definition*, 2011, p. 1 e 2 http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_.pdf.

1. *Bilateralismo versus Regionalismo*

No fim de 2011, o universo de Acordos Internacionais de Investimento (IIAs, sigla inglesa) contava 3.164 acordos, o qual incluía 2.833 BITs e 331 “*outros IIAs, incluindo sobretudo zonas de comércio livre contendo disposições sobre investimento, acordos de cooperação econômica e acordos regionais ...*”. No total, durante o ano de 2011 foram assinados 47 IIA, dos quais 33 BITs e 14 outros IIAs⁷.

Em termos quantitativos, os BITs continuam a prevalecer, contudo, em termos de impacto econômico, o regionalismo torna-se cada vez mais importante. O aumento do peso econômico dos Tratados regionais é notório desde a conclusão da negociação da zona de comércio livre entre o México, Canadá e Estados Unidos (NAFTA)⁸, a qual incluiu um capítulo sobre investimento; evidenciado, também, pelas negociações em curso do Acordo de Comércio Livre Trans-Pacífico (TPP Agreement)⁹; pelos desenvolvimentos no ASEAN¹⁰; a nível da

No entanto, afirmar-se que a interpretação constante não é relevante em termos práticos seria incorreto. Frequentemente, os tribunais arbitrais baseiam-se em decisões anteriores. Neste sentido, *vide* Dolzer and Schreuer, que acentuam: “*In investment arbitration, each tribunal is constituted ad hoc for the particular case. Therefore, it is more difficult to develop a consistent case-law than in international courts such as the ICJ or ECHR. Yet, tribunals do rely on previous decisions of other tribunals whenever they can. Discussion of previous cases and of the interpretations adopted in them is a regular feature in almost every decision. At the same time, it is also well-established that tribunals in investment arbitration are bound by previous decisions of other tribunals*”, in *Principles of International Investment Law* OUP, 2008, p. 36 (nosso sublinhado).

7. UNCTAD, 2012, p. xx.

8. O North American Free Trade Agreement (NAFTA) é um acordo assinado pelo Canadá, México e Estados Unidos, tendo entrado em vigor em 1994.

9. O TPP é uma zona de comércio livre, em negociação desde dezembro de 2012, entre a Austrália, Brunei, Chile, Canadá, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Singapura, os Estados Unidos e o Vietname. O Japão expressou também o seu desejo de se juntar às negociações. A Coreia de Sul foi convidada pelos Estados Unidos mas declinou o pedido.

10. A Associação de Nações do Sudeste Asiático (ANSEA/ASEAN) é uma organização regional de Estados do sudeste asiático que foi constituída em 8 de agosto de 1967. Foi fundada originalmente pela Tailândia, Indonésia, Malásia, Singapura e Filipinas. Em 1992, os países participantes decidiram transformá-la em zona de livre comércio, a ser implementada gradualmente até 2008. A nível de relações ex-

União Europeia, pelo facto de a Comissão Europeia estar atualmente a negociar acordos sobre investimento em nome da União Europeia e de todos os EM, inter alia, com o Canadá, Singapura, Índia¹¹.

Mais recentemente, em março de 2013, saliente-se a proposta americana de constituição de uma zona de comércio livre entre os Estados Unidos e a União Europeia de negociação de um acordo Compreensivo sobre Comércio e Investimento (TTIP)¹² e a abertura oficial das negociações para uma Zona de Comércio Livre, incluindo disposições sobre investimento, entre a UE e o Japão¹³.

Na maioria dos casos, os acordos regionais são zonas de comércio livre (*Free Trade Area*, FTA, na sigla inglesa), abordando não só o

ternas, a prioridade da ASEAN é fomentar o contato com os países da região Ásia-Pacífico, mas foram também estabelecidos acordos de cooperação com o Japão, China e Coreia do Sul.

11. Em junho de 2010, na Comunicação sobre a Política Europeia de Investimento (COM (2010) 343, p. 7, a Comissão enumerou aqueles que considera os parceiros de valor acrescentado: Canadá, Índia, Singapura, Mercosul, a curto prazo; China, a médio prazo - na modalidade de *stand alone agreement*, i.e., um acordo que visa apenas proteger o investimento, sendo, por isso, diferente de uma zona de comércio livre e Rússia, também a médio prazo, na modalidade de Acordo Compreensivo.

Sublinhe-se que, o mandato que autoriza a Comissão a negociar com a China foi aprovado em outubro de 2013. Trata-se de um duplo mandato composto por uma Decisão do Conselho e por uma Decisão de representantes dos EM e que vai além do proposto pela Comissão (*supra*), na medida em que incluiu para lá do investimento, acesso ao mercado, compras públicas e propriedade intelectual.

12. A 12 de fevereiro de 2013, o Presidente Barack Obama convidou a UE para o início de negociações informais de um Acordo Transatlântico entre os Estados Unidos e a União Europeia (the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). A 12 de março, a Comissão apresentou um estudo de impacto sobre o TTPI (SWD (2013) 69 final, 12.3.2013) e solicitou ao Conselho uma autorização para a abertura formal das negociações. De acordo com os resultados do estudo, este Acordo UE-EUA será o maior acordo bilateral alguma vez negociado e poderá implicar um *output* de cerca de 0.5% da economia anual da UE.

Em 14 de junho de 2013, o Conselho aprovou um mandato para que a Comissão negocie o TTIP com os EUA. O mandato é composto por uma Decisão do Conselho e por uma Decisão dos Representantes dos EM (duplo mandato), tendo em vista a celebração de um acordo misto.

13. A 29 de novembro de 2012, o Conselho aprovou um mandato para que a Comissão negocie uma zona de comércio livre com o Japão. Aqui, como noutros casos, trata-se de um duplo mandato, perspetivando-se a celebração de um acordo misto.

Sobre o conjunto das negociações em curso pode consultar-se <http://ec.europa.eu/trade/>.

comércio mas também o investimento, respondendo de forma mais adequada à atual realidade económica em que ambas as dimensões estão intimamente interligadas. Esta abordagem deverá permitir uma consolidação e harmonização das regras sobre investimento e representar um passo em direção ao multilateralismo. De salientar, porém, o possível efeito perverso de, em virtude de os novos Tratados não conterem regras que disciplinem a cessação da vigência dos Tratados anteriores (*phase-out*), o resultado ser o inverso e se dar um agravamento da complexidade da rede de IIA, com sobreposições e inconsistências¹⁴.

Tendo como objetivo prevenir este efeito e, na decorrência da assinatura, após o Tratado de Lisboa, por parte da União Europeia (UE), de uma nova competência para a celebração de acordos internacionais em matéria de Investimento Direto Estrangeiro (IDE), aquela aprovou regras precisas que disciplinarão a sucessão no tempo entre os BITs nacionais e os BITs da UE através do Regulamento sobre Disposições Transitórias (Regulamento *Grandfathering*, *infra*¹⁵).

2. O conteúdo de um BIT “típico”

No que se refere à proteção de investimento¹⁶, os BITs incluem, *inter alia*, disposições sobre “tratamento justo e equitativo”, “não

14. UNCTAD, 2012, xx.

15. Regulamento nº 1219/2012, de 20.12.2012. A *Grandfather clause* permite acautelar que situações existentes contrárias à legislação futura permaneçam em vigor (*infra*, Parte III, ponto 3). Para a sua utilização no âmbito da legislação referente ao comércio internacional, *vide*, Walter Goode - *Dictionary of Trade Policy Terms*, World Trade Organization, Cambridge University Press, 2003, p. 160.

16. Tradicionalmente, os BITs dos Estados europeus regulam apenas a proteção dos investimentos (pós-estabelecimento), ao passo que os BITs dos países NAFTA incluem também disposições relativas ao acesso ao mercado ou liberalização dos investimentos (pré-estabelecimento) - como exemplo, veja-se o modelo norte-americano de 2012 <http://www.ustr.gov/sites/default/files/Bit%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

Na doutrina, distinguindo o Modelo americano e o Modelo europeu, *vide* Patricia Nacimiento na introdução ao painel “BITs around the world”, *in ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 24, 2, 2009, p. 366. Salientamos o nível bastante pormenorizado do clausulado no primeiro caso face ao segundo. Essa diferença deve-se a uma tentativa de blindagem do Modelo americano de forma a enfrentar

discriminação” - subdividida em duas vertentes: “Nação Mais Favorecida” (NMF) e “Tratamento Nacional” (TN), - “expropriação” e “compensação por danos”, “liberdade de transferências” e “sistema de resolução de litígios”, sendo este último estruturado quer numa vertente inter-estadual, quer numa vertente investidor Estado, admitindo-se um variado leque de remissões para tribunais arbitrais, de onde sobressai a remissão para o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimento (CIRDI, Washington)¹⁷.

Todo este conjunto de disposições visa assegurar, de modo recíproco, a proteção dos investidores e dos seus investimentos no território da contraparte contra eventuais danos causados pelo Estado recetor do investimento, sendo de salientar que, a par de direitos substantivos (*maxime*, NMF e TN), o acesso à arbitragem internacional em alternativa aos tribunais nacionais é, também, uma forma de reforçar essa proteção ao garantir de forma acrescida uma apreciação imparcial de uma contenda, sobretudo em destinos considerados de risco político¹⁸.

as modernas tendências litigantes das empresas multinacionais de forma a salvaguardar os interesses do Estado recetor dos investimentos (ex. a cláusula *denial of benefits* ou a introdução da exigência de “*in like circumstances*” no tratamento nacional e na NMF). Atualmente, ao nível da negociação dos acordos internacionais que a UE tem em curso fala-se de uma eventual *naftização* do Modelo UE, ao se avaliar a possível inclusão de cláusulas e/ou requisitos, até então, não usuais ao nível dos BITs dos EM.

17. O Centro Internacional para a Resolução de Diferendos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID) foi criado pela Convenção sobre Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, assinada em Washington, em 18 de março de 1965, sob os auspícios do Banco Mundial.

O principal objetivo desta Convenção é “*proporcionar uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos legais surgidos do relacionamento entre empresas privadas e Estados de diferentes nacionalidades.*” Assim, Celso de Tarso Pereira - “O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID)”, *in Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 35 n. 140 out./dez.1998, p. 87.

18. É usual ver-se na doutrina incluída na definição de BIT também uma referência ao acesso por parte dos investidores à arbitragem internacional (*supra* nota 5). A verdade é que nem sempre tal se verifica, *vide*, por exemplo, a análise da primeira geração de BITs celebrados pela China (até 1998), por Gordon Smith - “Chinese Bilateral Investment Treaties: restrictions on International Arbitration”, http://www.Kennedys-law.com/files/Uploads/Documents/GordonSmithChineseBilateralInvestment_1222010.pdf.

Parte II - As novas competências da União Europeia em matéria de Investimento Direto Estrangeiro após o Tratado de Lisboa

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, o artigo 207º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) passou, através do alargamento do âmbito da política comercial comum (PCC) ao Investimento Direto Estrangeiro (IDE), a atribuir competência exclusiva à UE nesta matéria (*vide*, artigo 3º, alínea e) do TFUE)¹⁹.

Esta inclusão do IDE no âmbito da PCC trouxe, *prima facie*, como consequência o afastamento dos Estados-Membros destas matérias (*vide*, artigo 2º do TFUE)²⁰. Note-se, porém que, o nº 1 da parte final do dito normativo permite a habilitação dos Estados-Membros por parte da UE em situações pontuais.

Após a inclusão do IDE no âmbito da PCC várias questões foram, desde logo, colocadas, das quais destacamos as seguintes:

1. Em primeiro lugar, a questão de saber qual o *status quo* dos BITs nacionais celebrados até então (“*BITs existentes*”, como passariam a ser designados no jargão da UE), uma vez que o artigo 207º do TFUE nada dispunha sobre os mesmos²¹.
2. Em segundo lugar, a questão de saber se os Estados-Membros poderiam ser habilitados a celebrar BITs (“*BITs futuros*”), a par dos BITs da UE.

19. A introdução de listas classificativas de competências é uma novidade do Tratado de Lisboa e visa clarificar a repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros. O artigo 3º do TFUE enumera de forma taxativa as competências exclusivas, onde se inclui a PCC na alínea e), nomeadamente os aspetos de IDE relacionados com o comércio (*trade-related FDI*). O artigo 4º do TFUE enumera de forma exemplificativa as competências partilhadas da UE, sendo relevante para aqui, sobretudo, a alínea a) do nº 2 (mercado interno), onde incluímos outros aspetos do IDE e o investimento indireto (*portfolio*).

20. O artigo 2º do TFUE prevê no seu nº 1 que, “*Quando os Tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos atos da União*”.

21. Como referido *supra*, o regime transitório ou *phase-out* não resulta do Tratado mas viria a ser concebido por um Regulamento da UE (*infra*).

3. E, por fim, saber se, no caso de a UE vir a celebrar Acordos que envolvessem IDE e questões colaterais (*portfolio*, expropriação, indenização por danos - matérias normalmente abrangidas pelos BITs nacionais), a competência exclusiva da UE abrangeria, também, esses aspetos, ou, deveria enveredar-se pela solução da celebração de acordos mistos, i.e., acordos celebrados conjuntamente pela UE e pelos EM.

Um alinhavo às respostas a dar à primeira e segunda questões será dado mais à frente, por ora, importa tecer as seguintes considerações: a abrangência de uma política exclusiva é ditada pela determinação do seu âmbito e, para podermos apurar com segurança quem deverá figurar como outorgante nos futuros acordos da UE que incluam disposições sobre proteção de investimento convém definir, previamente, o alcance do conceito de IDE, pois, é este que nos dará a exata medida da ação da UE por si só²².

Para este efeito, é importante começar por estabelecer uma distinção entre IDE e *portfolio*, dois tipos diferentes de investimento abrangidos usualmente pelos BITs celebrados pelos Estados, tendo, nomeadamente, em consideração a jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJUE) que já se pronunciou sobre esta distinção, de forma a, assim, determinar o alcance da exclusividade da competência da UE decorrente do artigo 207º do TFUE.

1. A definição de Investimento Direto Estrangeiro

Muito embora não esteja incluída qualquer definição de IDE no artigo 207º do TFUE ou em qualquer outra disposição dos Tratados, a verdade é que a jurisprudência do TJUE tem-se referido, de modo consistente, à definição contida no Anexo I da Diretiva 88/361 de 24 de junho de 1988²³, da qual resulta que o IDE supõe o estabelecimento

22. De acordo com jurisprudência constante do TJUE, toda a atuação da UE deve basear-se numa base jurídica, a qual, de acordo com o princípio da competência por atribuição (*principle of conferral*) nos dá o fundamento e a medida dessa atuação. *Vide*, Acórdão C-325/91, França c. Comissão, de 1991, considerando 26 e Acórdão C-370/07, Comissão c. Conselho, de 2009, considerando 37-55.

23. O Anexo I da Diretiva indica como movimentos de capitais incluídos no IDE: “1. Criação e extensão de sucursais ou de empresas novas pertencentes

ou manutenção por parte do investidor com o *host state* de laços duradouros²⁴.

exclusivamente ao investidor e aquisição integral de empresas existentes. 2. Participação em empresas novas ou existentes com vista a criar ou manter laços económicos duradouros. 3. Empréstimos a longo prazo com vista a criar ou manter laços económicos duradouros. 4. Reinvestimentos de lucros com vista a manter laços económicos duradouros". Nas notas explicativas, o Anexo I define os investimentos diretos como: "Os investimentos de qualquer natureza efetuados por pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que servem para criar ou manter relações duradoura e diretas entre o investidor e o empresário ou a empresa a que se destinam esses fundos com vista ao exercício de uma atividade económica ...". E ainda: "No que se refere às empresas mencionadas no ponto I2 da nomenclatura e que têm o estatuto de sociedades por ações, existe participação com carácter de investimentos diretos, quando o lote de ações que se encontra na posse de uma pessoa singular, de uma outra empresa ou de qualquer outro detentor dá a esses acionistas, quer por força no disposto na legislação nacional sobre as sociedades por ações, quer por qualquer outro modo, a possibilidade de participarem efetivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo". As definições perfilhadas pelo FMI (*Balance of Payment Manual*, 1993) ou pela OCDE (*Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 2008) são semelhantes à contida na Diretiva *supra* referida e adotada pelo TJUE. Na doutrina, enfatizam a similitude das definições, Wenhua Shan and Sheng Zhang – "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy" – *The European Journal of International Law*, Vol. 21, n° 4, 2010, p. 1059, <http://ejil.oxfordjournals.org/>

24. No Processo C-98/01, Acórdão de 13 de maio de 2003, o TJUE referiu-se à Diretiva 88/361, conjuntamente com a nomenclatura que lhe está anexa como tendo valor indicativo para definir o conceito de movimentos de capitais, salientando que "o investimento direto, em especial, caracteriza-se pela possibilidade de participar efetivamente na gestão de uma sociedade e no seu controlo" (considerandos 39 e 40). No mesmo sentido, Processo C-446/04, considerando 182.

Nos Processos apensos C-282/04 e C-283/04, Comissão contra Holanda, 2006, considerandos 18 e 19 o TJUE estabeleceu a diferença entre IDE e *portfolio* deste forma: "Não havendo, no Tratado CE, definição do conceito de «movimentos de capitais» na aceção do artigo 56.º, n.º 1, CE, o Tribunal de Justiça reconheceu um valor indicativo à nomenclatura anexa à Diretiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado [artigo revogado pelo Tratado de Amesterdão] (JO L 178, p. 5). Assim, constituem movimentos de capitais, na aceção do artigo 56.º, n.º 1, CE, designadamente, os investimentos diretos sob a forma de participação numa empresa através da detenção de ações que conferem a possibilidade de participar efetivamente na sua gestão e no seu controlo (investimentos ditos «diretos») assim como a aquisição de títulos no mercado dos capitais efetuada com a única intenção de realizar uma aplicação financeira sem

Assim, deve assumir-se que utilizando o artigo 207º do TFUE a expressão investimento direto aí se encontram albergados apenas os investimentos com as características *supra* identificadas, daí devendo ser extraídas as devidas conclusões em termos de competência de atuação por parte da UE – esta será apenas exclusivamente competente para aprovar direito interno de implementação da política comercial comum cujo escopo seja o IDE (artigo 207º, nº 2 do TFUE) ou para a celebração de acordos internacionais com idêntico objeto, isto é, visando também apenas IDE (artigo 207º, nº 1 do TFUE).

Nesta medida, o investimento indireto²⁵ ou de *portfolio* será uma competência partilhada, o que determina que:

2. Tratando-se da aprovação de direito derivado (regulamentos, diretivas) e estando em causa o investimento indireto, a competência é partilhada e a atuação da UE deve obediência ao princípio da subsidiariedade²⁶ (artigo 5º, nº 3 do TUE, articulado com o artigo

pretender influenciar a gestão e o controlo da empresa (investimentos ditos «de carteira») (v., neste sentido, acórdão de 16 de Março de 1999, *Trummer e Mayer*, C-222/97, *Colet.*, p. I-1661, n.º 21, e acórdãos, já referidos, *Comissão/França*, 36 e 37, e *Comissão/Reino Unido*, 39 e 40)” (nosso sublinhado). O mesmo foi reiterado no Processo nº 171/08, *Comissão c. Portugal*, 2010, considerando 49.

25. De fora do conceito de IDE ficam, também, os direitos da propriedade intelectual ou os direitos de crédito, tradicionalmente cobertos pelos BITs celebrados pelos EM.

26. As competências partilhadas exigem a verificação do teste da subsidiariedade para que a UE conquiste o direito de regulação aos EM, competindo à UE a fundamentação da necessidade do exercício da competência por parte desta. Nessa medida, o artigo 5º do TUE dispõe, no nº 3 que, “*Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União*”. E no nº 4, “*As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo.*”

Enfatize-se que, desde o Tratado de Lisboa que os Parlamentos nacionais viram o seu papel reforçado ao nível da verificação deste princípio através de um controle

- 4º do TFUE, alínea a) sobre mercado interno – *in casu*, livre circulação de capitais, artigo 63º e segs. do TFUE)²⁷.
3. Dizendo o ato respeito em simultâneo a IDE e *portfolio*, a escolha da base jurídica implica o recurso a uma dupla base jurídica, artigo 64º, nº 2 e 207º, nº 2 do TFUE com recurso ao processo legislativo ordinário, previsto em ambas as bases jurídicas²⁸.
 4. Tratando-se da celebração de Acordos Internacionais que envolvam quer investimento direto, quer investimento indireto, os acordos deverão assumir as vestes de acordos mistos, i.e., a outorga de mandato à Comissão para levar a cabo as negociações e a celebração do

preventivo (*mecanismo de alerta precoce*) que é exercido nos termos do disposto no Protocolo (nº 2) relativo à aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, referido no citado artigo 5º, nº 4 do TUE.

27. Por isso defendemos que o Regulamento *Grandfathering*, ao basear-se apenas no artigo 207º do TFUE, é ilegal (*infra*). O mesmo problema poderá ocorrer no que se refere à aprovação do Regulamento sobre Responsabilidade Financeira se o objetivo for regular litígios referentes ao investimento no seu todo (*infra*, nota 40). Não deixa de ser paradoxal que os mandatos outorgados à Comissão para negociar os BITs da UE sejam duplos mandatos tendo em vista a celebração de acordos mistos o que, evidencia as inconsistências, aqui, assinaladas. No sentido de que os acordos internacionais a celebrar pela UE devem assumir a forma de acordos mistos, *vide*, o Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão que se pronunciou sobre o Tratado de Lisboa, segundo o qual “*The extension of the common commercial policy to “foreign direct investment” (Article 207.1 TFEU) confers exclusive competence on the European Union also in this area. Much, however, argues in favour of assuming that the term “foreign direct investment” only encompasses investment which serves to obtain a controlling interest in an enterprise (see Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2009, p. 15-16). The consequence of this would be that exclusive competence only exists for investment of this type whereas investment protection agreements that go beyond this would have to be concluded as mixed agreements*” - Judgment of the German Federal Constitutional Court of June 30, 2009 on the Lisbon Treaty, para. 379, 2 BVE 2/08 (o sublinhado é nosso).

28. No caso de a medida prosseguir mais do que um objetivo ou ter vários componentes e não sendo um deles identificável como o principal, devemos baseá-la em várias bases jurídicas – desde que os procedimentos para os quais as bases remetam não sejam incompatíveis. Neste sentido, Acórdão C-130/10, Parlamento Europeu v. Conselho, 2102, considerando 42-45. Esta incompatibilidade procedimental não se verifica no caso *sub judice*, na medida em que, quer o artigo 207º, nº 2, quer o artigo 64º do TFUE remetem para o processo legislativo ordinário.

acordo devem ser feitas pelo Conselho conjuntamente em nome da UE e dos EM^{29 30}

Para o efeito, um acordo desta natureza deverá basear-se não só na norma que prevê o procedimento, artigo 218º, nº 3 e nº 4 do TFUE mas, também, nas bases substantivas dos artigos 207º e 63º, ambos do TFUE.

29. No mesmo sentido, *vide* – Carolinn Hjalmoth – “Securing High Investment Protection for Eu Investors” – <http://www.kommers.se/documents/dokumentarkiv/publikationer/2011/rapporter/report-securing-high-investment-protection.pdf>, p. 8 e Stephen Woolcock – “The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty”, <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>

A este respeito Wenhua Shan and Sheng Zhang afirmam: “*One must note that the Union’s exclusive competence on investment has been confined to “foreign direct investment”, while BITs typically cover both direct and indirect investment. The latter, which is also termed “portfolio investment”, lies beyond the exclusive competence of the Union. Indirect (as well as direct) investment may, arguably, be covered by Article 64 TFEU (ex Article 57 TEC) concerning free movement of capital. However, as noted by ECJ, it does not confer express exclusive competence on the EU, nor does it provide sufficient legal basis for an implicit exclusive competence of the EU in this area (Opinion 2/92). It therefore follows that to sign a BIT in its conventional sense the Union would have to act jointly with the Member States. It might nevertheless be possible for the Union to choose to sign a BIT to cover only FDI, leaving portfolio investment aside. This however does not seem to be a very appealing choice, given the increasing importance of portfolio investment, particularly in an economy as developed as that of the EU. It is therefore more likely that the Union will have to team up with its Member States to enter into comprehensive investment treaties anyway. The Union has gone a long way toward achieving this competence on FDI, yet it is still only half way toward a full “common investment competence”, op. cit., p. 1064 e 1065.*

Enfatize-se que, a tese das competências partilhadas tem sido a seguida pelos mandatos outorgados no âmbito dos acordos em negociação e que incluem disposições sobre liberalização dos investimentos, proteção dos investimentos e disposições sobre resolução de litígios, os quais foram outorgados tendo em vista a celebração de acordos mistos (*supra*).

30. Numa situação de competência partilhada, o princípio da unidade externa de representação impõe que a Comissão negocie no plano externo em nome da UE e dos EM. Este princípio foi afirmado, *inter alia*, nos Acórdãos C-246/07, Comissão europeia contra Reino da Suécia, 2010, Col. I-03317, considerando 73. Sublinhe-se que, tal como o TJ afirma, o mesmo não colide com o princípio da competência por atribuição e, nessa medida, perante uma competência mista, muito embora a Comissão negocie em nome dos EM e da UE, a celebração deverá ser conjunta.

Acresce referir que, a natureza mista do acordo³¹ decorre não só do facto de estarem envolvidas competências exclusivas, a par de partilhadas mas, também, do facto de o acordo envolver competências reservadas aos EM, *inter alia*, expropriação (*infra*), resolução de litígios (conexos com as competências dos EM) ou restrições aos movimentos de capitais decididas ao abrigo do artigo 65º, nº 1 do TFUE, tais como medidas para repor a ordem pública ou a segurança pública.

A avaliação da natureza exclusiva ou mista do acordo deve ser feita de modo casuístico, tudo dependendo das matérias que o mesmo vise regular, o que determinará uma maior ou menor necessidade de fundamentação em várias bases jurídicas³².

PARTE III - A convivência entre BITs nacionais e BITs da União Europeia: o Regulamento Grandfathering

Uma vez que o artigo 207º do TFUE não contém qualquer disposição que preveja um período transitório que assegure a vigência dos BITs

31. Os Tratados em lado algum preveem ou definem a figura do acordo misto – esta é fruto de uma construção jurisprudencial, *maxime*, no Parecer 1/94, de 15 de novembro de 1994, onde o TJ apreciou a competência da, à data, Comunidade europeia e dos EM para a celebração dos acordos que instituíram a Organização Mundial do Comércio (OMC), tendo concluído pela sua natureza mista. Sobre o conceito de acordo misto *vide*, Marise Cremona – “External Relations of the EU and the Member States: competence, mixed agreements, international responsibility and effects of international law”, EUI working papers, Law ° 2006/22, <http://ssm.com7abstract=963316>. Entre nós, Maria Luísa Duarte identifica duas razões distintas que justificam que o acordo seja misto: “1. porque se trata de matérias que relevam em parte da competência exclusiva da Comunidade e outra parte da competência própria ou reservada dos Estados-Membros; 2) ou, então, porque no estágio actual de desenvolvimento do Direito Comunitário, os Estados-Membros e a Comunidade partilham, em sentido próprio, a responsabilidade de regulação interna e externa sobre a matéria, não sendo possível definir uma linha de separação entre esferas de intervenção basicamente intersectantes”, in – *A Teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*, Lex, Lisboa, 1997, p. 600. Em nosso entender, no caso dos acordos BITs UE/EM celebrados com terceiros convivem estas duas razões.

32. Assim, mesmo que estejamos perante um *stand alone agreement* (acordo que apenas cobre a matéria de investimento) e não um FTA ou um Acordo Compreensivo, esse acordo deverá revestir as vestes de acordo misto porque a matéria de investimento é partilhada.

nacionais até à sua substituição pelos BITs da UE e, sob pena de lhes ser aplicável o artigo 351º do TFUE,³³ do qual resultaria, no limite, a obrigatoriedade de denúncia por parte dos EM dos referidos acordos em virtude da alteração da titularidade da competência relativa ao IDE³⁴, foi necessário regular a questão através de um outro instrumento normativo.

In casu, viria a ser aprovado o Regulamento (UE) nº 1219/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012³⁵, o qual estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento celebrados entre os EM e os países terceiros.

1. Os antecedentes – a Proposta da Comissão e a tese dos poderes implícitos

A Proposta apresentada pela Comissão que esteve na base da aprovação do Regulamento *Grandfathering*³⁶ surge alicerçada apenas no artigo 207º do TFUE o que poderia, à partida, ter subjacente a negação, por parte daquela, da distinção entre IDE e *portfolio*, assim se explicando

33. 34 O artigo 351º do TFUE prevê o seguinte: “*As disposições dos Tratados não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de Janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à Comunidade, anteriormente à data da respetiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro. Na medida em que tais convenções não sejam compatíveis com os Tratados, o Estado ou os Estados-Membros em causa recorrerão a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades verificadas. Caso seja necessário, os Estados-Membros auxiliar-se-ão mutuamente para atingir essa finalidade, adotando, se for caso disso, uma atitude comum (...)*” - o sublinhado é nosso. A expressão “... por todos os meios ...” inclui a denúncia ou revogação do acordo.

34. A celebração de acordos internacionais sobre IDE passou de competência nacional a competência exclusiva da UE.

35. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia, L 351/40, de 20.12.2012. Refira-se que, o processo de aprovação deste Regulamento foi extremamente complexo e moroso tendo seguido a tramitação prevista no artigo 294º do TFUE que regula o processo legislativo ordinário, procedimento elegido pelo Tratado de Lisboa para a aprovação de direito derivado de implementação da PCC (artigo 207º, nº 2 do TFUE). Em média, um processo destes demora 15 a 18 meses: a Proposta da Comissão remonta a 7 de julho de 2010, COM (2010) 344 final, ou seja, foram necessários mais de dois anos para se chegar ao fim do procedimento de aprovação do diploma. Para o acompanhamento dos procedimentos interinstitucionais (Prelex) - http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL-pt&Dosid=199504

36. COM (2010) 344 final.

a tese da competência exclusiva que, aparentemente, viria a vingar na redação final do dito diploma.

De facto, quer na Exposição de Motivos, quer no Preâmbulo da Proposta, a Comissão não procede a qualquer distinção entre os conceitos, sempre se referindo, unicamente, ao IDE como parte da PCC e fundamentando a Proposta, apenas, nos artigos 207º, nº 1, artigo 3º, nº 1, alínea e) e artigo 2º do TFUE.

Note-se porém que, a tese da Comissão não se baseia na negação da distinção entre IDE e *portfolio* mas sim na defesa de uma teoria de poderes implícitos, sustentada, inicialmente, pela Comissão em junho de 2010, na Comunicação sobre a Política Europeia de Investimento³⁷, com a seguinte argumentação:

“While investors have a key interest in establishing and controlling their assets abroad, such direct investments will always give rise to additional transfers, like for example the repatriation of profits. It is important that a common international investment policy not only enables the execution of a direct investment itself – the acquisition of a foreign enterprise or the establishment of one – but also that it enables and protects all the operations that accompany that investment and make it possible in practice: payments, the protection of intangible assets such as Intellectual Property Rights, etc. In this respect, the articulation of investment policy should be consistent with the Treaty’s Chapter on capital and payments (Articles 63-66 TFEU), which provides that, in principle, all restrictions on payments and capital movements, including those involving direct as well as portfolio investments, both between Member States and between Member States and third countries, are prohibited. That chapter does not expressly provide for the possibility to conclude international agreements on investment, including portfolio investment. However, to the extent that international agreements on investment affect the scope of the common rules set by the Treaty’s Chapter on capitals and payments, the exclusive Union competence to conclude agreements in this area would be implied.”³⁸.

37. COM (2010) 343, p. 8.

38. Sem o afirmar expressamente a Comissão remete, aqui, para o artigo 3º, nº 2 do TFUE que estabelece que: *“A União dispõe igualmente de competência exclusiva*

Esta posição é retomada na Exposição de Motivos que alicerça a Proposta de um Regulamento sobre Repartição de Responsabilidade Financeira (RRF)³⁹ onde a Comissão refere: *“The Commission takes the view that the Union has exclusive competence to conclude agreements covering all matters relating to foreign investment, that is both foreign direct investment and portfolio investment. Article 207 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”) provides the exclusive competence for foreign direct investment. The Union’s competence for portfolio investment stems, in the Commission’s view, from Article 63 TFEU. That article provides that the movement of capital between Member States of the Union and third countries is to be free of restrictions. Article 3(2) TFEU provides for the exclusive competence of the Union whenever rules included in an international agreement “may affect common rules or alter their scope”. In the Commission’s view, the Union must have exclusive competence also over matters of portfolio investment since the rules being envisaged, which would apply indistinctly to portfolio investment, may affect the common rules on capital movement set down in Article 63 of the Treaty”.*

Porém, o artigo 63º do TFUE, aliás, todo o capítulo referente à livre circulação de capitais, ao regular uma das quatro liberdades, traves mestras do mercado interno que é, em si, classificado como competência partilhada pelo artigo 4º, nº 2, alínea a) do TFUE - não contém, contrariamente ao afirmado pela Comissão, a regulação de quaisquer regras comuns cuja coerência possa ser afetada pela adoção de regras no plano internacional de modo a justificar a projeção da exclusividade da competência no plano interno, para o plano externo (jurisprudência AETR, constitucionalizada pelo Tratado de Lisboa através da redação dada ao artigo 3º, nº 2, *in fine*, do TFUE)⁴⁰.

para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas”. É nesta última hipótese que se baseia a tese da Comissão.

39. COM (2012) 335 final, de 21.6.2012. Através desta Proposta de Regulamento, a COM apresenta critérios reguladores de uma repartição de responsabilidade financeira entre a UE e os EM decorrente da gestão dos futuros BITs da UE.

Note-se, porém que esta fundamentação nas competências implícitas está ausente no texto final do Regulamento *Grandfathering*.

40. Processo nº 22/70, Acórdão de 31 de março de 1971.

Em nosso entender, para que se verifique este efeito de exclusividade projetada para o exterior, a Comissão teria de demonstrar que a competência interna seria exclusiva, muito embora não se tivesse previsto no Tratado a correspondente competência externa, ou que, mesmo tratando-se de uma competência partilhada esta ter-se-ia tornado exclusiva em virtude de um *efeito de preempção* – o qual ocorre em sede de competências partilhadas quando a UE ocupa todo o espaço normativo relativo a uma determinada matéria, em virtude de conquistar capacidade regulatória por sucessivos ganhos do teste de subsidiariedade face aos EM⁴¹.

Ora, as matérias cobertas pelos acordos atualmente em negociação (*supra*) envolvem regras relativas à admissão do investimento *lato sensu* e regras relativas à proteção dos investimentos, incluindo normas sobre litígios. Enfatize-se porém que, de momento, a UE tem apenas regras que respeitam à admissão de certos tipos de investimentos (pré-estabelecimento) mas não tem, ainda, regras sobre proteção de investimento.

Esta lacuna ao nível da regulamentação do bloco normativo em torno das questões aqui em causa torna indefensável a *tese dos poderes implícitos* perfilhada pela Comissão, a qual necessitaria para ser operativa da demonstração de ocupação do espaço normativo que, sublinhe-se, ainda não se verificou, o que nos leva a defender a natureza partilhada das matérias relativas ao investimento indireto, quer no plano interno (Regulamento *Grandfathering* e RRF), quer no plano externo para a negociação e celebração dos acordos *supra* referidos.

Perante o exposto, podemos concluir que há um salto lógico no raciocínio da Comissão, a qual, omitindo a etapa intermédia da demonstração que consistiria em provar que estamos perante *regras comuns* muito

41. Entre nós, António Goucha Soares – *Repartição de competências e preempção no Direito comunitário*, Edições Cosmos, 1996.

Saliente-se que, o Protocolo nº 25 Relativo ao exercício das competências partilhadas, introduzido pelo Tratado de Lisboa, viria a limitar os efeitos preemptivos ao ato em causa, ao estabelecer que: “... relativamente ao artigo 2º, nº 2 do TFUE, referente às competências partilhadas, quando a União toma medidas num determinado domínio, o âmbito desse exercício de competências apenas abrange os elementos regidos pelo ato da União em causa e, por conseguinte, não abrange o domínio na sua totalidade.” (nosso sublinhado).

embora o Tratado as classifique de partilhadas mas que, em virtude do efeito de *preempção* se teriam transformado em exclusivas, para, aí sim, cumprida essa etapa, se puder avançar para a fase seguinte em direção à conclusão no sentido da projeção da competência para o exterior.

Ora, a Comissão refere apenas os poderes implícitos exclusivos externos sem demonstrar que a competência interna se teria tornado exclusiva em virtude do tal efeito de *preempção*, pretendendo retirar uma competência externa exclusiva de uma competência interna partilhada, em contradição com a *simetria* ditada pelo princípio do paralelismo, no qual se baseia a *teoria dos poderes implícitos*.

Em suma, não questionamos a bondade dos argumentos da Comissão em prol da eventual necessidade de uma abrangência alargada do âmbito da política de investimento. Todavia, tal ensejo só será, em nossa opinião, concretizável quando os EM – ainda, *Les Maîtres des Traités* – decidirem, em sede de revisão dos Tratados que, daí em diante, o artigo 207º do TFUE se refere a “Investimento Estrangeiro” lato sensu, devendo, para o efeito, ser retirada a referência a “*direto*” do preceito em causa.

2. A controversa base jurídica do Regulamento Grandfathering

Sobre o Regulamento *Grandfathering*, em vigor desde 9 de janeiro de 2013, cumpre tecer várias considerações.

Desde logo, a questão da base jurídica elegida para a aprovação do Regulamento: os BITs nacionais vão além de questões estritamente relacionadas com o IDE, contêm disposições sobre *portfolio*, expropriações, propriedade intelectual, compensação por danos, resolução de litígios. Nessa medida e, uma vez que estão em causa quer questões de competência partilhada, como é o caso do *portfolio* (*supra*), quer questões do foro nacional, como a expropriação ou a compensação por danos, entendemos que o Regulamento não poderia ter sido baseado apenas no artigo 207º do TFUE. Na verdade, parece-nos que nem sequer o Regulamento alicerçado em outras bases jurídicas adicionais⁴², como os artigos 63º e seguintes do TFUE

42. Sobre a admissibilidade da dupla base jurídica pode ver-se o estudo de Anne Waschman – “Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour”, *Revue Europe*, Paris, ano 3, nº 1, 1993, p. 1.

para o *portfolio* e/ou o artigo 352º do TFUE (chamada *cláusula de flexibilidade*) para outras questões que pudessem ser incluídas nos objetivos da UE, embora desprovidas de base jurídica específica, se nos afigura ser a solução mais acertada⁴³. Em nosso entender, a questão deveria ter sido tratada com base num outro tipo de instrumento jurídico, por ventura um acordo celebrado entre a UE e os Estados-Membros de modo a acautelar o respeito pelas competências próprias das Partes envolvidas – repise-se: o Tratado de Lisboa não atribuiu competência exclusiva à UE sobre todo o investimento mas apenas sobre o IDE⁴⁴.

43. A questão da base jurídica de um outro diploma de implementação da passagem do IDE para a UE, *in concreto*, a Proposta de Regulamento sobre a Regulamentação da Responsabilidade Financeira (RRF) decorrente dos litígios investidor-Estado ao abrigo de acordos internacionais dos quais a UE seja parte –(*supra*, nota 39) - está, ainda, em fase de discussão, abrangendo as mesmas questões controvertidas (base jurídica e competências), a par do *locus standi* em sede de arbitragem internacional (UE ou Estados-Membros ou ambos como *co-respondents*). Em nosso entender, também esta Proposta levanta complexas e semelhantes questões em torno da adequada escolha da base jurídica em virtude das competências envolvidas. Uma solução possível será limitar o âmbito do RRF apenas ao IDE e, assim sendo, já o fundamento do mesmo apenas no artigo 207º do TFUE será legítimo. Porém, sendo esta a via seguida, colocar-se-ão, depois, problemas ao nível da operacionalidade do diploma quando estiverem em causa litígios de investimento *extra* IDE (por exemplo, relativos a *portfolio*).

44. Na exposição de motivos da Proposta de Regulamento RRF, p. 4, a Comissão invoca o artigo 345º do TFUE que prescreve que “*Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros*” para refutar os argumentos contra a competência da UE para a aprovação de normas sobre expropriação com a seguinte argumentação: “*It should further be noted that Article 345 TFEU provides only that the Treaties shall not affect the system of property ownership prevailing in the Member States. Treaties providing for investment protection do not affect the system of property ownership – rather they require that expropriation be subject to certain conditions, including, inter alia, the payment of compensation. Hence, the specific rule in Article 345 is not such as to imply that the Union does not have competence for the rules on expropriation included in agreements providing for investment protection. Finally, it is also established that the competence to establish and administer dispute settlement provisions runs together with the underlying competence for the subject matter of the rules*”. (nosso sublinhado)

Ou seja, a Comissão invoca o que consideramos uma *norma travão*, *i.e.*, uma norma que funciona para estabelecer os limites de atuação da UE para afirmar que daquela não resulta que a UE não possa legislar sobre expropriação. Falta, no entanto, que a Comissão identifique a base jurídica de onde retira a dita competência. Em nosso

Em suma, o presente Regulamento padece do vício de incompetência a dois níveis: por um lado, ao desrespeitar a competência partilhada entre a UE e os EM em matéria de *portfolio*⁴⁵, o que determinaria que deveria ter sido, *inter alia*, respeitado o princípio da subsidiariedade para que a aprovação do Regulamento fosse possível⁴⁶; por outro lado, por desrespeitar a competência reservada dos EM em matéria de expropriação e compensação por danos, podendo, por tal facto, ser passível de impugnação junto do TJUE ao abrigo do artigo 263º do TFUE. Em nosso entender, é inclusivamente defensável que além do vício de mera ilegalidade, o ato padeça do vício de inexistência, na medida em que aborda questões do foro da competência dos EM⁴⁷, o que o inquina do vício de incompetência absoluta, vício este que

entender, a norma poderá não impedir mas não dá competência ... Não será, por isso, lícito à Comissão concluir que, uma vez que a norma não impede, seja possível extrair, inclusivamente, a competência para a regulação de litígios referentes a medidas de competência nacional, como seja o caso da expropriação.

Não questionamos que a UE tenha capacidade para estipular que as expropriações devam obediência ao tratamento nacional, ou à NMF, ou que lhes deva ser inerente um dever compensatório – o que a Comissão refere e bem; o que questionamos é que a UE tenha competência para determinar as regras reguladoras de litígios que envolvam uma questão dessa natureza, o que sucede, assim o entendemos, quer no Regulamento *Grandfathering* (artigo 13º), quer no RRF. A função do artigo 345º do TFUE é assegurar que a UE não interfere no regime de propriedade dos EM não podendo, bem ao contrário do afirmado pela Comissão, servir para legitimar que esta possa interferir na regulação de litígios que envolvam a propriedade dos EM, condicionando uma gestão que deverá ser autónoma, reflexo da respetiva legitimidade passiva nas ditas contendas e que deve ser assegurada em questões desta natureza.

45. Este inclui-se na matéria do mercado interno, artigo 4º do TFUE (competência partilhada), regido pelos artigos 63º e segs. do Tratado.

46. De acordo com o artigo 5º, nº 3 do TUE: “*Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União*”. Ou seja, quando estamos perante uma competência partilhada, tal como vimos *supra*, para que a UE possa aprovar atos de direito derivado deve *vencer* o teste da subsidiariedade. Ora, o Preâmbulo do Regulamento *Grandfathering* é omissivo em relação a qualquer justificação a este nível, como lhe competia.

47. Ao pretender regular o *status quo* dos BITs nacionais no seu todo, o Regulamento *Grandfathering*, de forma velada, assume posição de modo indiferenciado

determina a inexistência do ato e é invocável independentemente de qualquer prazo, junto do TJUE⁴⁸.

A verdade é que nos parece ser defensável afirmar-se que, por razões práticas e de celeridade na aprovação do regime que iria assegurar a preservação da vigência dos BITs “existentes” e sob pressão da Comissão no que se referia aos BITs celebrados já após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa⁴⁹, a ponderação da correta base jurídica terá sido descurada ou menos cuidada – de resto, e como é sabido, a Comissão é recorrentemente favorável a bases jurídicas que alicercem a exclusivi-

sobre o conjunto do articulado dos acordos, independentemente de as disposições regularem matérias do foro da UE ou dos EM.

48. No Acórdão Comissão c. França, 1969, Processos apensos nº 6/69 e 11/69, Col. 1969, p. 205 estava em causa a alegada ilegalidade de uma Decisão da Comissão por vício de incompetência absoluta (*vide* considerando 10 do Acórdão). Pese embora o facto de, o prazo para a impugnação do ato já ter decorrido (considerando 12), o TJ admitiu analisar a ilegalidade do ato em virtude do vício em causa. Por este facto, certa doutrina vê nesta jurisprudência a transposição para o direito comunitário da teoria da inexistência. *Vide*, M. C. Bergères - “La théorie de l’inexistence en Droit Communautaire”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1989, nº 3, p. 393 e 647. Deste Acórdão retiramos também que, muito embora a ação de incumprimento tenha uma natureza meramente declarativa e objetiva, não cuidando o TJUE de saber quais as razões que poderão justificar o incumprimento, ou sendo as mesmas inclusivamente irrelevantes, o vício de incompetência absoluta ser, todavia, um meio de defesa atendível por parte do TJUE. A conclusão do TJ, no Processo *supra* citado, foi no sentido de que não se estava *in casu* perante qualquer ilegalidade, mas, o facto de ter admitido analisar o alegado vício de incompetência absoluta permite-nos concluir no sentido de que tal meio de defesa é invocável, a todo o tempo, como causa justificativa do incumprimento do direito da UE, no âmbito de uma ação por incumprimento. Sobre a controversa questão de saber se os EM podem invocar a exceção de ilegalidade no âmbito de uma ação por incumprimento, *vide* Denys Simon – *Recours en constatation de manquement*, *Juris Classeur*, 1991, p. 9 e Ami Barav - “The exception of illegality in Community law: A Critical Analysis”, 11 *Common Market Law Review*, 1974, p. 366 a 386.

49. Aqueles que designámos como BITs da “era do pecado”, na medida em que foram celebrados após a passagem da competência relativa ao IDE para a UE decorrente da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, por altura da nossa intervenção na Conferência sobre a Proteção do Investimento Português no Estrangeiro, promovida pela Associação Comercial de Lisboa, www.expresso.pt/expressomeiodia (2012). Saliente-se que, Portugal celebrou quatro desses BITs: com o Senegal, com o Congo, com a República do Congo e com os Emiratos Árabes Unidos, os quais viriam a ser notificados à UE nos termos do Regulamento *Grandfathering* (*infra*).

dade da competência da UE (*maxime*, o histórico em torno da celebração dos acordos OMC que daria origem ao Parecer 1/94 do TJ).

A solução encontrada servia, assim, para apaziguar a ânsia dos EM de ver a vigência dos “*BITs existentes e intermédios*” assegurada, perante a ausência de um regime de phase-out plasmado no Tratado.

O menor rigor com que a questão da base jurídica terá sido gerida é, de resto, evidenciado pelo facto de os mandatos recentemente outorgados para que a Comissão negocie Acordos de Investimento da UE com países terceiros (*supra*) serem *duplos mandatos* (i.e., outorgados em nome da UE e dos EM), na medida em que se perspetiva a celebração de acordos mistos⁵⁰.

3. As principais disposições do Regulamento Grandfathering

Pese embora os problemas, aqui, alinhavados ao nível da incorreta escolha da base jurídica, o Regulamento encontra-se em vigor desde janeiro de 2013 e, não tendo sido atempadamente impugnado, deve o mesmo considerar-se aplicável⁵¹.

Dito isto, cumpre-nos sintetizar as **principais regras nas quais assenta o Regulamento:**

50. A natureza mista das competências em causa deveria também, em nosso entender, ter sido tida em conta no exercício de estruturação do RRF (*supra*). No entanto, mais uma vez, a Comissão avançou no sentido de indicar como base jurídica apenas o artigo 207º do TFUE. Parece-nos que, também nesta sede, o correto teria sido enveredar por uma solução idêntica à que preconizamos *supra* para a matéria coberta pelo Regulamento *Grandfathering*, i.e., a celebração de um acordo entre a UE e os EM em virtude das competências em causa, i.e., não apenas partilhadas, além de exclusivas - o que, ainda assim, se resolveria com a aprovação de um Regulamento - mas, também, competências reservadas aos EM, estas últimas ditando a impossibilidade de adopção de um simples acto de direito derivado para regular a tríade de competências em causa.

51. O facto de o Regulamento não mais poder ser impugnado em sede de recurso de anulação em virtude do decurso do prazo para tal (dois meses após a publicação do acto, de acordo com o artigo 263º do TFUE) não inviabiliza uma possível invocação da excepção de ilegalidade do mesmo noutra sede, *maxime* como meio de defesa por parte de um EM no âmbito de uma ação de incumprimento. A este respeito, uma situação possível será a necessidade de defesa por parte de um EM em virtude do, eventual, desrespeito do disposto no artigo 13º do Regulamento *Grandfathering* ao não informar a Comissão e/ou não promover a sua participação num litígio em torno de uma expropriação (competência nacional), acionado por um investidor de um país terceiro signatário de um BIT com esse EM.

1. Em primeiro lugar, é importante salientar o seu campo de aplicação cabendo atentar na definição de “*acordo bilateral de investimento*” que nos é dada pelo artigo 1º, nº 2, segundo a qual este termo significa que o Regulamento é aplicável a qualquer acordo celebrado com um terceiro país que contenha disposições sobre proteção de investimento. Trata-se, assim, de um Regulamento que se aplica a *acordos celebrados com terceiros Estados*, deixando de fora a gestão do *status quo* dos acordos intra-BITs, isto é, aqueles que foram celebrados entre os vários EM (vide, também, o considerando 15 do Regulamento)⁵².

2. Ainda no que se refere ao seu campo de aplicação, podemos constatar que foram previstas 3 categorias de BITs *ratione temporis*:

2.1. Os BITs assinados antes de 1 de dezembro de 2009 (data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa), regulados pelo Capítulo II do Regulamento – “*BITs existentes*”, protegidos por uma *grandfather clause*⁵³ prevista no artigo 2º – ou seja, são mantidos em vigor muito embora contenham disposições que passaram para o foro da competência da UE relativa ao IDE⁵⁴;

2.2. Os BITs assinados entre 1 de dezembro de 2009 e 9 de janeiro de 2013 inclusive (data da entrada em vigor do presente Regulamento), são mantidos em vigor seguindo-se o previsto no artigo 12º – **BITs da fase intermédia**⁵⁵; e

2.3. A situação dos BITs emendados ou concluídos após a entrada em vigor do Regulamento, isto é, após 9 de janeiro de 2013

52. A celebração de intra-BITs teve lugar sobretudo entre EM da UE e outros Estados antes da respetiva adesão. Portugal tem 10 intra-BITs em vigor, um deles com a Alemanha (em vigor desde 1982). A questão de saber se estes BITs podem ou não manter-se em vigor está na ordem do dia e ainda não se chegou a um entendimento entre os vários EM sobre a necessidade de revogar estes BITs (*tese* da Comissão). A questão é controversa pois, em bom rigor, a passagem do IDE para a UE deu-se apenas no plano externo - note-se que o adjetivo “estrangeiro” indica que se trata de investimentos de investidores da UE em terceiros países e *vice versa*.

53. Nota 15 *supra*.

54. 1,392 BITs foram notificados ao abrigo do artigo 2º do Regulamento *Grandfathering*. A lista dos acordos referida no artigo 4º pode ser encontrada no JO C 131, 8.5.2013, p. 2 e segs.

55. Ver *supra*.

(Capítulo III) – “*BITs futuros*”⁵⁶, autorizados mediante empowerment, ao abrigo do artigo 9º.

Desta estruturação retiramos que vão poder conviver BITs celebrados pelos EM antes ou após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a par dos Acordos de Investimento celebrados pela UE que adquiriu competência em matéria de IDE com aquela revisão.

3. Uma outra regra importante é a que possibilita a “*convivência pacífica*” de BITs da UE com os BITs dos EM através da figura da delegação ou habilitação de poderes daquela para os EM (*empowerment*), ao abrigo do artigo 2º, nº 1 do TFUE⁵⁷. Esta autorização será concedida, de acordo com o artigo 9º do Regulamento, desde que, a par de outras considerações sobre a compatibilidade do acordo com o ordenamento da UE, esta não tenha um interesse atual ou potencial no parceiro escolhido pelo EM⁵⁸.

4. A regra antecedente tem, porém, de ser entendida *con grano salis*, devendo a mesma ser articulada com uma outra que nos diz que essa convivência cessa quando a UE vier a celebrar um acordo relativo à mesma matéria, com o mesmo país terceiro. Ou seja, assegura-se a manutenção dos BITs nacionais em vigor até à substituição por BITs da UE (considerando 5, conjugado com o artigo 3º, ambos do Regulamento). Esta regra da *manutenção até à progressiva substituição por um BIT da UE* aplica-se quer a BITs existentes, quer a futuros BITs dos EM.

5. Essa substituição deverá operar norteada por elevados padrões de proteção dos investimentos (*high standards of investment*

56. A Comissão pronunciou-se já sobre vários pedidos de autorização: www.europarl.eu/.../COM-AC_DI (2013).

57. O artigo 2º, nº 1 do TFUE estabelece o seguinte: “*Quando os Tratados atribuem à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos atos da União*” - o sublinhado é nosso.

58. De acordo com o artigo 9º do Regulamento, a autorização não será concedida no caso de: “*Ser supérflua, visto a Comissão ter apresentado ou decidido apresentar, nos termos do artigo 218º, nº 3 do TFUE, uma recomendação de abertura de negociações com o país terceiro em causa*” – o sublinhado é nosso.

protection, vide, considerando 6). Trata-se, aqui, de procurar não um mínimo denominador comum entre a proteção que é assegurada pelos vários EM mas os padrões mais elevados, o que admitimos nem sempre será fácil, mormente se tivermos em consideração modelos de BIT que incluem disposições arrojadas sobre a contribuição dos investimentos para o crescimento económico ou o desenvolvimento auto-sustentável, comparativamente com outros que não o fazem⁵⁹.

6. Uma regra que também nos parece merecedora de destaque e que praticamente passa despercebida aquando a leitura dos considerandos é a regra que se refere à *gestão da vida dos acordos* (timidamente aflorada no considerando 16)⁶⁰. Na verdade, resulta do artigo 13º que o cordão umbilical que une os Estados-Membros e a UE por altura do *empowerment* e do complexo e moroso processo de autorizações para a sua ultimação vai permanecer ativo para lá do nascimento dos BITs nacionais. De facto, mesmo após todo o percurso decorrido e obtida a autorização para a assinatura do dito acordo, a UE vai continuar vigilante sobre a vida do recém-nascido BIT⁶¹: qualquer problema que surja, seja na fase amigável, seja na fase contenciosa vai ter de ser reportado à Comissão, a qual, inclusivamente, vai ter direito de participar no

59. Ao complexo exercício de indagar sobre as *best practices* dos EM acresce a dificuldade de as compatibilizar com os interesses do terceiro Estado. Um exemplo de disposição que gera alguma discussão sobre a sua inclusão ou não nos BITs é a *umbrella clause*, considerada *best practice* entre os EM da UE mas rejeitada por alguns Estados pertencentes ao Modelo Norte Americano. *Vide*, por exemplo, o recente BIT celebrado entre o Canadá e a China, de Setembro de 2012, que não contém qualquer referência à *umbrella clause*. Esta cláusula prevê o compromisso assumido pelos Estados outorgantes dos BITs de cumprir qualquer acordo que celebrem com os investidores nacionais da outra Parte contratante. Na doutrina, *inter alia*, Jonathan B. Potts – “Stabilizing the role of umbrella clauses in bilateral investment Treaties: intent, reliance and internationalization”, in *Virginia Journal of International Law*, 2011, Volume 51, 4, p. 1005.

60. O considerando 16 do Regulamento limita-se a afirmar que: “É necessário prever certas disposições para garantir que os acordos bilaterais de investimento mantidos em vigor ao abrigo do presente regulamento continuem a ser aplicáveis, incluindo em matéria de resolução de litígios, e respeitem simultaneamente a competência exclusiva da União”.

61. Ou recém confirmado, uma vez que o artigo se aplica a todos os BITS.

litígio, ou mesmo, o poder de determinar o seu despoletar. Aqui, importa que nos questionemos sobre a justificação desta intervenção por parte da Comissão após a competência ter sido re-delegada aos Estados-Membros. Diríamos que, a justificação provém do facto de a titularidade de raiz da competência pertencer à UE, mas, aqui, de novo surge à colação o complexo problema do tipo de questão em litígio. Sendo uma questão de IDE, seguramente que a Comissão deve ter o direito de participar ativamente na contenda, porém, no caso de se tratar de uma questão do foro da competência nacional (por exemplo, uma expropriação) essa *ingerência* é, em nosso entender, destituída de legitimidade⁶².

7. Para a cabal compreensão do regime em apreço é, por fim, fundamental indagar sobre o sentido da auto-designação do Regulamento como estabelecendo *disposições transitórias*. Das 3 categorias identificadas, quais são aquelas relativamente às quais o Regulamento reserva a atribuição de regimes transitórios? A resposta é: a todas. Tal constatação resulta da conjugação da regra da manutenção dos BITs existentes (anteriores a dezembro de 2009) até à sua substituição por um BIT da UE com o mesmo alcance, com a possibilidade que é dada à Comissão de, por altura da apresentação ao Parlamento Europeu e ao Conselho, a 10 de janeiro de 2020, de um Relatório sobre a aplicação deste Regulamento (prevista no artigo 15º), aquela se pronunciar no sentido da desnecessidade de continuar a aplicar o capítulo III, o qual regula a tramitação a seguir para a autorização da celebração de novos BITs.

Concluimos assim que, pese embora toda uma aparente regulação de vias pacíficas paralelas ao nível da celebração de BITs dos Estados-Membros e de BITs da UE, o Regulamento está, afinal, estruturado no sentido de, a seu tempo, esvaziar por completo a

62. Parece-nos assim que, na eventualidade de um investidor estrangeiro intentar uma ação contra um Estado-Membro, com base num BIT nacional (existente ou novo) solicitando uma indemnização por uma expropriação, o Estado-Membro deve ser livre de gerir o litígio (nomeadamente, através da celebração de um acordo extrajudicial) à margem de qualquer articulação com a Comissão, não existindo base jurídica no Tratado que legitime uma ação de incumprimento da Comissão movida contra um Estado-Membro que dispense ou se oponha a qualquer intervenção daquela.

margem de manobra aparentemente dada aos Estados-Membros para continuar a celebrar Bits (tal conclusão resulta da conjugação do considerando 13, com o artigo 15º, nº 3 do Regulamento⁶³), o que poderá ocorrer logo em 2020⁶⁴ - os BITS existentes irão sucumbindo à medida que forem sendo celebrados BITS da UE e, nessa data, a Comissão pode considerar que não deve conceder mais autorizações, terminando a autorização para a celebração de novos BITS por parte dos Estados-Membros.

63. Artigo 15º **Reexame**

“1. Até 10 de janeiro de 2020, a Comissão apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a aplicação do presente regulamento.

2. O relatório inclui uma análise das autorizações solicitadas e concedidas ao abrigo do Capítulo III, bem como um reexame da necessidade de continuar a aplicar esse capítulo.

3. Caso o relatório recomende que seja posto termo à aplicação do Capítulo III ou que as suas disposições sejam alteradas, esse relatório deve ser acompanhado de uma proposta legislativa adequada” (o sublinhado é nosso).

64. Assim, um cenário possível será, em 2020, no Relatório, a Comissão pronunciar-se no sentido da desnecessidade de continuar a conceder autorizações por, supostamente, entender que a *net* de BITS/IIA/FTA se terá tornado ingerível, numa ótica de gestão de uma *nascente* Política Comum de Investimento da UE e concluir no sentido de que deve terminar, a partir dessa data, a categoria que temos designado de BITS novos. Quanto aos existentes (e da fase intermédia), estes irão sucumbindo à medida da celebração dos sucessivos acordos que vierem a ser celebrados pela UE. Isto, em nosso entender, poderá criar situações de manifesta desigualdade entre os vários Estados-Membros, pois, como é sabido, há Estados que apresentam elevado número de BITS em vigor, como é o caso da Alemanha, ou do Reino Unido face a outros com números mais modestos como é o caso de Portugal (40, mesma data e fonte). Em breve, poderemos entrar numa fase de verdadeiro entupimento da Comissão com pedidos de autorização de BITS relativamente aos quais se suponha que a UE não tem um verdadeiro interesse, ao invés de se procurarem parceiros estratégicos, também estes mais apetecíveis na ótica da Comissão, com receio de uma não autorização. Por ora, e nesta fase inicial, verificamos que os pedidos de alguns Estados-Membros foram ambiciosos, pelo menos em termos quantitativos, destacando-se a Holanda (por ex. com os pedidos relativos ao Iraque, Oman) e a Áustria (*inter alia*, com o Qatar, a Nigéria, Colômbia, Venezuela, Iraque, Paquistão) que submeteram à Comissão um conjunto de pedidos de abertura formal de negociação de acordos. Para uma lista dos pedidos submetidos ao Comité consultivo (*Committee for Investment Agreements*, CIA) *vide*, www.europarl.eu/.../COM-AC_DI (2013). Na lista de pedidos não consta - à data da elaboração do presente estudo, dezembro de 2013 - nenhum referente aos 10 mais constantes da lista de fluxos de IDE a saber: USA, Suíça, Canadá, Brasil, Singapura, Rússia, Austrália, Hong Kong e África do Sul.

IV. Conclusão

Tendo em consideração que o regime vigente resultante da articulação do artigo 207º do TFUE com o Regulamento *Grandfathering* permitem a coexistência pacífica entre BITs dos Estados-Membros e BITs da UE e, sendo certo que, as autorizações a ser dadas pela Comissão sê-lo-ão desde que não estejam na sua lista prioritária, deverá enveredar-se por uma postura *pró-ativa* na escolha de parceiros estratégicos complementares ⁶⁵ à lista da UE, devendo as negociações ser encetadas a curto/médio prazo, antecipando um eventual Relatório da Comissão que, em 2020 venha, nos termos do Regulamento, a concluir por uma saturação da rede de BITs celebrados pela UE e/ou os Estados-Membros, em nome de um posicionamento equilibrado face a outros Estados-Membros com uma postura mais competitiva ao nível da celebração deste tipo de Acordos.

Lisboa, dezembro de 2013

65. Dizemos complementares com convicção, na medida em que os Acordos celebrados pela UE (ou conjuntamente pela UE e pelos Estados-Membros, no caso de serem Acordos Misto) vinculam e beneficiam todos os Estados-Membros.

CAPÍTULO XXVIII

JUDICIAL AWARENESS AND CROSS-REFERENCES: INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS AS ACTORS OF JUDICIAL CHANGE

*Laurence Boisson de Chazournes*¹

Introduction

The sharp increase in the number of international courts and tribunals - frequently termed a “proliferation” or “multiplication” - has been a notable phenomenon for some years. Problems such as incompatible judgments or an accelerated fragmentation of the law are often referred to in highlighting some of the risks associated with these developments.

It is interesting to note that international courts and tribunals have developed an increased awareness of their potential contribution in this respect. They have in some respects become actors in the promotion of a systemic approach, which tends to ensure greater coherence within the international legal order. Judicial awareness and references that courts and tribunals make to each other’s decisions are means to this effect.

Setting the stage

Much has been said on the discrepancies between the rulings of courts and tribunals on international issues. The issue of the different control tests applied by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the ICJ is often quoted as an example of such a discrepancy. As a reminder, the ICTY in the *Tadić* case² considered that the relevant test in terms of State responsibility was the “overall control” test and not the “effective control” test used by the

1. Professor at the University of Geneva; Former President of the European Society of International Law (2012-2014).

2. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (July 15, 1999).

International Court of Justice (ICJ) in the *Nicaragua* case³ and, twelve years after the *Tadić* case, in the *Genocide* case⁴. However, this example of diverging interpretations should not be overstated. The respective contexts appear to be quite different and it does not seem that the interpretations conflict with each other.⁵ Indeed, in the *Tadić* case the ICTY was dealing with issues relating to the criminal responsibility of individuals while the ICJ in both the *Nicaragua* and the *Genocide* cases was dealing with issues of State responsibility as such. Issues of State responsibility do not involve the responsibility of individuals but of the State *per se*. One can thus understand why the ICJ believed that a different and more limited control test should apply when dealing specifically with State responsibility in order to avoid broadening the scope of State responsibility.

Another often-mentioned example of discrepancy is the interpretation of necessity as a circumstance precluding wrongfulness in investment arbitration. In this context, various arbitral tribunals have assessed differently whether there existed in Argentina during its economic crisis in the early 2000s a state of necessity as accepted in customary international law. Article 25 of the ILC Articles on State Responsibility provides the common standard.⁶ However, in *CMS v Argentina*, an ICSID tribunal concluded that the situation was not severe enough to amount to necessity under the Articles whereas, in *LG&E v Argentina*, another ICSID tribunal reasoned shortly afterwards that the same set of facts did amount to a state of necessity for a certain period of time.

My viewpoint is that these few examples have, so far, not been significant enough to challenge either the coherence or the legitimacy of international law in a systemic sense. Of course, one cannot deny that such problems may heighten the risk in the future.

3. *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, para. 109.

4. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007*, p. 209, paras. 401 and 402, and pp. 210-211, para. 407.

5. *Ibid.*, p. 211, para. 405.

6. International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1.

Judicial awareness in practice

However, in this context I want to underline that courts and tribunals have in general become increasingly aware of decisions rendered by other courts and tribunals. An illustration of such a situation is the attitude of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) with respect to decisions given by the International Court of Justice. In the *M/V Saiga* case, ITLOS referred with apparent approval to the ICJ's pronouncement in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case on the customary law status of the state of necessity as then codified in the aforementioned ILC Articles on State Responsibility.⁷ We may also think of the recent attitude of the ICJ which, when dealing with the customary international law applicable in the field of state immunity referred to several judgments of the European Court of Human Rights.⁸ However, the ITLOS and the ICJ are not the only dispute settlement fora we should highlight in this respect. Arbitral tribunals, such as those instituted under the auspices of the Permanent Court of Arbitration, are also more and more aware of decisions of other courts and tribunals. For instance, in the *Iron Rhine* Arbitration, the Tribunal - when dealing with sustainable development and its meaning - referred to the judgment of the ICJ in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case.⁹

The protection and management of fresh water offer other interesting examples of these trends. Water disputes have been brought before courts, tribunals and other dispute settlement mechanisms.

7. International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1

8. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 135, para. 78.

9. *In the Arbitration regarding the Iron Rhine Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, Award of the Tribunal, 24 May 2005, para. 59: "The Tribunal would recall the observation of the International Court of Justice in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case that "[t]his need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development" (*Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7 at p. 78, para. 140). And in that context the Court further clarified that "new norms have to be taken into consideration, and [...] new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past" (*Ibid.*). In the view of the Tribunal this dictum applies equally to the *Iron Rhine* railway".

Indeed, where such disputes have arisen, States have not hesitated to bring them to the PCIJ, the ICJ and various arbitral tribunals.¹⁰ States and non-State actors continue to resolve their disputes in judicial and investment arbitration fora, as well as through compliance and inspection mechanisms. Access to these varied dispute settlement procedures in the area of fresh water has made courts and tribunals more sensitive to each other's existence. As there are more numerous sources of persuasive case law, decisions have tended to include more diverse cross-references to other courts and tribunals, and this has helped to strengthen the interpretation and application of law in water disputes.

In this context, it is interesting to note the cross-references that concern the human rights aspects of water management.¹¹ One such example is the *Saramaka People v. Suriname* case brought before the Inter-American Court of Human Rights. The Court stated that it "takes notice" of the views of the African Commission on Human and People's Rights to support its interpretation that natural resources such as fresh water resources found on indigenous territories are subject to property rights under the American Convention.

In the *Tâtar v. Romania* case, the European Court of Human Rights (ECHR) referred to the case law of the Court of Justice of the European Communities,¹² as well as the decision of the ICJ in the *Gabčíkovo Nagymaros* case.¹³ The European Court of Human Rights' decision relied on these references to assert the customary nature of environmental law principles and their applicability to the water pollution case before it.

As we can see, although jurisdictions tend to refer to their own previous decisions for the sake of predictability and consistency, they also refer to decisions of other bodies in their own reasoning and holdings.

10. See Boisson de Chazournes L., *Fresh Water in International Law* (OUP, 2013), pp. 195-215; Del Castillo-Laborde L., "Case Law on International Watercourses", in J. W. Dellapenna and J. Gupta (eds.), *The Evolution of the Law and Politics of Water* (Springer, 2009), pp. 319-335.

11. Boyle A., "Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment", *Fordham Environmental Law Review*, Vol. XVIII, 2007, p. 475.

12. *Tâtar v. Romania*, (App. No. 67021/01) (27 January 2009, ECtHR), Sect. 2, para. 69(B)(h).

13. *Ibid.*, para. 69(B)(d).

Indeed, we can speak of “a constructive dialogue” between some of these institutions.¹⁴ Such an approach mitigates the risk of diverging interpretations.

The various facets of consistency

Cross-references can also be utilized to facilitate what has been termed “consistency”. In this context it is interesting to note what the International Court of Justice said in its *Diallo* judgment of 2010 with respect to an opinion expressed by the Human Rights Committee:

“Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled”.¹⁵

This statement by the Court is interesting as it links consistency with the authority and legitimacy of the body it is referring to. It brings to light a contextual feature in the notion of consistency.

Interestingly, the International Court of Justice followed a similar approach with methods of reparation, albeit without referring explicitly to the need for consistency. It said:

“The Court has taken into account the practice in other international courts, tribunals and commissions (such as the International Tribunal for the Law of the Sea, the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), the Iran-United States Claims Tribunal, the Eritrea-Ethio-

14. In this sense, Treves T., “Fragmentation of International law: the Judicial Perspective”, *Comunicazioni e Studi*, XXIII, 2007, pp. 838-839.

15. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, *Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 639, para 66.

pia Claims Commission, and the United Nations Compensation Commission), which have applied general principles governing compensation when fixing its amount, including in respect of injury resulting from unlawful detention and expulsion”.¹⁶

There too, the issue of consistency appears to be at stake. The Court felt the need to ground its decision on compensation in practices developed by courts and tribunals who are familiar with this type of assessment.

In the field of investment arbitration, the issue of consistency has become a very topical (“à la mode”) subject. It is usually understood as the need to take into account earlier decisions and to contribute to predictability. Often, arbitral tribunals refer expressly to the value of consistent interpretations, although this express recognition is invariably prefaced with the proviso that the tribunal is not bound by any rule of *stare decisis*.¹⁷ Nevertheless, it would seem that tribunals are, for the most part, aware of their role in promoting consistency for the benefit of investors and States alike. This awareness and understanding is well captured in *ADC v. Hungary*, an ICSID investment case. The Tribunal reasoned that:

16. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 331, para. 13.

17. See, e.g., Permanent Court of Arbitration, *Romak (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, Award of 26 November 2009, para. 170: “With respect to arbitral awards, this Arbitral Tribunal considers that it is not bound to follow or to cite previous arbitral decisions as authority for its reasoning or conclusions. Even presuming that relevant principles could be distilled from prior arbitral awards (which has proven difficult with respect of many of the decisions cited by the Parties in these proceedings), they cannot be deemed to constitute the expression of a general consensus of the international community, and much less a formal source of international law. Arbitral awards remain mere sources of inspiration, comfort or reference to arbitrators”. See also, *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AŞ v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/29, 14 November 2005, para. 76 (“The Tribunal agrees that it is not bound by earlier decisions, but will certainly carefully consider such decisions whenever appropriate”); and *RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation*, Jurisdiction Award, SCC Case No V079/2005, para. 49 (“It is at all events plain that the decisions of other tribunals are not binding on this Tribunal [...]. This does not however preclude the Tribunal from considering other arbitral decisions and the arguments of the Parties based upon them, to the extent that it may find that they throw any useful light on the issues that arise for decision in this case”).

“The Parties to the present case have also debated the relevance of international case law relating to expropriation. It is true that arbitral awards do not constitute binding precedent. It is also true that a number of cases are fact-driven and that the findings in those cases cannot be transposed in and of themselves to other cases. It is further true that a number of cases are based on treaties that differ from the present BIT in certain respects. However, cautious reliance on certain principles developed in a number of those cases, as persuasive authority, may advance the body of law, which in turn may serve predictability in the interest of both investors and host States”.¹⁸

In the Decision on Jurisdiction in *Saipem S.P.A v. The People’s Republic of Bangladesh*, the Tribunal went as far as to stress that:

“The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law”.¹⁹

This latter statement raises questions. It speaks of a “duty to adopt solutions established in a series of consistent cases”. Although it is important that investment tribunals take into account earlier decisions, shouldn’t the peculiarity of the *ad hoc* nature of investment arbitration be taken into account? What does “solutions established in a series of consistent cases” – as referred to by the *Saipem* tribunal – actually mean?

18. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID. Case No. ARB/03/16, Award of 2 October 2006, para 293.

19. *Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction of 21 March 2007, para 67.

Consistency is related to awareness of other's decisions, as well as caution in deviating from earlier decisions. It should not, however, prevent divergences from taking place if tribunals feel that they are necessary, especially in a field such as investment arbitration, which is truly uncoordinated and of an *ad hoc* nature.

This being said, one cannot but agree with the importance that tribunals acknowledge the wider implications of investment decisions and there is an emerging awareness among these actors in this respect. Some even speak in terms of a responsibility for the development of the system.²⁰

Concluding remarks

Certain trends have emerged towards a systemic approach in international dispute settlement. As a matter of fact, at their own initiative courts and tribunals have devised means and tools that allow them to take into account activities and proceedings taking place in other courts and tribunals. Among those tools and means are judicial awareness and cross-references in court and tribunal decisions. Those tools help to prevent conflicting decisions. Moreover, in the rare cases of conflicting decisions, they help in the adoption of a reasoned approach.

20. See Dupuy, P-M, "L'Unité de l'ordre juridique international", *Cours général de droit international public* (2000), at 466.

CAPÍTULO XXIX

THE ADVISORY OPINIONS RENDERED BY THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

*Vladimir Vladimirovich Golitsyn*¹

Introduction

The idea of entrusting the Permanent Court of International Justice (hereinafter “the PCIJ”), the predecessor to the International Court of Justice (hereinafter “the ICJ”), with advisory jurisdiction was first enunciated in article 14 of the Covenant of the League of Nations, stating:

The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly.

The Statute of the PCIJ, adopted on 16 December 1920, was subsequently amended by the Protocol of 14 September 1929 to include a special section – chapter IV – on the advisory competence of the PCIJ.² In accordance with article 36 of chapter II of the Statute concerning the competence of the PCIJ, the court had jurisdiction in all cases which the parties referred to it and all matters specifically provided for in treaties and conventions in force. Members of the League of Nations and the States mentioned in the Annex to the Covenant may declare that they recognize as compulsory the jurisdiction of the PCIJ in all or any classes of legal disputes concerning:

1. Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea.

2. On the PCIJ, see Hudson, Manley O., *THE PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE*, The Macmillan Company, 1943; on advisory opinions in general, see Thirlway, Hugh, *Advisory Opinions*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law.

- (a) interpretation of a treaty,
- (b) any question of international law,
- (c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation,
- (d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

It follows from article 65 of chapter IV of the Statute of the PCIJ concerning advisory opinions that the Assembly and the Council of the League of Nations had the authority to ask the PCIJ to give an advisory opinion on questions within the scope of its competence. This article provides:

Questions upon which the advisory opinion of the Court is asked shall be laid before the Court by means of a written request, signed either by the President of the Assembly or the President of the Council of the League of Nations, or by the Secretary-General of the League of Nations under instructions from the Assembly or the Council. The request shall contain an exact statement of the question upon which an opinion is required, and shall be accompanied by all documents likely to throw light upon the question.

The Statute of the ICJ also contains a special section, chapter IV, on the advisory competence of that court. Article 65 of this chapter of the ICJ Statute states:

1. The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request.
2. Questions upon which the advisory opinion of the Court is asked shall be laid before the Court by means of a written request containing an exact statement of the question upon which an opinion is required, and accompanied by all documents likely to throw light upon the question.

In the case of the International Tribunal for the Law of the Sea the situation in respect of advisory opinions is more complex.³

(a) Seabed Disputes Chamber

The only express provisions on advisory opinions found in the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter “the Convention”) relate to the Seabed Disputes Chamber, which is an integral part of the Tribunal and is established under section 4 of Annex VI to the Convention containing the Statute of the Tribunal. The jurisdiction,

3. On the advisory function of the Tribunal, see Boisson de Chazournes, Laurence, *The International Tribunal for the Law of the Sea*, in Giorgetti, Chiara (ed.), *THE RULES, PRACTICE, AND JURISPRUDENCE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS*, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 111-131, at p. 116; Takana, Yoshifumi, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012, at p. 415; Espósito, Carlos, *Advisory opinions and jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea*, in Harry N. Scheiber and Jin-Hyun Paik (eds.), *REGIONS, INSTITUTIONS, AND LAW OF THE SEA: STUDIES IN OCEAN GOVERNANCE*, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 57-71; Gao, Jianjun, *The Legal Basis of the Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea as A Full Court: An Unresolved Issue*, 4 (1) *KMI International Journal of Maritime Affairs and Fisheries*, 2012, pp. 83-106; Gautier, Philippe, *Advisory Proceedings before the International Tribunal for the Law of the Sea*, in Zhiguo Gao, Haiwen Zhang, Haisheng Zhang et al. (eds.), *TECHNICAL AND LEGAL ASPECTS OF THE REGIMES OF THE CONTINENTAL SHELF AND THE AREA*, China Ocean Press, 2011, pp. 129-143; Ndiaye, Tafsir Malick, *The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea*, 9 (3) *Chinese Journal of International Law*, 2010, pp. 565-587; Sohn, Louis B., *Advisory Opinions by the International Tribunal for the Law of the Sea or its Seabed Disputes Chamber*, in Myron H. Nordquist and John Norton Moore (eds.), *OCEANS POLICY: NEW INSTITUTIONS, CHALLENGES AND OPPORTUNITIES*, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 61-69; Treves, Tullio, *Advisory Opinions under the Law of the Sea Convention*, in Myron H. Nordquist and John Norton Moore (eds.), *CURRENT MARINE ENVIRONMENTAL ISSUES AND THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA*, Martinus Nijhoff, 2001, pp. 81-94; Tuerk, Helmut, *Advisory Opinions and the Law of the Sea*, in Miha Pogačnik (ed.), *CHALLENGES OF CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS: LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ERNEST PETRIČ*, Nova Gorica, The European Faculty of Law, 2011, pp. 365-384; Wolfrum, Rüdiger, *Advisory Opinions: Are They a Suitable Alternative for the Settlement of International Disputes?*, in Rüdiger Wolfrum and Ina Gätzschnmann (eds.), *INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT: ROOM FOR INNOVATION?*, Springer, 2013, pp. 35-123; You, Ki-Jun, *Advisory Opinions of the International Tribunal for the Law of the Sea: Article 138 of the Rules of the Tribunal, Revisited*, 39 (4) *Ocean Development and International Law* (2008), pp. 360-371.

powers and functions of the Seabed Disputes Chamber are defined in Part XI, section 5, of the Convention. This section provides in article 191 that “the Seabed Disputes Chamber shall give advisory opinions at the request of the Assembly or the Council on legal questions arising within the scope of their activities” and that “such opinions shall be given as a matter of urgency”. This advisory function of the Chamber is comparable to that conferred upon the ICJ in accordance with article 96 of the United Nations Charter.⁴

However, in the case of the ICJ it is clearly spelled out that it is for the Court, upon receiving a request, to decide in its discretion whether or not to give an advisory opinion, as article 65 of the ICJ Statute states that “the Court may give an advisory opinion” [emphasis added]. In the case of the Seabed Disputes Chamber the language of article 191 is categorical: “the Chamber shall give advisory opinions” [emphasis added]. Thus far the Seabed Disputes Chamber has rendered only one advisory opinion (in Case No. 17).⁵ It concerned the responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, as that term is defined in article 1, paragraph 1(1) of the Convention. In that opinion the Seabed Disputes Chamber noted that some participants in the proceedings had relied on the differences in wording between article 191 of the Convention and article 65, paragraph 1, of the ICJ Statute to argue that, unlike the ICJ with its discretionary powers, the Seabed Disputes Chamber, once it had established its jurisdiction, had no discretion to decline a request for an advisory opinion.⁶ The Chamber stated in this regard that “while noting the difference in the wording of article 191 of the Convention and article 65 of the Statute

4. Article 96 of the UN Charter reads:

1. The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question.

2. Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities.

5. Case 17, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, *ITLOS Reports 2011*, p. 4.

6. *Ibid.*, p. 26, paragraph 47.

of the ICJ, the Chamber does not consider it necessary to pronounce on the consequences of that difference with regard to admissibility in the present case.”⁷

In addition to being addressed in the aforementioned provisions of the Convention the question of the advisory competence of the Seabed Disputes Chamber is also dealt with in article 159, paragraph 10, of section 4 of Part XI of the Convention. This paragraph states that upon a written request addressed to the President of the Assembly of the International Seabed Authority (hereinafter “the Authority”) and sponsored by at least one fourth of the members of the Authority for an advisory opinion on the conformity with the Convention of a proposal before the Assembly on any matter, the Assembly shall request the Seabed Disputes Chamber of the Tribunal to give an advisory opinion. No such request has yet been submitted to the Chamber by the Assembly of the Authority.

The rules governing advisory proceedings of the Seabed Disputes Chamber are laid down in section H (articles 130-137) of the Rules of the Tribunal (hereinafter “the Rules”). Pursuant to these Rules a request for an advisory opinion on a legal question arising within the scope of the activities of the Assembly or the Council of the Authority must contain a precise statement of the question and be accompanied by all documents likely to throw light upon the question.⁸ These documents must be transmitted to the Chamber at the same time as the request or as soon as possible thereafter in the number of copies required by the Registry.⁹ Once a request for an advisory opinion is received, the Chamber, or its President if the Chamber is not sitting, needs to identify the intergovernmental organizations which are likely to be able to furnish information on the question.¹⁰ States Parties and the intergovernmental organizations so identified may present, within the time-limit fixed by the Chamber, or its President if the Chamber is not sitting, written statements on the question.¹¹ The Chamber may authorize the submission of a second round of written statements on the

7. *Ibid*, p. 26, paragraph 48.

8. Article 131, paragraph 1, of the Rules.

9. Article 131, paragraph 2, of the Rules.

10. Article 133, paragraph 2, of the Rules.

11. Article 133, paragraph 3, of the Rules.

statements made.¹² Unlike contentious cases, advisory proceedings do not necessarily include an oral hearing.¹³ Whether or not to conduct oral proceedings is decided by the Chamber, or its President if the Chamber is not sitting, and the Chamber, or its President, must also fix the date for the opening of any such proceedings.¹⁴ States Parties and the identified organizations are invited to make oral statements at the oral proceedings.¹⁵ Finally, once the Chamber has completed its deliberations and adopted its advisory opinion, the opinion is read at a public sitting of the Chamber.¹⁶ Any judge of the Chamber may attach a separate or dissenting opinion to the advisory opinion and a judge may record concurrence or dissent without stating reasons in the form of a declaration.¹⁷

(b) Tribunal

The Convention makes no express reference to the advisory jurisdiction of the Tribunal. However, article 21 of the Statute of the Tribunal concerning its jurisdiction provides that “[t]he jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal” [emphasis added]. This last phrase in article 21 of the Statute provides a legal basis for the advisory jurisdiction of the Tribunal. The question of its competence to give advisory opinions was clarified by the Tribunal in its advisory opinion rendered in response to a request submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (hereinafter “the SRFC”) concerning illegal, unreported and unregulated fishing activities conducted within the exclusive economic zones of the SRFC Member States (Case No. 21).¹⁸ The Tribunal pointed out in the advisory opinion that “the word ‘disputes’ in article 21 of the Statute is an unambiguous reference to the contentious jurisdiction of the Tribunal” and that “the

12. *Ibid.*

13. Article 133, paragraph 4, of the Rules; see also article 69 of the Rules.

14. Article 133, paragraph 4, of the Rules.

15. *Ibid.*

16. Article 135, paragraph 1, of the Rules.

17. Article 135, paragraph 3, of the Rules.

18. Case 21, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of the Tribunal of 2 April 2015, paragraphs 37 to 69.

word ‘applications’ refers to applications in contentious cases submitted to the Tribunal in accordance with the Convention”.¹⁹ The Tribunal further noted that “the words ‘all matters’ should not be interpreted as covering only ‘disputes’ for, if that were to be the case, article 21 of the Statute would simply have used the word ‘disputes’.”²⁰ “Consequently”, in the view of the Tribunal, “it must mean something more than only ‘disputes’” and “that something more must include advisory opinions, if specifically provided for in ‘any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal’”.²¹ The Tribunal observed that “in terms of article 21 of the Statute, it is the ‘other agreement’ which confers such advisory jurisdiction on the Tribunal and therefore article 21 of the Statute and the ‘other agreement’ constitute the substantive legal basis of the advisory jurisdiction of the Tribunal”.²²

Responding to the argument that the jurisdiction of the Tribunal is limited by article 288, paragraph 2, of the Convention, concerning jurisdiction of a court or tribunal referred to in article 287 of the Convention, the Tribunal clarified the relationship between the Statute of the Tribunal, forming Annex VI to the Convention, and the main body of the Convention by stating that the Statute enjoys the same status as the Convention, and therefore article 21 of the Statute should not be considered as subordinate to article 288 of the Convention.²³ As pointed out by the Tribunal, article 21 of the Statute stands on its own footing and should not be read as being subject to article 288 of the Convention.²⁴

As regards procedure, the Tribunal, pursuant to article 138, paragraph 3, of its Rules, applies articles of the Rules governing proceedings before the Seabed Disputes Chamber *mutatis mutandis* to advisory proceedings before the full Tribunal.²⁵ However, article 138, paragraphs 1 and 2, of the Rules establishes prerequisites to be satisfied before the Tribunal can exercise its advisory jurisdiction.²⁶ In its advisory opinion the Tribunal

19. *Ibid*, paragraph 55.

20. *Ibid*, paragraph 56.

21. *Ibid*.

22. *Ibid*, paragraph 58.

23. *Ibid*, paragraph 52.

24. *Ibid*.

25. Article 138, paragraph 3, of the Rules requires the Tribunal to apply *mutatis mutandis* articles 130 to 137 of the Rules.

26. Article 138 of the Rules reads as follows in paragraphs 1 and 2:

clarified that these prerequisites are that: an international agreement related to the purposes of the Convention specifically provides for an advisory opinion; the request is transmitted to the Tribunal by a body authorized by or in accordance with the agreement mentioned above; and the question on which the opinion may be given is “a legal question”.²⁷

The last prerequisite or condition is spelled out in paragraph 1 of article 138 of the Rules and deserves special attention because according to it the Tribunal “may give an advisory opinion” [emphasis added]. This means that, unlike the Seabed Disputes Chamber, the Tribunal has discretionary power to refuse to give an advisory opinion even if the conditions of jurisdiction are satisfied. In commenting on this provision of its Rules concerning the Tribunal’s discretionary power, the Tribunal in its advisory opinion stated that “it is well settled that a request for an advisory opinion should not in principle be refused except for ‘compelling reasons’”.²⁸

This article reviews the two advisory opinions delivered so far: by the Seabed Disputes Chamber in *Case No. 17* and the Tribunal in *Case No. 21*. For both cases the relevant facts and the proceedings are summarized and particular attention is paid to some of the conclusions reached by the Chamber and the Tribunal that can be seen as contributing to the progressive development of international law.

*I. The Seabed Disputes Chamber’s Advisory Opinion
on responsibilities and obligations of States with respect
to activities in the Area (Case No. 17)²⁹*

A. Facts and proceedings

The events which led to the Request for an advisory opinion arose within the Authority, an international organization established by the Con-

1. The Tribunal may give an advisory opinion on a legal question if an international agreement related to the purposes of the Convention specifically provides for the submission to the Tribunal of a request for such an opinion.

2. A request for an advisory opinion shall be transmitted to the Tribunal by whatever body is authorized by or in accordance with the agreement to make the request to the Tribunal.

27. Case 21, paragraph 60.

28. Case 21, paragraph 71.

29. Case 17, *supra* note 4.

vention, through which States Parties organize and control activities in the Area, particularly with a view to administering the resources of the Area.³⁰

On 10 April 2008, two private companies, one sponsored by the Republic of Nauru (“Nauru”) and the other by the Kingdom of Tonga, filed applications with the Authority for approval of a plan of work to explore areas reserved for the conduct of activities by the Authority through the Enterprise, as established under article 170 of the Convention, or in association with developing States pursuant to Annex III, article 8, of the Convention. The Legal and Technical Commission of the Authority, to which these proposals were submitted for consideration in 2009, decided at its 15th session to defer their consideration. In light of this development, on 1 March 2010, Nauru submitted to the Council of the Authority through its Secretary-General a proposal to seek an advisory opinion from the Seabed Disputes Chamber. In its proposal Nauru indicated that, like many developing States, it did not possess the technical and financial capacity to undertake deep seabed mining and therefore had to engage entities in the global private sector. Recognizing that it could not afford exposure to the legal risks potentially associated with a deep seabed mining project, Nauru sponsored Nauru Ocean Resources Inc. and such sponsorship was premised on the assumption that Nauru could effectively mitigate (with a high degree of certainty) the potential liabilities or costs arising from its sponsorship.³¹

The Council debated the issue but decided not to adopt the proposal as formulated by Nauru and instead to request an advisory opinion on three more abstract but concise questions. These questions were formulated by the Council in its decision adopted on 6 May 2010 “without a vote” and “without objection”.³² The request for an advisory opinion was transmitted to the Registry of the Tribunal on 14 May 2010 and was entered in the List of cases as Case No. 17.³³

Since this was the first advisory opinion requested of the Seabed Disputes Chamber, the procedural requirements laid down in articles 130 to 137 of the Rules were to be applied for the first time. When determining, in accordance with article 133 paragraph 2, of the Rules,

30. Article 157, paragraph 1, of the Convention.

31. Case 17, *supra* note 4, pp. 16 and 17, paragraph 4.

32. *Ibid.*

33. Case 17, *supra* note 4, p. 14, paragraphs 1 and 2.

which organizations were likely to be able to furnish information on the question, the Chamber regarded as such the requesting entity, namely the Authority, and the organizations invited as intergovernmental organizations to participate as observers in the Assembly of the Authority.³⁴ Pursuant to article 133 paragraph 3, of the Rules, States Parties to the Convention and these organizations were invited by the Chamber to present written statements on the questions contained in the request for the advisory opinion. Twelve States Parties, the Authority, and two intergovernmental organizations submitted their written statements.³⁵

Two non-governmental organizations, namely Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) and the Worldwide Fund for Nature, jointly submitted a statement accompanied by a petition requesting permission to participate in the advisory proceedings as *amici curiae*. At the request by the President of the Chamber, these organizations were informed by the Registrar that their statement could not be considered as submitted under article 133 of the Rules and therefore would not be part of the case file, and that it would be posted on a separate section of the Tribunal's website. The Chamber decided not to grant the petition requesting permission to participate in the advisory proceedings as *amici curiae*.³⁶

Under article 133, paragraph 4, of the Rules, the Chamber is free in its discretion to decide whether or not to hold oral proceedings on a request for advisory opinion. In this case, the Chamber decided in favour of holding such proceedings, which took place on 14, 15 and 16 September 2010, and in which 9 States Parties to the Convention, the Authority and two intergovernmental organizations participated.³⁷ The Advisory Opinion was rendered by the Chamber on 1 February 2011.

B. Role of the Chamber in advisory proceedings

The Chamber noted in its Advisory Opinion that in order to exercise its functions properly, the Authority may require the assistance of an

34. See Order of the President of the Seabed Disputes Chamber, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Order of 18 May 2010, ITLOS Reports 2008-2010*, p. 39.

35. Case 17, *supra* note 4, p. 19, paragraph 11.

36. *Ibid*, p. 19, paragraphs 13 and 14.

37. *Ibid*, p. 20, paragraph 17.

independent and impartial judicial body and that this is the underlying reason for the advisory jurisdiction of the Chamber. In the exercise of that jurisdiction, the Chamber is part of the system in which the Authority's organs operate, but its task within that system is to act as an independent and impartial body.³⁸

C. Jurisdiction

The jurisdiction of the Seabed Disputes Chamber to entertain the Request based on article 191 of the Convention was not disputed. In its Advisory Opinion, the Chamber assessed its jurisdiction and noted that the conditions to be met for the Chamber to have jurisdiction to issue an advisory opinion under article 191 of the Convention were "(a) that there is a request from the Council; (b) that the request concerns legal questions; and (c) that these legal questions have arisen within the scope of the Council's activities."³⁹ The Chamber concluded that these conditions had been met in the case.⁴⁰

D. Interpretation

The Chamber pointed out in the Advisory Opinion that, among the rules of international law that it was bound to apply, those concerning the interpretation of international treaties played a particular role. In this regard the Chamber held the view that the rules set out in Part III Section 3 ("Interpretation of Treaties") of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties reflected customary international law and therefore were applicable to the interpretation of the Convention and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the Convention.⁴¹

The Chamber observed that the Regulations adopted by the Authority, while not international treaties in the strict sense, were instruments of a binding nature, negotiated and adopted by States through a procedure similar to that used in multilateral conferences. This conclusion permitted the Chamber to consider that the interpretation rules set out

38. *Ibid*, p. 23, paragraph 26.

39. *Ibid*, p. 24, paragraph 31.

40. *Ibid*, pp. 25 and 26, paragraphs 36, 40 and 44.

41. *Ibid*, p. 28, paragraphs 57 and 58.

in the 1969 Vienna Convention could, by analogy, provide guidance as to the interpretation of the Regulations.

E. Questions and conclusions of the Chamber

The Seabed Disputes Chamber considered the three questions submitted to it by the Council as outlined below.

(1) What are the legal responsibilities and obligations of the States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (“the 1994 Agreement”)?

In response to this question the Chamber provided a number of important clarifications, including in respect of the meaning of “sponsorship” and of the term “activities in the Area”.

With reference to the notion of “sponsorship” the Chamber observed that “[t]he purpose of requiring the sponsorship of applicants for contracts for the exploration and exploitation of the resources of the Area is to achieve the result that the obligations that are set out in the Convention, a treaty under international law which binds only States Parties thereto, are complied with by entities that are subjects of domestic legal systems.”⁴²

In explaining the meaning of the expression “activities in the Area” used in the question, the Chamber clarified that, in the context of both exploration and exploitation, this expression includes the recovery of minerals from the seabed and their lifting to the water surface and that activities such as evacuation of water from minerals and the preliminary separation of materials of no commercial interest, including their disposal at sea, are deemed to be covered by this expression.⁴³

The Chamber further clarified that “processing”, namely the process through which metals are extracted from the minerals and which is

42. *Ibid.*, p. 32, paragraph 75.

43. *Ibid.*, p. 37, paragraphs 94 and 95.

normally conducted at a plant situated on land, is excluded from the expression “activities in the Area”.⁴⁴

In responding to this question, the Chamber provided an important clarification in respect of the notion “responsibility to ensure”.

The Chamber pointed out that “the expression ‘to ensure’ is often used in international legal instruments to refer to obligations in respect of which, while it is not considered reasonable to make a State liable for each and every violation committed by persons under its jurisdiction, it is equally not considered satisfactory to rely on the mere application of the principle that the conduct of private persons or entities is not attributable to the State under international law.”⁴⁵

As stated by the Chamber, the “obligation to ensure” is an obligation “of conduct” and “not result”. It is an obligation to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost, to obtain this result. Consequently, the sponsoring State’s obligation “to ensure” is not an obligation to achieve in each and every case the result that the sponsored contractor complies with its obligations. In other words, according to the Chamber, this is an obligation of “due diligence”.⁴⁶

In this connection the Chamber also elaborated on the content of the “due diligence” obligation, observing that this concept “may not easily be described in precise terms”, because “due diligence” is a variable concept, which may change over time as measures considered sufficiently diligent at a certain moment may become not diligent enough in the light, for instance, of new scientific or technological knowledge.⁴⁷ It may also change in relation to the risks involved in the activity.⁴⁸

According to the Chamber, in addition to the “due diligence” obligation, sponsoring States have “direct obligations”, which exist separately from the “due diligence” obligation but can also be seen as a relevant factor in determining whether a sponsoring State meets its “due diligence” obligation. According to the Chamber, among the most important of these direct obligations are: (i) the obligation to assist the Authority in the exercise of control over activities in the Area; (ii)

44. *Ibid*, p. 37, paragraph 95.

45. *Ibid*, p. 41, paragraph 112.

46. *Ibid*, p. 41, paragraph 110.

47. *Ibid*, p. 43, paragraph 117.

48. *Ibid*.

the obligation to apply a precautionary approach; (iii) the obligation to apply best environmental practices; (iv) the obligation to take measures to ensure the provision of guarantees in the event of an emergency order by the Authority for protection of the marine environment; (v) the obligation to ensure the availability of recourse for compensation in respect of damage caused by pollution; and (vi) the obligation to conduct environmental impact assessments.⁴⁹

In this regard, it may be highlighted that the Chamber pronounced on the status of the precautionary approach, observing that this concept “has been incorporated into a growing number of international treaties and other instruments, many of which reflect the formulation of Principle 15 of the Rio Declaration.”⁵⁰ This observation led the Chamber to the view that “this has initiated a trend towards making this approach part of customary international law.”⁵¹

With reference to the obligation to conduct an environmental impact assessment, the Chamber came to the conclusion that, while this is a direct obligation under the Convention, it should also be regarded as “a general obligation under customary international law.”⁵²

An important issue before the Chamber concerned the possible application of the notion “common but differentiated responsibilities” with respect to activities in the Area.⁵³ In this regard, the Chamber explained that no preferential treatment was accorded under the provisions of the Convention to developing States acting as sponsors. Therefore “the general provisions concerning the responsibilities and liability of the sponsoring State apply equally to all sponsoring States, whether developing or developed.”⁵⁴

(2) What is the extent of liability of a State Party for any failure to comply with the provisions of the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement, by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2 (b), of the Convention?

49. *Ibid.*, p. 75, paragraph 242.

50. *Ibid.*, p. 47, paragraph 135.

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*, p. 50, paragraph 145.

53. *Ibid.*, pp. 52-55, paragraphs 151-163.

54. *Ibid.*, p. 54, paragraph 158.

In answering the second question, the Chamber clarified that liability arises for a sponsoring State when it fails to carry out its own responsibilities and that, so long as the sponsoring State complies with its responsibilities it is not liable for the failure of the sponsored contractor to meet its obligations.⁵⁵ Thus, as stated by the Chamber, the sponsoring State's liability arises not from a failure by a sponsored contractor, but rather from its own failure to carry out its own responsibilities.⁵⁶ The Chamber further made clear that the Convention establishes two conditions for liability of the sponsoring State to arise: (i) the failure of the sponsoring State to carry out its responsibilities; and (ii) the occurrence of damage.⁵⁷

The above considerations led the Chamber to the conclusion that the liability of a sponsoring State arises from its failure to carry out its own responsibilities and must be triggered by the damage caused by the sponsored contractor, that there must therefore be a causal link between the sponsoring State's failure and the damage, and that such a link cannot be presumed.⁵⁸

With reference to the issue of the relationship between the liability of the sponsoring State and that of the sponsored contractor, the Chamber underlined that these two forms of liability exist in parallel and that the liability regime established under the Convention and related instruments leaves no room for residual liability. While the liability of the sponsoring State, as explained by the Chamber, arises from its failure to comply with its responsibilities, the liability of the sponsored contractor arises from its failure to comply with its obligations under its contract and its undertakings thereunder.⁵⁹

(3) What are the necessary and appropriate measures that a sponsoring State must take in order to fulfill its responsibility under the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement?

55. *Ibid*, p. 57, paragraph 172.

56. *Ibid*, p. 41, paragraph 110.

57. *Ibid*, p. 58, paragraph 176.

58. *Ibid*, p. 60, paragraph 184.

59. *Ibid*, pp. 63 to 65, paragraphs 201 and 204.

In response to the third question, the Seabed Disputes Chamber explained that sponsoring States are required to establish laws and regulations and take administrative measures within their legal systems to ensure that sponsored contractors comply with their obligations. Such laws, regulations and administrative measures may include the establishment of enforcement mechanisms for active supervision of the activities of the sponsored contractor.⁶⁰ The provisions in domestic law that are necessary for implementing the obligations of the sponsoring State under the Convention may also concern “financial viability and technical capacity of sponsored contractors, conditions for issuing a certificate of sponsorship and penalties for non-compliance by such contractors.”⁶¹ These laws, regulations and administrative measures “should be in force at all times that a contract with the Authority is in force.”⁶² In addition, domestic law of the sponsoring State must be at least as protective of the marine environment as the rules adopted by the Authority.⁶³ The existence of such laws, regulations and administrative matters is not a prerequisite for contracting with the Authority. However, it is a necessary requirement for carrying out the obligation of due diligence of the sponsoring State and for seeking exemption from liability.⁶⁴ It follows from the above that in the view of the Chamber it is not sufficient merely to impose contractual obligations on the contractor requiring it to comply with the Convention.”⁶⁵

The Chamber concluded that the scope and extent of the laws and administrative measures required depend upon the legal system of the sponsoring State. However, the Convention requires in Annex III, article 4, paragraph 4, that the sponsoring State put in place laws, regulations and administrative measures that are “reasonably appropriate” if it is to be absolved from liability for damage caused by any failure of a contractor sponsored by it to comply with its obligations.⁶⁶

60. *Ibid*, p. 68, paragraph 218.

61. *Ibid*, p. 72, paragraph 234.

62. *Ibid*, p. 77, paragraph 242.

63. *Ibid*, p. 78, paragraph 242.

64. *Ibid*, p. 77, paragraph 242.

65. *Ibid*.

66. *Ibid*, p. 68, paragraph 218, and p. 70, paragraph 228.

*II. Request for an advisory opinion submitted to the Tribunal
by the Sub-Regional Fisheries Commission (Case No. 19)*

A. Facts and proceedings

The Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) is a regional fisheries organization comprising seven States in West Africa: Cabo Verde, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Mauritania, Senegal and Sierra Leone. The Conference of Ministers of the SRFC at its 14th session, held on 27 and 28 March 2013, adopted a resolution authorizing the Permanent Secretary of the SRFC to submit a request for an advisory opinion to the Tribunal on four questions set out in the decision of the Conference.⁶⁷ This decision was taken pursuant to article 33 of the 2012 Convention on the Determination of the Minimal Conditions for Access and Exploitation of Marine Resources within the Maritime Areas under Jurisdiction of the Members of the SRFC (hereinafter “the MCA Convention”), authorizing the Conference to seek an advisory opinion of the Tribunal “on specific legal matters”. The request was subsequently filed with the Registry by the Permanent Secretary of the SRFC on 28 March 2013 and was entered in the List of cases as Case No. 21.⁶⁸

For the procedure, the Tribunal was guided by applicable articles of Section H of its Rules on advisory proceedings. Pursuant to article 133 of the Rules, the Tribunal invited States Parties to the Convention, the SRFC, and intergovernmental organizations listed in the annex to the Order dated 24 May 2013, considered likely to be able to furnish information on the questions submitted to the Tribunal, to present written statements on these questions.⁶⁹ By the same Order, the Tribunal decided to hold oral proceedings in the case.

67. Case 21, *supra* note 17.

68. *Ibid*, paragraph 5.

69. *Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Order of 24 May 2013, ITLOS Reports 2013*, p. 202, at pp. 205-207. The list included the United Nations, the regional fishery bodies invited to attend the 30th meeting of the FAO Committee on Fisheries (COFI), other intergovernmental organizations invited to attend the 30th meeting of COFI, as well as observers at the 14th extraordinary session of the Conference of Ministers of the SRFC, 27-28 March 2013.

Subsequently, by its Order dated 20 December 2013, the Tribunal decided that States Parties, the SRFC and intergovernmental organizations that had presented written statements could submit written statements on the statements made.⁷⁰

The Worldwide Fund for Nature (hereafter “the WWF”) twice requested permission to file, as *amicus curiae*, a statement with respect to the proceedings before the Tribunal. On both occasions the Registrar of the Tribunal informed the WWF at the request of the President that its statements would not be included in the case file, since the WWF was not an entity referred to in article 133 of the Rules of the Tribunal. However, the WWF statements would be transmitted to the States Parties, the SRFC and the intergovernmental organizations that had submitted written statements, and would be placed on the website of the Tribunal in a separate section of documents related to the case.⁷¹

The Tribunal also received a written statement from the United States of America. Although the United States is not a party to the Convention, the Tribunal nevertheless decided that, since it is a party to the Fish Stocks Agreement, its statement should be considered as part of the case file and should therefore be posted on the Tribunal’s website, in the section of documents related to the case entitled “States Parties to the 1995 Straddling Fish Stocks Agreement”.⁷²

B. Jurisdiction

As pointed out in the introductory part of this article, the Tribunal seized the opportunity presented by this request for advisory opinion to provide clarification on its advisory jurisdiction.

Having analysed the request submitted by the SRFC, the Tribunal came to the conclusion that it satisfied all three prerequisites specified in article 138 of its Rules: the MCA Convention contained a specific provision, namely article 33, authorizing the submission of a request for an advisory opinion to the Tribunal; the decision adopted by the

70. *Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Order of 20 December 2013, ITLOS Reports 2013*, p. 218. Five States Parties and the SRFC presented additional written statements.

71. Case 21, *supra* note 17, paragraphs 23 and 27.

72. *Ibid*, paragraph 24.

SRFC Conference of Ministers on the request was transmitted to the Tribunal by the Permanent Secretary of the SRFC; and the questions addressed to the Tribunal were framed in terms of law and were of a legal nature.⁷³

C. Questions and conclusions of the Tribunal

The Tribunal considered the four questions submitted to it by the SRFC Member States as outlined below.

(1) What are the obligations of the flag State in cases where illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing activities are conducted within the Exclusive Economic Zone of third party States?

In response to this question, the Tribunal observed that under the Convention primary responsibility for the conservation and management of living resources in the exclusive economic zone rests with the coastal State. That responsibility extends to adopting such measures as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations promulgated by the coastal State in this regard and to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing (hereinafter “IUU fishing”).⁷⁴ However, flag States also have the responsibility to ensure that vessels flying their flag do not conduct IUU fishing activities within the exclusive economic zones of the SRFC Member States.⁷⁵

In this regard the Tribunal drew attention to the clarifications given by the Seabed Disputes Chamber in its Advisory Opinion referred to earlier in respect of the meaning of the expression “responsibility to ensure” and the interrelationship between the notions of obligations “of due diligence” and obligations “of conduct”, concluding that those clarifications were fully applicable in the case before it.⁷⁶

The Tribunal pointed out that it follows from these clarifications that the flag State has “responsibility to ensure”, pursuant to articles 58, paragraph

73. *Ibid*, paragraphs 60 and 61.

74. *Ibid*, paragraph 104.

75. *Ibid*, paragraph 109.

76. *Ibid*, paragraph 125.

3, and 62, paragraph 4, of the Convention, compliance by vessels flying its flag with the laws and regulations concerning conservation measures adopted by the coastal State and that the flag State must meet this responsibility by taking the necessary measures, including those of enforcement, and by effectively exercising its jurisdiction and control in “administrative, technical and social matters” over ships flying its flag in accordance with article 94, paragraph 1, of the Convention.⁷⁷

The Tribunal clarified that the obligation of a flag State “to ensure” is an obligation “of conduct”, not an obligation “of result”, and that this is a “due diligence obligation”. The latter means that the flag State has an obligation “to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost” to achieve compliance by fishing vessels flying its flag with the requirement not to engage in IUU fishing in the exclusive economic zones of the SRFC Member States.⁷⁸

The Tribunal observed that, while the nature of the laws, regulations and measures to be adopted by each flag State is to be determined by it in accordance with its legal system, the flag State nevertheless is obliged to include in them enforcement mechanisms to monitor and secure compliance with these laws and regulations and that sanctions applicable to involvement in IUU fishing activities must be sufficient to deter violations and to deprive offenders of the benefits accruing from their IUU fishing.⁷⁹

(2) To what extent shall the flag State be held liable for IUU fishing activities conducted by vessels sailing under its flag?

Following the approach taken by the Seabed Disputes Chamber in Case No. 17, the Tribunal concluded that the liability of a flag State does not arise from the failure by vessels flying its flag to comply with the laws and regulations of the SRFC Member States concerning IUU fishing activities, as such violation by its vessels is not *per se* attributable to the flag State, but from the failure by the flag State to meet its “due diligence” obligations concerning IUU fishing activities conducted by vessels flying its flag in the exclusive economic zones of the

77. *Ibid*, paragraph 127.

78. *Ibid*, paragraph 129.

79. *Ibid*, paragraph 138.

SRFC Member States.⁸⁰ The flag State, consequently, is not liable if it has taken all necessary and appropriate measures to comply with its “due diligence” obligations.⁸¹

On the question of whether a breach of “due diligence” obligations of the flag State can result from isolated IUU fishing activities or only from a repeated pattern of such activities, the Tribunal stressed that the frequency of IUU fishing activities is not relevant to the issue of whether there is a breach of “due diligence” obligations by a flag State.⁸²

(3) Where a fishing license is issued to a vessel within the framework of an international agreement with the flag State or with an international agency, shall the State or international agency be held liable for the violation of the fisheries legislation of the coastal State by the vessel in question?

In answering, the Tribunal first noted that the third question was not to be understood as relating to international organizations in general, but rather to the international organizations referred to in articles 305, paragraph 1 (f), and 306, and Annex IX to the Convention, to which their member States which are parties to the Convention have transferred competence over matters governed by the Convention, in the present instance fisheries.⁸³ The Tribunal further noted that the only such organization party to the Convention was the European Union, which, on 1 December 2009, succeeded and replaced the European Community.⁸⁴

In light of such transfer of competence the Tribunal concluded that in cases where an international organization, such as the European Union, concludes a fisheries access agreement that provides for access by vessels flying the flag of its member States to fish in the exclusive economic zones of the SRFC Member States, “the obligations of the flag State become the obligations of the international organization”. Consequently, the organization is obliged to ensure that vessels flying

80. *Ibid*, paragraph 146.

81. *Ibid*, paragraph 148.

82. *Ibid*, paragraph 150.

83. *Ibid*, paragraph 157.

84. *Ibid*, paragraph 159.

the flags of its member States comply with the fisheries laws and regulations of the SRFC Member States and not engage in IUU fishing activities in the exclusive economic zones of those States.⁸⁵ Failure by the international organization, such as the European Union, to comply with its “due diligence” obligations in this respect will give rise to its liability and the SRFC Member States may consequently hold it liable for the violation of their fisheries laws and regulations.⁸⁶

(4) What are the rights and obligations of the coastal State in ensuring the sustainable management of shared stocks and stocks of common interest, especially the small pelagic species and tuna?

In answering the fourth question, the Tribunal first defined several of the terms used in it, such as “shared stocks”, “stocks of common interest” and “sustainable management.”⁸⁷ The Tribunal noted that the term “shared stocks” had been defined by the SRFC Member States and therefore applied to both situations described in paragraph 1 of article 63 of the Convention.⁸⁸ It also observed that the ultimate goal to be achieved through sustainable management of fish stocks was “to conserve and develop them as a viable and sustainable resource,”⁸⁹ construing this expression as meaning “conservation and development,” as referred to in article 63, paragraph 1, of the Convention.⁹⁰

The Tribunal then identified a number of obligations of the coastal State in ensuring the sustainable management of shared stocks. It underlined that coastal States have, among others, obligations: to cooperate with competent international organizations to ensure through proper conservation and management measures that the maintenance of the shared stocks in the exclusive economic zone is not endangered by over-exploitation; to “seek ... to agree upon the measures necessary to coordinate and ensure the conservation and development of such stocks”; and, in relation to tuna species, to cooperate directly or

85. *Ibid*, paragraph 172.

86. *Ibid*, paragraph 173.

87. *Ibid*, see paragraphs 183 to 191.

88. *Ibid*, paragraph 186.

89. *Ibid*, paragraph 190.

90. *Ibid*, paragraph 191.

through the SRFC with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of such species in their exclusive economic zones.⁹¹

91. *Ibid*, paragraph 207.



CAPÍTULO XXX

LA PALESTINE ET LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE : RETOUR SUR UNE SAGA JUDICIAIRE

*Catherine Maia*¹

Si nous prenons la déclaration d'indépendance de l'État d'Israël de 1948 comme point de départ de la formalisation du conflit israélo-palestinien, nous sommes face à « l'un des conflits internationaux continus les plus anciens, les plus vifs et les plus clivants »², de même qu'au « seul conflit asymétrique qui, après plus d'un demi-siècle, n'a pas trouvé d'issue »³.

En une période où la Cour pénale internationale (CPI) subit des critiques parfois sévères quant à son impartialité, tout particulièrement en raison de sa focalisation sur le continent africain⁴, l'action de la Palestine à son égard représente un véritable défi pour consolider

1. Professeure de droit à l'Université Lusophone de Porto (Portugal).

2. M. EYNARD, « La relation juridique entre la Palestine et le Procureur de la Cour pénale internationale », in T. GARCIA (dir.), *La Palestine : d'un État non membre des Nations Unies à un État souverain ?* (à paraître).

3. R. CHARVIN, « Droit international et conflit israélo-palestinien », in R. PORTEILLA, P. ICARD (dir.), *Où en est la Palestine ?* (à paraître).

4. Voir C. MAIA, K. HAMA, « La Cour pénale internationale vue d'Afrique : organe juridictionnel ou organe politique ? », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 32, 2012, pp. 75-98. Un nouveau degré de mécontentement des dirigeants africains a été franchi avec les poursuites successivement lancées par la CPI à l'encontre du président du Soudan, Omar el-Béchir, en 2009, puis à l'encontre du président du Kenya, Uhuru Kenyatta, et du guide libyen, Mouammar Kadhafi, en 2011. Tandis qu'était clôturée l'affaire à l'encontre de Mouammar Kadhafi, en novembre 2011, à la suite de son décès, et que la Procureure décidait, en décembre 2014, l'abandon des poursuites contre le président kényan en exercice, faute de disposer d'éléments de preuves suffisants dans une affaire où le Kenya s'était montré peu coopératif, le président soudanais se rendait officiellement, en juin 2015, au 25e sommet de l'Union africaine sans être inquiété par les autorités hôtes sud-africaines. Ce dernier événement a été l'occasion, pour le président de l'Union africaine, de menacer à nouveau du retrait du Statut de la CPI par l'ensemble des 34 pays africains qui y sont actuellement parties, dans l'optique de la création alternative d'une future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme.

la crédibilité de la justice pénale internationale et tendre vers l'universalisation du Statut de Rome, tout comme un tournant décisif pour l'évolution du conflit israélo-palestinien, pour la reconnaissance de la Palestine comme État sur la scène internationale⁵ et, plus globalement, pour la paix au Moyen-Orient. À l'initiative de deux déclarations d'acceptation de la compétence de la CPI⁶ avant d'en devenir membre le 1^{er} avril 2015, il s'agira d'analyser les effets des différentes démarches de la véritable saga judiciaire initiée par la Palestine dans l'optique du jugement des auteurs des crimes internationaux commis sur son territoire. Loin de s'inscrire dans le tracé linéaire d'un long fleuve tranquille, ces démarches par à-coups reflètent les hésitations d'un Gouvernement divisé, aux prises avec une réalité sur le terrain complexe et tendue, face à laquelle l'exacerbation des prises de position rend toute analyse académique des plus délicates⁷.

5. Sur cette question, voir notamment : C. MAIA, « Les positions politiques et les justifications juridiques des États au regard de la reconnaissance (ou non reconnaissance) de la qualité d'État de la Palestine », in T. GARCIA (dir.), *La Palestine : d'un État non membre des Nations Unies à un État souverain ?* (à paraître) ; Y. RONEN, « Recognition of the State of Palestine: Still too Much too Soon? », in C. CHINKIN, F. BAETENS (eds.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 229-247 ; R. BERMEJO GARCÍA, « ¿Es Palestina un Estado? Reflexiones a la luz del derecho internacional y de la práctica europea sobre los acontecimientos recientes en torno al reconocimiento de un Estado palestino », *Revista de Estudios Europeos*, vol. 65, 2014, pp. 9-40.

6. Voir M.M. EL ZEIDY « *Ad hoc* Declarations of Acceptance of Jurisdiction: The Palestinian Situation under Scrutiny », in C. STAHN (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 179-209.

7. Parmi la littérature abondante engendrée par cette saga judiciaire, voir notamment : C. MELONI, G. TOGNONI (eds.), *Is There a Court for Gaza? A Test Bench for International Justice*, La Haye, TMC Asser Press, 2012 ; J. DUGARD, « Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 563-570 ; A. ZIMMERMANN, « Palestine and the International Criminal Court *Quo Vadis?* Reach and Limits of Declarations Under Article 12 (3) », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 303-329 ; M.C. KEARNEY, « Palestine and the International Criminal Court », in *Palestine and International Law: New Approaches. Proceedings of the Conference held in Birzeit University, on 24-26 September 2010*, Birzeit, Birzeit University, Institute of Law, 2011, pp. 137-148 ; W.T. WORSTER, « The Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court over Palestine », *The American University International Law Review*, vol. 26, 2011, pp. 1153-1209 ; D. BENOLIEL,

1. La déclaration d'acceptation de la compétence de la CPI de 2009

Pour accepter la compétence de la CPI, les États peuvent emprunter deux voies : soit la ratification du Statut de Rome de 1998, devenant ainsi parties ; soit, tout en demeurant tiers, une déclaration *ad hoc* d'acceptation de la compétence de la Cour, qui peut être émise par le ministre de la Justice ou des Affaires étrangères en exercice⁸. Cette deuxième voie, peu formaliste et d'une grande souplesse, a pour objectif d'éviter qu'un État, sur le territoire duquel des crimes relevant de la compétence de la CPI auraient été perpétrés, ne se retrouve dans l'incapacité de la saisir en raison de troubles institutionnels graves découlant d'une situation de conflit armé⁹.

S'agissant de la Palestine, sa saisine de la CPI se décline au pluriel avec une première déclaration d'acceptation de la compétence de cette Cour en 2009. À la suite de l'opération israélienne « Plomb durci » à Gaza, entre décembre 2008 et janvier 2009, le ministre de la Justice palestinien, Ali Khashan, est venu déposer en personne à La Haye, le 22 janvier 2009, une déclaration d'acceptation de la compétence de la CPI « pour une durée indéterminée », selon laquelle : « le Gouvernement de la Palestine reconnaît par la présente la compétence de la Cour aux fins d'identifier, de poursuivre et de juger les auteurs et complices

R. PERRY, « Israel, Palestine, and the ICC », *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, 2010, pp. 73-127.

8. Conformément à l'article 12-3 du Statut de Rome : « Si l'acceptation de la compétence de la Cour par un État qui n'est pas partie au présent Statut est nécessaire (...), cet État peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime dont il s'agit. L'État ayant accepté la compétence de la Cour coopère avec celle-ci sans retard et sans exception (...) ».

9. Outre la Palestine, deux autres États non parties au Statut de Rome ont choisi de déposer auprès du Greffier de la CPI une déclaration *ad hoc*. Tel est le cas de la Côte d'Ivoire qui, par une déclaration datée du 18 avril 2003, a accepté l'exercice de la compétence de la Cour en ce qui concerne des crimes qui auraient été commis sur son territoire depuis le 19 septembre 2002. Tel est le cas également de l'Ukraine qui, par une déclaration datée du 25 février 2014, a accepté l'exercice de la compétence de la Cour pour des crimes qui auraient été commis sur son territoire entre le 21 novembre 2013 et le 22 février 2014.

d'actes commis sur le territoire palestinien depuis le 1^{er} juillet 2002 »¹⁰. En l'absence de limitation temporelle de l'acceptation de la compétence de la CPI par la Palestine, le Procureur serait habilité à enquêter et poursuivre les crimes perpétrés sur le territoire palestinien depuis la date d'entrée en vigueur du Statut de Rome, soit le 1^{er} juillet 2002¹¹. En outre, conformément à l'article 12-3 du Statut de Rome, selon lequel la compétence de la CPI peut s'établir dès lors qu'un État ayant accepté sa juridiction dispose soit d'un titre territorial¹² soit d'un titre personnel,

10. Gouvernement de la Palestine, « Déclaration de reconnaissance de la compétence de la Cour pénale internationale », 21 janvier 2009.

11. À l'instar de la déclaration palestinienne de 2009, la déclaration d'acceptation de la compétence de la CPI, émise en 2003 par le Gouvernement de la République de Côte d'Ivoire par l'intermédiaire de son ministre des Affaires étrangères, a été « faite pour une durée indéterminée ». Cette déclaration visait initialement la crise politico-militaire ayant suivi la tentative de coup d'État du 19 septembre 2002 contre le président alors en exercice, Laurent Gbagbo. Après les élections de 2010, elle a ensuite été confirmée par le nouveau président de la République ivoirien, Alassane Ouattara, le 14 décembre 2010 puis le 3 mai 2011, servant de base au jugement de Laurent Gbagbo par la CPI pour des faits commis en 2010 et 2011, avant que la Côte d'Ivoire décide de ratifier le Statut de Rome le 15 février 2013.

12. En l'espèce, indépendamment de la question de savoir si, comme le reconnaît aujourd'hui une large majorité de pays, la Palestine est bel et bien un État, il est indéniable qu'elle est seule à posséder un titre territorial sur son territoire et sa population. C'est en ce sens qu'a tranché la CJUE dans l'arrêt rendu le 25 février 2010 en l'affaire *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen* (C-386/08), par lequel elle a affirmé que les autorités douanières palestiniennes sont les seules à pouvoir exercer sur les marchandises produites sur leur territoire – y compris les parcelles occupées – les compétences ressortissant du protocole CE-OLP de 1997 et, par conséquent, que l'article 83 de l'accord d'association CE-Israël, définissant le champ d'application territorial de cet accord, doit être interprété conformément au principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* :

« 46. (...) il est constant que les Communautés européennes ont successivement conclu deux accords d'association euro-méditerranéens, le premier avec l'État d'Israël, le second avec l'OLP, agissant pour le compte de l'Autorité palestinienne de la Cisjordanie et de la bande de Gaza.

47. Chacun de ces deux accords d'association a un champ d'application territorial propre. L'article 83 de l'accord d'association CE-Israël dispose que celui-ci s'applique au « territoire de l'État d'Israël ». L'article 73 de l'accord d'association CE-OLP énonce que celui-ci s'applique au « territoire de la Cisjordanie et de la bande de Gaza ».

48. Cela étant, ces deux accords d'association poursuivent un objectif identique – visé, respectivement, à l'article 6, paragraphe 1, de l'accord d'association CE-Israël et à l'article 3 de l'accord d'association CE-OLP –, à savoir l'instauration et/ou le

la Cour pourrait exercer sa compétence y compris à l'égard de crimes ou d'individus relevant respectivement de la juridiction d'États n'ayant ni accepté ni ratifié son Statut¹³. Tel est le cas d'Israël, qui a signé le Statut de Rome le 31 décembre 2000, avant de proclamer sa volonté de ne pas devenir partie le 28 août 2002¹⁴. Toute sélectivité étant à exclure, la CPI serait ainsi habilitée à enquêter, poursuivre et juger toutes les personnes responsables de faits incriminés par son Statut (principe de personnalité active) et ayant été commis sur le territoire palestinien (principe de territorialité). Concrètement, sont concernés ici aussi bien des ressortissants israéliens que palestiniens, voire d'autres nationali-

renforcement d'une zone de libre-échange entre les parties, et ont le même objet – défini, pour les produits industriels, respectivement à l'article 8 de l'accord d'association CE-Israël et aux articles 5 et 6 de l'accord d'association CE-OLP –, à savoir la suppression des droits de douane, des restrictions quantitatives et des autres mesures d'effet équivalent dans les échanges commerciaux entre les parties à chacun de ces accords. (...)

51. Il découle de ce qui précède que les "autorités douanières de l'État d'exportation", au sens des deux protocoles susmentionnés, disposent, les unes et les autres dans le cadre de leur champ d'intervention territorial respectif, d'une compétence exclusive pour délivrer les certificats de circulation des marchandises EUR.1 ou pour agréer les exportateurs implantés sur le territoire placé sous leur administration.

52. Dès lors, interpréter l'article 83 de l'accord d'association CE-Israël de telle sorte que les autorités israéliennes seraient investies de compétences douanières à l'égard des produits originaires de Cisjordanie reviendrait à imposer aux autorités douanières palestiniennes l'obligation de ne pas exercer les compétences qui leur sont pourtant dévolues par les dispositions susmentionnées du protocole CE-OLP. Une telle interprétation, ayant pour effet de créer une obligation pour un sujet tiers sans son consentement, irait ainsi à l'encontre du principe de droit international général *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, tel que codifié à l'article 34 de la Convention de Vienne ».

13. Contrairement à certaines juridictions, dont la CIJ, devant lesquelles la réciprocité du consentement est essentielle, celle-ci n'est pas une condition d'exercice de la compétence de la CPI, comme le démontre l'article 13-b du Statut de Rome qui donne la possibilité au Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, de déférer une situation au Procureur. Ce rejet du principe de réciprocité s'explique par la volonté des auteurs du Statut de Rome d'éviter qu'un État puisse bloquer unilatéralement la compétence de la CPI et, par là même, d'accroître l'efficacité de la lutte contre l'impunité.

14. À l'instar de la démarche entreprise par les États-Unis le 6 mai 2002, le Gouvernement israélien a adressé, le 28 août de la même année, une communication au Secrétaire général de l'ONU, en sa qualité de dépositaire, afin de lui signifier qu'« Israël n'a pas l'intention de devenir partie au traité. De ce fait, Israël n'a aucune obligation légale découlant de sa signature apposée le 31 décembre 2000 ».

tés. C'est dire combien l'arme de la justice pénale internationale peut être à double tranchant.

Le 3 avril 2009, soit quelques mois seulement après le dépôt par la Palestine de sa déclaration d'acceptation de la compétence de la CPI, le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU créait la Mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le conflit de Gaza. Dirigée par Richard Goldstone¹⁵, cette mission était investie du mandat « d'enquêter sur toutes les violations du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire qui ont pu être commises dans le contexte des opérations militaires menées dans la bande de Gaza du 27 décembre 2008 au 18 janvier 2009, que ce soit avant, pendant ou après cette période » correspondant à l'opération israélienne « Plomb durci ». Le rapport de cette Mission, rendu public le 25 septembre 2009, contenait des éléments de preuves *prima facie* de la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité¹⁶. Rappelant l'obligation pesant sur les États d'enquêter sur les allégations de violations graves du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire, il s'agissait aussi du premier rapport international se penchant sur la question des procédures nationales engagées à la suite de telles allégations et constatant leur manque de conformité aux normes internationales¹⁷.

15. Richard Goldstone, qui a attaché son nom au rapport remis en 2009 par cette Mission, est un ancien juge de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et un ancien Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Le 1er avril 2011, dans une tribune ayant fait grand bruit lors de sa publication dans le *Washington Post*, « Reconsidering the Goldstone Report on Israel and War Crimes », celui-ci s'est rétracté sur un point spécifique dudit rapport, déclarant que la commission d'enquête qu'il présidait ne disposait pas d'assez d'éléments pour affirmer avec certitude qu'Israël avait tué intentionnellement des civils.

16. Conseil des droits de l'Homme, *La situation des droits de l'Homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, A/HRC/12/48, 25 septembre 2009 (voir, en particulier, les conclusions, §§ 1874ss).

17. La Mission a conclu, d'un côté, « qu'il est permis de douter sérieusement de la volonté d'Israël de mener des enquêtes dignes de ce nom, répondant aux critères d'impartialité, d'indépendance, de promptitude et d'efficacité dont le droit international impose le respect » (*ibid.*, § 1832), d'un autre côté, qu'elle « ne peut pas considérer que l'Autorité palestinienne a pris des mesures utiles pour amener les responsables

Si la déclaration palestinienne visait à fonder la compétence de la CPI, elle ne garantissait pas, *per se*, que les crimes allégués fassent l'objet d'enquêtes ou de poursuites devant la Cour. Deux raisons à cela, lesquelles marquent une différence nette entre États parties et États non parties : d'une part, les États tiers au Statut de Rome ne peuvent pas déférer une situation au Procureur¹⁸ ; d'autre part, dans l'hypothèse où le Procureur choisit de ne pas poursuivre, les États tiers sont privés de la faculté de demander à la chambre préliminaire d'examiner une telle décision¹⁹, de même que la chambre préliminaire n'a pas la possibilité d'inviter le Procureur à reconsidérer sa décision d'ouvrir ou non une enquête ou d'engager ou non des poursuites à la lumière de faits ou de renseignements nouveaux²⁰.

Une fois une déclaration étatique reçue, le Bureau du Procureur se doit d'examiner tous les éléments visant à fonder la compétence de la CPI²¹, notamment si des crimes relevant de sa juridiction ont été

de violations graves du droit international à rendre compte de leurs actes, et [qu']elle estime que l'Autorité palestinienne devrait se montrer plus résolue dans l'exercice de la responsabilité de protéger les droits de la population qui va de pair avec les pouvoirs qu'elle a assumés » (*ibid.*, § 1848). Consciente de l'importance du principe de complémentarité dans le fonctionnement de la CPI, Israël, dans le prolongement de la publication du Rapport Goldstone, a créé la Commission Turkel en juin 2010, afin d'enquêter sur les circonstances de l'arraisonnement de la flottille de Gaza le mois précédent. Dans son rapport publié en janvier 2011, la Commission d'enquête a conclu que l'armée israélienne avait considéré tous les paramètres dans une situation où elle avait dû faire face à une violence extrême et inattendue. En outre, dans un second rapport de février 2013, la Commission d'enquête a considéré que les mécanismes d'enquête israéliens étaient conformes au droit international, présentant néanmoins 18 recommandations visant à l'amélioration du système judiciaire national (The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 - The Turkel Commission, *Second Report Israel's Mechanisms for Examining and Investigating Complaints and Claims of Violations of the Laws of Armed Conflict According to International Law*, « Chapter D: Do the Examination and Investigation Mechanisms in Israel Concerning Complaints and Claims of Violations of International Humanitarian Law Conform to Israel's Obligations Under International Law? », pp. 360ss).

18. Statut de Rome, article 14, *a contrario*.

19. Statut de Rome, article 53-3-a.

20. Statut de Rome, article 53-4.

21. Après le dépôt de la première déclaration palestinienne de 2009, le Bureau du Procureur a reçu plus de 400 communications au sujet de crimes qui auraient été commis en Palestine. En outre, il a examiné plusieurs rapports publics et a organisé

commis²² et, dans l'affirmative, conformément au principe de complémentarité, si des procédures pénales ont été engagées au niveau national en vue de juger les crimes allégués. Plus spécifiquement, il se doit d'examiner si la déclaration de reconnaissance de la compétence de la CPI répond aux prescriptions du Statut de Rome, lequel n'accepte de déclaration d'acceptation que de la part d'États. Face à cette question de la qualité étatique de la Palestine – question controversée qui continue de diviser les États eux-mêmes comme le démontre son absence de reconnaissance unanime sur la scène internationale –, un certain embarras a été rapidement perceptible. Ainsi, le Greffier de la CPI a-t-il accusé réception de la déclaration palestinienne le 23 janvier 2009, « sans préjudice d'une décision par les juges concernant l'applicabilité de l'article 12, paragraphe 3 », du Statut de Rome à cette déclaration. Par la suite, pendant trois années, de janvier 2009 à avril 2012, le Procureur de la CPI, Luis Moreno Ocampo, a instruit la situation palestinienne, avant de suspendre son analyse préliminaire le 12 avril 2012 au motif que n'était pas certaine la qualité d'État de la Palestine, alors simple entité observatrice à l'ONU²³, et de renvoyer cette question « aux organes compétents de l'Organisation des Nations Unies ou à l'Assemblée des États parties »²⁴.

Une telle position, venant ainsi bloquer l'initiative palestinienne, a été critiquée en doctrine. Plusieurs auteurs ont fait valoir qu'il n'était

une table ronde le 20 octobre 2010 avec divers experts et ONG venus exposer leurs observations au siège de la CPI. La diversité des personnalités et des ONG étant entrées en contact avec la CPI à cette occasion démontre à quel point les attentes et les espoirs étaient alors très forts.

22. Sur le plan de la compétence *ratione materiae* de la CPI, le rapport Goldstone rendu en 2009 par la Mission d'établissement des faits sur le conflit à Gaza, entre autres sources, permet d'estimer raisonnablement que des crimes entrant dans les prescriptions de l'article 5 du Statut de Rome ont pu être commis de part et d'autre pendant l'opération « Plomb durci » en 2009.

23. CPI, Bureau du Procureur, « Situation en Palestine », communiqué de presse du 3 avril 2012, § 4.

24. *Ibid.*, § 6. Il est précisé que : « La responsabilité de définir le terme "État" au sens de l'article 12 incombe donc en premier lieu au Secrétaire général de l'ONU [en sa qualité de dépositaire du Statut de Rome], lequel s'en remettra aux recommandations de l'Assemblée générale en cas de doute. En vertu de l'article 112-2-g, l'Assemblée des États parties au Statut de Rome peut également décider d'examiner cette question en temps utile » (*ibid.*, § 5).

pas nécessaire à la CPI de se prononcer *in abstracto* sur la nature étatique de l'entité palestinienne, et donc de « reconnaître » un État palestinien. Cette qualification ressort de la compétence de chaque État dans ses relations bilatérales. Dans le cadre de la CPI, une « démarche téléologique et fonctionnelle »²⁵ aurait été suffisante pour lui permettre de déterminer si les conditions d'exercice de sa compétence, telles que fixées par son Statut, étaient remplies dans le cas d'espèce. En d'autres termes, conformément au principe général du contentieux international de la *kompetenz kompetenz*, juge de la compétence de sa compétence, le propre Statut de la CPI²⁶, en son article 19-1, lui impose de statuer sur sa propre compétence. Il revenait donc au Procureur de trancher lui-même la question de savoir si la Palestine pouvait être tenue pour un État au sens spécifique de l'article 12-3 du Statut, et non *in abstracto* au sens du droit international général²⁷. À défaut de trancher

25. A. PELLET, « Les effets de la reconnaissance par la Palestine de la compétence de la Cour pénale internationale », in *Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh*. Droit, liberté, paix, développement, Paris, Pedone, 2011, p. 328. Loin d'être marginale, une telle démarche fonctionnelle est répandue en droit international, comme le démontrent les nombreux instruments qui, selon une formule usuelle, définissent leurs concepts-clés aux fins de la convention en cause (*ibid.*, pp. 329-330). Cette démarche se justifie d'ailleurs particulièrement ici par le fait que, « par sa nature même, le Statut [de Rome] a pour objet la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble » (*ibid.*, p. 342). Au demeurant, la propre définition de l'État n'y échappe pas complètement : « le droit international contemporain dessine l'État sous la forme d'une figure à géométrie variable, dont le tracé des contours dépend de la matière impliquée, et il le relègue au simple rang d'une "notion" dont l'interprétation dépend de "l'économie et de l'objectif des dispositions" au sein desquelles elle figure (...). Les confins de l'État n'en sont pas moins mouvants, son "périmètre" n'a rien d'une frontière intangible et physiquement bornée. Le droit international appréhende l'État comme une entité qu'il peut lui-même modeler (...) et ce dernier est, dans le droit international contemporain, de plus en plus souvent appréhendé différemment selon la norme appliquée » (M. FORTEAU, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, vol. 4, 2007, pp. 762-763).

26. Rappelons que, parmi le droit applicable, la CPI applique en premier lieu le Statut de Rome, conformément à son article 21-1-a.

27. C'est en ce sens que la CPI a eu l'occasion de proclamer que, « indépendamment du libellé de l'article 19-1 du Statut, toute juridiction internationale est juge de sa propre compétence, même en l'absence de référence explicite allant dans ce sens » (*Situation en République centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative à la requête du Procureur du 9 mai 2008 aux fins de délivrance d'un*

lui-même, ce dernier aurait dû solliciter les chambres pour permettre une détermination judiciaire²⁸. Il est intéressant de relever que c'est précisément en ce sens que s'est prononcé le Greffier de la Cour qui, au moment d'accuser réception de la déclaration palestinienne de 2009, a indiqué que la déclaration palestinienne était enregistrée « [s]ans préjudice d'une décision par les juges concernant l'applicabilité de l'article 12, paragraphe 3 »²⁹. Plus largement, considérer la déclaration palestinienne comme invalide revenait à consacrer les territoires occupés par Israël comme une zone d'impunité puisque, en dehors de l'hypothèse totalement improbable d'une saisine par le Conseil de sécurité, aucun État partie ou déclarant ne pourrait alors reconnaître à la CPI une compétence pour les crimes commis sur ces territoires.

2. La déclaration d'acceptation de la compétence de la CPI de 2014

Une deuxième saisine de la CPI est intervenue le 31 décembre 2014, empruntant la même voie que la première. Entre 2009 et 2014, un événement de taille s'était produit avec le vote à l'Assemblée générale, le 29 novembre 2012, en faveur de l'accession de la Palestine au rang non pas d'État membre de l'ONU comme l'aurait souhaité le président Mahmoud Abbas, mais d'État observateur non membre de l'ONU³⁰. Un tel statut écartait, dès lors, tout doute sur la nature étatique de la Palestine et lui ouvrait la porte pour la ratification de traités internationaux, y compris le Statut de la CPI. En avril 2014, la Palestine ratifiait ainsi 22 traités, parmi lesquels les Conventions de Genève de 1949, à l'exclusion toutefois du Statut de Rome dont la ratification était remise à plus tard par le Gouvernement palestinien, à l'instar d'une « option nucléaire » d'ultime recours.

mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Chambre préliminaire III, ICC-01/05-01/08-14, 10 juin 2008, § 11).

28. Statut de Rome, article 19-3 : « Le Procureur peut demander à la Cour de se prononcer sur une question de compétence ou de recevabilité ».

29. CPI, Greffier, *Lettre adressée par le Greffier au ministre de la Justice de la Palestine*, 2009/404/SA/LASS, 23 janvier 2009.

30. La Résolution 67/19 concernant le « Statut de la Palestine à l'ONU » a obtenu 138 voix pour, 9 contre et 41 abstentions.

Cette fois, c'est le président palestinien lui-même, Mahmoud Abbas, qui signa la deuxième déclaration *ad hoc* par laquelle la Palestine reconnaissait la compétence de la CPI « aux fins d'identifier, de poursuivre et de juger les auteurs et complices de crimes relevant de la compétence de la Cour commis sur le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, depuis le 13 juin 2014 »³¹.

Si la nouvelle saisine de la CPI emprunte la même voie que la première, elle s'en différencie sur plusieurs aspects. *Ratione loci*, plutôt que le territoire de la Palestine, c'est désormais le territoire palestinien occupé ainsi que Jérusalem-Est qui font l'objet d'une référence explicite. *Ratione temporis*, si la deuxième déclaration, à l'instar de la première, est valable pour une période indéterminée, le curseur du point de départ de la compétence de la CPI est avancé 12 ans plus tard, au 13 juin 2014.

À plusieurs titres, le choix de cette nouvelle date n'est pas anodin. C'est effectivement le 13 juin 2014, soit au lendemain du kidnapping puis de l'assassinat de trois de ses jeunes ressortissants, qu'Israël a lancé dans la bande de Gaza l'opération militaire « Bordure protectrice », 11 jours seulement après que la Palestine est parvenue à constituer un Gouvernement d'union nationale réunissant le Fatah et le Hamas. Cette nouvelle opération militaire, qui a duré deux fois plus longtemps que celle de 2009, a été autrement plus meurtrière et dévastatrice. Aussi, c'est sans attendre la fin des hostilités que le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU a décidé la création, le 23 juillet 2014, d'une Commission d'enquête internationale indépendante, fixant au 13 juin le début de son mandat. Cette Commission avait pour objectifs « d'enquêter sur toutes les violations du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'Homme commises dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, en particulier dans la bande de Gaza occupée, dans le contexte des opérations militaires lancées le 13 juin 2014, que ce soit avant, pendant ou après, d'établir les faits et circonstances de ces violations et des crimes perpétrés et d'en identifier les responsables, de faire des recommandations, en particulier sur les mesures de mise en cause des responsables, le tout en vue d'éviter l'impunité et d'y

31. Présidence de la Palestine, « Déclaration de reconnaissance de la compétence de la Cour pénale internationale », 31 décembre 2014.

mettre fin et de veiller à ce que les responsables rendent compte de leurs actes, ainsi que sur les moyens de protéger les civils contre toute nouvelle offensive »³². Le rapport de la Commission, publié le 24 juin 2015, a mis en exergue de graves violations du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire commises par les deux camps, dont de possibles crimes de guerre³³.

La destinée de la déclaration de 2014 a connu un meilleur sort que la précédente de 2009. Le 7 janvier 2015, le Greffier de la CPI adressait une lettre au Gouvernement de Palestine l'informant de l'acceptation de cette déclaration et de sa transmission pour examen à la nouvelle Procureure, Fatou Bensouda³⁴. Avant même sa réception, celle-ci s'était montrée favorable à une telle démarche. Ainsi, dans une tribune publiée le 29 août 2014 dans le quotidien britannique *The Guardian*, elle écarta les rumeurs selon lesquelles des pressions sur la Cour auraient conduit le précédent Procureur à rejeter la déclaration palestinienne de 2009. Revenant sur les raisons du rejet, elle proclama clairement que si le changement de statut de la Palestine au sein de l'ONU en novembre 2012 – d'entité observatrice à État observateur non membre – ne saurait valider rétroactivement la déclaration de 2009, la voie d'une ratification du Statut de Rome ou d'une nouvelle déclaration était désormais possible³⁵.

32. Conseil des droits de l'Homme, Résolution S-21/1, « Faire respecter le droit international dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est », 24 juillet 2014, § 13. Les expressions choisies pour décrire le mandat de la Commission d'enquête – telles que « mise en cause des responsables », « identifier les responsables », « éviter l'impunité » – ont une connotation pénale qui rappelle la fonction de la CPI.

33. Conseil des droits de l'Homme, *Report of the Independent Commission of Inquiry Established pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, 24 juin 2015 : « the commission was able to gather substantial information pointing to serious violations of international humanitarian law and international human rights law by Israel and by Palestinian armed groups. In some cases, these violations may amount to war crimes » (§ 74).

34. Fatou Bensouda a remplacé Luis Moreno Ocampo au poste de Procureur de la CPI le 15 juin 2012.

35. F. BENSOU DA, « Fatou Bensouda: The Truth about the ICC and Gaza », *The Guardian*, 29 août 2014 :

« In November 2012, Palestine's status was upgraded by the UN general assembly to "non-member observer state" through the adoption of Resolution 67/19. My office examined the legal implications of this development and concluded that while this

3. L'adhésion au Statut de Rome en 2015

Dernièrement, un pas supplémentaire a été franchi avec l'adhésion de la Palestine au Statut de Rome³⁶ le 1^{er} avril 2015, portant à 123 le nombre total des États parties. Là encore, la date n'est pas anodine. Par-delà un enlèvement sans fin du conflit israélo-palestinien pouvant faire apparaître la justice pénale internationale comme une arme d'ultime recours, l'adhésion palestinienne intervient après le refus du Conseil de sécurité d'adopter une résolution préconisant la création d'un État palestinien indépendant dans un délai d'un an³⁷.

Cette adhésion, vivement critiquée par les autorités israéliennes comme un acte hostile, n'équivaut pas à une saisine par une déclaration *ad hoc*. *Ratione materiae*, elle ouvre la voie au déferrement de la « situation » palestinienne à la CPI dans sa globalité, sans possibilité de la

change did not retroactively validate the previously invalid 2009 declaration, Palestine could now join the Rome Statute.

That Palestine has signed various other international treaties since obtaining this “observer state” status confirms the correctness of this position. Nonetheless, to date, the statute is not one of the treaties that Palestine has decided to accede to, nor has it lodged a new declaration following the November 2012 General Assembly resolution. It is a matter of public record that Palestinian leaders are in the process of consulting internally on whether to do so; the decision is theirs alone and as ICC prosecutor, I cannot make it for them ».

36. Selon l'article 126 du Statut de Rome : « À l'égard de chaque État qui ratifie, accepte ou approuve le présent Statut ou y adhère après le dépôt du soixantième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, le Statut entre en vigueur le premier jour du mois suivant le soixantième jour après le dépôt par cet État de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ». La Palestine ayant adhéré au Statut de Rome le 2 janvier 2015, celui-ci est entré en vigueur à son égard le 1^{er} avril 2015.

37. Conseil de sécurité, projet de Résolution S/2014/916, 30 décembre 2014. Seuls 8 membres du Conseil de sécurité, au lieu des 9 requis pour constituer une majorité, se sont prononcés en faveur de ce texte palestinien présenté par la Jordanie (dont la Chine, la France et la Russie), 2 ayant voté contre (Australie et États-Unis) et 5 s'étant abstenus (Lituanie, Nigéria, République de Corée, Royaume-Uni et Rwanda). Ce projet de résolution proclamait « qu'il est urgent de parvenir, au plus tard 12 mois après l'adoption de la présente résolution, à une solution pacifique juste, durable et globale mettant fin à l'occupation israélienne commencée en 1967 et conforme à la vision de deux États indépendants, démocratiques et prospères, Israël et un État palestinien souverain, d'un seul tenant et viable, vivant côte à côte en paix et en sécurité dans des frontières mutuellement et internationalement reconnues » (§ 1).

restreindre à des faits spécifiques. *Ratione temporis*, elle rend la CPI compétente à compter du 1^{er} avril 2015, sans possibilité de juger rétroactivement des faits commis avant cette date (mais après le 1^{er} juillet 2002, date d'entrée en vigueur objective du Statut de Rome). Cette limite par rapport à l'État déclarant est cependant contrebalancée par un avantage de taille pour l'État partie consistant à pouvoir saisir la chambre préliminaire, afin qu'elle demande au Procureur de reconsidérer son refus éventuel de ne pas poursuivre³⁸.

Avec cette adhésion, l'objectif avoué des Palestiniens est de faire juger les dirigeants israéliens pour leurs crimes internationaux, en lien ou non avec l'occupation, par la CPI, autrement dit par une cour indépendante et permanente qui a compétence pour juger les individus (et non les États) auteurs des crimes les plus graves touchant la communauté internationale dans son ensemble (génocides, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et agressions).

La faculté pour la Palestine de déférer sa situation à la CPI emporterait indéniablement des incidences diplomatiques considérables sur ses relations avec Israël et sur les négociations devant mener à la création de deux États³⁹. Une fois la machine judiciaire lancée, aucune marche arrière ne serait possible, y compris pour des considérations liées à la paix. C'est dire combien elle doit être maniée avec une extrême prudence et combien l'usage qu'en feront les Palestiniens demeure encore incertain⁴⁰.

38. Statut de Rome, article 53-3-a : « À la demande de l'État qui a déféré la situation conformément à l'article 14, ou du Conseil de sécurité s'il s'agit d'une situation visée à l'article 13, paragraphe b), la Chambre préliminaire peut examiner la décision de ne pas poursuivre prise par le Procureur (...) et demander au Procureur de la reconsidérer ».

39. Certaines personnalités ont exprimé leur inquiétude quant à l'option de la CPI. Il en va notamment ainsi de Nabil Abuznaid, l'ambassadeur de la Palestine aux Pays-Bas : « if we realize the ICC option, what then? How would we go forward with the peace process? The day we sign, things will be different between us and the Israelis ». Et d'ajouter : « This is not the Palestinian preferred choice because going to the ICC is the final divorce: one-way move, no way back » (C. LIPHSHIZ, « For Ramallah's Man in The Hague, ICC Drive is Reluctant Duty », *Jewish Telegraphic Agency*, 14 octobre 2014).

40. Certains font valoir l'efficacité redoutable de cette « arme » : « La Cour pénale internationale est la seule menace que le Gouvernement israélien prenne au sérieux. Entre janvier 2009 et avril 2012, l'armée israélienne n'a mené aucune opéra-

4. De l'examen préliminaire à une éventuelle enquête

Quelle que soit la voie empruntée pour saisir la CPI, le cheminement qui va de l'ouverture d'un examen préliminaire à une enquête, puis au procès, est souvent long et complexe.

L'ouverture d'un examen préliminaire

Conformément à l'article 53-1 du Statut de Rome, le Procureur devra décider l'ouverture d'un examen préliminaire après avoir considéré cumulativement les éléments suivants : « a) Si les renseignements en sa possession fournissent une base raisonnable pour croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis ; b) Si l'affaire est ou serait recevable au regard de l'article 17 [complémentarité et gravité] ; et c) S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice ».

Ainsi, en dehors du cas où l'ouverture d'une enquête serait de nature à desservir les intérêts de la justice⁴¹ – hypothèse qui ne s'est jamais

tion d'envergure à Gaza. Après avril 2012, avec l'éloignement des poursuites, elle a recommencé à aggraver la population de Gaza dès novembre 2012 » (G. DEVERS, C. OBERLIN, « Plainte du ministre de la Justice de Palestine et du Procureur général de la Cour de Gaza auprès de la CPI », *Médiapart*, 4 août 2014).

41. Cette expression apparaît dans le Statut de Rome (articles 53-1-c, 55-2-c, 65-4, 67-1-d) comme dans le Règlement de procédure et de preuve (règles 69, 73, 82, 100, 136, 185). Le Procureur a ici une liberté d'appréciation totale, mais le Statut l'oblige à prendre en compte la gravité des crimes poursuivis et les intérêts des victimes, lesquels agissent comme des facteurs de pondération : « Les intérêts de la justice ne sont pris en considération que si les conditions en matière de compétence et de recevabilité sont remplies. Si ces dernières doivent l'être explicitement, la question des intérêts de la justice au regard de l'article 53-1-c constitue un élément de pondération pouvant justifier une décision de ne pas donner suite à une enquête. Ainsi, le Procureur n'est pas tenu d'établir qu'il est dans l'intérêt de la justice de procéder à une enquête. Au contraire, le Bureau en conduira une à moins qu'au vu des circonstances, il y ait des raisons substantielles de penser qu'il n'est pas, à ce stade, dans l'intérêt de la justice de le faire » (CPI, Bureau du Procureur, *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*, 2013, § 67). Cette question est, par ailleurs, traitée en détail dans le *Document de politique générale relatif aux intérêts de la justice*. Élaboré en 2007 par le Bureau du Procureur en vue de favoriser la prévisibilité et la sécurité juridique, ce document confirme la présomption en

présentée jusqu'à aujourd'hui –, il revient au Procureur de vérifier que deux conditions sont réunies.

Dans un premier temps, il doit exister une « base raisonnable » de croire qu'un crime relevant de la compétence de la CPI a été ou est en voie d'être commis. En d'autres termes, « il faut pouvoir raisonnablement conclure que les informations relatives aux crimes allégués remplissent toutes les conditions requises en matière de compétence, à savoir, la compétence *rationae temporis*, *rationae materiae* et *rationae loci* ou *rationae personae* »⁴².

L'examen préliminaire n'étant pas une enquête, il n'est pas question d'identifier ou de rechercher les auteurs de crimes relevant de la compétence de la CPI. De fait, les pouvoirs du Procureur sont, à ce stade initial, bien plus restreints que ceux dont il dispose pour enquêter, d'où un seuil peu exigeant pour la norme d'administration de la preuve. Il s'agit uniquement d'examiner les informations disponibles, afin de déterminer s'il existe une base raisonnable pour démarrer une enquête au regard des critères fixés par le Statut de Rome. En conséquence, les renseignements en possession du Procureur n'ont à être « ni complets ni déterminants »⁴³. Plus encore, ils n'ont « certainement pas besoin d'aller dans le sens d'une seule et même conclusion »⁴⁴. Autrement dit, le Procureur peut conclure à une base raisonnable de compétence de la Cour même en présence de faits contradictoires.

Du point de vue temporel, il convient de différencier selon le type de saisine : lorsque la CPI est saisie par un État partie, seuls les crimes commis à une date postérieure à l'entrée en vigueur du Statut entrent dans le champ de compétence de la CPI⁴⁵, soit le 1^{er} avril 2015 pour la Palestine ; lorsque la CPI est saisie par le biais d'une déclaration d'acceptation par un État non partie ou par le biais d'un renvoi par

faveur de l'enquête et de la poursuite dès lors que la CPI est compétente et l'affaire admissible (§ 3).

42. CPI, Bureau du Procureur, *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*, 2013, § 36.

43. CPI, *Situation en République du Kenya, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome*, Chambre préliminaire II, ICC-01/09, 31 mars 2010, § 27.

44. *Ibid.*, § 34.

45. Statut de Rome, article 53-1-a.

le Conseil de sécurité, le Statut peut être appliqué rétroactivement sans pouvoir aller en-deçà du 1^{er} juillet 2002⁴⁶, critère respecté par les deux déclarations d'acceptation de la compétence de la CPI émises par la Palestine.

Du point de vue matériel, seuls les faits incriminés par le Statut de Rome peuvent être jugés par la CPI, ce qui englobe actuellement les génocides⁴⁷, les crimes de guerre⁴⁸, les crimes contre l'humanité⁴⁹ et, à terme, les agressions⁵⁰.

Du point de vue spatial ou personnel, les crimes allégués doivent avoir été perpétrés soit sur le territoire soit par le ressortissant d'un État partie au Statut, d'un État tiers ayant déposé une déclaration *ad hoc* ou d'un État faisant l'objet d'un renvoi par le Conseil de sécurité.

Au regard des conclusions des différentes missions d'enquête sur la Palestine, on peut certainement considérer que, de ces différents points de vue, cette « base raisonnable » de compétence existe bel et bien en l'espèce⁵¹.

Une fois la compétence de la CPI établie, le Procureur doit, dans un second temps, vérifier la recevabilité de l'affaire. Conformément à l'article 17-1 du Statut de Rome, « une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque : a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ; b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites ; c) La personne

46. Statut de Rome, article 11-1.

47. Statut de Rome, article 5-1-a.

48. Statut de Rome, article 5-1-c.

49. Statut de Rome, article 5-1-b.

50. Statut de Rome, article 5-1-d.

51. Outre les rapports des commissions d'enquêtes internationales créées par le Conseil des droits de l'Homme mentionnées *supra*, voir également, entre autres, ONU, Assemblée générale : *Follow-Up to the Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, Doc. ONU A/64/651, 4 février 2010 ; *Second Follow-Up to the Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, Doc. ONU, A/64/890, 11 août 2010.

concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20, paragraphe 3 ; d) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite ».

En vertu du principe de complémentarité, qui constitue la pierre angulaire du fonctionnement de la CPI, les autorités nationales ont la responsabilité première du jugement des auteurs de crimes internationaux. La CPI ne pourra se déclarer compétente que si l'État en cause n'a pas la volonté ou la capacité de conduire des enquêtes ou des poursuites, de même que s'il a classé un dossier par manque de volonté ou de capacité à poursuivre. En conséquence, elle devra préalablement vérifier si les crimes allégués font ou ont fait l'objet d'une enquête ou de poursuites. Dans l'affirmative, elle devra ensuite vérifier l'existence éventuelle d'un défaut de volonté ou de capacité à enquêter et poursuivre⁵², ce qui l'amènera inévitablement à porter une appréciation sur les procédures pénales nationales.

Afin d'identifier un éventuel manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la CPI pourra prendre en compte divers facteurs jugés pertinents, aussi bien objectifs que subjectifs⁵³. Pourront être considérés, entre beaucoup d'autres, parmi les facteurs objectifs, le défaut d'une législation incriminant les faits allégués, l'existence d'une législation d'amnistie ou de prescription, des pressions ou menaces sur les témoins ou le personnel judiciaire, des retards injustifiés ou un manque d'impartialité ou d'indépendance des procédures nationales incompatible avec l'intention de traduire en justice un accusé, et, parmi les facteurs subjectifs, la politique pénale nationale dont la finalité ne doit pas être celle de soustraire un accusé à sa responsabilité pénale pour des crimes internationaux.

Afin d'identifier un éventuel manque de capacité de l'État dans un cas d'espèce, la CPI pourra également prendre en compte d'autres facteurs souvent liés au chaos régnant dans les situations post-conflit. En

52. Voir notamment sur ce point : CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire*, Chambre d'appel, ICC-01/04-01/07 OA 8, 25 septembre 2009, § 78.

53. Statut de Rome, article 17-2.

particulier, « la Cour considère si l'État est incapable, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure »⁵⁴.

À ce stade, en vue de distinguer les situations justifiant une enquête des autres, le Bureau du Procureur a élaboré, de manière détaillée, une « procédure de filtrage » se décomposant en quatre phases :

« 78. La phase 1 consiste en une première évaluation de tous les renseignements concernant des crimes allégués reçus en vertu de l'article 15 (« communications »). L'objet de cette phase est d'analyser et de vérifier le sérieux des renseignements reçus, d'éliminer ceux qui échappent à la compétence de la Cour et d'identifier ceux qui semblent effectivement relever de sa compétence. (...)

80. La phase 2, qui marque formellement l'ouverture d'un examen préliminaire d'une situation donnée, s'attache à déterminer s'il est satisfait aux conditions préalables à l'exercice de la compétence au regard de l'article 12, et s'il existe une base raisonnable permettant de penser que les crimes allégués relèvent de la compétence *rationae materiae* de la Cour. L'analyse au titre de la phase 2 porte sur toutes les communications visées à l'article 15 qui n'ont pas été rejetées lors de la phase 1, ainsi que sur les informations communiquées dans le cadre de renvois de la part d'un État partie ou du Conseil de sécurité ou de déclarations déposées en vertu de l'article 12-3, celles émanant de sources publiques et les témoignages reçus au siège de la Cour.

81. Dans sa phase 2, l'analyse comprend une évaluation factuelle et juridique exhaustive des crimes allégués dans le cadre de la situation, en vue d'identifier les affaires potentielles relevant de la compétence de la Cour. Le Bureau portera une attention particulière aux crimes à grande échelle, commis dans le cadre d'un plan ou en application d'une politique. Le Bureau pourra également recueillir des renseignements sur des

54. Statut de Rome, article 17-3. Il est intéressant de relever que la CPI a eu l'occasion de juger que le manque de contrôle des autorités nationales sur un centre de détention était de nature à affecter directement le bon déroulement de l'enquête : CPI, *Situation en Libye, Le Procureur c. Saïf Al-Islam Gaddafi et Abdullah Al-Senussi, Décision sur la recevabilité de l'affaire à l'encontre de Saïf Al-Islam Kadhaïf*, Chambre préliminaire I, ICC-01/11-01/11, 31 mai 2013, § 209.

procédures nationales pertinentes si tant est qu'ils soient disponibles à ce stade. La phase 2 se conclut par la remise au Procureur d'un rapport établi au titre de l'article 5 relatif à la compétence *rationae materiae* de la Cour, ainsi qu'il est défini à l'article 5 du Statut de Rome.

82. La phase 3 détermine la recevabilité des affaires potentielles en termes de complémentarité et de gravité⁵⁵, conformément à l'article 17 du Statut. À ce titre, le Bureau du Procureur poursuit également sa collecte de renseignements sur la compétence *rationae materiae*, en particulier si des crimes allégués continuent d'être commis ou si de nouveaux crimes présumés sont commis dans le cadre de la situation. La phase 3 conduit à la présentation au Procureur d'un rapport établi

55. L'élément de gravité, lorsque sont en cause des crimes internationaux, n'est pas une pure clause de style et a déjà donné lieu à un refus d'enquêter dans l'affaire de la flottille de Gaza. Cette affaire avait été déférée, le 14 mai 2013, au Bureau du Procureur par les Comores, État partie au Statut de Rome et dans lequel le navire *Mavi Marmara* était enregistré. La Procureure a aussitôt décidé d'initier un examen préliminaire concernant le raid israélien opéré le 31 mai 2010 sur la *Gaza Freedom Flotilla*, une flottille d'aide humanitaire de huit navires se dirigeant vers la bande de Gaza. Au terme de cet examen préliminaire, elle a conclu que l'on pouvait raisonnablement penser que des crimes de guerre relevant de la compétence de la CPI avaient été commis sur l'un des navires en cause, le *Mavi Marmara*, lorsque les forces armées israéliennes ont intercepté la flottille le 31 mai 2010. Elle a néanmoins conclu, le 6 novembre 2014, que cette affaire ne présentait pas un degré de gravité suffisant : « après avoir minutieusement pris en compte tous les facteurs pertinents, je suis parvenue à la conclusion que les affaires éventuelles qui pourraient découler d'une enquête sur cet événement ne seraient pas "suffisamment graves" pour que la Cour y donne suite. Le critère de gravité est un critère juridique bien défini par le Statut de Rome. Sans minimiser de quelque manière que ce soit l'impact de ces crimes présumés sur les victimes et leurs familles, je dois m'en remettre au Statut de Rome, selon lequel la CPI doit avant tout se concentrer sur les crimes de guerre commis à grande échelle ou dans la poursuite d'un plan ou d'une politique » (« Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda, à propos de la clôture de l'examen préliminaire relatif à la situation renvoyée par l'Union des Comores », 6 novembre 2014). Le 16 juillet 2015, sur recours des Comores, la Chambre préliminaire I a demandé à la Procureure de reconsidérer sa décision de ne pas ouvrir d'enquête, estimant que celle-ci avait commis des erreurs de fait quant à la possibilité de poursuivre les personnes qui pourraient porter la plus grande responsabilité pour les crimes identifiés, mais aussi quant à l'échelle, la nature, le mode opératoire et les répercussions des crimes potentiels (« La Chambre préliminaire I de la CPI demande au Procureur de reconsidérer sa décision de ne pas enquêter sur la situation renvoyée par l'Union des Comores », 16 juillet 2015).

au titre de l'article 17, relatif aux questions de recevabilité définies à l'article 17 du Statut de Rome.

83. La phase 4 passe en revue les intérêts de la justice. Elle aboutit à la production d'un rapport au titre de l'article 53-1, sur lequel le Procureur s'appuie pour déterminer s'il doit ouvrir une enquête en vertu de l'article 53-1 du Statut.

84. À la lumière des renseignements disponibles et sans préjudice de l'identification éventuelle d'autres crimes au cours d'une enquête, le rapport au titre de l'article 53-1 donne une première qualification juridique des crimes allégués relevant de la compétence de la Cour. (...) »⁵⁶.

Conformément à cette procédure de filtrage, ce n'est qu'une fois la compétence de la CPI établie (phase 2) qu'est vérifiée l'existence de procédures nationales en cours au stade de l'appréciation de l'admissibilité de l'affaire (phase 3).

Qu'en est-il dans le cas de la Palestine ? Après avoir reçu la première déclaration d'acceptation de la compétence de la CPI en 2009, le Procureur a été amené à vérifier l'existence de procédures pénales nationales, tant en Palestine qu'en Israël. Du côté palestinien, il a pu constater l'intention de la Palestine de conduire des enquêtes sur son territoire⁵⁷ ; du côté israélien, il a reçu un rapport d'après lequel des poursuites avaient été engagées⁵⁸. Cette démarche semble démontrer que le Procureur a considéré la CPI compétente en l'espèce. Paradoxalement, c'est toutefois la conclusion inverse à laquelle il a abouti dans le communiqué de clôture de l'examen préliminaire de la situation en Palestine⁵⁹.

À ce jour, la Procureure a ouvert, le 16 janvier 2015, un examen préliminaire de la situation en Palestine sur la base de la seconde déclaration de 2014⁶⁰. La situation palestinienne se trouve au stade de

56. Voir CPI, Bureau du Procureur, *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*, 2013, § 77.

57. CPI, Bureau du Procureur, Lettre adressée par le Procureur au vice Haut-Commissaire aux droits de l'Homme des Nations Unies, OPT/INCOM/PSE/OHCHR-1/JCCD-ag, 12 janvier 2010, § 19.

58. *Ibid.*, § 17.

59. CPI, Bureau du Procureur, « Situation en Palestine », communiqué de presse du 3 avril 2012.

60. CPI, Bureau du Procureur, « Situation en Palestine », communiqué de presse du 16 janvier 2015.

l'appréciation de la compétence de la CPI (phase 2), autrement dit à un stade antérieur à l'analyse de la recevabilité et de la complémentarité (phase 3). Cette situation s'ajoute aux dix autres pour lesquels le Bureau du Procureur mène présentement des examens préliminaires : le Honduras, l'Ukraine, l'Irak, l'Afghanistan, la Colombie, la Géorgie, la Guinée et le Nigéria.

Trois principes devront guider l'examen préliminaire : l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité. D'abord, l'indépendance implique que le Procureur agisse sans tenir compte d'influences extérieures⁶¹. Sur ce point, plusieurs critiques ont visé la politique pénale du Procureur, dont la supposée impartialité aurait permis l'ouverture d'examens préliminaires uniquement à l'encontre d'État faibles ou, pour le moins, de situations n'impliquant aucun État puissant⁶². Les examens préliminaires actuellement engagés dans le cadre des situations en Afghanistan, en Irak, en Ukraine et en Géorgie pourraient démentir ces critiques s'ils dépassaient ce stade préliminaire pour déboucher sur des enquêtes mettant en cause plusieurs grandes puissances⁶³.

Ensuite, l'impartialité implique que le Procureur ne tienne pas compte d'éléments tels que l'âge, le genre, la langue, la religion, la fortune, les opinions politiques ou l'origine nationale, ethnique ou sociale, pas

61. Statut de Rome, article 42.

62. Voir W.A. SCHABAS, « The Banality of International Justice », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 545-551.

63. Voir sur ce point M. EYNARD, « La relation juridique entre la Palestine et le Procureur de la Cour pénale internationale », *op. cit.* Dans le cadre de la situation en Afghanistan, l'examen préliminaire, qui vise les crimes commis sur le territoire afghan depuis le 1er juin 2006, pourrait englober des crimes commis par la Force internationale d'assistance et de sécurité, ensuite placée sous le contrôle opérationnel de l'OTAN. En ce cas, les ressortissants pouvant être poursuivis proviendraient de très nombreux États (Albanie, Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Croatie, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Italie, Lituanie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Suède, République tchèque, Turquie). Dans le cadre de la situation en Irak, l'examen préliminaire vise des crimes qui seraient attribués aux forces armées britanniques déployées sur le territoire irakien entre 2003 et 2008. Dans le cadre de la situation en Ukraine, l'examen préliminaire vise l'ensemble des crimes commis sur le territoire ukrainien entre le 21 novembre 2013 et le 22 février 2014. Dans le cadre de la situation en Géorgie, enfin, l'examen préliminaire vise les crimes perpétrés sur le territoire géorgien depuis le 1er décembre 2003.

davantage que la situation géographique ou l'équilibre régional⁶⁴. Certes, sur les neuf situations dont la CPI est actuellement saisie, toutes sont situées sur le continent africain. Toutefois, cinq d'entre elles résultent d'un renvoi par les États africains eux-mêmes⁶⁵, deux d'un renvoi par le Conseil de sécurité⁶⁶ et une seulement d'une saisine par le Procureur⁶⁷. En outre, des examens préliminaires ont été ouverts par le Bureau du Procureur dans 20 États, dont la moitié n'est pas située en Afrique⁶⁸.

Enfin, l'objectivité implique, d'une part, que le Procureur conduise les examens préliminaires aussi bien à charge qu'à décharge, d'autre part, qu'il utilise des méthodes standardisées afin d'apprécier la fiabilité et la cohérence des renseignements reçus⁶⁹. C'est en ce sens que, « [s]oucieux de garantir l'équité, l'objectivité et la minutie des enquêtes, le Bureau s'efforce de donner également la possibilité à toutes les parties concernées de lui soumettre des renseignements »⁷⁰.

L'ouverture d'une enquête

L'examen préliminaire doit permettre d'établir, à un stade initial, si les conditions fixées par le Statut de la CPI autorisent l'ouverture d'une enquête. Sa clôture peut déboucher sur des poursuites ou l'absence de poursuites, voire en certains cas sur une absence de décision.

L'ouverture d'une enquête est conditionnée par l'existence d'une base raisonnable pour poursuivre et varie en fonction de la modalité

64. Statut de Rome, article 21-3.

65. Il s'agit de la République démocratique du Congo, de l'Ouganda, de la République centrafricaine (I et II), de la Côte d'Ivoire et du Mali.

66. Il s'agit du Soudan et de la Libye.

67. Il s'agit du Kenya.

68. Il s'agit de la Guinée, de la République centrafricaine, de la République fédérale du Nigéria, de la Côte d'Ivoire, du Soudan, du Kenya, de la Libye, du Mali, de l'Ouganda, ainsi que de la République démocratique du Congo.

69. Statut de Rome, article 54-1-a.

70. CPI, Bureau du Procureur, *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*, 2013, § 33. Cette préoccupation est particulièrement visible dans le cadre de l'examen préliminaire de la situation en Palestine pour laquelle, dès le dépôt de sa déclaration *ad hoc* de 2009, le Procureur a sollicité de nombreuses expertises auprès de diverses personnalités et institutions (dont le Centre européen pour la justice et le droit, la Ligue des États arabes et l'association internationale des juristes et avocats juifs).

de saisine de la CPI. Lorsqu'un État tiers au Statut de Rome saisit la CPI sur la base d'une déclaration d'acceptation de sa compétence, comme l'a fait la Palestine en 2009 puis en 2014, l'initiative d'une enquête exige que le Procureur obtienne une autorisation de la part de la chambre préliminaire. Cette autorisation, dont le but est d'apporter des garanties dans l'exercice des prérogatives du Procureur, est sans préjudice des décisions ultérieures qui viendront à être adoptées par la Cour en matière de compétence et de recevabilité⁷¹. Pour l'heure, sur la base de la seconde déclaration *ad hoc* palestinienne, le Procureur n'a pas pris l'initiative de demander à la chambre préliminaire l'autorisation d'ouvrir une enquête. Une réponse négative de la chambre préliminaire n'empêcherait d'ailleurs pas le Procureur de présenter, par la suite, une « nouvelle demande en se fondant sur des faits ou des éléments de preuve nouveaux ayant trait à la même situation »⁷². En revanche, lorsque le Conseil de sécurité ou un État partie au Statut de Rome saisit la CPI, le Procureur peut décider seul l'ouverture d'une enquête, sans que lui soit nécessaire une autorisation préalable de la chambre préliminaire. Ainsi, dans le futur, si la Palestine venait à choisir de déférer sa situation à la CPI en qualité d'État partie, la Procureure aurait alors la possibilité d'ouvrir une enquête *proprio moto*.

Lorsque, au regard des renseignements rassemblés, le Procureur estime qu'une base raisonnable pour poursuivre fait défaut, il pourra refuser l'ouverture d'une enquête. Contrepartie de la large marge d'appréciation du Procureur en matière d'opportunité des poursuites, ses décisions sont ici soumises à un contrôle judiciaire. Ainsi, est-il tenu par une obligation d'informer des motivations de son refus à l'égard de la chambre préliminaire dans tous les cas et, au surplus, à l'égard du Conseil de sécurité ou d'un État partie en cas de déferrement d'une situation par l'un ou l'autre. Dans cette dernière hypothèse, à la demande du Conseil de sécurité ou d'un État partie, la chambre préliminaire a la possibilité de demander au Procureur de reconsidérer partiellement ou totalement sa décision de refus⁷³. Il s'agit d'une simple invitation et

71. Statut de Rome, article 15-4.

72. Statut de Rome, article 15-5.

73. Statut de Rome, article 53-3-a. Le Statut précise, en son article 53-3-b : « De plus, la Chambre préliminaire peut, de sa propre initiative, examiner la décision du Procureur de ne pas poursuivre si cette décision est fondée exclusivement sur les con-

nullement d'une obligation pour le Procureur qui, en tant que responsable de la conduite de la procédure, demeure seul maître de l'opportunité du passage de la phase de l'examen préliminaire à la phase de l'enquête et donc, plus largement, de la politique pénale de la CPI⁷⁴. C'est dire combien « la Cour dépend substantiellement de la sélection, par le Procureur, des enquêtes et des poursuites »⁷⁵.

Jusqu'à présent, le Procureur a tranché à quatre reprises dans le sens d'un refus de poursuivre dans les situations concernant le Venezuela, la Corée, les navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien, ainsi que la Palestine. Le Procureur a rendu, pour chacune de ces situations, un rapport public dans lequel a été explicitement mentionnée l'absence de base raisonnable pour l'ouverture d'une enquête⁷⁶. Sur ce point, la Palestine fait figure d'exception notable. Sous l'angle de sa première déclaration de 2009, elle demeure, en effet, le seul cas d'examen préliminaire à avoir été clôturé sans faire l'objet d'un rapport, alors même que la durée comme la complexité du conflit israélo-palestinien auraient assurément nécessité une analyse approfondie⁷⁷. Par ailleurs, bien que le rapport annuel du Procureur⁷⁸ ainsi que le site internet de la CPI aient, en 2012, classé la

sidérations visées au paragraphe 1, alinéa c) et au paragraphe 2, alinéa c) [lorsqu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice]. En tel cas, la décision du Procureur n'a d'effet que si elle est confirmée par la Chambre préliminaire ». C'est donc la Chambre préliminaire et non le Procureur qui a ici le dernier mot.

74. Voir sur ce point : R. CRYER, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

75. M. EYNARD, « La relation juridique entre la Palestine et le Procureur de la Cour pénale internationale », *op. cit.*

76. Voir respectivement : CPI, Bureau du Procureur, *Lettre du Procureur du 9 février 2006*, p. 6 ; CPI, Bureau du Procureur, *Situation en République de Corée, Rapport établi au titre de l'article 5*, juin 2014, § 82 ; CPI, Bureau du Procureur, *Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien. Rapport établi au titre de l'article 53-1 du Statut*, 6 novembre 2014, § 28.

77. Conformément au *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires* de 2013 du Bureau du Procureur : « Les communications nécessitant une analyse approfondie feront l'objet d'un rapport d'analyse séparé, visant à déterminer si les crimes allégués semblent relever de la compétence de la Cour et méritent donc d'être pris en compte pour la phase suivante » (§ 79).

78. CPI, Bureau du Procureur, *Rapport sur les activités menées en 2012 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire*, 2012, §§ 196-203.

Palestine parmi les examens préliminaires clôturés, le communiqué de presse de la Cour du 3 avril 2012 concernant cette situation n'est guère explicite quant à cette clôture⁷⁹.

Après l'arrivée, le 15 juin 2012, de la nouvelle Procureure, Fatou Bensouda, la situation de la Palestine a mystérieusement disparu de la liste des examens préliminaires clôturés sur le site internet de la CPI. Tout se passe comme si Fatou Bensouda avait souhaité effacer toute référence à la clôture antérieure réalisée par son prédécesseur sur la base de la déclaration de 2009, mais non formalisée dans un rapport public. À travers un communiqué de presse de la CPI, elle a annoncé, le 16 janvier 2015, ouvrir un examen préliminaire concernant la situation de la Palestine sur la base de la seconde déclaration de 2014⁸⁰.

Depuis son adhésion au Statut de Rome le 1^{er} avril 2015, la Palestine a perdu la faculté de déposer une nouvelle déclaration d'acceptation de la compétence de la CPI et, par voie de conséquence, la faculté que les crimes commis sur son territoire avant la date du 13 juin 2014 puissent relever de la compétence de cette Cour. Dans l'hypothèse d'un refus de la Procureure de poursuivre sur le fondement de la déclaration *ad hoc* de 2014, la Palestine ne pourrait pas demander à la chambre préliminaire qu'elle invite le Procureur à « reconsidérer sa décision »⁸¹ de ne pas ouvrir d'enquête. Cette voie lui étant fermée, l'unique voie

79. CPI, Bureau du Procureur, « Situation en Palestine », communiqué de presse du 3 avril 2012. Ce communiqué, publié deux mois seulement avant le départ du Procureur Luis Moreno Ocampo, le 15 juin 2012, se contente d'indiquer : « Le Bureau n'exclut pas la possibilité d'examiner à l'avenir les allégations de crimes commis en Palestine si les organes compétents de l'ONU, voire l'Assemblée des États parties, élucident le point de droit en cause dans le cadre d'une évaluation au regard de l'article 12 ou si le Conseil de sécurité lui attribue compétence en déférant cette situation conformément aux dispositions de l'article 13-b » (§ 8).

80. CPI, Bureau du Procureur, « Le Procureur de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda, ouvre un examen préliminaire de la situation en Palestine », communiqué de presse du 16 janvier 2015. À cet égard, la nouvelle Procureure a clairement spécifié que la Résolution 67/19 de l'Assemblée générale, par laquelle la Palestine a accédé en 2012 au statut d'État non membre observateur auprès de l'ONU, « ne modifie en rien le caractère invalide en droit de la déclaration de 2009 » (CPI, Bureau du Procureur, *Rapport sur les activités menées en 2013 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire*, 2013, § 238).

81. Statut de Rome, article 53-3-a.

empruntable serait alors celle d'un déferrement de sa situation à la CPI en sa qualité d'État partie au Statut de Rome.

L'absence de décision formelle

L'adjectif « préliminaire » peut laisser penser que l'examen préliminaire a pour vocation d'être nécessairement transitoire. Pour autant, le Statut de Rome n'impose aucun délai, au stade de l'examen préliminaire, pour que le Procureur rende une décision – positive ou négative – concernant l'ouverture d'une enquête. En fonction des circonstances propres à chaque cas, il peut, par conséquent, décider de continuer indéfiniment à recueillir des informations.

Ce point a été confirmé dans la jurisprudence de la CPI. Ainsi, en 2006, dans le cadre de la situation en République centrafricaine, où le Procureur était prié de donner des informations sur l'état d'avancement de certains de ses examens préliminaires, celui-ci a dénié à la Chambre préliminaire III la faculté de pouvoir exercer un contrôle judiciaire en l'absence d'un refus formel de sa part d'ouvrir une enquête. Le Procureur, « tout en étant déterminé à parvenir aussi vite que possible à une décision en vertu de l'article 53-1, [a] fait valoir qu'aucune disposition du Statut ou du Règlement ne fixe de durée précise pour l'achèvement de l'examen préliminaire » ; « cette décision législative intentionnelle lui donne la souplesse nécessaire pour ajuster les paramètres de la phase d'évaluation ou d'analyse aux spécificités de chaque situation »⁸². Cette argumentation a été suivie, en l'espèce, par la chambre. L'année suivante, en 2007, dans le cadre cette fois de la situation en République démocratique du Congo, la Chambre préliminaire I a rejeté les requêtes de victimes visant à ce qu'elle analyse la supposée décision implicite du Procureur de ne pas poursuivre et qu'elle prenne des mesures afin de préserver les preuves. Là encore, ce rejet a été fondé sur l'absence de décision formalisée par le Procureur⁸³.

82. CPI, *Situation en République Centrafricaine, Rapport de l'Accusation à la suite de la décision de la Chambre préliminaire III du 30 novembre 2006 sollicitant des informations sur l'état d'avancement de l'examen préliminaire de la situation en République centrafricaine*, Chambre préliminaire III, ICC-01/05, 15 décembre 2006, § 10.

83. CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Décision sur les demandes du représentant légal des victimes VPRS 1 à VPRS 6 relatives aux infor-*

Jusqu'à présent, la pratique de la CPI tend à démontrer une extrême variabilité quant à la durée des examens préliminaires, allant de quelques jours à plusieurs années. Ainsi, concernant les deux cas de renvoi par le Conseil de sécurité, le Procureur a su se déterminer assez rapidement. Dans le cas du Darfour (Soudan), l'examen préliminaire a duré 67 jours, soit guère plus de deux mois, entre l'adoption de la Résolution 1593, le 31 mars 2005, et la décision d'ouvrir une enquête, le 6 juin 2005. Dans le cas de la Libye, l'examen préliminaire n'a duré que cinq jours entre l'adoption de la Résolution 1970, le 26 février 2011, et la décision d'ouvrir une enquête, le 3 mars 2011. À l'autre bout de l'échelle, on trouve des situations pour lesquelles l'examen préliminaire s'étire sur plusieurs années. Tel est notamment le cas de la Colombie, dont l'examen préliminaire a démarré en juin 2004, se poursuivant ainsi depuis plus de dix ans, sans qu'on puisse encore en apercevoir le dénouement. Un tel délai, particulièrement long, ne peut que laisser perplexe quant à la capacité pour le Procureur de déterminer s'il existe simplement une base raisonnable pour poursuivre. Au surplus, l'absence d'une formalisation de toute décision offre au Procureur une échappatoire aisée au contrôle judiciaire de ses refus de poursuivre, ce qui en restreint assurément l'efficacité et se révèle préjudiciable en termes de préservation des éléments de preuves. C'est pourquoi, à la lumière du principe de l'effet utile consacré par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (CIJ)⁸⁴, la doctrine a proposé que la Chambre préliminaire puisse imposer au Procureur un délai de prise de

mations fournies par le Procureur concernant la poursuite de l'enquête, Chambre préliminaire I, ICC-01/04, 26 septembre 2007.

84. Voir CIJ, *Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *Recueil 1949*, p. 24 (« Il serait en effet contraire aux règles d'interprétation généralement reconnues de considérer qu'une disposition de ce genre, insérée dans un compromis, soit une disposition sans portée et sans effet »). Voir également CPJI, *Zones franches*, ordonnance du 19 août 1929, *Série A*, n°22, p. 13 (« dans le doute, les clauses d'un compromis par lequel la Cour est saisie d'un différend doivent, si cela n'est pas faire violence à leurs termes, être interprétées d'une manière permettant à ces clauses de déployer leurs effets utiles »). La notion d'effet utile ne doit cependant pas conduire, sous prétexte d'interprétation, à réécrire un traité (CIJ, *Interprétation des Traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (deuxième phase)*, avis consultatif du 18 juillet 1950, p. 230 : la Cour ne saurait « sortir de son rôle judiciaire sous prétexte de remédier à une carence à laquelle les traités ont omis de pourvoir »).

décision, voire qu'elle puisse déduire de ses actions ou omissions une décision implicite⁸⁵.

Le précédent Procureur de la CPI ayant mis plus de trois ans pour conclure qu'il n'était pas en mesure de se prononcer sur la qualité étatique de la Palestine, on peut présager que l'actuelle Procureure ne tranchera pas la question de l'opportunité d'ouvrir une enquête avant plusieurs années, voire qu'elle ne prendra aucune décision à ce propos, laissant alors l'examen préliminaire se prolonger indéfiniment. À ces difficultés déjà considérables, on doit encore ajouter, même dans l'hypothèse d'une décision favorable, la possibilité pour le Conseil de sécurité d'empêcher l'ouverture ou la poursuite d'une enquête pour une période de douze mois renouvelable, par une résolution adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte de l'ONU⁸⁶.

Selon des prédictions plus optimistes, si la situation de la Palestine passait de la phase de l'examen préliminaire à celle de l'enquête, puis à celle du procès, la CPI aurait alors à se déterminer sur la culpabilité des auteurs présumés de crimes internationaux commis sur le territoire palestinien, comme l'usage indiscriminé et disproportionné de la force armée, les déplacements forcés de personnes et la destruction de propriétés. La CPI aurait certainement également, et plus largement, à se déterminer sur d'importantes et délicates problématiques connexes, en particulier l'occupation des territoires palestiniens depuis 1967⁸⁷,

85. Voir G. BITTI, « Article 53 - Ouverture d'une enquête », in J. FERNANDEZ, X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, p. 1211.

86. Le Conseil de sécurité de l'ONU – dont trois des membres permanents, à savoir les États-Unis, la Chine et la Russie, détiennent un droit de veto tout en étant tiers au Statut de Rome – a ainsi non seulement le pouvoir d'arrêter toute enquête ou toutes poursuites devant la CPI, mais aussi de déférer n'importe quelle situation dans le monde devant cette Cour.

87. À l'instar de la CIJ, qui a rappelé qu'Israël conserve la « qualité de puissance occupante » sur plusieurs territoires (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil 2004*, § 78), la Procureure de la CPI a déclaré : « Bien que les autorités israéliennes affirment ne plus occuper Gaza, le point de vue prédominant au sein de la communauté internationale, au vu de l'ampleur et de l'étendue du contrôle qu'a conservé Israël sur le territoire de Gaza à l'issue de son désengagement en 2005, veut que ce pays demeure une puissance occupante, au regard du droit international » (CPI, Bureau du Procureur, *Situation relative aux navires battant*

laquelle pourrait être qualifiée de crime de guerre⁸⁸, l'édification d'un mur israélien de séparation en Cisjordanie, dont la CIJ a déjà prononcé l'illégalité en 2004⁸⁹, ou encore le tracé – toujours incertain – des frontières délimitant l'État palestinien et l'État israélien.

Outre la difficulté de telles problématiques, qui viennent s'ancrer dans le contexte d'un conflit vieux de plus de 60 ans, la CPI devra encore apprécier le non moins délicat respect du principe de complémentarité. Il est possible que ce principe joue en défaveur de la Palestine. De fait, tandis qu'Israël pourra se prévaloir de la qualité de ses infrastructures juridictionnelles nationales afin de mener à bien enquêtes et poursuites, tel ne serait pas le cas de la Palestine souffrant d'une certaine faiblesse institutionnelle. Les ressortissants palestiniens relèveraient alors de la compétence internationale de la CPI, à l'exclusion des ressortissants israéliens⁹⁰. Et, quand bien même la CPI jugerait que le système judiciaire

pavillons comorien, grec et cambodgien, Rapport établi au titre de l'article 53-1 du Statut, 9 novembre 2014, § 16).

88. Selon l'article 8-2-b-viii du Statut de Rome, on entend notamment par « crimes de guerre » : « Le transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire ».

89. Dans son avis de 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la CIJ a conclu que : « L'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé sont contraires au droit international » (§ 163).

90. Les États ont la faculté d'informer à tout moment la CPI de l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites au niveau national – lesquelles peuvent s'avérer opaques et durer des années – imposant alors au Procureur de suspendre ses démarches. C'est dire combien le principe de complémentarité peut se révéler particulièrement protecteur pour les États bénéficiant d'un système judiciaire efficient. Dans la pratique, plusieurs précédents mettent en lumière les risques liés à une utilisation instrumentalisée de ce principe : « Ainsi par exemple, la Haute Cour de justice israélienne a été saisie en 2002 en appel d'une décision de ne pas ouvrir d'enquête criminelle contre les responsables présumés de l'assassinat ciblé de Salah Shehadeh par le largage d'une bombe d'une tonne à minuit sur sa résidence, dans une zone densément peuplée. La Cour a renvoyé l'affaire à l'État, lequel a créé alors un comité "indépendant" composé exclusivement d'anciens officiers militaires israéliens. Il a fallu huit ans pour finalement décider de ne pas enquêter. Bien que cette procédure intentionnellement longue ait débouché sur du vide en termes de responsabilités, elle a été efficace par ailleurs puisqu'elle a bloqué une investigation parallèle ouverte en Espagne sur la

israélien manque de l'indépendance structurelle et institutionnelle nécessaire pour mener à bien des enquêtes et des poursuites comme cela a pu ressortir du Rapport Goldstone de septembre 2009, il lui faudrait encore pouvoir compter sur l'indispensable coopération des États impliqués dans les crimes jugés. L'ensemble de ces obstacles laissent augurer combien l'issue de la saga judiciaire engagée par les autorités palestiniennes est, à ce jour, hautement incertaine et combien cette affaire peut apparaître comme l'épreuve du feu pour la CPI.

base de la compétence universelle inscrite dans son droit interne ». Concernant plus spécifiquement l'offensive israélienne sur Gaza durant l'été 2014 : « Israël a annoncé officiellement avoir ouvert treize enquêtes criminelles (militaires). Elles concernent la mort de 27 membres d'une même famille, dont 19 mineurs et deux femmes enceintes ; des cas de pillages ; le ciblage d'une école de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) dans laquelle 15 civils ont été tués ; l'utilisation de boucliers humains et des tirs sur des ambulances. Une douzaine de dossiers ont été rapidement clos sans qu'aucune charge n'ait été retenue » (S. WEILL, « Ce que change l'adhésion de la Palestine à la Cour pénale internationale », *Orient XXI*, 15 janvier 2015).



CAPÍTULO XXXI

O DIREITO DO MAR NO SÉCULO XXI: ENFIM CHEGADA A HORA DOS RECURSOS MINERAIS SÓLIDOS? O EXEMPLO PORTUGUÊS¹⁻²

Marta Chantal Ribeiro³

1. INTRODUÇÃO

1.1. A CNUDM no seu permanente devir

Num século tudo e nada mudou quando falamos de Direito do Mar. A delimitação do mar territorial, a autonomização da zona contígua, a reclamação de direitos soberanos sobre os recursos naturais do solo e subsolo marinho, a emergência pela via consuetudinária da zona económica exclusiva, a afirmação conceptual dos interesses coletivos e de abordagens virtualmente mais solidárias, como a do *'património comum da humanidade'*, é esta uma parte significativa do caminho percorrido pelo Direito do Mar no século que passou⁴. A Convenção das

1. No texto retoma-se, em boa medida, o artigo intitulado “Entre o apelo dos recursos minerais e a protecção dos ecossistemas vulneráveis do mar profundo em Portugal. Enquadramento legal, sistema de competências e ordenamento”, publicado na obra *20 Anos da entrada em vigor CNUDM: Portugal e os recentes desenvolvimentos no Direito do Mar*, Porto, Ebook, CIIMAR - FDUP, Novembro de 2015, ISBN: 978-989-97443-6-3, pp. 55-108. Acessível online em <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=82739>.

2. Este estudo desenvolveu-se no âmbito da *Research Line BlueTools - Tools and Technologies for management of Deep Sea resource exploitation*, integrated in the Structured Program of R&D&I CORAL - Sustainable Ocean Exploitation: Tools and Sensors (reference NORTE-01-0145-FEDER-000036), funded by the Northern Regional Operational Programme (NORTE2020) through the European Regional Development Fund (ERDF).

3. Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigadora principal do Grupo de Direito do Mar do CIIMAR. Contato: mchantal@direito.up.pt

4. Em geral, ver a obra clássica de Robin R. CHURCHILL and A. Vaughan LOWE, *The Law of the Sea*, 3rd ed., Manchester, Manchester University Press, Juris Publishing, 1999; Tullio TREVES, “Historical Development of the Law of the Sea”, e Robin R. CHURCHILL, “The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”, in *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2015, pp. 1-23 e pp. 24-45.

Nações Unidas sobre o Direito do Mar (doravante, CNUDM), de 10 de dezembro de 1982,⁵ cristaliza todo este legado, refletindo, em simultâneo, aquelas que eram as preocupações e os anseios fundamentais dos Estados que se fizeram representar na III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1973-1982), nos longos nove anos durante os quais decorreram as negociações daquela que foi batizada de ‘*Constituição para os Oceanos*’⁶.

Entre as preocupações, por um lado, a garantia da preservação de liberdades clássicas do mar, de que avulta a navegação, a pesca e a investigação científica marinha; por outro lado, a preocupação com a proteção do ambiente marinho, na época dominada pelas questões da poluição, dando origem a deveres do Estado desenvolvidos sob a matriz da célebre tese de George Scelle do ‘*dédoublement fonctionnel*’;⁷

Em língua portuguesa, a extensa obra de Vicente Marotta RANGEL, designadamente, “A quem pertence o fundo do mar?”, Ciências Econômicas e Sociais, Osasco-SP, 1967, pp. 55-69; “Pirataria: tema antigo e moderno”, Problemas Brasileiros, São Paulo, n.º 82, 1970, pp. 15-24; “Delimitação dos espaços marítimos: velho e novo tema”, Temis, 1973, pp. 252-272; “Poluição e seus reflexos nas relações internacionais”, Problemas Brasileiros, São Paulo, n.º 123, 1973, pp. 1-10; “Mar territorial”, Digesto Econômico, São Paulo, Vol. 31, n.º 235, 1974, pp. 14-1; “A Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar”, Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, n.º 4, 1974, pp. 481-490; “A lenta agonia do oceano”, Problemas Brasileiros, São Paulo, Vol. 13, n.º 151, 1975, pp. 18-22; “The technological impact on the law of the sea”, Law Technology, Washington, D.C., Vol. 15, n.º 3, 1982, pp. 39-61; “Regimen jurídico de la plataforma continental en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, Revista de La Comisión Permanente Del Pacifico Sur, Quito, n.º 17, 1989, pp. 154-180; “Codification du droit de la mer: perspectives et nouveaux développements”, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região, Belém, Vol. 28, n.º 55, 1995, pp. 67-73. Mais recentemente, em língua portuguesa, entre outros Autores, Fernando Loureiro BASTOS, *A Internacionalização dos Recursos Naturais Marinhos*, Lisboa, AAFDL, 2005; e Tiago Vinicius ZANELLA, *Curso de Direito do Mar*, Curitiba, Juruá Editora, 2013.

5. Entrou em vigor no dia 16 de novembro de 1994.

6. Expressão de Tommy T.B. Koh, Presidente da III Conferência sobre o Direito do Mar.

7. O dever de os Estados protegerem o ambiente marinho plasmado nos artigos 192.º e 193.º da CNUDM foi de facto concebido à luz da tese do “*dédoublement fonctionnel*”. Escrevia Georges Scelle, em 1944, que, “*no estado atual das coisas, todo o governo estadual possui competência para dizer e realizar o Direito e agir assim como órgão da ordem jurídica internacional*”. O Estado seria, por conseguinte, ao mesmo tempo, intérprete do seu próprio interesse e intérprete do ‘interesse público’ comum. A lei do “*dédoublement fonctionnel*” era, para o Autor, o sucedâneo de

por outro lado ainda, a percepção da finitude dos recursos pesqueiros⁸ e a introdução de um regime baseado em princípios de sustentabilidade.

Entre os anseios, a repressão de atividades ilegais graves (retratadas, por exemplo, no regime do alto mar), a gestão coletiva do património comum da humanidade e o conhecimento do oceano a par do aproveitamento de uma riqueza anunciada.

Volvido um século, o círculo de preocupações e anseios parece perpetuar-se, por vezes na sua matriz originária, outras vezes com novos rostos e facetas, colocando à prova o edifício do Direito do Mar criado em 1982. As liberdades clássicas do mar, no seu regime cuidadosamente talhado, geraram distorções graves como o uso e abuso de ‘pavilhões de conveniência’ e a pesca INN (ilegal, não declarada e não regulamentada). A poluição do meio marinho, apesar do tudo que se fez, é um dos principais flagelos do oceano, com os casos mediáticos do plástico,⁹ do micro-plástico e das emissões de CO₂ pelos navios. Acrescem, agora, a acidificação, as alterações climáticas e a perda preocupante de biodiversidade¹⁰. Os recursos pesqueiros continuam a ser sobre-explorados. Emergiram crimes internacionais novos (v.g., terrorismo) ou mais requintados (v.g., pirataria), bem como migrações humanas em massa (v.g., no Mediterrâneo, na Ásia) que não encontram resposta adequada no quadro normativo de 1982. E em pleno século XXI os Estados lançam-se em novos desafios, como o da criação de redes de áreas marinhas protegidas

uma organização supra-estadual que exercesse na ordem jurídica internacional os três poderes essenciais do Estado. *Vide* Georges SCELLE, ‘*Droit International Public*’, Paris, Les Éditions Domat – Montchrestien, 1944, pp. 21-23. Para mais, ver o nosso artigo “A protecção da biodiversidade marinha: importância do poder do Estado na prossecução deste ‘interesse geral’”, in Julio Jorge Urbina e Maria Teresa Ponte Iglesias (Coord.), *Protección de intereses colectivos en el Derecho del mar y cooperación internacional*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 25-62, em especial pp. 40-44.

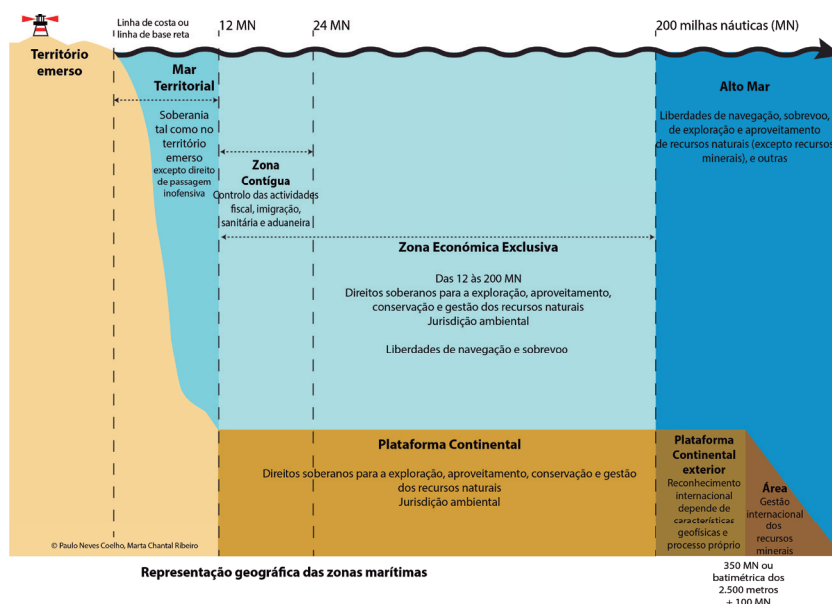
8. Com um alcance mais global, ficou célebre a obra de Garrett HARDIN, *The tragedy of the commons* (1968).

9. No início de 2016 foi mundialmente comentado o alerta “*More plastic than fish in the sea by 2050*”, in *The New Plastics Economy: Rethinking the future of plastics*, World Economic Forum, January 2016. Disponível na seguinte página: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_The_New_Plastics_Economy.pdf>.

10. Em geral, alertando para a dramática exaustão dos recursos e regressão da biodiversidade, ver o relatório do *World Wide Fund for Nature* intitulado *Living Planet Report 2014*. Disponível na seguinte página: <http://wwf.panda.org/about_our_earth/all_publications/living_planet_report/>.

(AMPs), da regulação do acesso e utilização dos recursos genéticos¹¹ terminando na concretização do anseio pelo aproveitamento dos recursos minerais sólidos do mar profundo. É precisamente neste último aspecto que nos situaremos, procurando, com base na situação vivida neste momento em Portugal, sintetizar os principais pontos de uma reflexão que ganhará terreno nas décadas que hão-de vir.

Figura 1: Espaços marítimos definidos na CNUDM
(© Paulo Neves Coelho e Marta Chantal Ribeiro)



11. A possibilidade de negociação de um Acordo de Implementação da CNUDM será decidida em 2018, com vista a criar um quadro jurídico novo para o alto mar no que concerne, assinaladamente, as áreas marinhas protegidas, a avaliação de impacte ambiental e o acesso e utilização dos recursos genéticos marinhos (*vide* a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/69/292, de 19 de junho de 2015). Este quadro não afectará a subsistência da CNUDM, como bem explica Robin R. CHURCHILL: “No treaties – and very few constitutions – last forever; they eventually become outdated. However, at the present time there appears to be no desire in the international community to replace the LOSC, or even radically to amend it. Its flexible and often framework nature, which has already allowed for some development of its provisions (...), means that the LOSC should endure as the pre-eminent source of the law of the sea for many years to come”, in “The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”, cit., 2015, p. 45.

1.2. Recursos minerais sólidos: estado da arte

A mineração de recursos sólidos no mar profundo¹² (sulfuretos polimetálicos maciços, nódulos polimetálicos e crostas de manganês) é uma atividade que, na atualidade, praticamente só encontra expressão nos estudos técnicos, nos projetos de investigação ou nos discursos e estratégias políticas. A probabilidade mais avançada de aproveitamento (‘*exploitation*’) ¹³ de recursos minerais sólidos do mar profundo com carácter comercial está a ser protagonizada pela empresa canadiana *Nautilus Minerals Inc.* numa zona da Papua Nova Guiné: o projeto *Solwara I*¹⁴. O projeto tem conhecido muitos contratemplos, entre eles a falta de legislação interna que garanta a devida proteção ambiental e os direitos dos povos locais, mas está previsto que o aproveitamento comercial se inicie em 2017, fruto do contrato celebrado com o governo da Papua em 2014. Em contrapartida, a exploração (‘*exploration*’) ¹⁵ está a ser desenvolvida há já algum tempo, tanto na Área¹⁶ como em espaços sob jurisdição nacional. Embora esta exploração decorra em zonas limitadas e reservadas, os seus impactos ambientais não devem ser negligenciados ou descurados na legislação aplicável. Naturalmente que, sendo a

12. Convenciona-se que é mar profundo, para efeitos de mineração, o que se situa a mais de 500 metros. Tomámos a referência no documento *Study to investigate the state of knowledge of deep-sea mining*, Final Report under FWC MARE/2012/06 - SC E1/2013/04, elaborado pela ECORYS para a Comissão Europeia, Direcção-Geral dos Assuntos Marítimos e das Pescas, 28 de agosto de 2014, pp. 21 e 22. Noutros contextos ou estudos, convencionou-se a quota dos 200 metros como limite de transição para o mar profundo. Assim acontece no estudo realizado para o Parlamento Europeu intitulado *Deep-seabed exploitation: Tackling economic, environmental and societal challenges*, European Parliament Research Service, Authors: Koen Rademakers, Oscar Widerberg, Katarina Svatikova, Roel van der Veen, Triple E Consulting, Eleonora Panella, Milieu Ltd, 15 March 2015, p. 5 e p. 12.

13. Seguimos aqui a distinção entre exploração e aproveitamento que resulta da CNUDM. Nos regimes legais aplicáveis à mineração, os termos podem ter significados mais específicos ou diferentes. Na língua inglesa, por exemplo, distingue-se prospeção (*prospecting*), exploração (*exploration*) e aproveitamento (*exploitation*).

14. Ver o documento *Deep-seabed exploitation: Tackling economic, environmental and societal challenges*, 2015, cit., p. 34. Ver também <<http://www.nautilusminerals.com/irm/content/png.aspx?RID=258>>.

15. Note-se que, no âmbito da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, ‘*exploration*’ distingue-se de ‘*prospecting*’.

16. Ver a seguinte página: <<http://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors>>.

mineração de recursos sólidos uma atividade emergente tratando-se do mar profundo, as legislações nacionais mostram-se impreparadas para dar resposta ao difícil desafio ambiental correspondente. A exceção à regra, cite-se o bom exemplo de Tonga¹⁷. Um caso de impreparação é, pelo menos no momento, Portugal, apesar da evolução legislativa de 2011 a esta parte¹⁸. Tudo parece, todavia, um pouco menos sombrio quando é feito o cotejo com os instrumentos legais de proteção dos ecossistemas marinhos aos quais Portugal está vinculado e o respectivo reflexo em medidas adotadas internamente. Portugal é um dos países na

17. *Seabed Minerals Act 2014*, Act 10 of 2014, Tonga: *An Act to provide for the management of the Kingdom's seabed minerals, and the regulation of exploration and mining activities within the Kingdom's jurisdiction or under the Kingdom's control outside of national jurisdiction, in line with the Kingdom's responsibilities under international law*. O *Seabed Minerals Act 2014* é um verdadeiro modelo de integração dos princípios e instrumentos fundamentais dirigidos à **proteção do ambiente marinho** (v.g., princípio da precaução, avaliação de impacte ambiental), com as particularidades de respeito absoluto pelas áreas marinhas protegidas, inclusive na fase de prospeção, e de incorporar uma dimensão internacional ao introduzir toda uma Parte 7 relativa ao “*sponsorship*” de actividades de prospeção ou mineração na ‘Área’ sob gestão da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos. Algo que fora tentado em Portugal no Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, citado na nota seguinte. O diploma tonganês tem, ainda, uma Parte 9 dedicada ao desenvolvimento de investigação científica marinha na plataforma continental demonstrando, tanto aqui como noutros dispositivos, uma perfeita compreensão dos compromissos que resultam do Direito do Mar.

18. Citem-se como diplomas mais importantes os seguintes: Decreto Legislativo Regional n.º 30/2010/A, de 15 de novembro (AIA-Açores); Decreto Legislativo Regional n.º 28/2011/A, de 11 de novembro (Parque Marinho dos Açores); Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro (AIA-nacional); Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de Março (ordenamento e gestão do espaço marítimo nacional); Lei (de bases) n.º 54/2015, de 22 de junho (exploração e aproveitamento de recursos geológicos). Em matéria ambiental, esta Lei n.º 54/2015 não retoma o bom exemplo do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, de 9 de maio (regime jurídico de revelação e aproveitamento de recursos geológicos relativos ao território terrestre e marinho da Região Autónoma dos Açores), que foi declarado inconstitucional na parte aplicável aos recursos geológicos marinhos em 2014 por razões exclusivamente associadas à repartição de competências entre o Estado e a Região Autónoma. A legislação portuguesa está acessível na seguinte página: <<https://dre.pt/>>. Para uma análise desta legislação, vide o nosso artigo “Entre o apelo dos recursos minerais e a protecção dos ecossistemas vulneráveis do mar profundo em Portugal. Enquadramento legal, sistema de competências e ordenamento”, 2015, cit. Acessível online em <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=82739>.

linha da frente da proteção da biodiversidade do mar profundo, tanto pela ótica da criação de áreas protegidas como pelas medidas diretas que tem vindo a tomar no domínio da pesca. É precisamente a dinâmica e tensões entre a proteção de campos hidrotermais e a abertura à mineração de sulfuretos polimetálicos maciços que são desenvolvidas em seguida.

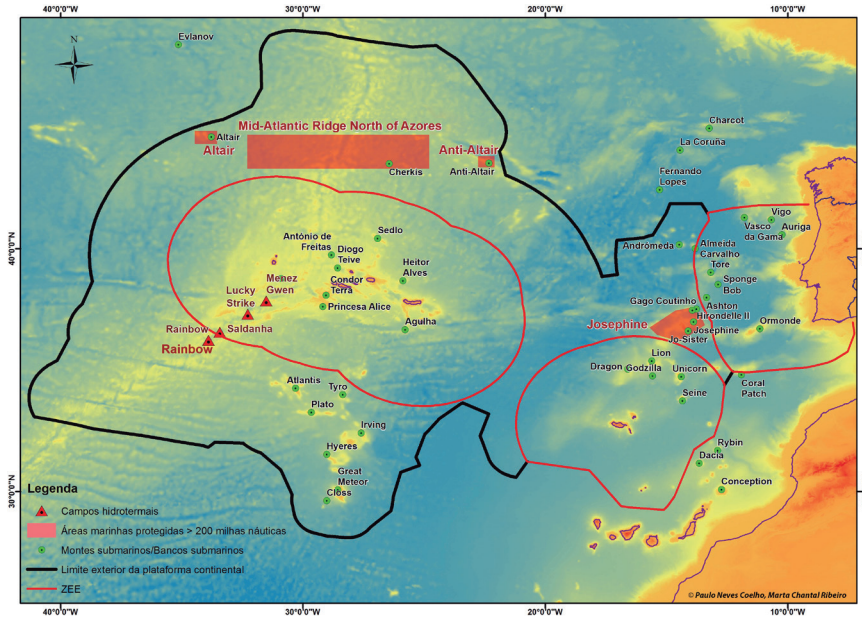
2. *Os Ecossistemas do Mar Profundo em Portugal: A Fase da Classificação de Áreas Marinhas Protegidas (AMPs)*

No ano 2007 Portugal deu um exemplo sem precedentes e de grande impacto internacional ao ver aprovada a sua proposta de integração do campo hidrotermal *Rainbow*, situado numa zona da plataforma continental além das 200 milhas náuticas (doravante, 200 m.n.), na Rede de Áreas Marinhas Protegidas da Convenção OSPAR¹⁹ (doravante, Rede OSPAR de AMPs). No mesmo dia, mereceram a mesma classificação os campos hidrotermais *Menez Gwen* e *Lucky Strike*, estes localizados em plena zona económica exclusiva portuguesa²⁰ (ver a Figura 2).

19. *Convenção para a Protecção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste* (Convenção OSPAR). Esta convenção foi assinada em Paris a 22 de setembro de 1992 e entrou em vigor a 25 de março de 1998. Na mesma data entrou, também, em vigor para Portugal. No que tange a criação de áreas marinhas protegidas (AMPs), os instrumentos mais relevantes do sistema OSPAR são o Anexo V da Convenção OSPAR, *relativo à Protecção e Conservação dos Ecossistemas e da Diversidade Biológica das Zonas Marítimas*, de 23 de julho de 1998, e a Recomendação 2003/3, *relativa a uma Rede de Áreas Marinhas Protegidas*. O Anexo V entrou em vigor em 30 de agosto de 2000. Quanto a Portugal, o Anexo V entrou em vigor a 25 de março de 2006. No que toca a Recomendação 2003/3, esta foi adotada na Reunião da Comissão OSPAR, Bremen, 23-27 de junho de 2003, Réf.: § A-4.44a), OSPAR 03/17/1-E, Anexo 9. O texto da Recomendação 2003/3 foi revisto na Reunião Ministerial de Bergen, 20-24 de setembro de 2010 (*Recommendation 2010/2 on amending Recommendation 2003/3 on a network of Marine Protected Areas*, OSPAR 10/23/1, Annex 7).

20. Ver a seguinte publicação: *2014 Status Report on the OSPAR Network of Marine Protected Areas*, OSPAR Commission, 2015.

Figura 2
(© Paulo Neves Coelho e Marta Chantal Ribeiro)



Explicação: na figura estão apenas sinalizadas as áreas marinhas protegidas designadas em zonas da plataforma continental além das 200 m.n. (*Altair*, *MARNA*, *Anti-Altair* e *Josephine*). A área marinha protegida do *Rainbow*, pela sua pequena dimensão, está representada pelo nome. No seu alinhamento encontram-se as áreas marinhas protegidas *Lucky Strike* e *Menez Gwen*, situadas na zona económica exclusiva.

Portugal demonstrava, assim, compreender a prioridade que hoje deve ser dada à proteção do oceano profundo, insistentemente reiterada nos mais importantes fóruns, documentos e instrumentos internacionais. Seguiu-se, pois, com legitimidade, um período de entusiasmo reflectido na proteção de outros ecossistemas oceânicos, destacando-se os montes submarinos e os corais de água fria²¹. Todos estes ecos-

21. Ver os nossos estudos: “*Rainbow*, um exemplo mundial: a primeira área marinha protegida nacional em perspectiva sob águas do alto mar. À descoberta do tesouro do arco-íris”, *Revista do CEDOUA*, Vol. 20, n.º 2, 2007, pp. 47-86; “The ‘Rainbow’: The First National Marine Protected Area Proposed Under the High Seas”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 25, n.º 2, 2010, pp. 183-207;

sistemas – campos hidrotermais, montes submarinos e corais de água fria – são considerados vulneráveis e, como tal, de proteção prioritária. Tal resulta, em especial, da *Lista OSPAR de espécies e habitats ameaçados e/ou em declínio*,²² mas, também, de sucessivas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, designadamente, as dedicadas aos “Oceanos e o Direito do Mar” e à “Pesca sustentável”,²³ e do guia da Comissão Europeia intitulado *Orientações para a criação da Rede Natura 2000 no domínio marinho, de 2007*, com os respectivos desenvolvimentos. Os campos hidrotermais localizados na Região V, a qual envolve toda a área marinha da Região Autónoma dos Açores, foram mesmo objeto de uma recomendação específica: a *OSPAR Recommendation 2014/11 on furthering the protection and conservation of hydrothermal vents/fields occurring on oceanic ridges in Region V of the OSPAR maritime area*²⁴.

Portugal assumiu, portanto, compromissos de proteção efetiva dos ecossistemas marinhos que não podem ser negligenciados, pelo que terá proactivamente de tomar todas as medidas necessárias, se preciso for solicitando a cooperação de instituições europeias (v.g., Comissão Europeia) ou organismos internacionais (v.g., NEAFC,²⁵ Comissão OSPAR), ou com eles colaborando, de modo a obter um plano de gestão para as AMPs completo, efetivo e, desejavelmente, eficaz. No

“A criação de AMPs nas zonas da plataforma continental situadas além das 200 mn: Direito do Mar, CPLP e experiência portuguesa pós- ‘Rainbow’”, *Revista do CEDOUA*, Vol. 25, n.º 1, 2010, pp. 23-39; em co-autoria com Ricardo Serrão SANTOS, “Ecossistemas de profundidade, AMPs oceânicas, plataforma continental além das 200mn e pioneirismo português”, Dossier, *Revista do CEDOUA*, Vol. 25, n.º 1, 2010, pp. 117-130, e “Marine Protected Areas: the case of the extended continental shelf”, in Marta Chantal Ribeiro (Ed.), *30 years after the signature of the United Nations Convention on the Law of the Sea: the protection of the environment and the future of the Law of the Sea*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 179-207.

22. *OSPAR List of Threatened and/or Declining Species and Habitats (Reference Number: 2008-6)*. Ver também *Descriptions of habitats on the OSPAR list of threatened and/or declining species and habitats (Reference Number: 2008-07)*, Comissão OSPAR.

23. Ver, por exemplo, a Resolução n.º 61/105, de 8 de Dezembro de 2006, da Assembleia Geral das Nações Unidas, parágrafos 80 e 83, alínea c) (A/RES/61/105, publicada em 6 de Março de 2007), sobre pesca sustentável, e evolução posterior.

24. Ver o documento OSPAR 14/21/1, Annex 16.

25. North East Atlantic Fisheries Commission (Comissão das Pescas do Atlântico Nordeste).

plano do Direito português, as principais medidas de gestão foram já definidas no Decreto Legislativo Regional n.º 28/2011/A, de 11 de novembro, que estrutura o Parque Marinho dos Açores²⁶. No que se refere à atividade pesqueira, estas medidas foram complementadas por medidas adotadas, mediante solicitação portuguesa, ao nível da União Europeia²⁷ e da NEAFC,²⁸ seguidas da Portaria n.º 114/2014, de 28 de maio²⁹.

O desígnio da cobertura de ‘10%’, pelo menos, do espaço marinho, em especial as zonas de particular importância para a biodiversidade e os serviços dos ecossistemas, por redes de AMPs ou outras medidas de conservação equivalentes³⁰ não pode ser, com efeito, um mero objetivo alcançado no papel; tem de constituir uma realidade de facto baseada num trabalho sério e continuado. Aqui damos o nosso aplauso, por exemplo, ao Ministro do Ambiente australiano, Greg Hunt, pela coragem de em 2013 suspender, para revisão, os planos de gestão do sistema de áreas marinhas protegidas oceânicas – o mais vasto sistema nacional, ao nível mundial, de AMPs localizado na zona económica exclusiva – alegadamente por terem sido impostos, em 2012, sem consulta justa ou adequada. Em concreto, criticava-se o facto de a confi-

26. Diário da República I, n.º 217, p. 4834. Acessível na seguinte página: <<https://dre.pt/>>.

27. Ver o Regulamento (CE) n.º 1568/2005 do Conselho, de 20 de setembro, JOUE n.º L 252, de 28 de setembro, p. 2. Inclui a área onde se situam os campos hidrotermais sob jurisdição portuguesa. Acessível na seguinte página: <<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>>.

28. Ver a seguinte página, onde estão identificadas as áreas de encerramento à pesca (2009-2017) nas AMPs dos montes submarinos *Altair*, *Antialtair* e *Mid-Atlantic Ridge North of the Azores*, situados na plataforma continental portuguesa além das 200 m.n. a norte dos Açores: <http://www.neafc.org/managing_fisheries/vmec>.

29. *Diário da República* I, n.º 102, p. 2977. Acessível na seguinte página: <<https://dre.pt/>>. Segundo se lê no preâmbulo, a portaria portuguesa cria as condições necessárias para a proteção dos fundos marinhos dos impactos adversos da atividade da pesca, nomeadamente, através da interdição da utilização e a manutenção a bordo de artes de pesca susceptíveis de causar impactos negativos nos ecossistemas de profundidade, e cria a obrigação de registo e comunicação sobre esponjas e corais capturados.

30. Ver as seguintes decisões da Conferência das Partes da Convenção sobre a Diversidade Biológica: Decisão VII/30, Anexo II, Target 1.1, COP 7-2004; Decisão X/2, Anexo, IV, 13, Target 11, COP 10-2010. A meta ‘10%’ foi reiterada na Decisão XI/3, COP 11-2012. Para mais detalhes, consulte-se a seguinte página <<http://www.cbd.int/cop/>>.

guração final do sistema de AMPs oceânicas ter procurado evitar, em várias zonas, conflitos com a indústria pesqueira e do petróleo e gás³¹.

Ora, em Portugal poder-se-á vir a viver um dilema algo semelhante pela importância que a área onde se situam os campos hidrotermais protegidos *Rainbow*, *Menez Gwen* e *Lucky Strike*, a par de outras fontes hidrotermais, parece ter para efeitos de mineração de sulfuretos polimetálicos maciços. Os ecossistemas de profundidade em Portugal, após uma fase de corrida pela sua proteção, conhecem agora uma nova etapa que poderá culminar na corrida pela sua mineração. Não é conhecida, ainda, a predisposição do Estado português ou que condições eventualmente determinará, mas o quadro normativo entretanto adotado suscetível de aplicação à mineração do mar profundo – em especial o Decreto-Lei n.º 38/2015 e a Lei n.º 54/2015 – indica uma abertura sombria, inclusive, a uma eventual desclassificação das áreas marinhas protegidas já designadas³². *Sombria* porque a extração de minerais é considerada a atividade humana de maior impacto negativo nos campos hidrotermais³³. *Sombria*, porque o Decreto-Lei n.º 38/2015 permitirá contornar o disposto no Decreto Legislativo Regional n.º 28/2011/A que interdita qualquer atividade de aproveitamento dos recursos minerais, no dizer do diploma “*exploração mineral*” e “*atividades de natureza extractiva*” nos três campos hidrotermais protegidos. *Sombria*, porque o Decreto-Lei n.º 38/2015 permitirá contornar, outrossim, o entendimento da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (Autoridade) quanto à proibição de **prospecção** e extração dentro de áreas que tenham sido classificadas como protegidas. É certo que a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos só gere os recursos minerais da Área, um espaço além da jurisdição nacional, todavia, atendendo à experiência já reunida, do acervo da Autoridade

31. Apud Charles EHLER, *A Guide to Evaluating Marine Spatial Plans*, IOC Manuals and Guides, n.º 70, ICAM Dossier n.º 8, 2014, p. 43.

32. Ver o artigo 104.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março, *Diário da República I*, n.º 50, p. 1523: acessível na seguinte página: <<https://dre.pt/>>. Para maiores desenvolvimentos, ver o nosso artigo intitulado “Entre o apelo dos recursos minerais e a protecção dos ecossistemas vulneráveis do mar profundo em Portugal. Enquadramento legal, sistema de competências e ordenamento”, 2015, cit.

33. Ver o esclarecedor artigo, sintetizando vários contributos científicos, de Cindy Lee Van DOVER, “Impacts of anthropogenic disturbances at deep-sea hydrothermal vent ecosystems: A review”, *Marine Environmental Research* (2014).

Internacional dos Fundos Marinhos poderemos extrair exemplos que inspirem soluções adequadas à realidade portuguesa. Designadamente, pese embora a diferença de escala, na *Clarion-Clipperton Zone* (com cerca de 9 milhões de Km², equivalente aproximadamente à Europa) foram designadas “*Areas of Particular Environmental Interest*” (APEI) onde estão proibidas tanto atividades de prospeção e pesquisa como de aproveitamento³⁴. Resulta das orientações da *Legal and Technical Commission* da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos que as áreas devem ser representativas dos vários habitats, biodiversidade e estrutura dos ecossistemas, bem como suficientemente grandes para garantir a sustentabilidade das comunidades³⁵. Acresce que as áreas protegidas não podem ser afetadas nem diretamente por atividades de mineração nem indiretamente pelo seu impacto, como é o caso das nuvens de sedimentos. Com este fim, recomenda-se que, além de zonas nucleares, sejam determinadas zonas tampão. Exemplo, que, na nossa opinião, deveria obrigatoriamente ser seguido por todos os Estados como ‘*standard mínimo de proteção*’.

3. Os Ecossistemas do Mar Profundo em Portugal: O Despertar para a Mineração

3.1. Os pedidos da Nautilus Minerals Inc. num contexto de dívidas e incertezas

Sem prejuízo das medidas tomadas para controlar a investigação científica e outras atividades de impacto aparentemente mais modesto nos ecossistemas de profundidade, cremos não estar enganados se dissermos que, até hoje, em Portugal, a atividade humana que mereceu mais medidas restritivas (condicionamentos e proibições) pela destruição que provoca no fundo marinho é a pesca. Realce-se que, nalguns casos, a restrição da atividade pesqueira inclui zonas de campos hidrotermais por um mero princípio de precaução, visto que as redes não

34. Ver o documento *Decision of the Council relating to an environmental management plan for the Clarion-Clipperton Zone*, ISBA/18/C/22, de 26 de julho de 2012.

35. Ver o documento da Legal and Technical Commission intitulado *Environmental Management Plan for the Clarion-Clipperton Zone*, ISBA/17/LTC/7, de 13 de julho de 2011.

atingem as profundidades a que alguns deles se situam³⁶. Um exemplo é o campo *Rainbow* que se localiza a mais de 2.000 metros, limite que orienta, designadamente, o Conselho Internacional para a Exploração do Mar (ICES³⁷)³⁸. É de realçar, também, que o quadro normativo em que se desenvolve a atividade pesqueira na atualidade é manifestamente sensível às exigências de proteção dos ecossistemas de profundidade. A abordagem ecossistêmica, o princípio da precaução e a avaliação de impacto ambiental são, nesta sede, princípios reguladores fundamentais.

O ano 2012 veio despertar Portugal para a perspetiva, agora, da mineração do mar profundo e, conseqüentemente, para o risco de se comprometer uma proteção dos fundos marinhos conseguida, assinaladamente, pelo menos no texto da lei, à custa de medidas apertadas aplicadas às pescarias. A hipótese saltou das discussões e dos documentos para a vida real quando a empresa *Nautilus Minerals Inc.* (doravante, *Nautilus*) submeteu pedidos ao Estado português de atribuição de direitos de prospeção e pesquisa de depósitos minerais nas seguintes áreas da região dos Açores: Saldanha, Arinto, Moreto, Famous e Verdelho³⁹⁻⁴⁰. Os pedidos respeitam escrupulosamente a delimitação das AMPs dos campos hidrotermais *Menez Gwen*, *Lucky Strike* e *Rainbow*, mas suscitam as seguintes reflexões:

- As áreas incluem vários campos hidrotermais até agora não classificados como AMPs.
- As áreas confinam com AMPs do Parque Marinho dos Açores, em especial com a reserva natural do *Lucky Strike*, e praticamente circundam a pequena reserva natural do *Rainbow*.
- As áreas solicitadas são claramente muito mais amplas do que as áreas das AMPs. O campo *Menez Gwen* localiza-se a cerca de 850

36. Ver o Regulamento (CE) n.º 1568/2005, cit., bem como a Portaria n.º 114/2014, cit.

37. The International Council for the Exploration of the Sea.

38. Ver o documento ICES Advice 2013, Book 1, ponto 1.5.5.3.

39. Aviso n.º 13357/2012 a Aviso n.º 13360/2012, *Diário da República* II, n.º 195, de 9 de outubro, p. 33672, e Aviso n.º 13446/2012, *Diário da República* II, n.º 196, de 10 de outubro, p. 33818. Acessíveis na seguinte página: <<https://dre.pt/>>.

40. Uma figura das áreas requeridas está disponível no nosso artigo “Entre o apelo dos recursos minerais e a proteção dos ecossistemas vulneráveis do mar profundo em Portugal...”, 2015, cit., p. 88. Acessível online em <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=82739>.

metros de profundidade e a AMP ocupa uma área de 95,2 Km². O campo *Lucky Strike* localiza-se a cerca de 1700 metros de profundidade e a AMP ocupa uma área de 192 Km². O campo *Rainbow* localiza-se entre os 2270-2320 metros de profundidade e a AMP ocupa uma área de 250 X 60m (1,5Km²).

- Com a perspectiva do desenvolvimento de atividades relacionadas com a mineração, é prioritário averiguar, no plano científico, se as AMPs existentes cobrem um número e extensão de espécies e *habitats* significativos pela sua singularidade e/ou suficientemente representativos e, na medida em que tal seja cientificamente relevante, se configuram o conceito de rede e que condições devem ser asseguradas para garantir a conectividade entre eles. Este estudo é importante para avaliar em que medida podem ou não ser comprometidas decisões futuras de alargamento do número ou extensão das AMPs para cumprimento das obrigações assumidas no âmbito da Convenção OSPAR ou que resultam do direito da União Europeia (Rede Natura 2000 ⁴¹ e ‘Bom Estado Ambiental’⁴²).
- A existência de estudos científicos fidedignos é fundamental para avaliar os impactos negativos que a prospeção e pesquisa de recursos minerais podem causar nos campos hidrotermais, tanto dentro como fora das AMPs, sendo pacífico que a extração desses recursos é considerada a atividade potencialmente mais destrutiva dos ditos ecossistemas. Neste caso, outro tipo de estudos é preciso com vista a mitigar os efeitos da mineração sobre os ecossistemas.

41. As Diretivas Aves (Diretiva 2009/147/CE, de 30 de novembro) e *Habitats* (Diretiva 92/43/CEE, de 21 de maio) enformam a Rede Natura 2000, a rede europeia de áreas protegidas. Acessíveis na seguinte página: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>. Ver todos os desenvolvimentos no nosso estudo intitulado “Rede Natura 2000: os desafios da protecção da biodiversidade marinha no dealbar do século XXI”, in número especial da Revista Temas de Integração (*After Fifty Years: The Coming Challenges - Governance and Sustainable Development / 50 Anos Passados: Os Desafios do Futuro – Governança e Desenvolvimento Sustentável*), n.º 25, 1.º semestre de 2008, pp. 165-233; e, também, no nosso livro *A protecção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas nos espaços marítimos sob soberania ou jurisdição do Estado: discussões e soluções jurídicas contemporâneas. O caso português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 579 e sgs.

42. Diretiva n.º 2008/56/CE, de 17 de junho (Diretiva-Quadro Estratégia Marinha).

- Neste quadro, no nosso entender, parece-nos avisado que nem a prospeção e pesquisa e muito menos a extração mineral devam ser autorizadas se os dados científicos forem inconclusivos e não for garantido, naquilo que está ao alcance do homem, que os ecossistemas protegidos ou merecedores de proteção estão a salvo do risco de deterioração ou destruição por ação antropogénica. Por razões semelhantes, a Nova Zelândia recusou um projeto da *Trans-Tasman Resources* em junho de 2014,⁴³ alegando, designadamente, “*incertezas acerca do alcance e significado dos potenciais efeitos ambientais adversos*” do projeto de mineração. Em idêntica linha, este mesmo país em fevereiro de 2015, com base no *Exclusive Economic Zone and Continental Shelf (Environmental Effects) Act 2012*, recusou o pedido da *Chatham Rock Phosphate Ltd.*, por considerar que o projeto de mineração causaria efeitos adversos significativos e permanentes no ambiente bentónico da *Chatham Rise*, incluindo comunidades dominadas por corais duros protegidos, os quais são potencialmente endémicos e, de todo o modo, constituem ecossistemas raros e vulneráveis⁴⁴. Apesar dos estudos e plano de mitigação dos impactos negativos apresentados pela empresa, a *Environmental Protection Authority* entendeu dever prevalecer a precaução devido à incerteza da magnitude dos efeitos adversos. Também com base no princípio da precaução, a Austrália, em 2012, aprovou uma moratória para a zona marinha envolvente de *Groote Eylandt*, uma ilha do *Northern Territory*, banindo totalmente a mineração até haver um conhecimento mais profundo e dados mais evidentes acerca dos impactos atuais e potenciais da mineração (no caso em zonas pouco profundas) no ambiente marinho⁴⁵. A moratória terminou, supostamente, em 2015.

43. *The New York Times*, 18 de junho de 2014: <<http://www.nytimes.com/2014/06/19/business/international/new-zealand-rejects-mining-project-on-pacific-seafloor.html>>.

44. Ver a seguinte página: <http://www.epa.govt.nz/EEZ/chatham_rock_phosphate/Pages/default.aspx>.

45. Ver a seguinte página: <<http://www.abc.net.au/news/2013-06-12/groote-eylandt-seabed-mining-total-ban-nt-govt/4749576>>.

Também a Namíbia aprovou uma moratória em 2013, por um período de 18 meses, <<http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/victory-namibian-governments-moratorium-on-seabed-mining-sets-international-standard/>>.

- Na continuidade destes exemplos, aflora-se-nos ao espírito uma pergunta: nas amplas zonas onde foram banidas as artes de pesca destrutivas dos fundos marinhos não será óbvia a impossibilidade de extração de minerais sólidos, desde logo, pelo seu potencial destrutivo acrescido? As razões que justificam a proibição da pesca não são comuns, por maioria de razão, à extração mineral?

3.2. *As duas faces de uma reflexão*

Quaisquer reflexões que se façam sobre a evolução da mineração de recursos sólidos exige que se considerem duas perspectivas no princípio antagónicas, mas que se deve, pelo menos em abstrato, tentar conciliar.

Primeira, com a Resolução n.º 61/105, de 8 de dezembro de 2006, sobre pesca sustentável, da Assembleia Geral das Nações Unidas, os campos hidrotermais são expressamente qualificados, a par dos corais de água fria e dos montes submarinos, como ecossistemas marinhos vulneráveis (VME: *vulnerable marine ecosystems*)⁴⁶⁻⁴⁷. Não surpreende, por isso, que tanto nos pareceres científicos do Conselho Internacional para a Exploração do Mar⁴⁸ como, por exemplo, no âmbito da Convenção OSPAR os campos hidrotermais sejam considerados de proteção prioritária, estando mais recentemente, também, a União Europeia a ‘despertar’ para a questão⁴⁹. Do mesmo modo, a ocorrência de campos hidrotermais facilmente justificará a designação de “*Areas of Particular Environmental Interest*” pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos.

46. Cit., ver parágrafos 80 e 83, alínea c).

47. A preocupação com este tipo de ecossistemas começara antes. Para uma evolução das resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, ver o nosso livro *A protecção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas...*, 2013, cit., pp. 535-539.

48. Ver, por exemplo, o parecer de junho de 2013 relativo à área de jurisdição da NEAFC (*Assessment of the list of VME indicator species and elements*, ICES Advice 2013, Book 1, ponto 1.5.5.3).

49. Ver a nossa publicação *A protecção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas...*, 2013, cit., p. 587 e seguintes. Quanto à emergência da mineração do mar profundo, ver as recentes publicações: *Study to investigate the state of knowledge of deep-sea mining*, 2014, cit., e *Deep-seabed exploitation: Tackling economic, environmental and societal challenges*, 2015, cit.

Segunda, abstraindo comparações com outras atividades (v.g., pesca), aceitar que nem tudo pode ser protegido e que o futuro provavelmente exigirá a procura de um equilíbrio entre a proteção e a mineração.

Cindy Lee Van Dover, por exemplo, considera que a exploração (*'exploration'*) de minerais, dependendo das técnicas utilizadas, até pode ser benéfica pelo maior conhecimento que trará dos ecossistemas⁵⁰. No documento elaborado para a Comissão Europeia, intitulado *Study to investigate the state of knowledge of deep-sea mining*, de 28 de agosto de 2014, clarifica-se esta ideia ao fazer-se uma distinção entre a prospeção, que se aceita poder potencializar o conhecimento do oceano, e a exploração (*'exploration'*),⁵¹ a qual se entende poder causar impactos negativos idênticos aos da extração (quer dizer, aproveitamento ou *'exploitation'*), embora em muito menor escala, sublinhando-se, no entanto, o ruído acústico extra provocado pelos estudos sísmicos para avaliação de recursos minerais⁵².

As conclusões são convergentes no caso da extração mineral, essa, sim, reconhecidamente causadora de diversos impactos ambientais negativos. Tratando-se de extração mineral, Cindy Lee Van Dover aponta soluções de compromisso, defendendo a seguinte ideia: *"what the conservation community and the scientific community would like to do is have policies in place before the exploitation takes place. I mean, that's kind of a novel idea, right? Unlike in fisheries, where we're trying to catch up with all the damage we've done"*⁵³. Pelos estudos e testes já realizados, diga-se que, no cenário da busca de minerais do mar

50. Ver o artigo da Autora, supracitado: "Impacts of anthropogenic disturbances at deep-sea hydrothermal vent ecosystems...", 2014, p. 5.

51. No estudo do Parlamento Europeu, publicado em março de 2015, distinguem-se dois estádios na fase da *'exploration'*. A primeira fase de exploração propriamente dita, que inclui localização de recursos, amostragem e perfuração utilizando tecnologias como eco-sondas, sonares, câmaras, amostras, etc. Uma segunda fase relativa à avaliação dos recursos minerais e planeamento, incluindo a análise de dados com vista a determinar a viabilidade de um eventual projeto de mineração. Ver *Deep-seabed exploitation: Tackling economic, environmental and societal challenges*, 2015, cit. O estudo oferece quadros das tecnologias associadas à fase da *'exploration'* e à fase da *'exploitation'*. Ver, por exemplo, p. 12, pp. 26-27, pp. 44-46 e p. 65.

52. Cit., p. 102.

53. Em entrevista publicada em <http://e360.yale.edu/feature/deep-sea_mining_is_coming_assessing_the_potential_impacts/2375/>. Sublinhado nosso.

profundo (sulfuretos polimetálicos, nódulos polimetálicos e crostas de cobalto), os campos hidrotermais ativos parecem constituir os ecossistemas mais resilientes e com capacidade de mais rápida renovação após escavação e remoção. Em diferentes momentos concluímos, não obstante, que quer Cindy Lee Van Dover⁵⁴ quer o documento *Study to investigate the state of knowledge of deep-sea mining* acabam por admitir que o conhecimento hoje existente sobre o funcionamento dos campos hidrotermais e os impactos da exploração (*exploration*) e da extração é ainda incipiente para se tirarem conclusões seguras. Ademais, há todo um conjunto de impactos negativos causados, assinaladamente, pelas nuvens de sedimentos e partículas e pelo ruído resultantes da extração e das operações na coluna de água e superfície que não podem jamais ser negligenciados, pelas múltiplas alterações que podem provocar na re-sedimentação do leito e na penetração solar, densidade, turbidez, toxicidade, pH e temperatura da água, com efeitos desconhecidos nos microrganismos, nas espécies e no clima⁵⁵. Também no estudo do Parlamento Europeu, publicado em março de 2015, se alerta para a grande incerteza acerca da extensão dos impactos ambientais nos ecossistemas marinhos resultantes da mineração. Uma alusão expressa é feita aos campos hidrotermais, por serem particularmente vulneráveis, podendo as suas espécies, muitas vezes endêmicas de um campo, ser afetadas inclusive por uma mineração em pequena escala⁵⁶.

Independentemente do que se conclua, no caso das áreas da plataforma continental situadas além das 200 m.n., retomamos a nossa posição expressa em estudos anteriores,⁵⁷ de acordo com a qual, até os limites exteriores serem estabelecidos de forma definitiva e obrigatória pelo Estado português na sequência de recomendações favoráveis

54. Ver a nota anterior e o artigo do Autora, supracitado: “Impacts of anthropogenic disturbances at deep-sea hydrothermal vent ecosystems...”, 2014.

55. Ver o documento *Study to investigate the state of knowledge of deep-sea mining*, 2014, cit., por exemplo p. 89 e sgs., em especial as pp. 92-95.

56. Ver *Deep-seabed exploitation: Tackling economic, environmental and societal challenges*, 2015, cit.

57. Ver os nossos estudos supracitados: “The ‘Rainbow’: The First National Marine Protected Area Proposed Under the High Seas”, 2010, p. 194; “A criação de AMPs nas zonas da plataforma continental situadas além das 200 mn: Direito do Mar, CPLP e experiência portuguesa pós- ‘Rainbow’”, 2010, p. 37; e “Marine Protected Areas: the case of the extended continental shelf”, 2014, p. 198.

da Comissão de Limites da Plataforma Continental ou, pelo menos, até à aprovação destas recomendações, seria aconselhável uma atitude de prudência e contenção por parte do Estado, abstendo-se de desenvolver um qualquer tipo de atividade económica com efeitos sobre os recursos do solo e subsolo marinhos. Muito especialmente, a **extração mineral mas, também, a própria exploração** (*'exploration'*), no caso de impactos negativos. Temos, portanto, um entendimento menos afoito do que aquele que tem sido veiculado pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, a qual, com os olhos postos no artigo 82.º da CNUDM, retira todas as consequências do disposto no artigo 77.º, n.º 3, da CNUDM⁵⁸. Conferindo a mais ampla interpretação ao artigo 77.º da CNUDM no contexto da plataforma continental além das 200 m.n., em termos idênticos ao nosso entendimento fixado em 2007 e 2010, mas sem entrar na análise específica da oportunidade do exercício de poderes pelo Estado costeiro, é imperdível a decisão do Tribunal Internacional do Direito do Mar, no caso n.º 16 (*Bangladesh/Myanmar*), de 14 de março de 2012⁵⁹.

Não obstante o tempo que terá de decorrer até que a viabilidade, rentabilidade e oportunidade de mineração sejam um facto, recordem-se, por fim, aqui todas as dúvidas suscitadas pela aplicação do artigo 82.º da CNUDM (*Pagamentos e contribuições relativos ao aproveitamento da plataforma continental além de 200 m.n.*) que têm de ser aclaradas.

4. Conclusão

“*O caminho faz-se caminhando*”, e não nos ocorre ideia melhor para expressar o estado do conhecimento – científico, tecnológico e jurídico – em relação ao equilíbrio que é necessário definir entre, de uma banda, a proteção de ecossistemas que nos fazem recuar à origem da Terra e evolução da vida, que exercem uma função essencial na dinâmica e estabilidade do oceano, logo, do planeta, que guardam um manancial de conhecimento para a biotecnologia e, com isso, oportunidades para a humanidade e, de outra banda, na esteira do *'crescimento azul'*, todas

58. *Ibidem*.

59. Em especial os parágrafos 361, 362, 408-410. Ver os nossos estudos citados na nota 8: “*Rainbow*, um exemplo mundial...”, 2007, pp. 58-59; “The ‘*Rainbow*’: The First National Marine Protected Area Proposed Under the High Seas”, 2010, pp. 190-191.

as expectativas económicas geradas pela hipótese de uma mineração do mar profundo dirigida aos sulfuretos polimetálicos, a qual, pela sua natureza, será efémera e, de qualquer modo, de resultado muito incerto para o aumento da qualidade de vida do cidadão comum. Por tudo isto, porque tudo está em aberto, porque nada foi ainda destruído, valeria muito a pena pensar sobre qual futuro queremos nós, pelo que se instam os decisores políticos a ponderar com seriedade as suas opções, na esteira do que lhes é exigido pelo regime da avaliação ambiental estratégica.

No entretanto, atente-se nos bons exemplos que nos chegam da região do pacífico, incluindo a legislação tonganesa, e reflita-se nos deveres que resultam, pela via interpretativa, do artigo 208.º da CNUDM, completado pelo artigo 214.º: os Estados costeiros “*devem adotar leis e regulamentos para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, proveniente direta ou indiretamente de atividades relativas aos fundos marinhos sob sua jurisdição e proveniente de ilhas artificiais, instalações e estruturas sob a sua jurisdição*” e “*tais leis, regulamentos e medidas não devem ser menos eficazes que as regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados, de carácter internacional*”. Até ao presente não foram adotadas, pelas Partes Contratantes da CNUDM, quaisquer medidas internacionais (nem mundiais nem regionais) incidentes sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais sólidos nos fundos marinhos sob jurisdição nacional. Todavia, embora a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos exerça mandato exclusivo sobre os recursos minerais do solo e subsolo marinhos além da jurisdição nacional, todas as Partes Contratantes da CNUDM são membros da Autoridade e abstratamente abrangidas pelo regime de ‘*sponsorship*’,⁶⁰ pelo que nos parece óbvio que os standards de proteção a adotar pelas Partes Contratantes devem equivaler,

60. Ver o Parecer *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Tribunal Internacional do Direito do Mar, caso 17, 1 de fevereiro de 2011. Para um desenvolvimento doutrinal, ver David FREESTONE, “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area. Advisory Opinion of the Seabed Disputes Chamber of ITLOS”, *American Journal of International Law*, Vol. 105, 2011, pp. 755-761; e Maria Teresa PONTE IGLESIAS, “La prospección y exploración de la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos de una manera ambientalmente responsable. Aportes de la primera opinión consultiva de la Sala de Controversias de Fondos Marinos”, in Julio Jorge URBINA e Maria Teresa PONTE IGLESIAS

no ‘mínimo’, aos estabelecidos pela Autoridade nos seus regulamentos (artigos 133.º, 137.º, 156.º e 209.º da CNUDM)⁶¹. Acresce que poderá haver interação entre as atividades de mineração desenvolvidas na plataforma continental e o alto mar ou a Área e vice-versa, facto que fortalece a defesa de regimes harmonizados, pelo menos, quanto aos standards ‘mínimos’. Entre estes sublinhamos a aplicação do princípio da precaução e da avaliação de impacte ambiental,⁶² a existência de planos de prevenção da poluição e de medidas de mitigação, a criação de áreas marinhas protegidas de dimensão e em número suficiente, a criação de zonas tampão em torno destas, a proibição de quaisquer atividades de mineração (incluindo de exploração) dentro das áreas marinhas protegidas e, por fim, a impossibilidade de concessão de zonas onde tenham sido criadas áreas marinhas protegidas.

Porto, 4 de maio de 2016

(Coord.), *Protección de intereses colectivos en el Derecho del mar y cooperación internacional*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 63-107.

61. Até ao presente, a Autoridade só adotou regulamentos para a fase de prospeção e exploração de recursos minerais, estando no presente momento a ser elaborado o regulamento aplicável ao aproveitamento de recursos minerais. Ver, em especial, as *Regulations on prospecting and exploration for polymetallic sulphides in the Area*, 2010, e o relatório intitulado *Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area*, March 2015. Os documentos estão acessíveis em <https://www.isa.org.jm/sites/default/files/files/documents/isba-16a-12rev1_0.pdf> e <<https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Survey/Report-2015.pdf>>.

62. Num contexto transfronteiriço, é relevante a Convenção relativa à avaliação de impactes ambientais transfronteiriços (*Convention on environmental impact assessment in a transboundary context*), adotada em Espoo, em 25 de fevereiro de 1991, com entrada em vigor em 10 de setembro de 1997. No âmbito desta convenção é de referir a adoção em 21 de maio de 2003, em Kiev, do Protocolo sobre avaliação ambiental estratégica em contexto transfronteiriço (*Protocol on strategic environmental assessment to the convention on environmental impact assessment in a transboundary context*). Este Protocolo está em vigor desde 11 de julho de 2010.



CAPÍTULO XXXII

MIGRACIÓN, ASILO Y REFUGIO

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra¹

1. Consideraciones generales

Es un honor para mi persona escribir este artículo para el Boletín de la Sociedad Brasileira de Derecho Internacional en la Edición Conmemorativa de su Centenario, relativo a la evolución y desafíos enfrentados en el último siglo y en la actualidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, razón por la cual estimo conveniente que han habidos retos y desafíos así como desarrollo progresivo en la temática de la Migración, del Asilo y del Refugio, en los cuales no ha sido ajena la temática de los Derechos Humanos.

La migración se aplica a los movimientos de personas de un lugar a otro y estos desplazamientos conllevan un cambio de residencia que puede ser temporal o definitivo. La Migración puede tener dos opciones, la **emigración** que es la salida de personas de un país, región o lugar determinados para dirigirse a otro distinto, y la **inmigración**, que es la entrada a un país de personas que nacieron o proceden de otro.

En ese sentido, las migraciones deben ser estudiadas ya sea desde el punto de vista del país de entrada, ya que no siempre los inmigrantes reciben una buena acogida en estos países, así como debe ser analizada por los países de salida, particularmente sus causas.

Los movimientos masivos de personas que se instalan de manera provisional, estacional o definitiva para encontrar una mejor calidad de vida, se llaman flujos migratorios. Estos movimientos o desplazamientos masivos de personas han provocado que se den otras formas de migraciones, así podemos hablar de:

Migración internacional que es el movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tiene su residencia habitual para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo, debiendo

1. Miembro del Comité Jurídico Interamericano. Profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. El Salvador

atravesar por lo tanto una frontera. **Migración interna**, son los desplazamientos de personas que ocurren entre una región y otra de un mismo país, con el propósito de establecer una nueva residencia la cual puede ser temporal o permanente. **Migración ordenada**, es el movimiento de personas de su país de origen o de su lugar habitual de residencia a un nuevo lugar, cumpliendo con las leyes y regulaciones tanto del país de origen como del país que recibe. **Migración irregular o indocumentada**, es el desplazamiento de una persona a otro país, utilizando medios irregulares, es decir, sin documentos de viaje, pasaporte válido o no cumpliendo con los requisitos administrativos exigidos. **Migración forzada** se refiere al desplazamiento de personas de un lugar a otro por motivos ajenos a su voluntad y en función de salvaguardar la vida y su subsistencia, ya sea, para escapar de un conflicto armado, situación de violencia, amenaza, persecución, violación de sus derechos, desastres naturales, desastres provocados por la mano del hombre. **Migración laboral** que son los desplazamientos que realizan las personas para trasladarse a otras ciudades o regiones por razones económicas en búsqueda de oportunidades de empleo. **Migración de retorno**, es el movimiento de personas que regresan a su país de origen o residencia habitual después de permanecer al menos un año en otro país.

Esto nos lleva a determinar cuáles son las principales causas que llevan a las personas a migrar, pudiendo ser éstas: **Políticas**, estas son provocadas por las crisis o movimientos políticos que suelen darse en algunos países, por lo que las personas temen a la persecución o venganza políticas, abandonando su país de origen o residencia para ubicarse en otro. **Culturales**, las personas deciden migrar a países que tienen una base cultural sólida, sobre todo en la población de adultos jóvenes para tener mayores perspectivas de vida. **Causas socioeconómicas** que prácticamente son las fundamentales en todo proceso migratorio, ya que la mayor parte de las personas que emigran lo hacen por motivos económicos, buscando una mejor calidad de vida, existiendo una relación directa entre el subdesarrollo y la emigración. **Causas familiares**: los vínculos familiares también resultan un factor importante en la decisión de emigrar, ya que las personas desean una reunificación o reagrupación familiar, con los parientes que ya emigraron. **Causas bélicas y otros conflictos internacionales**, estas han dado origen a desplazamientos masivos de población, constituyendo una verdadera

fuelle de migraciones forzadas de personas que huyen del exterminio, de la persecución política. **Catástrofes generalizadas** ya sean éstas desastres naturales como terremotos, inundaciones, sequías prolongadas, ciclones, tsunamis, epidemias, desastres provocados por el hombre, que han ocasionado grandes desplazamientos de seres humanos en todas las épocas.

En términos generales las causas de la migración mundial son múltiples, complejas y heterogéneas. En el caso de América Latina y el Caribe, el factor económico constituye su principal causa, así como las brechas de desarrollo entre los países de origen y de destino, los desequilibrios en los mercados laborales de nuestros países, así como la aspiración natural de los mismos por superar la pobreza y la desigualdad, constituyen éstas las principales causas que llevan a nuestra gente a emigrar y hoy en día por las situaciones de violencia y por la presencia del crimen organizado transnacional.

En cuanto a las consecuencias de las migraciones, hay que analizar desde el punto de vista de los países de emigrantes, así como de los países de inmigrantes, y si estas consecuencias pueden ser positivas o negativas.

Así tenemos que para los países de **emigración** son consecuencias **positivas**: solucionar problemas de sobrepoblación; la inversión de las remesas que envían los emigrantes; solucionar problemas de desempleo; el aumento de la productividad; la exportación de productos a los países receptores de emigrantes, consecuencias **negativas**: emigración de la población joven, desquebrajamiento del grupo familiar, disminución de los ingresos públicos, la fuga de cerebros.

Para los países de **inmigración**, las consecuencias **positivas** son las siguientes: rejuvenecimiento de la población; aumenta la diversidad cultural; mayor cantidad de mano de obra; innovación tecnológica; la absorción de personas preparadas en su ramo; incremento del consumo. **Consecuencias negativas**: introducen una mayor diversidad cultural, pudiendo formarse grupos completamente segregados y marginales; desequilibrio en el nivel salarial, ya que los inmigrantes suelen aceptar salarios inferiores a los de la población local, aumentan los servicios, especialmente los asistenciales y educativos; remesas de dinero hacia los lugares de procedencia de los inmigrantes; aumenta la problemática discriminatoria.

En esta temática de las migraciones, es conveniente también el hacer uso de ciertas situaciones y conceptos que tienen relación con las mismas como el **Tráfico ilícito de inmigrantes**, que es la facilitación para el ingreso ilegal de personas a un Estado, del cual no es nacional o residente permanente, obteniendo directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, este tráfico está regulado en el Protocolo Adicional contra el tráfico ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).

La Trata de Personas es el tráfico o comercio de personas que se realiza principalmente a través del engaño, para fines de explotación o trabajo forzoso. El Protocolo Adicional contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la define como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza o formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.”

Estado de destino: país al cual llegan los migrantes con el propósito de establecerse de forma temporal o permanente, en busca de oportunidades de trabajo. **Estado de origen:** país del que son originarios las personas migrantes. **Estado de tránsito:** país por el cual transitan de manera frecuente las personas migrantes en su trayecto hacia el Estado de destino.

Protección consular: función consular que se traduce en la asistencia que brinda el Estado a sus nacionales fuera de su territorio, a través de las oficinas consulares acreditadas en otro Estado.

Trabajador migratorio: toda persona que se vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.

Estos conceptos son parte de toda una terminología que actualmente se ha establecido para poder enfrentar la problemática migratoria actual, la cual se ha nutrido frente a la globalización, y ha traído consigo un abati-

miento de las fronteras nacionales, globalización que también alcanza la delincuencia organizada transnacional que planifica y ejecuta globalmente sus actividades criminales, lo cual trae preocupaciones en materia de seguridad que tienen relación directa con el fenómeno migratorio, el cual se da en diferentes niveles según los Estados sean territorios de origen, de destino o de tránsito de migrantes, problema que se agudiza cuando un Estado tenga ya sea una doble o triple condición de estos elementos.

Es por esta razón que el tema de los Derechos Humanos cobra una particular relevancia en la problemática migratoria, razón por la cual no pueden estar ausentes de las políticas, acciones y acuerdos en materia migratoria, estableciendo además que la persona humana debe ser el centro de toda política migratoria. En consecuencia, estas políticas no deben discriminar o criminalizar a los migrantes, éstos deben ser objeto de un trato digno.

En ese sentido, toda política migratoria debería tener como objetivos los siguientes: facilitar la documentación de los flujos migratorios; proteger y garantizar los derechos humanos de los migrantes; asegurar un trato digno a la población migrante; contribuir de manera efectiva a garantizar la seguridad fronteriza; contar con un adecuado marco legal y una estructura tecnológica.

Con una política de este tipo se puede lograr un mayor control y verificación de entradas y salidas, mejorar los servicios migratorios, capacitar a las autoridades migratorias, generar mecanismos de repatriación segura y ordenada, combatir el crimen organizado transnacional, especialmente la corrupción, el tráfico y la trata de personas, todo en un marco de pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes.

Para lograr estos objetivos se necesita también la colaboración y compromiso de las organizaciones internacionales, como por ejemplo la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), entre otras.

Solamente de esta manera se logrará una verdadera protección de los derechos humanos de los migrantes, que tenga como fundamento la no comercialización de la migración, el respeto de los derechos humanos independientemente del estatus migratorio, la responsabilidad

compartida de los países de origen, tránsito y destino para atender de manera integral el fenómeno migratorio.

Es indispensable que los Estados promuevan y protejan de manera efectiva los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, especialmente de las mujeres y los niños. De igual manera deben combatir el trato injusto y discriminatorio de los migrantes, en particular de los trabajadores migratorios y sus familias.

En ese sentido, se hace necesario realizar acciones contra legislaciones y medidas adoptadas por algunos Estados que puedan restringir los derechos humanos y las libertades fundamentales de los migrantes, poniendo fin a los arrestos y detenciones de carácter arbitrario cumpliendo además con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, particularmente en relación con el derecho que tienen todos los ciudadanos extranjeros, sea cual sea su estatus migratorio, a comunicarse con un Funcionario Consular del Estado de origen en caso de arresto, detención, encarcelamiento o prisión preventiva y la obligación del Estado receptor de informar sin demora al ciudadano extranjero de sus derechos en virtud de la Convención.

Esta obligación ha sido recogida en la Opinión Consultiva OC-16/99 denominada “El Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 10 de octubre de 1999.

Se han emitido algunas legislaciones que han restringido los derechos humanos y libertades fundamentales de los migrantes, de una manera severa que incluso han llegado a criminalizar la situación de indocumentado, entre ellas tenemos: la Ley italiana denominada Ley de Seguridad e Inmigración; la Directiva de Retorno aprobada por el Parlamento de la Unión Europea y la Ley SB1070 o Ley de Arizona, las cuales son brevemente analizadas.

2. Análisis de Legislaciones.

A) Ley Italiana Denominada “Ley de Seguridad e Inmigración”

Esta ley ha sido considerada muy severa para los inmigrantes, ya que algunos la han calificado de xenofóbica, racista y cargada de odio, ya

que restringe la inmigración de ciudadanos “extracomunitarios”, dicha ley prevé establecer un delito de “inmigración y permanencia ilegal”, si bien no estipula cárcel para los “indocumentados o sin papeles” si contempla hasta tres años de prisión para quienes alquilen viviendas a los indocumentados. Esta ley coloca a Italia entre los países más duros de Europa en la lucha contra la inmigración ilegal. La Ley establece que sólo obtendrá el permiso de residencia en Italia el extranjero extracomunitario que tenga un contrato de trabajo gestionado en el exterior (Embajadas y Consulado italianos), el permiso tendrá dos años de duración y si en ese período el inmigrante pierde el trabajo deberá abandonar el país. La Ley establece además sanciones especiales severas para los que dan trabajo a los inmigrantes irregulares, así como para los traficantes de estos inmigrantes.

La Ley ha sido muy criticada e incluso considerada como una “discriminación racista”, ya que también establece que los inmigrantes deberán ser identificados por sus huellas digitales, la Ley prevé la formación de patrullas locales de civiles que se dediquen a recorrer las calles de sus barrios como apoyo de las fuerzas de seguridad para denunciar ante éstas cualquier actitud o movimiento sospechoso de los ciudadanos. Esta Ley pone en peligro los derechos humanos y fundamentales de los extranjeros que ya no podrán ser escolarizados, ir al médico, casarse e incluso no permitirá el registro de los hijos nacidos de indocumentados.

En razón de lo anterior, la misma ha sido calificada como una ley injusta, cargada de odio, intolerante y racista. Los defensores de la misma expresan que es una ley que lucha contra la clandestinidad, por lo que se convierte en una ley absolutamente necesaria para la seguridad del Estado.

B) Directiva de Retorno Aprobada por el Parlamento de la Unión Europea.

Esta Directiva tiene como objetivo establecer procedimientos y normas uniformes para los Estados de la Unión Europea respecto al retorno de inmigrantes indocumentados a sus países de origen, estableciendo además que la política migratoria de un Estado o de un grupo de Estados se rige esencialmente por el derecho interno o comunitario, dentro de los límites establecidos por el derecho internacional.

Dicha Directiva ha sido ya objeto de análisis y de opinión del Comité Jurídico Interamericano en su Resolución CJI/RES 150 (LX-XIII-0/08) de 8 de agosto de 2008, cuando en dicha Resolución manifestó su preocupación por la aplicación que puede darse al contenido de dicha Directiva “de manera que no guarde consistencia con los instrumentos internacionales en materia de respeto y tutela de los derechos humanos de los migrantes, por las siguientes razones: resguarda inadecuadamente la garantía del debido proceso de los migrantes sujetos a expulsión; implica mecanismos de internamiento inconsistentes con los principios de derecho internacional y las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos internos de los mismos; brinda una inadecuada protección a migrantes en condiciones vulnerables, en especial cuando se refiere a niños, niñas y adolescentes o cuando se refiera a situaciones que puedan afectar la unidad familiar; implica situaciones de detención en Centros Penales, afectando garantías básicas de los migrantes al equipararlos a personas acusadas o condenadas por delitos; implica medidas de internamiento que no guardan la debida proporción con la situación de los migrantes ni con instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia; las normas relativas a la prohibición de entrada se prestan, por su amplitud, a una aplicación arbitraria e inflexible, lo que tiende a estigmatizar a las personas expulsadas equiparándolas a delincuentes y abriendo las puertas para negarles el ejercicio futuro de derechos esenciales, como el derecho de asilo o el de reagrupamiento familiar; la existencia de vacíos, imprecisiones y ambigüedades que afectan la claridad de la Directiva de Retorno y amplían indebidamente el espacio de su interpretación y aclaración”.

En dicha Opinión el Comité Jurídico Interamericano en sus Resolutivos 3 y 4 expresa respectivamente: “Reiterar categóricamente que ningún Estado debe tratar como un delito en si mismo el estatus migratorio de una persona, ni dar pie, por ese solo hecho, a la adopción de medidas de carácter penal o de efecto equivalente” y “manifestar la necesidad de adecuar, por los medios que se estime idóneos, la Directiva de Retorno aprobada por el Parlamento de la Unión Europea, según parámetros consistentes con las obligaciones internacionales en la materia, tanto de origen convencional como consuetudinario, de manera que no se preste a una interpretación o aplicación indebida”.

Esta opinión tuvo también presente la Opinión Consultiva OC-18/03 denominada “la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 17 de septiembre de 2003, la cual ha establecido: “que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas” y que “el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio” y que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos.”

C) Ley Sb1070, Ley de Inmigración Del Estado de Arizona.

Se realiza un breve análisis de la demanda federal entablada por la administración Obama en contra de la Ley SB1070, conocida como ley de Arizona, esta demanda fue presentada por el Departamento de Justicia (DOJ) el día 6 de julio de 2010 ante la Corte Federal de Phoenix, Distrito de Arizona, en nombre de los Departamentos de Estado, Justicia y Seguridad Interna, por ser los Departamentos encargados de la administración de las leyes migratorias a nivel federal, esta acción busca que se declare la inconstitucionalidad de la Ley SB1070, así como el suspender provisional y definitivamente la entrada en vigor de la misma, prevista para el 29 de julio del 2010, con el objeto de evitar perjuicios en los Estados Unidos.

Específicamente la Demanda tiene como finalidad: la Declaratoria de Inconstitucionalidad de la Ley SB1070; la suspensión de manera provisional y definitiva de la entrada en vigor de dicha Ley y la invalidez de las secciones 1 a 6 de la Ley SB1070.

El fundamento jurídico de la acción se centra en que dentro del Sistema Jurídico de los Estados Unidos la legislación federal se encuentra jerárquicamente en un nivel superior que la legislación estatal, en ese sentido el hecho que la Ley SB1070 legisle sobre temas que le competen a la Autoridad Federal, resulta violatorio de la cláusula de supremacía establecida en la Constitución de ese país, ya que dicha Autoridad Federal es la que precisamente tiene la facultad de

implementar las políticas migratorias en los Estados Unidos y la Ley SB1070 de Arizona, le otorga esas facultades a la Autoridad Estatal, es decir, implementar leyes migratorias federales.

La aplicación de la Ley SB1070 implicaría además el desvío de recursos de las agencias federales de los temas prioritarios del país, como lo es la detención de extranjeros implicados en actos de terrorismo, narcotráfico y crimen organizado. Asimismo, se contrapone a la política federal en materia de regulación y estadía de los extranjeros en el país, así por ejemplo, ignora cuestiones humanitarias previstas en la legislación federal. De tal manera que llega a interferir con la política exterior de los Estados Unidos y de sus intereses en materia de seguridad nacional, así como con prioridades federales al pretender desviar recursos para la consecución de objetivos propios de la Ley, violando así la cláusula de supremacía constitucional.

En razón a lo anterior, es que la Demanda del Gobierno Federal establece que la Ley SB1070 ha causado y seguirá causando un daño de carácter irreparable y sustancial en contra de los intereses de los Estados Unidos, por lo que el único remedio jurídico que tiene al alcance el Gobierno es recurrir ante la Corte Federal.

Por lo que dicha Demanda en conclusión pide: Que se declare la invalidez de las secciones 1 a 6 de Ley SB1070 como nulas y sin efectos, por contravenir la cláusula de Supremacía; Que se establezca que la legislación Federal, así como las obligaciones de los Estados Unidos en materia de política exterior, se encuentran jerárquicamente sobre la Ley SB1070 en dichas secciones; Que se declare como inválida la sección 5 de Ley SB1070 que restringe el tránsito de extranjeros entre estados de los Estados Unidos por ir en contra del artículo 1. Sección ocho de la Constitución de dicho país; Que se conceda la suspensión provisional y definitiva en contra del Estado de Arizona, así como de sus oficiales, agentes y empleados, para evitar la entrada en vigor de la Ley antes mencionada.

Esta Demanda ha tenido lugar, debido a que la Ley SB1070 de Arizona, es la más estricta contra los inmigrantes, ya que bajo esta ley, la estadía ilegal en el país, pasa de ser un delito meramente civil a un delito criminal.

Esta Ley le da derecho a la policía de Arizona a detener a las personas bajo la sospecha razonable de no estar en los Estados Unidos legal-

mente, asimismo da derecho a los ciudadanos de Arizona a demandar a las Agencias o entidades del Estado (Policía), si éstas no están cumpliendo con la Ley.

Bajo esta ley no tener papeles de estadía legal en el país, no llevar en la billetera la green card o transportar en su automóvil un indocumentado, no obstante que sea un familiar se convierte en un delito en Arizona.

Esta Ley prácticamente está tomando bajo su cargo la ejecución de las leyes inmigratorias y ésta es una atribución únicamente del Gobierno Federal, razón por la cual, esta ley es contraria a los preceptos constitucionales, puesto que los policías locales no tienen ninguna autoridad para ejecutarlas.

Es por estas razones que el Gobierno Federal de los Estados Unidos ha pedido a un tribunal de Arizona suspender la aplicación de la Ley SB1070, que la misma sea declarada nula por ser contraria a la Constitución y que se impida provisional y permanentemente su aplicación a las Autoridades de Arizona, debido a que éstas han invadido atribuciones federales en materia migratoria, no obstante que los Estados pueden ejecutar políticas que tengan un efecto incidental o indirecto sobre los extranjeros, no pueden crear su propia política migratoria o aplicar leyes estatales que interfieran con las leyes federales en esa materia.

De tal manera, que la Ley ignora temas humanitarios como las protecciones que la Ley Federal otorga a extranjeros que sufren persecución en su país o que han sido víctimas de un desastre natural. La cláusula de supremacía de la Constitución prohíbe a los estados de la unión, aprobar leyes contrarias a esa norma superior.

En este sentido, la Ley SB1070 crea bases para una discriminación racial, que se considera inaceptable, además de establecer que la migración ilegal es un delito estatal, constituyendo la medida más estricta contra los migrantes.

La Ley SB1070 también interfiere en asuntos de política exterior, así como en cuestiones de vital importancia para los intereses de la seguridad nacional, que son también de responsabilidad exclusivas del Gobierno Federal.

En consecuencia, es necesario contar con una Ley de inmigración Federal, justa e integral y que respete los derechos humanos y fundamentales de los migrantes, para evitar así, la promulgación de leyes

estatales. Esta Ley SB1070 fue declarada inconstitucional en junio del 2012 por un Tribunal de Arizona.

3. Asilo y Refugio.

En el Sistema Interamericano no puede analizarse la institución del Refugio sino se revisa también la del Asilo, ya que ambas están íntimamente relacionadas, por lo que es necesario determinar la práctica y el alcance de ambos conceptos, con la finalidad de brindar un régimen de mayor protección a las personas.

Estas Instituciones han tenido connotaciones diferentes en los Estados que conforman el Sistema, de tal suerte que se ha entendido al **Asilo** como una Institución de carácter político, otorgándosele a las personas que alegan persecución por razones o motivos únicamente políticos. El **Refugio**, por su parte, se concibe como una institución de carácter humanitario que se otorga a las personas que tienen un temor fundado a ser perseguidas no solo por motivos políticos sino también por raza, sexo, religión o condición social.

En ese sentido, se ha relacionado el concepto de Asilo con el Sistema Latinoamericano y el de Refugio con el Sistema de Naciones Unidas. No obstante lo anterior, se concibe el concepto de Asilo como un término genérico, como un tronco común, que determina la protección que debe otorgarse al perseguido.

En ese orden de ideas, puede entenderse el concepto genérico de Asilo, como el que a su vez comprende la institución del Asilo de América Latina, así como la del Refugiado bajo el sistema de Naciones Unidas, de tal manera que este concepto de Asilo no solamente recoja las normas Convencionales y Consuetudinarias de Asilo en América Latina sino también los principios y normas del derecho internacional de los Refugiados, de derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del Derecho Penal Internacional.

El Asilo es una institución muy antigua en el Derecho Internacional, pero que ha sido regulada con mayor intensidad en América Latina, donde existe una tradición centenaria con respecto al Asilo, regulado a nivel convencional y consuetudinario, ya que en la región latinoamericana siempre ha existido la conciencia de que se justifica la protección de la persona perseguida por motivos o delitos políticos, distinguién-

dose además entre Asilo Diplomático o Político y Asilo Territorial, el primero es el que se otorga en una Misión Diplomática o en la residencia particular del Jefe de dicha Misión y el segundo, es el que se concede en el territorio de un Estado cuando una persona que es perseguida por motivos o delitos políticos en su Estado, solicita la protección.

Esto demuestra que América Latina es una región que posee una pionera y centenaria tradición en materia de Asilo, ya que en ella surge la primera Convención que regula el tema, que son los tratados de Montevideo de 1889-1890, específicamente el tratado sobre Derecho Penal Internacional, posteriormente a éste surgieron una serie de instrumentos internacionales americanos sobre la materia, por lo que América Latina, es una región donde se desarrolló una práctica de hospitalidad por parte de sus gobiernos a perseguidos políticos. El Asilo bajo esta normativa se ha constituido en un instituto representativo del sistema americano de protección a perseguidos, por motivos o delitos políticos.

El Sistema Regional o Interamericano como se ha manifestado, ha contado con una centenaria tradición de Asilo, que incluso ha precedido a la adopción de los Instrumentos Internacionales Universales, constituyendo parte del acervo jurídico interamericano, entre los cuales pueden mencionarse: los Tratados de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional de 1889-1890; la Convención sobre Asilo dada en la Sexta Conferencia Internacional Americana de La Habana, Cuba, de 1928; la Convención sobre Extradición y la Convención sobre Asilo Político, ambas de 1933, emanadas de la Séptima Conferencia Internacional Americana celebrada en Montevideo, Uruguay; el Tratado sobre Asilo y Refugio Político producto de los Tratados de Montevideo de 1939-1940; la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre de 1948; las Convenciones sobre Asilo Territorial y Asilo Diplomático de 1954, productos de la Décima Conferencia Internacional Americana celebrada en Caracas, Venezuela y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969.

El Asilo en América Latina ha tenido como objetivos, a saber: a) proteger la vida, la libertad o la seguridad de las personas perseguidas por delitos políticos y b) asegurar el respeto de los derechos fundamentales del hombre. Asimismo, tanto en el derecho positivo como en la doctrina latinoamericana, se han distinguido dos formas de Asilo, el Asilo Diplomático y el Asilo territorial, ambos han evolucionado

conjunta y paralelamente, y se conciben hasta el momento como dos manifestaciones diferentes de un mismo instituto genérico, el Asilo, pero que al mismo tiempo se han constituido como medios de protección y defensa de los derechos humanos.

América Latina, es la única región del mundo donde se ha reconocido el Asilo como tal, siendo objeto además de una regulación convencional y consuetudinaria que ha determinado su régimen jurídico, ya que los intentos realizados para lograr una aceptación universal del derecho de asilo, no han fructificado, es por ello que se ha entendido como una institución exclusivamente latinoamericana.

El Derecho de Asilo fue reconocido por primera vez en América en los Tratados de Montevideo de 1889-1890 sobre Derecho Penal Internacional. En la Convención de La Habana de 1928 sobre Asilo Diplomático, en su artículo primero prohibía el asilo para los delincuentes comunes, permitiéndolo únicamente para los delincuentes políticos, pero usa la expresión de refugiados políticos como sinónimo de Asilados Políticos. En igual forma los Tratados de Montevideo de 1939, se refieren al asilado territorial como un refugiado y la Convención de Caracas de 1954 sobre asilo territorial utiliza en el artículo 9 la expresión de refugio como sinónimo de Asilo Territorial. No obstante lo anterior, el régimen de asilado territorial del sistema americano no coincide plenamente con el estatuto de refugiado del Sistema Universal. En este sentido, es que se ha entendido al Asilo como un instituto representativo del sistema latinoamericano y el refugio como una institución que hace referencia al sistema universal de protección de los refugiados.

El Refugio por su parte se ha considerado como una institución convencional universal mediante la cual una persona abandona el país del cual es nacional, por razones de temor fundado a ser perseguido no solo por motivos políticos sino también por raza, religión o condición social y está imposibilitado de regresar a su país, por cuanto su vida e integridad física corren peligro; son elementos fundamentales del Refugio los Principios de No Devolución y de No Expulsión así como el Derecho a la Unidad Familiar, lo que determina al Refugio como una institución de carácter humanitario.

Los principales instrumentos internacionales adoptados bajo el sistema de Naciones Unidas para la protección de los refugiados son: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, y el Proto-

colo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, conceptuándose de esta manera como una institución del sistema universal de protección a los refugiados.

Por estos Instrumentos Universales, se considera refugiado a la “persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

En ese sentido, se considera al Refugio como una institución jurídica a través de la cual se otorga a un extranjero el reconocimiento de “refugiado” en un Estado del que no es nacional y al que ha acudido buscando la seguridad que le falta en el propio, ante temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, ideas políticas, nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social.

El refugio reconoce derechos individuales y cuenta con la protección y asistencia internacional a través de un organismo especializado de las Naciones Unidas que es el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR.

La temática conceptual sobre Asilo y Refugio ha sido tratada en el Continente Americano de manera separada o dividida, sin tratar de resolverla a través de la armonización de ambas instituciones mediante la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, evitando así su fragmentación y por ende, el debilitamiento de su normatividad en la protección internacional de los perseguidos. Esta diferencia conceptual entre Asilo y Refugio ha sido incluso normada en las legislaciones internas de los Estados del Continente Americano.

En el ámbito universal el Asilo está regulado en el artículo 14 No. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que literalmente expresa: “*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y disfrutar de él, en cualquier país*”. En el marco regional o interamericano está regulado en el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, bajo el título de “Derecho de Asilo”, el cual expresa: “*Toda persona tiene el derecho*

de buscar y recibir Asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los Convenios Internacionales”. En ambas Declaraciones se regula el Asilo en términos generales, no refiriéndose en ninguna de ellas al Refugio. Ahora bien, esta distinción conceptual entre Asilo y Refugio ha llevado a que ambos se normen con diferentes Instrumentos Jurídicos Internacionales.

Cuando surge la gran crisis de los refugiados en el continente americano, especialmente en Centroamérica en la década de 1980, a consecuencia de los conflictos internos que surgieron en varios países de la región, es que se realiza una reflexión sobre la convergencia de ambos conceptos, así como de los sistemas internacional y americano de protección a los refugiados. Este esfuerzo para compatibilizar ambos sistemas redundará en una protección superior para los refugiados del Continente Americano.

Esta compatibilización podría ser posible si acudimos al concepto de Asilo como una institución genérica, como un tronco común que permite el desarrollo integral de ambas instituciones, esto es, el Asilo como tal con todas sus particularidades como se ha entendido en América Latina y el Refugio, englobando así ambos conceptos pero diferenciándolos para evitar la confusión conceptual entre asilo y refugio, ya que en el sistema universal se refieren indistintamente a ambas instituciones y en el sistema americano si se establece la diferencia entre Asilo y Refugio.

Esta terminología de concebirse al Asilo como un concepto genérico o un tronco común ha sido utilizado por juristas y expertos en la materia, así el internacionalista Reynaldo Galindo Pohl en su conferencia “Refugio y Asilo en la teoría y en la práctica jurídica”, dada en el Coloquio realizado en Cartagena de Indias en 1983 sobre la temática, sostuvo que: “la institución que hace efectivos los varios derechos del refugiado es el Asilo” y que los Estados reciben a personas con calidad de refugiados para luego concederles asilo... y que “el único y necesario resultado de la calificación de refugiado es el Asilo”.

Esta conceptualización del Asilo, también puede entenderse tomando en cuenta que tanto el Asilo como el Refugio tienen la misma finalidad, que es el extender la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento por medio del cual

en la práctica se formalice dicha protección, ya sea el régimen de asilados según los Convenios e Instrumentos Interamericanos en la materia o bien el régimen de refugiados de conformidad a los Convenios de Naciones Unidas, especialmente a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y a su Protocolo de 1967.

Abona también a esta conceptualización el hecho de que el término genérico de “Asilo” tiene su equivalente en el término inglés “Asylum” y en el término francés “Asile”, siendo regulado en esta manera en los textos de derechos humanos y del derecho de los refugiados.

Entre una y otra institución si existen diferencias, de tal manera, que el Asilo por regla general, da protección a personas que son perseguidas a título individual y el Refugio da protección a grupos masivos de personas. Además, el Asilo es una cuestión exclusiva de la soberanía y del dominio interno de los Estados, en cambio el Refugio tiene relación con la normativa establecida por la Comunidad Internacional, por estas razones, no es conveniente considerarlos como conceptos sinónimos y así lo ha sostenido el jurista César Sepúlveda, en su ponencia “La cuestión del Asilo y Refugio” en el coloquio de México de 1981 cuando expresó: “Asilo y refugio son ahora conceptos diferentes, aunque en un tiempo significaron la misma cosa”.

En ese mismo orden de ideas, el jurista Galindo Pohl manifestó: “la institución del Refugio de la Convención de 1951 ... concierne principalmente a la persecución de grupos, ... no requiere persecución individualizada ... y cubre numerosos casos que escapan a las Convenciones Interamericanas”.

El Asilo entendido como concepto genérico, un tronco común podría superar todas estas divergencias en beneficio de la protección de las personas, pero respetando al mismo tiempo las particularidades de una y otra institución, es decir concibiendo la figura del asilo político tal y como se ha entendido en el continente americano y respetando la institución del refugio como se ha entendido en el sistema universal, ya que la práctica que se ha venido desarrollando en los Estados en torno al refugio, es que una vez concedida la condición de refugiado de una persona, se le permite residir en el territorio del Estado en calidad de asilado porque el sistema universal no distingue los conceptos y usa indistintamente asilo y refugio.

4. Situación actual.

En 1965 en el ámbito interamericano se tuvo la iniciativa de elaborar una Convención Regional sobre Refugiados, encargo que se le dio al Comité Jurídico Interamericano, el cual elaboró un Proyecto de Convención, con el objeto de contar con un instrumento regional sobre la materia.

Fue precisamente la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, reunida en Río de Janeiro, Brasil en 1965, que por Resolución XXI se le encomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un Proyecto de Convención Interamericana sobre Refugiados.

El Comité Jurídico Interamericano cumpliendo con su mandato consideró que los principales aspectos que deberían ser analizados eran los siguientes: a) situación jurídica, incluyendo la definición de refugiados, sus derechos y deberes, su estatuto personal y su situación laboral; b) otorgamiento de un documento de viaje para los refugiados; y c) la coordinación de asistencia y protección a los refugiados. El Comité Jurídico Interamericano concluyó el Proyecto, pero el tema ya no fue considerado por los Órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos.

Antes de 1970 en América Latina eran suficientes las normas sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial para atender esta temática. Posteriormente la existencia de conflictos internos en el Continente provocó la problemática de los refugiados debido a que los Estados Americanos no estaban preparados para recibir una población masiva de refugiados.

En cuanto al Refugio como Institución Autónoma y diferente al Asilo, tal como es concebido en el Derecho Americano, es regulado en el ámbito universal como se ha expuesto en el presente trabajo, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en el marco de las Naciones Unidas, así como en el Protocolo a dicho Estatuto conocido como el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, estos instrumentos tuvieron como finalidad proteger a las personas desplazadas durante la Segunda Guerra Mundial y con posterioridad a ésta, lo que da lugar a la aparición de otra institución emparentada con ellas que es la de los Desplazados.

Posteriormente a estos instrumentos se han adoptado sobre todo en el continente americano otros instrumentos de mayor protección a la pro-

blemática de los refugiados en el continente, siendo éstos la “Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984”, la cual amplió el concepto de refugiados para hacerlo extensible a los desplazamientos originados por circunstancias de violencia generalizada, como es el caso de los conflictos internos u otros hechos que perturben gravemente el orden interno, en los cuales hay una violación masiva de los derechos humanos. En ese sentido, la Declaración de Cartagena recomendó la extensión a las personas que ha huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

En 1989, a consecuencia de los diversos conflictos internos ocurridos en la región Centroamericana se creó la “Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, CIREFCA”, la cual adoptó los “Principios y Criterios para la protección y asistencia de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Internos Centroamericanos en América Latina”. En 1994 se adopta la “Declaración de San José sobre Refugiados y Personas desplazadas” y en 1999 la “Declaración de Tlatelolco”, las cuales también abordan con preocupación la problemática de los refugiados en la región. En el año 2004 se adopta la “Declaración y el Plan de Acción de México, para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina” que le da especial atención a los problemas que provocan los desplazamientos forzados y además propone una serie de medidas concretas para brindar asistencia a los refugiados. En el 2010 los Estados del sistema interamericano adoptaron la Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano.

Actualmente tenemos la Declaración de Brasil de 3 de diciembre de 2014 y su Plan de Acción, como un marco de cooperación y solidaridad regional para fortalecer la protección internacional de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina y el Caribe, para responder a los nuevos retos de la protección internacional y la identificación de soluciones de estas personas en los próximos diez años. Entre esos nuevos desafíos esta el crimen organizado transnacional, como una nueva causa que podría suscitar situaciones de refugio.

Por ser consideradas las personas refugiadas como “Apátridas de Facto”, por el hecho de que son perseguidos en sus propios Estados

careciendo prácticamente de nacionalidad, es que tiene relación esta materia con el tema de los Apátridas que están normados en el ámbito universal en la Convención sobre el Estatuto de las Apátridas de 1954 y en la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961.

5. Conclusión.

Es conveniente que en esta problemática actual del fenómeno migratorio, se realice por parte de los Estados de las Américas una política integral, que cubra todas las aristas del problema, para ello, se hace necesario contar con una acción coordinada por parte de los países de origen, tránsito y destino de migrantes.

Esta política debe centrarse en un trato digno a la persona del migrante, en la cual se garantice plenamente el respeto a sus derechos humanos y libertades fundamentales.

En cuanto a la temática de Asilo y Refugio, debe buscarse un punto común que proteja a las personas, realizando esfuerzos por compatibilizar ambos Sistemas el Universal y el Regional, con el fin de lograr una protección superior para los refugiados en el Continente Americano.

En ese sentido, se debe de respetar la tradición latinoamericana en cuanto a la conceptualización del Asilo Político y la institución del Refugio tal como ha sido concebida en los instrumentos internacionales sobre la materia, reconociendo además los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema.

En cuanto a la situación del refugio en el continente americano se debe contar con un marco de cooperación y solidaridad regional para fortalecer la protección internacional de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina y el Caribe, para así poder enfrentar los nuevos retos y desafíos en cuanto a la condición de refugiados e identificar las soluciones a los mismos.

Bibliografía

- Derecho Internacional Público, 5ª. Edición, editorial Jurídica Cono sur, Santiago Benadava.
Tratado de Derecho Internacional Público, Quinta edición, Editorial Temis, Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Derecho Internacional Público, Editorial de TALCA, Fernando Gamboa Serazzi.
- Memorias del Coloquio de Cartagena de Indias de 1983.
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984.
- Memorias del Coloquio de Tlatelolco, México 1981.
- Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994.
- Declaración de Tlatelolco de 1999.
- Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina de 2004.
- “El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y la Extradición, en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados”. Héctor Gros Spiell.
- “Refugio y Asilo en la teoría y en la práctica jurídica”. Reynaldo Galindo Pohl.
- “El Derecho de Asilo”. Diego López Garrido.
- Investigación: “El Asilo y la Protección de los Refugiados en América Latina”. Equipo de investigación de la Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, Argentina.
- Resoluciones de las Asambleas Generales de la Organización de los Estados Americanos (OEA).
- Instrumentos Internacionales Regionales.
- Instrumentos Internacionales Universales.
- Ley SB1070.
- Ley de Seguridad e Inmigración Italiana.
- Directiva de Retorno aprobada por el Parlamento de la Unión Europea.
- Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Opinión Consultiva OC-18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, incluyendo los trabajadores migratorios y sus familias.
- Resoluciones del Comité Jurídico Interamericano.
- Declaración de Brasilia de 2010.
- Declaración de Brasil de 2014



CAPÍTULO XXXIII

MIGRATION, SOVEREIGNTY AND GLOBALIZATION: PARADOXES, ETHICS, SOLUTIONS

*Chantal Thomas*¹

Prepared for the Centenary Edition of the Brazilian Society of
International Law Bulletin, 2015²

I. Paradoxes of Globalization

The issue of how migration should relate to sovereignty sharply expresses some of the paradoxes of this age of globalization.³ A paradox can be defined as “a statement or proposition that, despite sound (or apparently sound) reasoning from acceptable premises, leads to a conclusion that seems senseless, logically unacceptable or self-contradictory.” These paradoxes of globalization are created by the tension between the international community’s bounded nations and universalistic aspirations.

The paradox is often identified as arising out of the simultaneously interdependent and oppositional relationship between liberalism and democracy.⁴ Modern thought provides ample reasoning from popular sovereignty, self-determination, and democratic legitimacy, to support a defined, and thereby exclusionary, community. And yet related principles, of universal equality and liberty, are abrogated by such exclusion.

Migrant identity is marginalized by definition in a state whose boundaries are intended to evoke and protect a membership community of

1. Professor of Law, Cornell University Law School

2. Portions of this essay have been reproduced from Chantal Thomas, *What Does the Emerging International Law of Migration Mean for Sovereignty*, *Melbourne Journal of International Law* (2014).

3. See also Howard F. Chang, *The Immigration Paradox: Poverty, Distributive Justice, and Liberal Egalitarianism*, 52 *DePaul L. Rev.* 759 (2003).

4. see, eg, Chantal Mouffe, *The Democratic Paradox* (Verso, 2000).

political, cultural and often ethnic mutual belonging.⁵ This political or philosophical tension thus is also to a large extent a sociological one. Indeed, according to a famous sociological study, the migrant signifies simultaneously both the proximate and the remote. The equivalent French juridical term, ‘*l'étranger*’,⁶ allows for a contemplation of the sociologist Georg Simmel’s influential 1908 analysis of ‘the stranger’:

If wandering, considered as a state of detachment from every given point in space, is the conceptual opposite of attachment to any point, then the sociological form of ‘the stranger’ presents the synthesis, as it were, of both of these properties.

...

In the case of the stranger, the union of closeness and remoteness involved in every human relationship is patterned in a way that may be succinctly formulated as follows: the distance within this relation indicates that one who is close by is remote, but his strangeness indicates that one who is remote is near.⁷

The definition of ‘alien’ adopted by the International Law Commission (‘ILC’) reflects the precise qualities identified by Simmel: ‘An alien is generally understood to be a natural person who is not a national of the State in which he or she is present’.⁸ Both legally and epistemically then, the migrant embodies what is both present and distant and therefore what is strange, alien and outside — what is other.⁹ Doing so also reaffirms what is familiar.

5. Bosniak, above n xx, 23.

6. For example, the United Nations’ *Preliminary Report on the Expulsion of Aliens* is published in French as the *Rapport préliminaire sur l’expulsion des étrangers*: see Maurice Kamto, Special Rapporteur, *Preliminary Report on the Expulsion of Aliens*, UN Doc A/CN.4/554 (2 June 2005).

7. Georg Simmel, ‘The Stranger’ (Donald N Levine trans) [trans of: ‘*Der Fremde*’ in *Soziologie* (Duncker & Humblot, first published 1908)] in Donald N Levine (ed), *On Individuality and Social Forms: Selected Writings* (University of Chicago Press, 1971) 143, 143.

8. International Law Commission, *Expulsion of Aliens — Memorandum by the Secretariat*, 58th sess, UN Doc A/CN.4/565 (10 July 2006) 23 [24] (citations omitted).

9. See Edward W Said, *Orientalism* (Random House, 1979).

Through this negation and affirmation, the figure of the migrant denotes the boundaries of the national self as a social body.¹⁰ As such, the migrant as outsider is both excluded from and necessary to the nation-state. The existence of foreigners, being non-members, validates and gives value to the modern concept of a membership society: the social contract.¹¹

It is through this disjuncture that the migrant enacts a quintessentially modern condition. The presence of the migrant implies the existence of an extensive market — as Simmel notes that historically, migrants were commonly traders and vice versa¹² — the rise of both trade and migration are a product of, and produce, the powerfully disruptive and productive forces of a capitalist market economy.

Culturally these same forces produce, and are a product of, rapid social transformation¹³ and accompanying disorientation. Simmel's fellow sociologist Emile Durkheim termed this modern condition 'anomie';¹⁴ Max Weber called it 'disenchantment';¹⁵ and Karl Marx called it 'alienation'.¹⁶ Albert Camus' stranger literarily evokes this peculiarly modernist malaise.¹⁷ While the immigrant story is lionised at times in popular culture, the continual intensity of debates on immigration reform attests to the epistemic ambivalence that such narratives also evoke. If the migrant exemplifies this dynamism, performs this

10. The denotation of the social body is taken from Michel Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (Alan Sheridan trans, Random House, 2nd ed, 1995) [trans of: *Surveiller et punir: naissance de la prison* (first published 1975)].

11. Bonnie Honig, *Democracy and the Foreigner* (Princeton University Press, 2001). Thanks to Bernie Meyler for pointing me towards this work.

12. Simmel, above n xx, 144 ('In the whole history of economic activity the stranger makes his appearance as a trader, and the trader makes his as a stranger').

13. Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (Beacon Press, 2nd ed, 2001).

14. See Emile Durkheim, *Suicide: A Study in Sociology* (John A Spaulding and George Simpson trans, Simon & Schuster, 1951) [trans of: *Le Suicide: Etude de sociologie* (first published 1897)].

15. See Max Weber, *The Sociology of Religion* (Ephraim Fischhoff trans, Beacon Press, 1964) [trans of: *Religionssoziologie* (first published 1922)].

16. See Karl Marx, *Economic and Philosophic Manuscripts of 1844* (Martin Milligan trans, Dover Publications, 2007) [trans of *Ökonomisch-philosophische Manuskripte aus dem Jahre 1844* (first published 1932)].

17. Albert Camus, *The Stranger* (Matthew Ward trans, Random House, 1988) [trans of: *L'Étranger* (first published 1946)].

dislocation, then migration in this way describes the defining arc, the limit or margin, of modernity.¹⁸

Within international law, this paradox can be seen in the contradiction between modernity's claims to universality — notably the universality of human rights — on the one hand and its constitution by sovereign states on the other. Hannah Arendt's observation, made just after the end of World War II, remains relevant:

The *Declaration of the Rights of Man* at the end of the eighteenth century was a turning point in history...¹⁹

...

[M]an had hardly appeared as a completely emancipated ... being ... when he disappeared again into a member of a people. From the beginning the paradox involved in the declaration of inalienable human rights was that it reckoned with an 'abstract' human being who seemed to exist nowhere ...²⁰

We became aware of the existence of a right to have rights ... and a right to belong to some kind of organized community, only when millions of people emerged who had lost and could not regain these rights because of the new global political situation.²¹

Arendt meant to make both a factual and a philosophical claim about the rootedness of the human condition in citizenship within specific political communities.²² The international world and the legal

18. For another contemplation of the notion of the limit in law, see Anne Orford, 'A Jurisprudence of the Limit' in Anne Orford (ed), *International Law and Its Others* (Cambridge University Press, 2006) 1.

19. Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (Harcourt, Brace and Company, 1951) 287.

20. *Ibid* 288.

21. *Ibid* 294. Arendt continued at 295:

These facts offer what seems an ironical, bitter, and belated confirmation of the famous arguments with which Edmund Burke opposed the French Revolution's *Declaration of the Rights of Man*. They appear to buttress his assertion that human rights were an 'abstraction,' that it was much wiser to rely on an 'entailed inheritance' of rights which one transmits to one's children ...

22. See Hannah Arendt, *The Human Condition* (University of Chicago Press, 1958).

instruments designed to reflect and regulate it were based on division into states and states were ultimately responsible for conferring individual rights.²³ Those who had been expelled from their home countries due to political conflicts and persecutions — persons arguably among those most in need of protection under international human rights law — enjoyed no recourse under the sources and institutions created to protect those rights adopted by the international community following World War II and just a few years before Arendt identified the ‘right to have rights’.²⁴ By virtue of having been expelled by states, these stateless persons were also expelled from humanity.²⁵

In 1951, the very year that Arendt’s critique was published in *The Origins of Totalitarianism*, the United Nations convened a Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, and adopted the *Convention relating to the Status of Refugees*.²⁶ Arguably, notwithstanding Hannah Arendt’s exposure of the ‘impossible human’²⁷ at the centre of an international law predicated

23. For example, protection of the human rights in the *International Covenant on Civil and Political Rights* is charged to states: see *International Covenant on Civil and Political Rights*, opened for signature 19 December 1966, 999 UNTS 171 (entered into force 23 March 1976) art 2(1) (‘ICCPR’) (‘Each State Party to the present *Covenant* undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present *Covenant*’).

24. *Ibid.* 294.

25. *Ibid.* 294–5 (‘Man, it turns out, can lose all so-called Rights of Man without losing his essential quality as a man ... Only the loss of a polity itself expels him from humanity’).

26. *Convention relating to the Status of Refugees*, opened for signature 28 July 1951, 189 UNTS 137 (entered into force 22 April 1954).

27. The ‘impossible’ identity of non-nationals has been theorised by contemporary scholars such as Fatima El-Tayeb, who focuses on the European context of third- and fourth-generation descendants from migrants for employment: Fatima El-Tayeb, *European Others: Queering Ethnicity in Postnational Europe* (University of Minnesota Press, 2011) 167 (describing the ‘peculiar experience of embodying an identity that is declared impossible even though lived by millions’). El-Tayeb points to a 2001 celebration by the city of Cologne, Germany, of the 40 year anniversary of the first recruitment agreement signed by the Turkish Labor Administration and the German Federal Employment Agency: at 145–51. Even though the event was intended to be positive, it was stated (at 145–6) that the celebration of the positive contributions of ‘Turks’ remains well within the limits of multicultural liberalism ... Nowhere ... [is] reference[d] the possibility of a Turkish-German identity, despite the ... arrival of the first Turkish ‘guest workers’ four

on and mediated by sovereign states, this moment in the contemporary history of international law marked the beginnings of a global order that has slowly accumulated an infrastructure of both rights and institutions for the protection of non-citizens.

This centrality of sovereignty renders the non-citizen migrant marginal to an international institutional framework predicated on the state. Further, although the texts of core human rights treaties in general do not explicitly confirm that human rights apply regardless of citizenship or documentary status, various organs of international law have clarified that human rights protections extend to migrants, either through the interpretation of general treaty provisions or through the adoption of specific instruments on migration.

The current urgency of these paradoxes arise out of the fact that, despite the migrant's juridical and epistemic marginality, the contemporary era of globalisation is bringing the migrant more prominently into view.

In the past, some advocates of economic globalisation erroneously presumed that opening borders to trade in goods and capital would preclude the need for the movement of persons. In fact, migration of persons constitutes a predictable and profound complement to other dimensions of globalisation, as Part 2 explored in further detail.²⁸

These philosophical paradoxes have manifested themselves in certain conundrums of state and social practice in this age of globalization: contradictory movements that express these opposing impulses. The increasing intensity of border control at a time of unprecedented liberalization emblemizes such conundrums. Accordingly Wendy Brown offers her own three paradoxes to describe the rise of border enclosures accompanying globalisation, which entail 'simultaneous opening and blocking ... universalization ... and stratification, and ... networked and virtual power met by physical barricades.'²⁹

decades earlier ... [and] the presence of a German-born 'Turkish' population ... The event ... reflect[s] the dominant perception of minorities as permanent migrants, forever exiled in the no-man's land of unclear national allegiances ...

28. Chantal Thomas, 'Labor Migration as an Unintended Consequence of Globalization in Mexico, 1980–2000' in Adelle Blackett and Christian Lévesque (eds), *Social Regionalism in the Global Economy* (Routledge, 2011) 273 (countering the conventional 'Heckscher-Olin theory of factor complementarity': at 286).

29. Wendy Brown, *Walled States, Waning Sovereignty* (Zone Books, 2010) at 20.

A Critical Approach

These paradoxes reflect fundamental, and perhaps unresolvable, contradictions. At the core of the critical legal analytical framework lies a premise that our social worlds — our collective and individual selves — are riven by competing human impulses, the ‘opposed rhetorical modes’ of ‘individualism and altruism’.³⁰ Through the particulars of legal history and social context, these impulses have created a jurisprudence that houses both dynamics. The interplay of rule and exception in the form and substance of legal doctrine, as a product of our making, can do no more than give effect to these conflicts.

As a consequence, the law contains within itself multiple avenues of interpretation. The diagnosis of indeterminacy has caused many to charge critical theory with nihilism, given that it not only endorses no grand narrative of progress, but also resists the claims that correct legal answers can exist separately from questions of policy and politics, which are necessarily variable.³¹ Yet it should be clear from the foregoing that critical theory also does not espouse a vision of grand demise. The contingency inherent in laws and institutions also provide opportunities for resistance to injustice.³²

Given this, a critical legal understanding of the international law of migration might see sovereignty not as ‘waning’, but rather ‘fracturing’, as Brown herself ultimately concludes.³³ In any case, legal analysis should ask a different question: not whether sovereignty is increasing or decreasing, but how it is changing; how it mediates and is mediated by ‘opposed modes’ in legal discourse.

International law is rife with these techniques of mediation. For example, the law of trafficking in persons seeks to aid victims of trafficking but also potentially to further criminal law enforcement at their expense. The treaties on the rights of migrant workers establish

30. Duncan Kennedy, ‘Form and Substance in Private Law Adjudication’ (1976) 89 *Harvard Law Review* 1685, 1685.

31. See, eg, Owen M Fiss, ‘The Death of the Law?’ (1986) 72 *Cornell Law Review* 1.

32. Luis Eslava and Sundhya Pahuja, ‘Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law’ (2011) 3 *Trade, Law and Development* 103.

33. Brown, above n xx, 67.

protections but also limitations;³⁴ they establish constraints on sovereign prerogative but also exhort its enhancement.³⁵ The ILC's *Draft Articles on the Expulsion of Aliens* establish minimum standards for the treatment of aliens, but in the service of assisting in their territorial expulsion as a consequence of state will. These instruments — after all products of interstate agreement — simultaneously express concern for the wellbeing of migrants and then reaffirm the importance of sovereignty.

Legal critique interests itself not only in detailing the particulars of these dynamics of mediation, but also in revealing the ways in which they amount to a legitimation of the status quo, stymying awareness of demands for and possibilities of social justice. Hence, the emerging international law of migration may legitimate broader practices of border control, despite or because of its establishment of limited rights against sovereignty.

II. Solutions?

The current body of migration law assumes a default legal rule that migrants should not enter without explicit authorization by the receiving state, and that the failure to gain such authorization is an act of law-breaking. But this line has itself changed over time. Only in the late nineteenth century and early twentieth century was the presumptive authority of territorial exclusion formally accorded to the state in a systematic way. Rather, early modern international law established the presumptive admissibility of aliens, a 'qualified duty to admit aliens when they pose no danger to the public safety, security, general welfare, or essential institutions of a recipient state.'³⁶

In part this was probably simply a function of administrative capacity. The state's ambition to manage populations in their entirety

34. Compare *Convention on Migrant Workers* pt III (establishing rights for all migrant workers) with pt IV (establishing rights for 'regular' workers).

35. See, eg, *ILO Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention* art 3 (obliging states parties to adopt 'all necessary and appropriate measures' to suppress illegal movement and employment of migrants).

36. JAR Nafziger, 'The General Admission of Aliens under International Law' (1983) 77, *American Journal of International Law* 804–, at 805.

must be understood to co-emerge with the forms of knowledge and the techniques of governance that would allow them to do so.³⁷ Yet the emergence of the presumptively closed state cannot only be understood as a product of technology, but also as a product of shifts in the ways in which colonial power was asserted. The emergence of exclusion as a default rule also tracked with the change in directionality of migration between the centre and periphery. In early modernity and during colonial conquest and settlement, populations flowed from Europe outward; as formal colonialism wound towards its conclusion and the postcolonial world began to emerge, the vectors of migration reversed. Moreover, even after the default rule of exclusion of aliens emerged, the regulatory form for exclusion did not remain stable but rather has changed over time. In the United States, until recently an undocumented entrant into US territory had committed no crime, but rather committed an administrative infraction. Now, however, in the US as in many other receiving countries, unlawful entry constitutes a criminal offense.³⁸

Discussion of the immigration problem is often infused with a resigned sense of the impossibility of viable solutions. The reforms that are proposed are generally modest and deferential to presumed sovereign prerogative. This modesty is all the more striking given the incredible boldness of current institution making in other areas of international law, such as trade and investment. Clearly, international law is capable of metamorphosing in relatively short order. So what kinds of solutions at the level of international law might be proposed to address the problems of irregular migration?

Legal and Institutional Reforms

Expanding Refugee Law. Certainly, one can imagine amending existing provisions within international law to allow for more expansive interpretation of protected classes within the population of irregular migrants, and more expansive interpretation of the protections given.

37. Turack on the passport; Scott, Seeing like a state; Foucault, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France 1978–79* (M Senellart ed G Burchell trans) (Palgrave Macmillan Hampshire 2008).

38. 8 USC. §§ 1325, 1326.

In the case of trafficking, the *Protocol* might be amended to provide for concrete obligations to assist trafficked persons, including through the provision of immigration status relief. In the case of refugees, examples exist within positive international law, such as the *1969 Convention* adopted by the Organization for African Unity on the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa. That Convention expands the definition of refugee, from beyond the specific categories established by the *1951 Refugee Convention* and towards a recognition of the broader dynamics of displacement, providing that a refugee is a 'person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.'³⁹

Incorporating Labor Migration into Trade and Investment Agreements.⁴⁰ One could also imagine a more consistent incorporation of free movement of labor into international trade and investment agreements, which would expand legal avenues of border entry even beyond the cases of duress and hardship required by international law on refugees and trafficked persons. Of course here too salient examples exist within positive international law: many regional economic integration agreements, such as the European Union, Southern Common Market (Mercosur), and the Economic Community of West African States (Ecowas), have followed this path.

There have even been proposals for freestanding international organizations addressing migration. The economist Jagdish Bhagwati has long proposed a World Migration Organization that would provide a basis for negotiating concessions in immigration controls in much the same way that international economic organizations such as the GATT and then the World Trade Organization, as well as international investment agreements, have provided the basis for negotiating concessions in trade and investment controls.⁴¹ Such a framework need not entail an

39. *Organization of African Unity Convention on the Specific Problems of Refugee Problems in Africa* (1969) art 1(2).

40. Also bilateral labor and migration agreements.

41. J Bhagwati, 'A Champion for Migrating Peoples' (1992) *Christian Science Monitor* (28 Feb 1992).

immediate 'open borders' prerogative – one could imagine piecemeal lists based on reciprocal negotiation along the lines of reciprocal tariff negotiations in the trade context.

At the very least, this work shows how excluding migration from trade and investment agreements in no way excludes it as a social reality. As a factor of production, labor is bound up in economic processes and cannot be disentangled from other processes of liberalization and integration, once set in motion. The globalizers cannot have their cake and eat it too: contrary to the Heckscher-Olin theorem, rich countries cannot expect to benefit from access to foreign markets for trade and capital investment and expect any dislocation that results from that access to stay contained. This is all the more true since they have engineered a host of international legal instruments pronouncing the ultimate equality and freedom of all of humankind, and that in a variety of ways do recognize that, as the eminent free trade economist Jagdish Bhagwati has put it, globalization has a human face.

The immediate counter with respect to all of the foregoing relates to political will, or rather the lack thereof. It is not the lack of imagination of alternatives to the status quo that has constrained the development of new international legal rules and institutions on migration, but the lack of any political imperative. The countries of the global South simply don't harbor enough influence to persuade countries of the global North to make concessions on migration.

One might then speculate as to the implications of the rise in stature of the large emerging markets – the so-called BRICS (Brazil, Russia, India, China, South Africa) and their like – on the political will calculus. As of this writing, it seems unclear: it is possible that the rise of the major players outside the West will shift the balance of power in a way such as to place migration issues firmly on the table in multilateral negotiations. On the other hand, it could also wind up that, as countries in the developing world generate enough economic dynamism to become migration-receiving countries, they will ally themselves more with the receiving countries of the industrialized world against migrant rights. As it is, more refugees and asylum seekers reside in developing countries than developed ones, and this does not seem to have engendered affirmative movement towards the expansion of refugee law. (Think of the politics of refugees and asylum seekers in the Middle East, or the

Rohingyas.) Migration issues, like trade and investment issues, might become another wedge differentiating those poor countries that seem to be moving towards convergence with the industrialized world and those that continue to struggle in the periphery.

Moreover, even where the political will might exist to expand migration rights as a formal matter, such formal action hardly resolves the matter. The European Union serves as a potentially cautionary tale here: the rich countries of Western Europe have become increasingly wracked by spasms of anti-immigrant politics. The danger of domestic political backlash forms one of the primary lodestars for the ‘apologist’ or ‘realist’ view of international law: given that states are sovereign, after all, international lawyers must never charge them with greater responsibilities than they can willingly tolerate. The third rail of political legitimacy circumscribes the boundaries – figuratively and legally -- to which international law can aspire.

An Ethics of Interconnectedness

What of an alternative legal imaginary? As long as a concept of absolute sovereignty serves as the foundation for domestic and international law, migration rights must appear as a dramatic concession. A critical framework can do much to dismantle this preconception, by pointing out that both historically and currently the concept of sovereignty has been in many cases much more fluid and open than the absolutist view would concede. This work has tried to demonstrate the ways in which this is so with respect to irregular labor migration into the US.

Beyond critique, however, what of an alternative ethics? If one accepts the tenets of constructivism, what is politically feasible depends on what one imagines as real. Modern lawyers have often gestured towards the idea of international federation, from Kant’s perpetual peace to the McDougal and Lasswell notion of world public order. Typically, these have been perceived as unrealistic. Which means, again, that one must refashion the real. What defines even these aspirational theories above is their foundational commitment to liberal legality, which at its core insists on the discreteness and autonomy of the individual. Foundational liberalism informs the political commitment not only to individual atomism but also to the atomism of states: in its historical

formations, liberal philosophers reasoned the sovereign rights of individuals by analogy to states, and vice versa.⁴² Against this worldview shaped by atomism, the project of universal federalism can only strain.

Is it possible that liberal commitments to autonomy and atomism reflect a partially outdated knowledge?⁴³ We can think of ourselves, in the late modern age, as embodying the remnants of a paradigm that no longer adequately explains our world.⁴⁴ Countless contributions of contemporary knowledge, ranging from psychology to physics, suggest, against atomism, that our world is radically intra-connected. We depend on others for survival, let alone flourishing; our actions necessarily affect others as well as ourselves. Interconnectedness, not individualism, should be understood to define the human condition, and therefore form an alternative basis for moral and political possibility.

Recognition of interconnectedness does not require collectivism, or any of its horrors in antiquity or modernity. It can accept difference and even incommensurability. As such, interconnectedness may provide an ultimately thin basis for moral reasoning: but so too does liberalism, very often, and ‘thinness’ may be preferable in an international context.⁴⁵ Certainly, adopting interconnectedness as a starting point leaves a host of questions unanswered. What it also does, however, is potentially shift the moral imperative: from the presumption that we are justified in defending our borders, the question becomes what implications arise, for ourselves and for others, when we do so.

Limits on territorial prerogative do not necessarily change the premise of state responsibility or the primacy of states in the international system. There may well be consequentialist reasons for maintaining states as ‘principal duty-bearers’: these include their ‘capacity to give proper recognition to complex corporate goals’ and the ‘longevity of states’ serving as a ‘principal mechanism for the transmission of the accrued rights of human communities over time ... not only of their

42. C Thomas, ‘What Does the Emerging International Law of Migration Mean for Sovereignty?’ (n 20) 448.

43. *ibid* 448-450.

44. TS Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (1996).

45. See S Ratner, *The Thin Justice of International Law* (2015).

boundaries and jurisdiction but also of their obligations'.⁴⁶ Nor do such limits challenge the general principle of territorial integrity, any more than the boundaries of cities or provinces are challenged by freedom of movement of persons across them.⁴⁷ They do, however, add to the complex of responsibilities that states currently bear as members of the contemporary international community.

What should those responsibilities be? A lucid description of the dilemma for political theory is offered by Arash Abizadeh:

It is clear that the state's exercise of political power is ultimately backed by coercion. ... The question is how the exercise of political power could be reconciled with a vision of human beings at the normative core of both liberalism and democratic theory ... as inherently *free* and *equal*.⁴⁸

In this section, I want to explore – really, no more than to make a preliminary sketch -- the question of how to arrive at a general ethical position on this issue in an age in which we can and must see beyond

46. James Crawford and Jeremy Watkins, 'International Responsibility' in Samantha Besson and John Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010) 283, 291–2.

47. See Jacqueline Stevens, 'Citizenship to Go', *The New York Times* (online), 17 May 2012 <http://www.nytimes.com/2012/05/18/opinion/citizenship-to-go.html?_r=0>:

Instead of using birth for assigning citizenship, why not keep the boundaries of current countries, open the borders, and use residence to define citizenship, as the 50 states do? Free movement of people in the United States does not diminish the authority of states in our federal system, or the right to participate politically as a citizen of one state and not another. Nor did it lead to the citizens of Georgia moving en masse to Massachusetts.

...

We need governments, but we don't need nations. People should be free to move across borders; they should be citizens of the states where they happen to reside — period.

See also Jacqueline Stevens, *States Without Nations: Citizenship for Mortals* (Columbia University Press, 2010).

48. Abizadeh, 'Democratic Theory and Border Coercion', above n 90, 39 (emphasis in original).

borders — how to re-imagine, in Anthony Appiah's words, the 'conceptual questions that lie beneath the facts of globalization'.⁴⁹

A number of US legal scholars, among them Kevin Johnson, Cristina Rodríguez and Joel Trachtman, have made compelling cases for opening borders to migration. Most immediately, Johnson has pointed to the moral obligation to redress and reduce the brutality and lethality of draconian border policing.⁵⁰ At the same time, Rodríguez has cautioned against a highly moralistic approach to immigration policy, especially pertaining to policy towards migrants who have crossed the border without authorisation. Because they have broken the law by virtue of unauthorised entry, Rodríguez argues, 'the fit between the civil rights paradigm and the case of the unauthorized immigrant remains an uneasy one'.⁵¹ Rodríguez argues instead for a 'framework of mutual benefit [that] is fundamentally pragmatic and highlights the social gains that would accrue from the adoption of particular immigration policies'.⁵²

Many of the pragmatic social gains that Rodríguez contemplates are economic. There is a great deal of research that supports the view (though not without contest) that immigration produces a net benefit for both receiving and sending countries. In terms of prevailing economic policy, liberalising migration policy would achieve greater consistency with — or at least remove hypocrisy regarding — professed governmental commitments to economic liberalism, as both Johnson's and Trachtman's work suggests.⁵³

The economic argument is often precisely the concern for progressives, however, who see 'the nightmarish prospect of a labor glut in wealthy countries, the global lowering of wages, and capitalism run amok'.⁵⁴ However, no less an authority than US Supreme Court Justice

49. Kwame Anthony Appiah, *Cosmopolitanism: Ethics in a World of Strangers* (W W Norton, 2006) xx.

50. Kevin R Johnson, 'Opening the Floodgates: Why America Needs to Rethink Its Borders and Immigration Laws' (2008) 61 *SMU Law Review* 3, 4. See also David Weissbrodt, *The Human Rights of Non-Citizens* (Oxford University Press, 2008).

51. Cristina M Rodríguez, 'Immigration and the Civil Rights Agenda' (2010) 6 *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties* 125, 130.

52. *Ibid* 132–3.

53. Johnson, above n 200, 4–5; Joel P Trachtman, *The International Economic Law of Migration: Toward the Fourth Freedom* (W E Upjohn Institute Press, 2009).

54. Stevens, 'Citizenship to Go', above n 197.

Breyer has pointed out that immigration controls, far from shoring up the economic prospects of the citizenry, only exacerbate the economic race to the bottom by straining the bargaining power of both documented and undocumented workers and enhancing the ability of employers to abuse workers with ‘impunity’.⁵⁵ There is a strong labour and social justice argument for opening borders in order to assist in the process of equalising labour conditions and enhancing the potential for both local and transnational worker organisation.

The necessity of reducing cruelty in border policing, the economic argument and the argument for labour justice all provide important ethical bases for rethinking migration policy. Yet in some ways each of these still seems limited. The first, however vital, still ultimately amounts to a response of compassion or mercy — a waiver — similar to the distinction between excuse and justification. The latter two, focusing on the economic issue from different perspectives, run into the problem that, as Jennifer Gordon puts it, ‘people are not bananas’.⁵⁶ Gordon elaborates, ‘the flow of human beings has political, cultural, social, and economic effects that differ from the flow of money and goods’,⁵⁷ so that ‘immigration generates a more complex set of anxieties and political reactions ... than do inflows of either goods or capital’.⁵⁸ As a consequence, a more robust ethics towards the outside ‘world of strangers’ would seem necessary to respond fully to the ‘anxieties and political reactions’ that accompany the prospect of threatened nationhood.⁵⁹

Benhabib, Appiah, and other theoreticians have adopted cosmopolitanism as the solution, which Appiah defines as resting on two ideas:

55. *Hoffman Plastic Compounds Inc v National Labor Relations Board*, 535 US 137, 155 (2002). Breyer J, with whom Stevens, Souter and Ginsburg JJ agreed, was dissenting against the majority decision to overturn the Board and appellate court decisions awarding back pay to undocumented workers for labour law violations related to the right to organise.

56. Jennifer Gordon, ‘People Are Not Bananas: How Immigration Differs from Trade’ (2010) 104 *Northwestern University Law Review* 1109.

57. *Ibid* 1110.

58. *Ibid* 1132.

59. Jacqueline Stevens has analysed this fear as fundamentally rooted in the equation of nationhood with immortality: Stevens, *States without Nations*, above n 197.

that we have obligations to others ... that stretch beyond those to whom we are related by the ties of kith and kind, or the even more formal ties of a shared citizenship ... [and] that we take seriously the value not just of human life but of particular human lives ...⁶⁰

The foundational modern cosmopolitan, Kant, envisioned a perpetual peace based on a federation of free states and conditions of ‘universal hospitality’.⁶¹ For Kant, hospitality meant the right ‘of a stranger entering foreign territory to be treated by its owner without hostility’, though this right fell short of world citizenship but essentially amounted to a ‘temporary right of sojourn’.⁶²

Contemporary theorists, as described in Part II above, have adapted cosmopolitanism to address questions of sovereignty and migration. Benhabib has argued that cosmopolitanism today amounts to an even more robust position towards ‘the rights of others’. For Benhabib, we are already and inevitably involved in contestations over these rights that, through a process of democratic iterations, will lead towards the realisation of the cosmopolitan ideal.

Yet others have noted that cosmopolitanism contains qualities that, though admirable, are linked to important philosophical limitations. Among these are what Arjun Appadurai calls ‘trajectorism’, an

epistemological and ontological habit, which always assumes that there is a cumulative journey from here to there, more exactly from now to then ... the idea that time’s arrow inevitably has a telos, and in that telos are to be found significant patterns of change, process and history.⁶³

A number of scholars have therefore sought to articulate alternative theories of justice and identity that, while sharing impor-

60. Appiah, above n 199, xv.

61. Kant, above n 66, 137.

62. Ibid. Thanks to Tony Anghie for illuminating discussions regarding Kant’s right of hospitality.

63. Arjun Appadurai, ‘Thinking Beyond Trajectorism’ in Michael Heinlein et al (eds), *Futures of Modernity: Challenges for Cosmopolitical Thought and Practice* (Transcript, 2012) 25, 26.

tant intuitions with cosmopolitanism, consciously avoid some of its epistemological ties to classic modernity, that is to say, of linear and rationalistic futurism and universalism. Bonnie Honig has proposed ‘an alternative to Benhabib’s neo-Kantian cosmopolitanism. ... Cosmopolitics’.⁶⁴ Similarly, Ulrich Beck has defined this alternative as ‘cosmopolitization’ rather than cosmopolitanism, with the focus not on a globalising time horizon but rather ‘enmeshment with the cultural Other’.⁶⁵

These and other theories share an ontological respect for difference and a pronounced effort to spurn trajectorist thinking in favour of an appreciation for the creative and protean possibilities of the present. Michael Hardt and Antonio Negri, for their part, have focused on the idea of the ‘multitude’:

a form of political organization that, on the one hand, emphasizes the multiplicity of the social singularities in struggle and, on the other, seeks to coordinate their common actions and maintain their equality in horizontal organizational structures.⁶⁶

Like ‘the people,’ the multitude is the result of a process of political constitution, although, whereas the people is formed as a unity by a hegemonic power standing above the plural social field, the multitude is formed through articulations on the plane of immanence without hegemony.⁶⁷

64. Bonnie Honig, above n 176, 105, citing Pheng Cheah and Bruce Robbins (eds), *Cosmopolitics: Thinking and Feeling beyond the Nation* (University of Minnesota Press, 1998). See also Jacques Derrida, *On Hospitality: Anne Dufourmantelle Invites Jacques Derrida to Respond* (Rachel Bowlby trans, Stanford University Press, 2000) [trans of: *De l'hospitalité: Anne Dufourmentelle invite Jacques Derrida à répondre* (first published 1997)]; Jacques Derrida, *On Cosmopolitanism and Forgiveness* (Mark Dooley and Michael Hughes trans, Routledge, 2001) [trans of: *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort!* (first published 1997)].

65. Ulrich Beck, ‘Global Inequality and Human Rights: A Cosmopolitan Perspective’ in Gerard Delanty (ed), *Routledge Handbook of Cosmopolitanism Studies* (Routledge, 2012) 302, 304; Ulrich Beck, *The Cosmopolitan Vision* (Ciaran Cronin trans, Polity Press, 2006) [trans of: *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden* (first published 2004)].

66. Hardt and Negri, above n xx, 110.

67. *Ibid* 169.

Similarly, Ernesto Laclau and Chantal Mouffe argue for a ‘radical democratic pluralism’.⁶⁸ William Connolly ‘embrace[s] a story of becoming linked to experimental intervention in a world that exceeds human powers of attunement, explanation, prediction, mastery or control’.⁶⁹ The creolisation theory of Édouard Glissant and others posits ‘the encounter, the interference, the shock, the harmonies and disharmonies among cultures’⁷⁰ which produces a ‘limitless *métissage*, its elements diffracted and its consequences unforeseeable’.⁷¹

In this way, both cosmopolitanism and its alternatives are informed by the dual facts of difference and the inevitable mixing/confrontation/contact/connection between differences. Jeremy Waldron argues that Kant himself saw cosmopolitanism as ultimately arising from reality and practicality, in that people have a ‘determinate and spherical space’⁷² — the planet — to share, and so must ultimately and inevitably come into contact with one another. ‘[T]he inevitability of contact makes it more or less impossible to regard purity, homogeneity, and splendid isolation as the normal conditions of culture’: the right of hospitality merely recognises this inevitability rather than resisting it.⁷³ Similarly, Appiah’s observations on ‘cosmopolitan contamination’ lead him to this conclusion: ‘Cultural purity is an oxymoron’.⁷⁴

What I want to endorse in all of these sensibilities is what I will call a ‘new organicism’. In using the descriptor ‘new’, I want to distin-

68. Anna Marie Smith, *Laclau and Mouffe: The Radical Democratic Imaginary* (Routledge, 1998) 32.

69. William E Connolly, *A World of Becoming* (Duke University Press, 2011) 10.

70. Dominique Chancé, ‘Creolization: Definition and Critique’ (Julin Everett trans) in Françoise Lionnet and Shu-mei Shih (eds), *The Creolization of Theory* (Duke University Press, 2011) 262, 265, quoting Édouard Glissant, *Traité du Tout-Monde, Poétique IV* (Gallimard, 1997) 194.

71. Chancé, above n xx, 264, quoting Édouard Glissant, *Poetics of Relation* (Bestey Wing trans, University of Michigan Press, 1997) 34 [trans of: *Poétique de la relation* (first published 1990)].

72. Jeremy Waldron, ‘Cosmopolitan Norms’ in Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism* (Oxford University Press, 2006) 83, 91.

73. *Ibid* 92.

74. Appiah, above n xx, 113.

guish earlier usages of the term, by Plato among others, in which the universe is an intelligent organism that is internally orderly, structured and consistent.⁷⁵ Such a conception of unproblematic unity and complementarity too easily harkens back to the teleological – and hierarchical -- orientation that these alternative theories are seeking to escape. Rather, the matter of the universe, though organically and intrinsically interconnected and in that sense unified, is also characterised by unpredictability.

This unpredictability means that new organicism also departs from some classic modern tropes about nature. It cannot idealise nature as a paradisiacal sanctuary of Romantic innocence. Yet nor can this approach demonise nature as ‘nasty, brutish and short’. There is nothing inherently innocent, nor inherently evil, about the natural world. It is neither inherently harmonic, nor inherently chaotic. Rather, it is characterised by patterns as well as contingencies. And whether patterned or chaotic, its events are deeply interconnected.

Perhaps more importantly, this approach does not exceptionalise humans as standing apart from, or over, nature. The separation between human and natural is symptomatic of a more fundamental separateness that, I argue, characterises the epistemic matrix of modernity more than any of its other features. It is the notion of ultimate autonomy – of atomism -- that defines both the individual in the state of nature and the sovereign state in the modern political imaginary.

The point of new organics is to suggest a shift away from atomism — a shift that might mirror the shift from mechanical to quantum paradigms of knowledge in the physical sciences⁷⁶ — and the accompanying suggestions not only that the universe is contingent and uncertain, rather than orderly; but also that events are radically interconnected and

75. Gabriela Roxana Carone, *Plato's Cosmology and Its Ethical Dimensions* (Cambridge University Press, 2005).

76. I use ‘paradigm’ à la Thomas S Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (University of Chicago Press, 3rd ed, 1996). For another current example of application of quantum physics, see Karen Barad, *Meeting the Universe Halfway: Quantum Physics and the Entanglement of Matter and Meaning* (Duke University Press, 2007). Thanks to Kathy Biddick for pointing me in the direction of this source. Thanks also to Duncan Kennedy for an early conversation on quantum theory as applied to legal analysis and to Fitzgerald Thomas for conversations on the spiritual implications of quantum physics.

non-linear.⁷⁷ The idea of definite and impassable barriers between self and others fails to describe this world.⁷⁸

This new organicism could help to describe an ethics that fully internalises legal realist and critical understandings of law — both ‘internal critique’ (law’s indeterminacy) and ‘external critique’ (law’s potential to cause harm).⁷⁹ Such ethics would not posit a formalistic or predetermined conceptual order but, at the same time, would establish a normative basis which requires that the distributive consequences and effects of law be measured.

My critique of atomism, and my corresponding endorsement of a turn towards interconnectedness rather than individualism as the

77. Examples would include the ‘butterfly effect’ in chaos theory and Werner Heisenberg’s ‘uncertainty principle’. On the latter, see Werner Heisenberg, *The Physical Principles of the Quantum Theory* (Carl Eckart and Frank C Hoyt trans, Dover, 1949) 3 [trans of: *Die Physikalischen Prinzipien der Quantentheorie* (first published 1932)]:

Particularly characteristic of [quantum physics] is the interaction between observer and object; in classical physical theories it has always been assumed either that this interaction is negligibly small, or else that its effect can be eliminated from the results by calculations based on ‘control’ experiments. This assumption is not permissible in atomic physics ...

78. I am highly sympathetic to Roberto Esposito’s vision of a ‘semipermeable self able to interact with others’. Esposito, above n xx, 165. The conception of semi-permeability enables a shift from a ‘destructive — and self-destructive — reading of the immune system’ towards a ‘process-based conception of identity as a system open to the challenges of the outside world, and indeed ultimately formed by them [in a] complex function of immune tolerance’. at 165–6. However, though I endorse the notion of semi-permeability and would see the porousness of boundaries as equally crucial, the notion of immune tolerance presupposes a negative reaction to an outside element — the underlying epistemology of atomism is not altered, though a different reaction to encounters with outside elements is envisioned. Secondly, as persuasive as Esposito’s theory is, it remains a metaphor the credibility of which is dependent upon the extent of one’s sympathy for the metaphor, whereas the new organicist approach tries to emphasise the factuality of interconnectedness. Thirdly, in terms of the desirability of the immunological metaphor, the emphasis on interior bodily and biological processes, though persuasive as the basis for a critique of social paranoia, for the same reason seems too narcissistic or, more charitably, too inward-looking a basis for a reconstructive ethics. By contrast, this new organicism would not necessarily situate others within the self or the self within others, but would state an inevitable relationship between them.

79. Chantal Thomas, ‘Critical Race Theory and Postcolonial Development Theory: Observations on Methodology’ (2000) 45 *Villanova Law Review* 1195, 1195.

starting premise for a new ethics, is informed by two insights: first, the co-origination in early modern political thought of ideas of individualism, sovereignty and a state of nature in which individuals and states are naturally free and independent; and, secondly, the the co-origination of political and scientific atomism.

As to the former, Richard Tuck's recent work has persuasively delineated the co-origination of the concepts of the state of nature and of sovereignty.⁸⁰ Moreover, this is an atomism borne, in part, of the Scientific Revolution's mechanical physics and corpuscular medicine.⁸¹ Intellectual historians have shown that the political conception of atomism, so necessary to the modern notion of individual liberty, arose at the same time as such conceptions were emerging in early modern science. For example, Nicholas Jolley has shown that Locke was influenced by Newton and Boyle. All were contemporaneous members of the English Royal Society. Locke read and corresponded with both Newton and Boyle. Newton is known as the founder of mechanical physics. Boyle's 'corpuscular hypothesis' helped to shape modern medicine.⁸²

Putting these together, there is an argument to be made that the concept of a separation amongst human beings, and between human beings and nature, arises out of an early modern frame of thought that found corollaries in scientific premises that have now been at least partially destabilised by contemporary science. Consequently, if the relationship between political and scientific atomism has been disrupted by the emergence of more recent science, it may be worthwhile considering whether such disruptions bear any implications for the fundamentals of not just the physical but also the political world. If sovereignty is premised upon an atomistic conception of the state of nature, then surely a more interconnected understanding of nature raises the question whether the basic presumption of autonomy that undergirds sovereignty should shift in favour of a politics of interdependence.

80. Tuck, above n xx.

81. See Nicholas Jolley, *Locke: His Philosophical Thought* (Oxford University Press, 1999); Peter R Anstey (ed), *The Philosophy of John Locke: New Perspectives* (Routledge, 2003).

82. Jolley, above n xx; Anstey, above n xx.

Numerous potential objections might accompany such a move. Here I want to briefly address two: the problem of interdisciplinarity and the problem of naturalistic fallacy.

A major challenge for this concept is to address the problem of interdisciplinarity and whether concepts from physics can be usefully considered as cues for social theory. A notorious scandal arose as a result of at least one example of the perils of attempting this — Alan Sokal's hoax article submitted to the journal *Social Text*.⁸³ Ironically (or alarmingly) enough for my purposes, the article was entitled 'Transgressing the Boundaries: Toward a Transformative Hermeneutics of Quantum Gravity'.⁸⁴ In a later article ('A Physicist Experiments with Cultural Studies'), Sokal wrote:

The fundamental silliness of my article lies ... not in its numerous solecisms but in the dubiousness of its central thesis and of the 'reasoning' adduced to support it. Basically, I claim that quantum gravity — the still-speculative theory of space and time on scales of a millionth of a billionth of a billionth of a billionth of a centimeter — has profound *political* implications (which, of course, are 'progressive').⁸⁵

But why was this such a ridiculous move to make? Looking to the birth of the modern era, it's quite clear that the Scientific Revolution generated profound, world-remaking, political implications. The very idea of doubt as a valid — indeed an essential — starting point in evaluating truth transformed scholarly methods not just in science but also in philosophy. It justified a decentering of religious authority that helped to fuel the drive towards the Enlightenment. There is neither anything particularly surprising about, nor anything necessarily wrong with, shifts in scientific knowledge affecting broader societal constructs of knowledge and vice versa.

83. Alan D Sokal, 'Transgressing the Boundaries: Toward a Transformative Hermeneutics of Quantum Gravity' (1996) 46–7 *Social Text* 217.

84. See Alan D Sokal, 'A Physicist Experiments with Cultural Studies' [1996] (May/June) *Lingua Franca* 62.

85. Sokal, 'A Physicist Experiments with Cultural Studies', above n xx, 3 (emphasis in original).

This relationship is not one that scientists themselves generally study. The social-scientific field of science and technology studies ('STS'), however, has developed a number of analytical tools to help explain these dynamics, such as Sheila Jasanoff's idea of co-production. STS has developed a conception of science as co-originating within broader constructs of knowledge that also shape society and politics. Notwithstanding Sokal's facetious deployment of concepts of uncertainty and interconnectedness, then, these concepts can perhaps be considered separately from his laceratingly fraudulent conclusion in the hoax piece that quantum physics proves that 'physical reality is at bottom a social and linguistic construct'.⁸⁶

Let us assume, however, that quantum physics reflects a world view framed by interconnectedness and uncertainty and that these notions have the potential of taking hold in larger society and politics. Even if this is the case, why should we adopt such a view? This is the second problem of naturalistic fallacy (the is-ought problem). Just because things 'are' a certain way, we need not conclude that they 'should' be. Such a presumption would kill any impulse towards political reform. Let's say that quantum physics does describe something important about the world. Why should we take that as the basis for aspirational ethics? In some ways this is a subtle but thornier problem than the Sokal objection to interdisciplinarity.

But the answer need not be complicated. Does is equate to ought? In a word, no. Rather than inferring a moral obligatoriness from new empirical descriptions of our physical world, we can instead take these descriptions as a cue, an invitation, to revisit basic assumptions in our political framework. We can then ask ourselves: could shifting these basic political assumptions help us to create a world that is more just?⁸⁷ If the answer is yes, then that, rather than any automatic inference from

86. Sokal, 'Transgressing Boundaries', above n xx, 217. For an example of a cautious adaptation of physics for lawyers, see Laurence H Tribe, 'The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics' (1989) 103 *Harvard Law Review* 1.

87. Could add a section here considering the question of opening borders from utilitarian and Kantian perspectives on justice. In each of these, however, answer might vary depending on whether one is considering from a global or national perspective. May only lead us back to the initial question.

empirics, is the reason to revise our basic politics. In that sense, ideas from physics or elsewhere do no more than offer us an opportunity: a set of tools with which to see our social world from a new perspective and to consider our politics in a new light.

With the above qualifications, it is my sense that we should embrace these tools. To adopt a posture of organic - that is to say, inherent - interconnectedness would necessarily change the starting point for consideration of migration law and policy and the frame for debating possibilities for reform. Such transformations might better reflect the new knowledges and sensibilities of the age.



CAPÍTULO XXXIV

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ESTATUTO DE ROMA: A NATUREZA JURÍDICA DOS ELEMENTOS DOS CRIMES E DAS REGRAS DE PROCEDIMENTO E DE PROVA

Sylvia Helena Steiner¹
Robert Carter Páret²

I. Introdução - O princípio da legalidade na normativa internacional

O princípio da legalidade não é novo na consciência da comunidade internacional, mas sua normatização como princípio fundamental de proteção aos direitos fundamentais do ser humano vem espelhado, mais recentemente, nos mais importantes documentos de proteção desses direitos fundamentais, além de ter sido definitivamente incorporado nas Constituições da maior parte dos modernos Estados democráticos.

Já no pós guerra, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos dispunha sobre o princípio da legalidade, de forma clara e inequívoca, ao estabelecer em seu artigo 15(1) que *ninguém será considerado culpado de um crime cuja ação ou omissão não constituía um ofensa criminal à época de sua comissão. Nem deverá uma pena mais grave ser aplicada que não aquela prevista na época em que a ofensa foi cometida. Se após o cometimento da ofensa a lei determinar a imposição de pena mais leve o perpetrador desta se beneficiará.* O segundo parágrafo do artigo 15 dispõe, por sua vez, que *nada neste artigo prejudicará o julgamento e condenação de qualquer pessoa por qualquer ato ou omissão que, na época de sua comissão, já eram considerados crimes de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.*

A Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais consagra o princípio da legalidade em seu artigo 7(1), ao

1. Juíza do Tribunal Penal Internacional de 2003 a 2016; Desembargadora Federal aposentada; Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.

2. J.D., American University Washington College of Law. Visiting Professional junto ao Tribunal Penal Internacional. Advogado licenciado no Estado de New York, U.S.A.

estabelecer que *ninguém será declarado culpado de qualquer crime em razão de qualquer ato ou omissão que não constituam crimes previstos na legislação interna ou internacional na data de sua comissão. Nem deverá ser imposta pena maior do que aquela prevista na data em que o ato criminal foi cometido.*

Da mesma forma, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – que antecede a Convenção Europeia – estabelece em seu artigo 9 que *ninguém poderá ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser sobre a imposição de pena mais leve, o delinquente será por ela beneficiado.*

O artigo 7(2) da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, por sua vez, dispõe que *ninguém pode ser condenado por uma ação ou omissão que não constituía, no momento em que foi cometida, uma infração legalmente punível. Nenhuma pena pode ser aplicada se não estiver prevista no momento em que a infração foi cometida. A pena é pessoal e pode atingir apenas o delinquente.*

Do acima exposto, torna-se clara a disposição estatutária do Pacto que, como instrumento universal, reconhece o princípio da legalidade de delitos e penas no cenário do direito internacional, enquanto que as Convenções regionais se atêm ao princípio tal como deve ser regulado pela lei dos Estados. Não sem motivo, portanto, o fato de que crimes internacionais assim considerados de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações, como o genocídio, os crimes de guerra, o apartheid, entre outros, tenham sido tipificados pela legislação interna dos Estados só muito posteriormente.

Tais crimes internacionais, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, vêm hoje definitivamente tipificados no corpo de normas incriminantes do Estatuto de Roma.

II. O princípio da legalidade dos delitos e das penas e seu conteúdo

O princípio da legalidade penal envolve dois conceitos principais, interligados e inseparáveis: o do *nullum crimen sine lege* e o da *nulla*

poena sine lege, e protege o direito de cada indivíduo de saber quais são as condutas definidas como crimes perante a lei e quais as sanções que serão aplicadas em caso de violação à lei penal³. Ao contrário dos Tribunais Penais Internacionais para a Extinta Yugoslavia (ICTY) e para Ruanda (ICTR)⁴, em seguida também referidos como *tribunais ad hoc*, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional codifica expressamente, em seus artigos 22 e 23, respectivamente, o princípio da legalidade dos delitos e o da legalidade das penas, e exige que o Tribunal Penal Internacional respeite esse princípio fundamental da lei penal.⁵

A proteção do princípio da legalidade, em especial do *nullum crimen sine lege*, pode dar-se de maneira apenas formal, pela qual a conduta criminalizada venha a ser descrita em lei aprovada com anterioridade e de acordo com o sistema legislativo previsto (*lex previa, lex scripta*), ou pode ainda ser substancial. Em outras palavras, diz-se formal quando tres elementos são satisfeitos: primeiro, a conduta deve ser descrita de forma clara e precisa, em todas as suas circunstâncias; segundo, a norma tipificadora deve ter existência anterior à prática delitiva; finalmente, o

3. Ver: Mariniello, Triestino, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European’s Court Jurisprudence”, 82 Nordic J. Int’l L. 221, 222 (2013).

4. Ver: Arajarvi, Noora, “Between *Lex Lata* and *Lex Ferenda*? Customary International Criminal Law and the Principle of Legality”, 15 Tilburg L. Rev. 163, 175 (2010); Olásolo, Hector, “The Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law”, 18 Crim. L. Forum 301, 303 (2007).

5. Ver artigos 22 e 23 do Estatuto de Roma, de 1998. O artigo 22 prevê o princípio do *nullum crimen sine lege* ao estabelecer: “1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal. 2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, esta será interpretada a favor da pessoa objeto de investigação, acusada ou condenada. 3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto”. O artigo 23 prevê o princípio da *nulla poena sine lege* ao estabelecer: “Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.” O artigo 77, por sua vez, descreve as penas aplicáveis e o artigo 78 estipula a forma de determinação da pena e os fatores a serem levados em consideração pelo julgador. Tais artigos são complementados pela regra 145 das Regras de Procedimento e de Prova, incluindo-se aí as circunstâncias agravantes e atenuantes da pena. Ver: Olásolo, Hector, cit. 306.

princípio vê-se protegido quando a lei é criada pelo órgão competente e através do procedimento legislativo previsto em lei.

Sob o aspecto substancial, o princípio da legalidade dos delitos somente será atendido uma vez que a lei incriminante seja estabelecida através de um conjunto de sub-conceitos, tais como os de *lex certa* e *lex stricta*. Portanto, norma escrita, promulgada com anterioridade pelo órgão legislativo competente, contendo uma definição estrita da conduta incriminada e sua respectiva sanção, proibindo-se a analogia *in malam parte*, ou seja, a que estende ou agrava a responsabilidade penal do agente⁶.

Já o princípio da legalidade das penas merece uma análise mais acurada, uma vez que a suficiência de suas disposições pode divergir de maneira substancial, já que mesmo nos sistemas legais nacionais não há consenso sobre a melhor forma de estabelecer-se a pena a ser aplicada em razão de não haver consenso sobre as finalidades mesmas das penas. No pós segunda guerra, vale lembrar que o Tribunal de Nuremberg colocava seu enfoque sobre a gravidade da conduta, para concluir que os perpetradores sabiam que suas condutas eram erradas e, portanto, mereciam a punição considerada justa⁷. Por ser tal ampla discricionariedade criticada, nos tribunais *ad hoc* iniciou-se a separação entre os princípios da legalidade dos delitos e o das penas, cuidando do que Kai Ambos chamou de “*moderate approach*”, definindo seus Estatutos ao menos a pena máxima a que um acusado poderia ser condenado⁸. À semelhança, no regime de penas do Estatuto de Roma se estabelece, em seu artigo 77(1), que o Tribunal poderá aplicar pena de reclusão por um número determinado de anos, até o limite máximo de 30 anos, bem como pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

6. Ver: Bufalini, Allesandro, “The Principle of Legality and the Role of Customary International Law in the Interpretation of the Rome Statute”, 14 *Law & Prac Int'l Courts & Tribs* 233, 241 (2015).

7. Ver: Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law*. vol. II: The Crimes and Sentencing (2014) p.275; Schabas, William, “Penalties” in *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary*. Cassese, A., Gaeta, P. e Jones, J.R.W.D. (org), 2002, p. 1498.

8. Ver: Ambos, Kai, cit., pp.275-276.

O primeiro *Draft* do Estatuto, preparado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 1994, estabelecia a pena máxima a que um acusado poderia ser condenado e os fatores específicos que os juízes deveriam levar em conta ao aplicar a pena⁹. Muitos comentaristas notaram as dificuldades que os *drafters* tiveram ao tentar prever igualmente uma pena mínima para os delitos ou mesmo penas distintas para distintos delitos¹⁰. Após seguidas negociações entre as delegações, optou-se no seio do *Working Group on Penalties* deixar a fixação de uma pena mínima à discricionariedade dos juízes, tendo-se em vista as concretas considerações sobre o fatores agravantes e atenuantes¹¹.

Assim, apesar de ser inequívoca a conclusão de ter optado, o legislador, por um regime de penas que contempla uma extensa discricionariedade judicial, vê-se que o artigo 78 do Estatuto¹², ao lado da regra 145 das Regras de Procedimento e de Prova¹³ limitam, de uma certa maneira, e dirigem, por outro lado, o exercício dessa discricionariedade.

No cenário internacional, como veremos adiante, o princípio da legalidade é interpretado de forma mais flexível, dadas as circunstâncias específicas dos crimes internacionais. Por tal razão, vê-se que muitas das condutas típicas atendem ao princípio apenas na sua adequação formal. A nosso ver, não se pode esperar do legislador internacional – em geral representantes de Estados com distintos sistemas jurídicos e distintas interpretações acerca do fenômeno criminal – que estabeleça de maneira estrita todas as possíveis condutas que possam ocorrer no

9. Draft Statute for an International Criminal Court. Ver: Schabas, William, cit. p.1499.

10. Ver: Feife, Rolf Einar, “Penalties”, in *The International Criminal Court – the Making of the Rome Statute*. Lee, Roy S. (org), 1999, pp. 300-332, at 323. No mesmo sentido: Schabas, William, cit. p.1502.

11. Ver: Feife, Rolf Einar, cit. p. 333; e Schabas, William, cit., p. 1509.

12. Artigo 78: Determinação da pena. (1) Na determinação da pena o Tribunal atenderá, em harmonia com as Regras de Procedimento e de Prova, a fatores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do acusado.

13. Regra 145: Determinação da pena. (1)(...)(c) além dos fatores mencionados no artigo 78(1), levar em consideração, entre outros, a extensão do dano causado, em particular o dano causado às vítimas e suas famílias, a natureza da conduta ilícita e os meios empregados para praticar o crime; o grau de participação das pessoas condenadas; o grau do dolo; as circunstâncias de maneira, tempo e lugar; a idade e a educação, e as condições sociais e econômicas da pessoa condenada. Os parágrafos (2)(a) e (b) elencam as circunstâncias atenuantes e as agravantes, respectivamente.

cenário internacional, mutante e em constante evolução por sua própria natureza. Basta lembrar que somente em 2010 a Assembleia dos Estados Partes no Estatuto de Roma se viu capaz de descrever tipicamente o crime de agressão¹⁴, previsto no rol de crimes do artigo 5 do Estatuto desde sua aprovação em 1998. Basta lembrar igualmente o quão recentes são as previsões legais em instrumentos internacionais a respeito de crimes ambientais, do crime de apartheid, dos crimes informáticos. Assim, e em que pese a previsão de proteção ao princípio da legalidade no próprio Estatuto de Roma, ainda há determinadas condutas típicas às quais se pode atribuir a qualidade de ‘tipos penais abertos’, ou atos ou omissões não clara e estritamente definidos no Estatuto ou na lei¹⁵. Diante desse quadro, e a fim de conformar-se ao princípio da legalidade e para que o direitos dos acusados sejam efetivamente protegidos, os juízes do Tribunal devem encontrar o equilíbrio necessário entre o dever previsto do artigo 22(2), que proíbe o recurso à analogia ou à interpretação extensiva dos tipos penais e prevê a solução de ambiguidades em favor do acusado, com a determinação do conteúdo de determinados tipos penais abertos que possam levar à responsabilização penal de uma pessoa. É aqui que os Elementos dos Crimes¹⁶ atuam de forma

14. Emenda ao Estatuto de Roma aprovada pela AEP através da Resolução ASP/RC/Res.6, de 11 de junho de 2010. O crime de agressão vem agora descrito no artigo 8 *bis* do Estatuto.

15. Ver, a exemplo, o artigo 7(1)(g) que qualifica como crime contra humanidade *qualquer forma de violência sexual de gravidade comparável* ou artigo 7(1)(k), que tipifica o crime de *outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental*. Ver também, como exemplo, os crimes de guerra previstos nos artigos 8(2)(a) , *graves violações às Convenções de Genebra*, ou 8(2)(b)(xxi) e 8(2)(c)(ii), *ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes ou degradantes*.

16. Artigo 9 do Estatuto de Roma: 1. *Os Elementos dos Crimes, que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6, 7 e 8 do presente Estatuto, deverão ser adotados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes*. O anexo dos Elementos dos Crimes foi aprovado na primeira sessão da Assembleia dos Estados Partes no Estatuto de Roma, realizada em New York de 3 a 10 de setembro de 2002. Na mesma sessão foram aprovadas as Regras de Procedimento e de Prova, tal como previsto no artigo 51 do Estatuto Ver : *Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, 30 September 2002, United Nations Publications*. Na Conferência de Kampala, em 2010, na qual aprovou-se a introdução da descrição típica do delito de

decisiva não somente provendo os Juízes dos elementos necessários para a perfeita adequação da conduta ao tipo criminalizante, como ainda permitindo ao acusado o potencial o conhecimento prévio das condutas e circunstâncias que implicarão em responsabilidade penal. Portanto, o princípio da legalidade, em nosso entendimento, só será atendido, no sistema do Estatuto de Roma, se os Elementos dos Crimes forem considerados integrantes do tipo penal e portanto de aplicação obrigatória pelo julgador. Da mesma forma, a discricionariedade judicial em relação à aplicação da pena só estará conforme ao princípio da legalidade enquanto se sujeite aos ditames do artigo 78 do Estatuto e à regra 145 das Regras de Procedimento e de Prova.

III. O princípio da legalidade no Tribunal Penal Internacional

O princípio da legalidade, como visto acima, engloba necessariamente dois princípios gerais em matéria penal, destinados a proteger as pessoas contra qualquer indevida ou imprópria interferência da lei penal na esfera de liberdade individual: o princípio do *nullum crimen sine lege*, e o princípio da *nulla poena sine lege*. Não há crime que não esteja descrito em lei, e não há sanção que não aquela prevista em lei. O princípio da legalidade exige que os atos ou omissões proibidas, e as sanções respectivas, sejam pré estabelecidas em lei aprovada de acordo com o devido processo legislativo, que, no plano interno, é a lei ordinária aprovada de acordo com o processo previsto na Constituição e, no plano internacional, um tratado devidamente ratificado por um Estado no exercício de sua soberania¹⁷. Em sua aplicação, o princípio da legalidade do crimes permite que qualquer conduta que não seja proibida seja considerada permitida¹⁸, e o princípio será violado toda

agressão (artigo 8 *bis*) no Estatuto de Roma, os Elementos dos Crimes foram igualmente emendados. Ver: *Official Records of the Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 31 May-11 June 2010, International Criminal Court Publication, RC/11*.

17. Ver: Olásolo, Hector, "The Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law", 18 *Crim. L. Forum* 301, 302 (2007).

18. Em seus comentários às Convenções de Genebra, em 1987, a Cruz Vermelha chama a atenção para a aplicabilidade, no direito humanitário, da chamada 'Cláusula Martens', segundo a qual *enquanto um conjunto exaustivo de normas codificadas não é possível, nos casos não regulados em lei (ou tratado) os civis e os beligerantes per-*

vez que lei posterior se aplique à conduta que até então fora permitida¹⁹. O princípio vem codificado no artigo 22 do Estatuto de Roma.

O segundo conceito interligado ao princípio da legalidade, no Estatuto de Roma, vem previsto no artigo 23, segundo o qual *qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida de acordo com seus termos*. O princípio da *nulla poena sine lege* é, na verdade, corolário do princípio do *nullum crimen sine lege*, uma vez que proíbe a imposição de qualquer pena que não aquela prevista para a conduta no momento da prática delitiva²⁰. Consagra a regra de não retroatividade da norma mais gravosa, e de ultraatividade da norma mais benéfica. Assim prevêm, como visto acima, os tratados internacionais de proteção aos direitos fundamentais da pessoa.

O Estatuto de Roma entrou em vigor em 1 de julho de 2002. Portanto, como primeira regra de jurisdição do Tribunal Penal Internacional, e em atenção ao princípio da legalidade, a jurisdição só poderá ser exercida sobre atos ou omissões perpetrados após a entrada em vigor do instrumento legal que codificou as condutas proibidas. A regra vem claramente estipulada no artigo 24 do Estatuto, segundo o qual *nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto*. Por condutas anteriores àquela data, portanto, o Tribunal padece de falta de jurisdição e de legitimidade para investigar e julgar uma violação à lei criminalizadora²¹. Em suma, na aplicação da lei penal, quer a esfera interna dos Estados quer a esfera internacional estão sujeitas ao princípio da legalidade – que engloba o princípio da irretroatividade da lei penal incriminante

manecem sujeitos à proteção e às regras que regem as normas das Nações, pois estas resultam dos usos e costumes estabelecidos entre os povos civilizados, das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública. Desta forma, a Cláusula Martens é considerada parte do direito costumeiro internacional, e por ela se impede a aplicação do princípio de que o que não é proibido explicitamente é permitido.

19. Ver: Bufalini, Allesandro, “The Principle of Legality and the Role of Customary International Law in the Interpretation of the Rome Statute”, 14 *Law & Prac Int’l Courts & Tribs* 233, 241 (2015).

20. Ver: Swart, Mia, “Legality as Inhibitor: The Special Place of *Nullum Crimen Sine Lege* in The Jurisprudence of International Criminal Tribunals”, 30 *S. Afr. Y.B. Int’l L.* 33, 35 (2005).

21. Ver: Hector Olásolo, cit, p. 306.

- e toda pessoa suspeita ou acusada de violar a lei penal tem tal direito fundamental garantido²².

O Estatuto de Roma vai mais além, uma vez que a entrada em vigor do Estatuto, em julho de 2002, é apenas um dos marcos temporais limitadores do exercício da sua jurisdição. O artigo 126(2) estabelece que a entrada em vigor para os Estados que ratificaram o Estatuto após aquela data ocorre *no primeiro dia do mes seguinte ao termo de um periodo de 60 dias após a data do depósito do respectivo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão*. Sem adentrarmos mais detalhadamente nas regras de jurisdição do Tribunal, basta dizer que *o artigo 11 do Estatuto de Roma trata exclusivamente da competência 'rationae temporis' do Tribunal Penal Internacional. E o faz de forma simples, direta e objetiva: o parágrafo (1) estabelece que o Tribunal tem competência apenas sobre os crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto de Roma. No parágrafo (2) é estabelecido que se um Estado se tornar parte no Estatuto após sua entrada em vigor, o Tribunal somente pode exercer sua jurisdição sobre crimes cometidos nesse Estado ou por nacionais desse Estado após a entrada em vigor do Estatuto nesse Estado (nos termos do artigo 126(2), a menos que este faça uma declaração nos moldes do artigo 12(3), em que aceite a jurisdição retroativa sobre fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Estatuto para esse Estado*. É sempre necessário lembrar, no entanto, *que em nenhuma hipótese pode o Tribunal ter jurisdição sobre fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Estatuto de Roma, ou seja, 1 de julho de 2002*²³. Vê-se claramente que o Estatuto, quer no capítulo dedicado aos princípios gerais de direito penal (artigo 22) quer na regulação das suas competências (artigos 11 e 12), torna inequívoca a aplicação do princípio da legalidade quer do ponto de vista formal quer do ponto de vista procedimental.

A fim de codificar tal extensão dada ao princípio da legalidade, o Estatuto de Roma, em seu artigo 21, estabelece uma clara hierarquia entre as fontes de direito aplicáveis pelo Tribunal ao lidar com condutas perpetradas a partir de 1 de julho de 2002. Assim é que, em primeiro

22. Idem, p. 301 .

23. Ver: Steiner, Sylvia, "Competência do Tribunal Penal Internacional", in *O Tribunal Penal Internacional – Comentários ao Estatuto de Roma*. Steiner, S. e Caldeira Brant, L. (coord.) Del Rey, 2016, pp. 267-284.

lugar, aplica-se o Estatuto, os Elementos dos Crimes e as Regras de Procedimento e de Prova (artigo 21(1)). Quando tais fontes primárias não cobrirem o objeto sob exame, o Tribunal aplicará os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo-se os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados (artigo 21(2)²⁴). Assim, duas conclusões podem ser tiradas do texto legal: a primeira, no sentido de que os Elementos dos Crimes e as Regras de Procedimento e de Prova, ao lado do Estatuto, constituem fontes primárias da lei a ser aplicada ao caso concreto; a segunda, no sentido de que a integração das fontes primárias pelos tratados e normas de direito internacional aplicáveis, em especial os que regulam o direito internacional dos conflitos armados, não ofende o princípio da legalidade estrita no campo do direito penal internacional.

IV. Os tipos penais abertos e as penas indeterminadas no Estatuto de Roma

Enquanto que o princípio da legalidade exige que o ato ou omissão puníveis devam estar definidos e sancionados antes de sua ocorrência para que alguém possa ser julgado criminalmente, o princípio não impede que os juízes tenham certa flexibilidade na interpretação e aplicação da lei criminalizante. O próprio artigo 10 do Estatuto de Roma prevê que *nada no presente Capítulo* (o Capítulo II do Estatuto, que trata da competência, da admissibilidade e do direito aplicável) *deverá ser interpretado de maneira a limitar ou afetar, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento no direito internacional (...)*. Os juízes do Tribunal deverão, portanto, levar em conta a natureza progressiva do direito penal internacional, do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário, entre outros, ao mesmo tempo em que garantem a proteção dos direitos fundamentais da pessoa suspeita ou acusada – a começar pelo princípio da legalidade – durante todo o procedimento.

Como antecipamos, a lei penal internacional nem sempre pode ter definições estritas para cada crime que descreve, até mesmo para evitar que condutas igualmente graves, ainda que não descritas de forma precisa,

24. Ver, como referido anteriormente, a aplicação da chamada ‘Cláusula Martens’.

sejam excluídas da apreciação dos Tribunais. A lei penal internacional não surge do vácuo, mas sim decorre de negociações extremamente sensíveis e complexas que têm lugar nas esferas diplomáticas²⁵. Não é por outra razão que o redatores do Estatuto de Roma criminalizaram certas condutas consideradas como ‘tipos abertos’, não estritamente definidos, a fim de permitir ao Tribunal exercer sua função de prevenção geral enquanto os conflitos modernos e a crueldade humana assumem novos e diferentes contornos. Seria virtualmente impossível a uma Corte internacional prever em detalhes, de maneira clara e estrita, todas as possíveis condutas humanas passíveis de colocar em risco a paz e a sobrevivência da própria humanidade e que, por sua gravidade, não poderiam ficar impunes²⁶.

Assim é que, a exemplo, o artigo 7(1)(g) do Estatuto criminaliza a prática de *‘qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável’*, depois de haver descrito as condutas de estupro, agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada. Neste caso, os Elementos os Crimes apresentam os elementos das condutas de uma maneira mais elaborada, ainda que não suficiente para descrever em minúcias as possíveis condutas puníveis, mas suficientes para integrar quer os tipos penais explícitos quer os abertos.

Ainda no capítulo de crimes contra a humanidade, o crime de perseguição, previsto no artigo 7(1)(h) do Estatuto, descreve a conduta de *‘perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificada, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou qualquer outro crime de competência do Tribunal’*; a referência, na descrição típica penal, de *‘outros critérios*

25. Ver: Swart, Mia, “Legality as Inhibitor: The Special Place of *Nullum Crimen Sine Lege* in the Jurisprudence of International Criminal Tribunals”, 30 S. Afr. Y.B. Int’l L. 33, 34 (2005), citando Bassiouni and Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (1996), pg. 288

26. Ver o Preâmbulo do Estatuto de Roma. Ver ainda: Arajarvi, Noora, “Between *Lex Lata* and *Lex Ferenda*? Customary International Criminal Law and the Principle of Legality”, 15 Tilburg L. Rev. 163, 174 (2010).

universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional’ seria totalmente desprovida de qualquer garantia ao princípio da legalidade não fora complementada pelos diversos parágrafos e notas do artigo 7(1)(h) dos Elementos dos Crimes, que determinam, entre outros, que a conduta ‘*deve privar, de maneira grave, uma ou mais pessoas de seus direitos fundamentais*’, que ‘*a conduta tenha sido cometida em conexão com qualquer ato descrito no artigo 7(1) do Estatuto ou qualquer outro crime de competência do tribunal*’, e que, ‘*devido à natureza complexa do delito, deve reconhecer-se que sua comissão envolva normalmente mais de um autor e seja parte de um plano comum*’. No nosso entendimento, não será possível atribuir-se a alguém prática de delito de perseguição se os elementos acima enumerados não forem igualmente demonstrados para além de qualquer dúvida razoável, o que, a nosso ver, confirma serem os Elementos dos Crimes parte integrante – e portanto de aplicação obrigatória – dos tipos penais previstos no Estatuto.

Da mesma maneira, o artigo 7(1)(k) do Estatuto de Roma criminaliza ‘*outros atos desumanos de caráter similar que causem grande sofrimento, ou lesões sérias à saúde física ou mental*’. O tipo aberto complementa a descrição típica de condutas elencadas nos incisos anteriores, tais como a tortura, a perseguição, o desaparecimento forçado, o apartheid. Aqui também, o recurso aos Elementos dos Crimes guia o julgador na elaboração típica destas ‘outras condutas’, razão a mais para que se considere que os Elementos dos Crimes, enquanto complementos às condutas tipificadas nos artigos 6 a 8 do Estatuto de Roma, sejam vistos como tendo a mesma natureza mandatória destes últimos, já que sem a sua função complementar à descrição típica dos delitos o princípio da legalidade estaria sendo significativamente enfraquecido²⁷.

É interessante mencionar que, no elenco de crimes de guerra trazido pelo artigo 8 do Estatuto inclui-se a figura penal de ‘*ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes*’, tanto em conflitos de caráter internacional como em conflitos e caráter não internacional²⁸. Apenas sob a elaboração típica

27. Elementos dos Crimes, artigo 7(1)(k), e nota 30: Deve-se entender por ‘caráter’ a natureza e a gravidade do ato.

28. Estatuto de Roma, artigos 8(2)(b)(xxi) e artigo 8(2)(c)(ii), respectivamente.

do Estatuto, uma miríade de condutas poderia adequar-se à descrição penal, todas englobadas pelas noções de ‘ultrajar’, ‘humilhar’, ‘dignidade’. Assim, um acusado julgado por uma dessas condutas teria uma salvaguarda bastante enfraquecida do princípio da legalidade. No entanto, ao se introduzir de forma mandatária os elementos e circunstâncias previstos nos Elementos dos Crimes, o acusado só pode incorrer na conduta se tais atos forem ‘de natureza severa’, ‘de gravidade tal que seja reconhecida em sua generalidade como um ultraje à dignidade da pessoa humana’, e que estes elementos devem ‘levar em conta os aspectos relevantes do *background* cultural da vítima’²⁹.

Assim, pode-se dizer que é através da interpretação e aplicação das normas incriminantes contidas nos chamados ‘tipos abertos’, interpretados em conjunto com os Elementos dos Crimes, que o Tribunal contribui para o desenvolvimento da lei penal internacional, assegurando a adequada consecução dos objetivos e propósitos do Estatuto de Roma – o de acabar com a impunidade dos mais sérios crimes que concernem a toda a humanidade.

V. O papel dos Elementos dos Crimes e das Regras de Procedimento e de Prova

A interpretação e aplicação dos chamados ‘tipos penais abertos’ do Estatuto de Roma depende, em grande parte, de uma clara e precisa descrição dos demais tipos penais previstos no Estatuto, pois destas descrições aquelas são complementares e dependentes a fim de que se assegure o respeito ao princípio da legalidade. Não por outra razão o artigo 9(1) o Estatuto estabelece que os Elementos dos Crimes *devem* assistir o Tribunal na interpretação e aplicação dos artigos 6, 7, 8 e 8 bis do Estatuto³⁰.

29. Elementos dos Crimes, artigo 8(2)(b)(xxi)(1) e nota 49, e Elementos dos Crimes, artigo 8(2)(c)(ii)(2) e nota 57.

30. Na versão oficial em inglês, *Elements of Crimes shall assist the Court (...)*. Na versão oficial em francês, entretanto, tal redação não se vê espelhada, uma vez que somente indica que *Les éléments des crimes aident la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7, 8 et 8 bis (...)* Iguualmente a versão oficial em espanhol somente prevê que *Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis (...)*.

Também em relação à aplicação das penas não deixou o legislador, à semelhança do Estatuto do Tribunal de Nuremberg³¹, à absoluta discricionabilidade dos juízes a aplicação *in concreto* da pena para cada delito perpetrado.

Lembramos que o artigo 21(1) do Estatuto estabelece que o Tribunal *deverá aplicar, em primeiro lugar*, o Estatuto, os Elementos dos Crimes e as Regras de Procedimento e de Prova enquanto que, no artigo 21(2), estabelece que o Tribunal *poderá* aplicar outros princípios e normas de direito. Vê-se portanto que o legislador utilizou o comando mandatório *deverá* de forma a diferenciá-lo claramente do comando discricionário *poderá*, dentro do mesmo artigo de lei. A nomenclatura não é, portanto, aleatória como pretendem alguns.

Entretanto, reconhece a doutrina a dificuldade em estabelecer-se a exata relação entre o Estatuto e os Elementos dos Crimes, apontando-se que desde as negociações do Estatuto tal relação gerou divergências entre os *drafters*³². A redação final do artigo 9(1), como visto acima, nos distintos idiomas oficiais em que o Estatuto vem publicado, é prova maior dessas divergências. Não compartilhamos, de qualquer modo, o entendimento de parte da doutrina que afirma que atribuir aos Elementos dos Crimes uma obrigatoriedade de aplicação seria o mesmo que reconhecer que a descrição típica dos crimes no Estatuto não estaria em conformidade com o princípio do *nullum crimen sine lege*³³. O argumento nos parece pouco consistente.

Por outro lado, é certo que um exame mais apurado dos *travaux préparatoires* demonstra que o legislador aparentemente não pretendia que os Elementos dos Crimes fossem de aplicação obrigatória, ou parte da definição legal os crimes descritos no Estatuto. Daí, é inegável a inconsistência entre os próprios textos estatutários contidos nos artigos 9(1) e 21(1) (a), um afirmando que os Elementos dos Crimes deverão “assistir” os juízes na aplicação da lei, e o outro afirmando que os Elementos dos

31. O artigo 27 do Estatuto de Nuremberg previa que o *Tribunal terá o direito de impor ao acusado, como condenação, a pena de morte ou qualquer outra que este determine ser a pena justa*.

32. Ver: Bitti, Gilbert, “Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC”, in Stahn, Carsten (org), *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford, 2015, pp.412-443, at 421.

33. *Idem*, p. 421.

Crimes são fonte primária da lei que “deve” ser aplicada pela Corte. A conclusão é no sentido de que maioria das delegações não desejava que houvesse nenhum *binding element* que não as disposições estatutárias, e a linguagem encontrada para a formulação do artigo 9(1) foi a única que alcançou aceitação por todos³⁴. Ainda assim, a nosso ver, a inconsistência do artigo 9(1) com o artigo 21(1)(a) do Estatuto permanece, e não nos parece de pacífica aceitação da tese de que os Elementos dos Crimes, tal como previsto no artigo 9(1), servem apenas para *assistir* os juízes, não passando portanto de uma ferramenta para auxiliar na interpretação da lei. Há quem preconize que a própria linguagem do artigo 9(3) do Estatuto, ao prever que *os Elementos dos Crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto*, assim como o artigo 51(5) do Estatuto, ao prever que *em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e as Regras de Procedimento e de Prova, o Estatuto prevalecerá*, já seria suficiente para demonstrar a prevalência do Estatuto sobre os dois anexos, e a impropriedade de tê-los como fontes primárias equivalentes da lei³⁵.

O argumento, aqui também, não nos parece livre de críticas. O Estatuto, ao referir-se às Regras de Procedimento e de Prova, aduzi em seu artigo 51(5) que *em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e a Regras de Procedimento e de Prova, o Estatuto prevalecerá*. Não nos parece, entretanto, que a previsão de uma norma de solução de conflitos aparentes ou reais entre as fontes primárias da lei implique, por si só, no reconhecimento da supremacia de uma sobre as outras.

VI. Aplicação do princípio da legalidade dos delitos pelo Tribunal

A jurisprudência do Tribunal já consagrou em mais de uma ocasião a interpretação do princípio da legalidade frente ao Estatuto e aos

34. Ver: Von Hebel, Herman, “The Making of Elements of Crimes”, in Lee, Roy. S. (org) *The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Transnational, 2001, pp.1-18, at p.8

35. Ver: Hochmayr, Gudrun, “Applicable Law in Practice and Theory”, 12 J. Int’l Criminal J. 655 (2014); Ver também: de Guzman, Margaret McAuliffe, “Article 21”, in Triffterer, Otto (org), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law: Observers Notes, Article by Article*. 2nd ed. 2008, p. 705; Bitti, Gilbert, “Article 21”, in Carsten, Stahn, cit., p.421.

Elementos dos Crimes. A Câmara Preliminar I, no caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, na decisão de confirmação das acusações³⁶ (artigo 61 do Estatuto) teve que analisar a alegação da defesa que consistia em não saber, o acusado, da existência de uma proibição de alistar e utilizar menores de 15 anos nas hostilidades, e que por tal conduta poderia incorrer em responsabilidade penal perante o Estatuto. O acusado declarara não conhecer a norma criminalizante. A Câmara, entretanto, rechaçou a alegação, uma vez que a República Democrática do Congo havia ratificado o Estatuto de Roma e as Convenções de Genebra ao tempo das alegadas condutas. Assim, e como a ninguém é permitido alegar desconhecimento da lei, a Câmara entendeu não haver qualquer violação ao princípio da legalidade uma vez que este não se dirigia ao conhecimento do alegado autor sobre a existência de norma incriminante, sendo obviamente um elemento objetivo referente à existência ou não dessa mesma norma incriminante. Por outro lado, na mesma decisão, a Câmara Preliminar estendeu o conceito de ‘forças armadas nacionais’, previsto no artigo 8(2)(b)(xxvi), para nele incluir as forças rebeldes comandadas pelo acusado. Para muitos autores, a Câmara, ao fazê-lo, teria recorrido à analogia e, destarte, descumprido o princípio da legalidade estrita e a proibição da utilização da analogia in *malam partem*, previstas no artigo 22(2) do Estatuto³⁷.

É certo que jurisprudência do Tribunal, em determinados casos, tem tido dificuldades em dar ao artigo 9(1) uma interpretação definitiva.

36. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, 29 de janeiro de 2007, ICC-01/04-01/06-803, paras. 803-813.

37. O crime de alistar e utilizar menores de 15 anos nas “forças armadas nacionais” é previsto para as situações de conflitos armados internacionais, conforme artigo 8(2)(b)(xxvi). Nas situações de conflitos armados de caráter não internacional, o Estatuto prevê como crime o recrutamento e utilização de menores de 15 anos em uma “força armada ou grupo”, nos termos do artigo 8(2)(c)(vii). Na decisão de confirmação das acusações, a Câmara reconheceu que em parte do período sob análise o conflito havia sido de caráter internacional, e em relação especificamente a esse período não se poderia deixar fora da proteção penal os menores de 15 anos nele envolvidos. A Câmara sustentou que o conceito de “forças armadas nacionais” não se equiparava ao de “exército nacional” e que portanto, mesmo durante conflitos armados de caráter internacional os menores de 15 anos recrutados e alistados por bandos ou milícias são englobados pelo conceito de “forças armadas nacionais” para o fim de alcançarem a proteção da lei penal.

Nesse sentido, vale mencionar a ordem de prisão expedida pela Câmara Preliminar I contra Omar Al Bashir³⁸, na qual a maioria dos Juízes da Câmara Preliminar I expressou-se no sentido de ser obrigatória a aplicação dos Elementos dos Crimes, a fim de cumprir-se com o objeto e propósito do artigo 9(1) do Estatuto, que consiste em implementar o princípio do ‘*nullum crimen sine lege*’. Tal princípio, segundo a maioria, vem expresso no artigo 22, e proporciona uma certeza legal sobre o conteúdo da definição do crime tal como expressa no Estatuto. Para a maioria, na mencionada decisão, se a aplicação dos Elementos dos Crimes fosse entendida como de aplicação discricionária, a salvaguarda estabelecida no artigo 22 seria significativamente enfraquecida³⁹.

No ICTY, a Câmara de Apelações analisou pela primeira vez o princípio da legalidade no caso *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, no qual concluiu que a razão pela qual aquele Tribunal era competente para aplicar a lei costumeira internacional residia no fato de que uma das partes envolvidas no conflito não seria signatária de um tratado específico que cuidasse da matéria. Assim, os atos e omissões de um acusado poderiam ser analisados sob as lentes do direito consuetudinário internacional ou qualquer outro tratado que fosse considerado *binding* para as partes no conflito ao tempo da alegada ofensa, desde que tal análise não contrariasse uma ‘norma peremptória de direito internacional’⁴⁰. O princípio da legalidade estendeu-se, portanto, para além das descrições típicas trazidas pelo Estatuto daquele Tribunal, para acolher igualmente as figuras penais reconhecidas pelo direito consuetudinário internacional ou por tratados internacionais relativos às matérias sob julgamento.

38. *Prosecutor v. Omar Hassam Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassam Ahmad Al-Bashir, 4 de março de 2009, ICC-02/05-01/09-3, paras 124, 126, 128-133.

39. Nessa decisão, a Maioria enfatizou que ambos, os Elementos dos Crimes e as Regras de Procedimento e de Prova, devem ser aplicados obrigatoriamente, uma vez que fazem parte das fontes primárias da lei, ao lado do Estatuto, nos termos do artigo 21(1), a não ser que sejam “irreconciliáveis” com este último (para. 128). O Voto vencido expressou que os Elementos dos Crimes não seriam de aplicação obrigatória, sendo a definição típica dos delitos apenas aquela trazida pelos artigos 6 a 8 do Estatuto (Separate and Partly Dissenting Opinion, para. 18).

40. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de outubro de 1995, IT-94-1-AR72, para. 143. Ver também: Olásolo, Hector, cit., p.314.

Igualmente no caso *The Prosecutor v. Delalic et al.*, o ICTY debruçou-se sobre o princípio da legalidade nos procedimentos penais internacionais, reconhecendo ser o princípio interpretado de forma distinta daquela preconizada perante tribunais nacionais, uma vez que a lei internacional deve equilibrar os direitos do acusado com a preservação da ordem mundial⁴¹. A Câmara de Julgamento discutiu quais elementos dos crimes aplicar-se-iam às condutas do acusado. Ao fazê-lo, a Câmara concluiu que a lei costumeira era aquela a ser aplicável à conduta do acusado perante o ICTY, uma vez que o Conselho de Segurança (que criou o ICTY por resolução) não seria um órgão legislativo e portanto não poderia criminalizar condutas. Dessa forma, ainda que a Câmara de Julgamento tenha reconhecido o princípio da legalidade em toda a sua extensão e especificidade, concluiu afinal que não violaria tal princípio a adoção da lei consuetudinária internacional na definição dos elementos os crimes em procedimentos penais internacionais, e que o Tribunal estaria autorizado a valer-se de fontes de direito não explicitamente codificadas, tais como a lei costumeira ou os princípios gerais de direito⁴². Desta forma, o precedente mencionado é no sentido de que o princípio da estrita legalidade, enquanto *lex scripta e lex stricta*, pode não ser aplicado em toda sua extensão nos procedimentos penais internacionais, uma vez que se reconhece a estrita legalidade da lei costumeira e dos princípios gerais de direito internacional.

VII. Aplicação do princípio da legalidade das penas pelo Tribunal

Ao tratarmos do princípio da *nulla poena sine lege*, não há como deixar de reconhecer-se que, nesse campo, a matéria foi e sempre continuará a ser das mais controversas, uma vez que indissociável do *approach* que se tenha a respeito das funções e finalidades da sanção penal. Entre *os propósitos e finalidades das penas que têm sido discutidas na teoria legal e na prática, e igualmente no contexto da justiça*

41. *The Prosecutor v. Delalic et al*, Judgment, 16 de novembro de 1998, IT-96-21, paras. 402-407. Ver também: Van Schaak, Beth, “*Crimen sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*”, 97 *Geo.L.J.* 119, 135(2008).

42. *The Prosecutor v. Delalic et al*, cit., paras. 402-419. Ver também: Van Shaack, Beth, cit., idem.

*internacional, encontramos a retribuição, a prevenção geral, o poder intimidador, a prevenção individual, a reabilitação do criminoso e sua reinserção no meio social, a proteção da sociedade, a reconciliação coletiva e reparativa às vítimas*⁴³. Conclui-se portanto que que a diversidade de culturas legais e perspectivas políticas ou de política criminal, além de questões filosóficas mais profundas acerca do próprio direito de punir, demonstram a dificuldade em se chegar a um acordo, no sistema internacional, sobre as penas a serem aplicáveis e a forma de sua aplicação aos casos concretos.

Nos Tribunais *ad hoc*, a exemplo, firmou-se o entendimento no sentido de que, na esfera do direito penal internacional, as finalidades principais da pena só poderiam ser a retribuição, em primeiro lugar, e a dissuasão (o chamado *deterrent effect*), de outro, já que a idéia de ‘reabilitação’ muito mais se adequaria aos crimes ditos domésticos e o caráter em geral individual do envolvimento dos acusado na prática criminosa⁴⁴.

Assim, não é difícil entender-se a razão pela qual optou o legislador do Estatuto de Roma por um sistema de penas que prevê *um modelo geral de penas para todo o Estatuto(...)* segundo o qual *a inexistência de cominação de pena específica para cada crime leva à conclusão de que a hierarquia de gravidade entre os crimes dá-se pela aplicação da pena em concreto, e não pela pena em abstrato. (...) O Estatuto de Roma reservou aos juízes a precisa definição da gravidade do crime ao dispor, no artigo 78, que a dosimetria da pena deverá levar em consideração as circunstâncias individuais da pessoa condenada e a gravidade do crime*⁴⁵.

43. Ver: Fife, Rolf Einar, Penalties, in *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute*. Lee, Roy S. (org), Kluwer Law International, 1999, pp. 319-343 at 320.

44. *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgment and Sentence. ICTR-96-3-T, 6 de dezembro de 1999, para.456, que deixa expresso que *as penas impostas a uma pessoa condenada pelo Tribunal devem ser dirigidas, de um lado, à retribuição pela conduta do acusado, que deve ver seus crimes serem punidos, mas acima disso, de outro lado, à dissuasão, ou seja, para dissuadir outros que possam se ver tentados no futuro a perpetrar tais atrocidades, mostrando-lhes assim que a comunidade internacional não tolerará sérias violações ao direito internacional humanitário e aos direitos humanos*.

45. Ver: Albuquerque Aguiar, Lucas, “Artigo 77 – Penas Aplicáveis”, in *O Tribunal Penal Internacional – Comentários ao Estatuto de Roma*. Steiner, S. e Caldeira Brant,

Para muitos autores, o fato de o Estatuto entregar o processo de aplicação da pena à ampla discricionariedade judicial faz com que este deixe de *apresentar uma racionalidade objetiva, algo que se deve sempre almejar, ainda mais de um instrumento internacional tão intensamente debatido*⁴⁶. Reconhecem no entanto, por outro lado, que ao equiparar-se a gravidade dos crimes em abstrato – todos os crimes previstos no Estatuto, em regra, são de igual gravidade – deixam à apreciação judicial a busca da proporcionalidade da pena em relação ao crime em concreto, caso a caso, a ponto de prever o Estatuto, como uma das possibilidades que ensejam o recurso direto à Câmara de Apelações, o inconformismo que tenha por fundamento a desproporção entre a pena e o crime (artigo 81(2)(a), *o que evidencia que a proporcionalidade é a regra que deve presidir o juízo de determinação concreta da pena*⁴⁷. É aqui que a integração da regra 145 das Regras de Procedimento e de Prova se mostra mais uma vez obrigatória, uma vez que o juízo, ao determinar a pena proporcional ao crime cometido, *deverá* necessariamente levar em consideração a *gravidade do crime* e as *condições pessoais do acusado*, que vêm mais detalhadamente expressas na regra mencionada.

Até a presente data, o Tribunal Penal Internacional exarou duas decisões de aplicação da pena, uma no caso Lubanga, outra no caso Katanga⁴⁸.

Na primeira decisão, confirmada pela Câmara de Apelações⁴⁹, *a Corte demonstrou especial preocupação para com a natureza das vítimas do crime. Nesse sentido, entendeu que o crime de recrutamento,*

L. (org), Del Rey, 2016, pp.1133-1145 at 1135.

46. Ver: Estellita, Heloisa, e Mendonça, Pedro M.M., “Artigos 78 e 80: Determinação da Pena. Non Prejudice Clause”, in *O Tribunal Penal Internacional – Comentários ao Estatuto de Roma*. Steiner, S. e Caldeira Brant, L. (org), Del Rey, 2016, pp.1147-1164, at 1148.

47. Idem, p. 1150.

48. No momento da elaboração deste artigo a Câmara de Julgamento III estava em deliberações sobre a pena a ser aplicada no caso *The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, considerado culpado, por decisão exarada aos 21 de março de 2016, pelo crimes de guerra de assassinato, estupro e pilhagem, e crimes contra humanidade de assassinato e estupro. Ver: Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343.

49. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeals of the Prosecutor and of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the ‘Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute’. ICC-01/04-01/06-3122, 1 de dezembro de 2014.

*alistamento e utilização de crianças menores de quinze anos num contexto de conflito armado é especialmente grave, uma vez que tem como alvo crianças que demandam especial atenção e cuidados, em comparação com cidadãos adultos. A violação dessa necessidade de especial cuidado representaria um acréscimo de gravidade ao crime*⁵⁰. Tal especial atenção e cuidado é desde há muito reconhecida pelo direito internacional⁵¹. Portanto, a aferição judicial da concreta ‘gravidade’ do delito não é inteiramente discricionária, e deve ser fundamentada em razões de fato comprovados além de qualquer dúvida razoável e razões de direito, como mencionado acima.

Já no caso Katanga, a decisão de aplicação da pena, que transitou em julgado sem ter havido apelação⁵², apresentou alguns pontos controversos, a merecer futura discussão pela Câmara de Apelações em possíveis casos semelhantes. A Câmara de Julgamento II entendeu, a contrário da doutrina e jurisprudência majoritários, que existiria uma gradação em relação à gravidade dos delitos previstos no Estatuto, a saber, que os crimes contra a vida deveriam sempre ser considerados mais graves que os crimes patrimoniais. Estabeleceu, ainda, que o juízo de gravidade do crime deveria levar em conta critérios tanto quantitativos – a exemplo, o número de vítimas, a extensão geográfica ou temporal, o prejuízo sofrido pelas vítimas, etc... - como igualmente critérios qualitativos – tais como a forma de cometimento dos crimes (uso de machetes, o desmembramento de pessoas ainda em vida, o incêndio de casas com as vítimas dentro), entre outros – a demonstrar especial crueldade. Também o fato de o ataque ter tido motivação discriminatória foi considerado um fator a mais de gravidade dos delitos⁵³.

Destarte, trata-se de uma jurisprudência ainda em construção, mas já delineadora de determinados critérios que, ao longo do tempo, serão

50. Ver: Estellita, Heloisa, e Mendonça, Pedro M.M., cit., p.1155.

51. Ver, entre outros, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 2 de setembro de 1990, artigo 38(2) e (3); seu Protocolo Facutativo sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, de 25 de maio de 2000; Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, de 19 de novembro de 2000, artigo 3(a).

52. *Prosecutor v. Germain Katanga*, Décision relative à la peine (article 76 du Statut). ICC-01/04-01/07-3484, 23 de maio de 2014.

53. *Idem*, paras. 48-49 e 68-69.

por certo, ao lado da jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, considerados fatores de garantia ao princípio da legalidade das penas no cenário do direito penal internacional, em que pese a ausência de determinações concretas de penas (*lex certa, lex scripta*) para cada delito em qualquer dos Estatutos dos Tribunais Penais internacionais.

VIII. Conclusão

As Cortes internacionais têm entendido, como o fez em mais de uma ocasião a Corte Europeia de Direitos Humanos, que o princípio do *nul-lum crimen sine lege* exige que uma conduta considerada como crime seja claramente definida em lei, a fim de que qualquer pessoa possa saber quais os atos ou omissões que podem gerar responsabilidade penal⁵⁴. Mas, além disso, decidiu que a noção de ‘lei’ engloba elementos escritos e não escritos, e a exigência de acessibilidade e previsibilidade⁵⁵. Especificamente, determinou que a ‘previsibilidade’ exige que o legislador defina com razoável precisão os atos proibidos ou omissões e as sanções respectivas⁵⁶.

Ao determinar em outros casos específicos se uma violação do princípio da legalidade havia ocorrido, a Corte Europeia examinou se havia uma base legal clara da lei antes do cometimento da ofensa, e se a ofensa definida pela lei tinha suficiente acessibilidade e previsibilidade para que alguém pudesse saber quais atos ou omissões seriam proibidos e que eu cometimento incorreria em responsabilidade penal⁵⁷. Mais adiante, a mesma Corte enfatizou que mesmo a clareza e forma estrita com que tenha sido elaborada a lei deixa espaço para a interpretação judicial, essencial para o desenvolvimento da jurisprudência. Esclareceu que o princípio da legalidade previsto no art. 7(1) da Convenção Europeia *não deve ser lido de forma a tratar como ilegal a gradual clarificação das regras de responsabilidade penal através da interpretação judicial caso*

54. *S.W. v. United Kingdom*, Decision on the Meris, App. 20166/92, (ECtHR, 22 de novembro de 1995), para. 35; e *Kononov v. Latvia*, Judgment, App. 36376/04, (ECtHR, 17 de maio de 2010), para. 185. Ver ainda: Mariniello, Triestino, cit., p. 233.

55. *Kononov v. Latvia*, cit., para. 185.

56. Ver: Mariniello, Triestino, cit., p. 235.

57. *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, Judgment, App. 34044 355532/97, and 44801/98 (ECtHR, 22 de março de 20010, para. 51.

a caso, desde que o desenvolvimento resultante seja consistente com a essência da ofensa e pudesse ser razoavelmente previsível⁵⁸. Assim, aos juízes é permitido elaborar sobre pontos dúbios e interpretar a lei conforme às mudanças de circunstâncias, adaptando assim a lei penal a essas circunstâncias ‘mutantes’⁵⁹.

Vê-se, portanto, que o princípio da legalidade, em especial em relação a delitos internacionais – mas não restrito a estes – tem hoje uma nova leitura, muito mais detida na necessidade de ‘previsibilidade’ e ‘acessibilidade’ da descrição típica que na forma anteriormente prescrita. A lei certa, escrita e estrita, parâmetros iniciais na análise da legalidade dos delitos e das penas, vê-se acrescida das hipóteses de lei previsível e acessível, uma vez que o conteúdo do princípio da legalidade está exatamente em saber, o potencial violador da lei, quais as condutas proibidas e quais as sanções aplicáveis em caso de violação. A forma pela qual esse conhecimento pode e deve ser adquirido, e a acessibilidade da informação sobre as condutas que afrontam a lei e a sociedade como um todo adquirem, frente ao direito penal internacional, contornos que vão muito além das regras tradicionais atinentes à previsão de crimes e suas penas no direito penal doméstico.

Por tais razões, entendemos que as disposições penais trazidas no Estatuto de Roma, complementadas pelos Elementos dos Crimes e pelas Regras de Procedimento e de Prova, confirmam o respeito ao princípio da legalidade dos delitos e das penas previstos no Estatuto e nas demais regras de direito internacional trazidas pelos tratados aplicáveis e os princípios e regras de direito internacional, incluindo-se os princípios da lei internacional dos conflitos armados. A aplicação e a interpretação destas normas, de acordo com o artigo 21(3) do Estatuto, deverá ser consistente, ademais, com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

58. *S.W. v. United Kingdom*, cit. para. 36.

59. Ver: Mariniello, Triestino, cit. p.234.



CAPÍTULO XXXV

THE LONG ROAD TOWARDS AN INTERNATIONAL LEGAL ORDER

*Cesare P.R. Romano*¹

In many regards, the international law that Amaro Cavalcanti Soares de Brito and Ruy Barbosa de Oliveira, the editors and founders of the “Brazilian Society of International Law Bulletin”, studied and practiced is not much different from the one scholars of international law study and practice nowadays. In 1915, a keen observer of international law and relations, like them, would have spotted many of the signs of the world to come: international organizations; international criminal law; human rights and international courts and tribunals. These were all phenomena that were already at different stages of development in 1915. What they would have not probably imagined is the extent to which those early buds would have developed.

Looking back a hundred years it is certainly necessary to celebrate the richness, complexity and expanse of international law, one of the modern marvels. It is easy to forget that just a hundred years ago, most human beings on planet earth were mere objects, with no rights and with no chance to obtain justice. Nowadays, at least internationally, everyone is recognized a long and expanding list of rights, and there are many opportunities to obtain justice, both domestically and internationally, far more than ever in the history of humankind. Democracy and rule of law have made much progress domestically, and that progress has been accompanied, during the second half of the twentieth century, by the development of international human rights law, first, and subsequently, towards the end of the century, by a large and rapidly

1. Professor of Law and W. Joseph Ford Fellow, Loyola Law School, Los Angeles; Senior Fellow, iCourts, University of Copenhagen, and Pluricourts, University of Oslo. Director, International Human Rights Clinic, Loyola Law School, Los Angeles. This essay is based on an article previously published as Romano, C., *Can You Hear Me Now? Making the Case for Extending the International Judicial Network*, 9 Chicago Journal of International Law 233 (2009).

expanding network of international courts and tribunals to provide an array of remedies when those rights have been violated.

Yet, despite this remarkable progress, arguably much of humanity still does not have access to justice domestically, internationally, or both. Simplistically, one could say we are still “not living in a just world.”² Much less obviously, one might ask: if human rights are truly universal, how come the remedies for their violation are not universal, too? If the principle *ubi jus ibi remedium* (“where there is a right there must be a remedy”) is found in all legal systems of the world, be they civil law, common law, or customary or religious law, and, thus, it is a principle of law “recognized by all civilized nations,”³ how could it be that availability of remedies still largely depends on under whose jurisdiction one is born or lives?

This is a paradox particularly challenging for liberal political philosophy. Liberal political philosophy posits moral egalitarianism, that is, that all human beings, simply by virtue of their status as humans, are entitled to equal consideration. However, most liberal theories of justice are hardly applicable to the entire population of the world. They work only when applied to this or that national polity, a small subset of humanity living within the same boundaries, or, at most, within the family of Western democracies. Yet citizenship and residency are as morally arbitrary as gender or race, as no one chooses parents or place of birth. While liberal political philosophy, during the twentieth century, has successfully challenged humanity to go beyond gender and race, the fact that access to justice still depends on the random factor of where one is born or lives remains an intractable conundrum for liberal egalitarianism. Just think of the masses of refugees trying to find asylum during the summer of 2015 in Europe, and their plight. Syrians did not choose to be born Syrians and it is hard to accept that in the random lottery of birth they simply had bad luck and therefore have less human rights than, say, a German.

In a scramble for an answer to this enigma, liberal political philosophy has wavered between two extremes. The first is that national borders

2. Thomas Nagel, *The Problem of Global Justice*, 33 *Phil & Pub Aff* 113, 113–47 (2005).

3. Statute of the International Court of Justice, (1945) art 38(1)(c).

matter; maybe they are even all that matters. Thus, liberal egalitarianism is only properly applied within the national context;⁴ too bad for the rest of humanity. The second position, antithetical to the first, recognizes that if liberalism is to aspire to be a coherent and serviceable school of thought it must come to terms with its global aspirations. That requires flat out refusing that arbitrary borders and citizenship might determine access to justice.⁵ The reality is that borders matter, and will always do. However, during the past century the international community has started a long march towards ensuring that borders and citizenship are not the only determinants of availability of remedies by knitting together a network of international judicial remedies that is complementary to nationally provided remedies.

The fact availability of remedies still largely depends on under whose jurisdiction one is born or lives is not only a challenge for liberal political philosophy. It is also an ontological challenge to the claim that international law in an international “legal order”. Since the age of the Enlightenment, philosophers of law have claimed that for a “legal order” to be such, it must be equipped with a court, or a system of courts (that is, a judicial system), enjoying compulsory jurisdiction and binding powers. Early “positivists” adhered to this view. For instance,

4. See, for example, David Miller, *On Nationality* (Clarendon 1995); Avishai Margalit and Joseph Raz, *National Self-Determination*, in Will Kymlicka, ed, *The Rights of Minority Cultures* 79 (Oxford 1995); Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (Clarendon 1989); Yael Tamir, *Liberal Nationalism* (Princeton 1993); Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon 1986); Alasdair MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory* (Notre Dame Press 2d ed 1984); Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (Basic 1983); Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge 1982).

5. See, for example, Michael Blake, *Reciprocity, Stability, and Intervention: The Ethics of Disequilibrium*, in Deen K. Chatterjee and Don E. Scheid, eds, *Ethics and Foreign Intervention* 53 (Cambridge 2003); Thomas W. Pogge, ed, *Global Justice* (Blackwell 2001); Michael Blake, *Distributive Justice, State Coercion, and Autonomy*, 30 *Phil & Pub Aff* 257 (2001); Michael Blake, *International Criminal Adjudication and the Right to Punish*, 11 *Pub Aff Q* 203 (1997); Thomas W. Pogge, *Cosmopolitanism and Sovereignty*, 103 *Ethics* 48 (1992); Thomas W. Pogge, *Realizing Rawls* (Cornell 1989); Charles R. Beitz et al, eds, *International Ethics* (Princeton 1985); Peter Singer, *Famine, Affluence, and Morality*, in Beitz et al, eds, *International Ethics* 247 (Princeton 1985); Charles R. Beitz, *Political Theory and International Relations* (Princeton 1979); Thomas M. Scanlon, Jr., *Rawls's Theory of Justice*, 121 *U Pa L Rev* 1020 (1973).

John Austin, held that only those commands issued by a political superior to whom the majority of people in the society are in the habit of obedience, and which are enforced by a threatened sanction, could qualify, strictly speaking, as law.⁶ Outside posited law, as it frequently happens, the sovereign delegates powers of discretion to judges, powers which are only to be used when there are no appropriate general rules to apply to the particular case. “Realists”, like John C. Gray and Oliver W. Holmes, held that the decisions of judges and nothing else constitute the law. All else—the rules and principles of law, the statutes, the maxims of morality and equity, custom, and even the body of judicial precedent—is relegated to the status of sources of law, sources from which judges laying down the law can draw.⁷ Likewise, courts and judges play an essential role in legal systems in the view of other thinkers on the periphery of the “realist” movement, such as Roscoe Pound and Benjamin Cardozo.

Neo-positivists in the mold of H.L.A. Hart claim that the creation of “secondary rules,” the essential function of which is to create, identify, and confirm legitimacy on the “primary rules,” marks the transition from a pre-legal society to a legal system. Without the secondary rules, there would be no way of resolving doubts or disputes about them, no way of changing or adapting them to new circumstances, no one to authoritatively determine they have been violated, and to authorize punishment for their violation.⁸

According to Joseph Raz, every system of law is designed to satisfy two basic needs, which are indispensable for the maintenance of social order: the regulation of human conduct and the peaceful settlement of disputes. While in modern, evolved societies the first function is primarily achieved through lawmaking institutions, the second is normally secured by courts and other judicial and quasi-judicial procedures.⁹

6. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* (Weidenfeld and Nicholson 1954).

7. See generally John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law* (Macmillan 2d ed 1921); Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 Harv L Rev 457 (1897).

8. H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Clarendon 1961).

9. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (Clarendon 2d ed 1980).

Neo-naturalists like Ronald Dworkin claim that principles of justice and fairness have the dimension of “weight.” It is the judge who carries out the critical function of weighing one rule of law, or legal principle, against other rules or principles. Judges, as the mouthpiece of the law, are the essential pivots of Dworkin’s legal theory.¹⁰ Only the most extreme naturalist theories, bordering on anarchic thought, attempt to explain how a legal system can exist without courts and judges. They rely on the intrinsic and obvious justness of laws themselves, which therefore need no third party to settle disagreements over their content or meaning.

Thus, if we agree that every legal order must be completed by a judicial system to be a true order, the idea that some areas of activity, or some entities (states, individuals, or otherwise), might be at the same time part of the legal order but not subject to any judicial system would be illogical.¹¹ Yet, at the international level, this has been exactly the case for much of modern history. It is only during the second half of the twentieth century that institutions between and above states’ legal orders were created to dispense justice. This emerging “international judicial network” (let’s call it such since “system” implies a level of coordination that does not exist yet) is fast growing but it is still far from complete. Most international courts were created less than twenty years ago. Internationally, we are still far away from the full realization of the principle *ubi jus ibi remedium*, particularly if the holder of the right is an individual.

In this essay first we review the extent to which the international judicial network has grown, and then we will explain why and how it is not completed yet. Yet, before we venture in the mapping of the road travelled and the road ahead, there is one last necessary premise. Although justice is a syncretic concept – as power structures, models of law, and social constructs shape the discourse about justice – at least since Aristotle “justice” has been generally understood in three specific and distinct ways:

Retributive Justice: concerns the ethical appropriateness of punishment for wrongdoing. It encompasses both backward-looking (retalia-

10. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap 1986).

11. “The international legal order we need will come into being only if it is absolutely general and admits of no exceptions.” Monique Chemillier-Gendreau, *Dream of a Global Legal Order*, *Le Monde Diplomatique* 5 (July 1999) (Barbara Wilson, trans).

tion) and forward-looking (deterrence) elements. This is the so-called “criminal justice.”

Corrective Justice: concerns the ethical appropriateness of rectifying imbalances in benefits and burdens caused by a loss or a gain. This is the so-called “civil justice.”

Distributive Justice: concerns the ethical appropriateness of redistributing goods and benefits (for example, wealth, power, reward, or respect) between actors who are not in equal situations at the start. This is the so-called “social justice.”

These notions are not mutually exclusive, but rather represent different dimensions of the idea of justice. Crucially, and fittingly for the purposes of this essay, they are all based on the fundamental postulate that everyone should be treated equally. In other words, everyone has the same entitlement to justice. Without the assumption of equality in entitlement there could be no corrective justice (which is about rectifying imbalances to restore the status quo ante), no distributive justice (which exactly aims at addressing inequalities) and no retributive justice (which otherwise would be arbitrary and therefore a mere exercise of power).

Most international law scholars prefer talking about international justice as a unitary and generic concept, but that clouds the fact that internationally progress has been highly uneven along the three axes. I will rely instead on the Aristotelian tripartite classification to provide a more granular analysis of the growth of the “international judicial network” that will help revealing inconsistencies and gaps, the road that we still need to travel one hundred years since the launching of the “Brazilian Society of International Law Bulletin”.

I. The Road Travelled

All international bodies and institutions can be described as agents of one of these three dimensions of justice; some, of course, might straddle two or more.¹²

12. For example, truth and reconciliation commissions are essentially agents of corrective justice, but there are also some retributive aspects to their work (for example, the public shaming caused by admission of crimes). See generally Naomi Roht-Arriaza and Javier Mariezcurrena, eds, *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth Versus Justice* (Cambridge 2006).

A. Distributive Justice

Distributive justice is the area where the least progress has been made internationally.¹³ The “New International Economic Order,” pro-
pounded by developing countries in the 1970s and 1980s, did not pro-
duce much besides non-binding declarations, such as the UN General
Assembly’s Declaration on the Establishment of a New International
Economic Order,¹⁴ and some partly viable mechanisms, such as the
Common Fund for Commodities,¹⁵ which started operating in 1989.
Certain subject-matter specific treaties, like the United Nations Con-
vention on the Law of the Sea, adopted in 1982 and entered into force
in 1994, also contain some measures of distributive justice but, to date,
have had little practical impact.¹⁶

The world is not redistributing resources to the extent most countries
do domestically. Just to give an idea, according to the Organization for
Economic Co-Operation and Development, the world organization that
gathers statistics about most developed, industrialized countries, in 2014,
the net official development assistance from the 28 OECD Development
Assistance Committee (DAC) members (i.e. most of the richest states of
the world) totaled a paltry USD 135.2 billion.¹⁷ During the same year,

13. On the concept of distributive justice, see Samuel Fleischacker, *A Short History of Distributive Justice* (Harvard 2004). On the role of distributive justice in global politics, see generally Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller, Jr., and Jeffrey Paul, eds, *Justice and Global Politics* (Cambridge 2006); Craig N. Murphy, *What the Third World Wants: An Interpretation of the Development and Meaning of the New International Economic Order*, in Paul F. Diehl, ed, *The Politics of Global Governance: International Organizations in an Interdependent World* 261 (Lynne Rienner 2d ed 2001).

14. General Assembly Res No S-6/3201, UN Doc A/RES/S-6/3201 (1974).

15. Agreement Establishing the Common Fund for Commodities (1980), 19 ILM 896.

16. United Nations Convention on the Law of the Sea (1982), 1833 UN Treaty Ser 3, 397 (1994). For instance, Part XI of the Law of the Sea Convention (about exploitation of mineral resources on the high seas) contained significant provisions about transfer of technology and revenue from developed countries to developing countries. However, industrialized countries, and in particular the US, raised several objections to the implementation of these provisions and made ratification conditional upon their revision. Part XI was eventually amended by the Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, (1994) 33 ILM 1309.

17. <<http://www.oecd.org/dac/stats/development-aid-stable-in-2014-but-flows-to-poorest-countries-still-falling.htm>>, (visited Sep 17, 2015).

bilateral aid from the 28 DAC members was USD 25 billion.¹⁸ To put things in perspective, 135 billion is about the 2014 GDP of Hungary. In relative terms, net official development assistance as a share of gross national income was, on average, just 0.29%.¹⁹ Although the UN has set an extremely low target for development aid, at just 0.7 percent of GDP,²⁰ currently only five states meet or exceed that goal: Denmark, Luxembourg, Norway, Sweden and the UK.²¹ Sweden is in the lead, but at just 1.10 percent of GDP.²² Amongst non-DAC members, the United Arab Emirates posted the highest ratio in 2014 at 1.17%.²³

It is not only resources that are not being redistributed. Power, reward, and respect do not get shared, either. The world organizations, which together constitute the backbone of the international architecture, crystallized an equilibrium of power that reflects political realities of the time in which they were created (most at the end of the Second World War) and not contemporary reality.²⁴ Yet, as it has been aptly remarked, “the excuse of complexity is no answer to the demand for equity.”²⁵

Although there are many reasons why distributive justice is so lacking internationally,²⁶ this is not the place to dwell on that public failure, since no judicial institution has been created to ensure that even those modest measures of distributive justice that exist be implemented.²⁷

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

24. For a recent overview, see *Wrestling for Influence*, 388 *Economist* 33, 33 (July 5, 2008).

25. *Id.* at 34.

26. See generally John Rawls, *Law of Peoples: A Realistic Utopia?* (Wiley-Blackwell 2006) (Rex Martin and David A. Reidy, eds); Samuel Freeman, *The Law of Peoples, Social Cooperation, Human Rights and Distributive Justice*, 23 *Soc Phil and Poly* 29 (2006).

27. In theory, certain international judicial bodies, like the International Court of Justice (“ICJ”) or the International Tribunal for the Law of the Sea, could dispense distributive justice. For example, they could do so when deciding *ex aequo et bono* (meaning “according to the right and good” or “according to equity and conscience”) on, for instance, boundary delimitations. However, in practice those judicial bodies have never been asked to actually decide a case *ex aequo et bono*, and, even if they

B. Retributive Justice

Retributive justice is the area in which the most spectacular strides have been made internationally in the past twenty-five years.²⁸ The array of institutions and methods is staggering, particularly considering how seldom war crimes and gross violations of human rights were prosecuted during the Cold War (1947–1991). Nowadays, there is a permanent International Criminal Court (“ICC”);²⁹ two ad hoc criminal tribunals established by the UN Security Council (for the former Yugoslavia and for Rwanda),³⁰ as well as a body to oversee their imminent winding down;³¹ three hybrid courts (one for Sierra Leone, one for Cambodia, and one for Lebanon); and a few domestic courts working under different degrees of international supervision and/or participation (in Kosovo, in Bosnia-Herzegovina and in Senegal).³²

Progress in retributive justice for international crimes (war crimes and crimes against humanity) has also been made at the national level.³³ For instance, these days former Guatemala dictator Rios Montt is standing trial, in Guatemala, accused of genocide. Many States have resurrected, or have adopted, “long-arm laws,” and some have gone even as far as enabling national judges to decide cases about acts committed by foreigners, against foreigners and abroad.

Yet, that is not all. The range of tools available to dispense retributive justice is even wider than strictly prosecutorial means. It expands

were, decisions taken on an *ex aequo et bono* basis could be construed more as exercises in corrective justice rather than distributive justice.

28. See generally Schabas, W., in Romano C./Alter K./Shany Y. (eds.), *The Oxford University Press Handbook of International Adjudication* (2014), pp. 205-224.

29. Rome Statute of the International Criminal Court, preamble (1998), 37 ILM 999 (“Rome Statute”).

30. See Security Council Res No 827, UN Doc S/RES/827 (1993); Security Council Res No 955, UN Doc S/RES/955 (1994).

31. The United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals, <<http://www.unmict.org/>>, (visited Sep 17, 2015).

32. See Cesare Romano, *Mixed Criminal Tribunals*, in Rudiger Wolfrum, ed, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford 2008), <<http://www.mpepil.com/>> (visited Sep 17, 2015).

33. Arguably, progress at the domestic level is also a result of progress at the international level. See *Impact of International Courts on Domestic Criminal Procedures in Mass Atrocity Cases—DOMAC*, <<http://www.domac.is/>> (visited Sep 17, 2015).

to areas beyond the classical forms of criminal punishment (detention) to encompass other dimensions of justice, such as corrective or restorative justice. This is the case, for instance, for truth and reconciliation commissions (and the associated amnesties), of which there are at least a dozen.³⁴ But one should also mention the increasingly disused practice of exile.³⁵

The expanding array of institutions and means has been both the cause and the effect of the expansion of international criminal law (both procedural and substantive), thus making sure that progress is entrenched. Yet, while this is the dimension of justice where the most spectacular progress has been made by capturing people's imagination and media attention, the number of people affected by these developments remains relatively small. Consider this: if one adds the population of all states which have benefited from international criminal prosecutions, the total reaches at most around 130 million, or 2 percent of the world population.³⁶ Granted, some might argue that the benefit of the advent of international criminal courts is much larger, potentially extending to the whole globe. For every international criminal punished, many more may be deterred. However, the deterring power of international criminal prosecutions is still largely assumed and not proven.³⁷ Although the International Criminal Court became operational in 2002 there is scant

34. For a complete list, see Lavinia Stan and Nadya Nedelsky, eds, *Encyclopedia of Transitional Justice* (Cambridge forthcoming).

35. Interestingly, the forthcoming *Encyclopedia of Transitional Justice* does not include an entry for "Exile." See id.

36. This is roughly the sum of the populations of the former Yugoslavia (in millions, Serbia 10.1, Croatia 4.5, Bosnia 4.6, Slovenia 2, Macedonia 2, Montenegro 0.6) along with Rwanda 10.4, Sierra Leone 6.4, Cambodia 14.5, Timor-Leste 1.1. To this I added the populations of those countries under International Criminal Court ("ICC") investigation (Democratic Republic of Congo 68, Sudan 41, Uganda 32, and Central African Republic 4.5). See Central Intelligence Agency, *The World Factbook*, available online at <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>> (visited on Sep 17, 2015).

37. See generally David Wippman, *Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice*, 23 *Fordham Intl L J* 473 (1999). Consider Wasana Punyasena, *Conflict Prevention and the International Criminal Court: Deterrence in a Changing World*, 14 *Mich St J Intl L & Prac* 39 (2006) and Jan Klabbbers, *Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal Law*, 12 *Finnish YB Intl L* 249 (2001).

evidence that it has helped making the world a safer and more peaceful place by its very existence.

C. Corrective Justice

In contrast to retributive justice, progress made in the area of corrective justice, at least quantitatively, has had a much wider impact. Most of the world population, at some level and in some form, has been affected by developments in this area. The list of international “dispensers of corrective justice” is even longer than that of international “dispensers of retributive justice,” and, in many ways, it is not an obvious list.

To begin with, there are currently three regional human rights courts, which, in order of level of activity and number of states over which they have jurisdiction (from the highest to the lowest), are the European Court of Human Rights (“ECtHR”),³⁸ the Inter-American Court of Human Rights (“IACtHR”),³⁹ and the African Court of Human and Peoples’ Rights.⁴⁰ A fourth one, the Arab Court of Human Rights, is in the process of being laboriously gestated.⁴¹ The European, Inter-American and African human rights courts together have jurisdiction over claims brought by individuals in the case of 77 states, accounting for about one third of the world’s population, and, in theory, could have jurisdiction over 96 States.⁴² Unlike criminal courts, these courts cannot sanction

38. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1953), 213 UN Treaty Ser 221 (“ECHR”) (amended by Protocol 11 to the European Convention on Human Rights, 33 ILM 943 (“Protocol 11”).

39. The American Convention on Human Rights (1969), 9 ILM 673 (1970) (“American Convention”).

40. African Charter on Human and Peoples’ Rights (1981), 21 ILM 58 (1982); Protocol to the African Charter of Human and Peoples’ Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples’ Rights, arts 1–3 (1998), available online at < <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/> > (visited Sep 17, 2015).

41. See below, note 103 ff.

42. Forty-seven states are currently subject to the jurisdiction of the European Court of Human Rights (“ECtHR”). Twenty-three Organization of American States members are parties to the American Charter, and of these twenty have accepted the Inter-American Court of Human Rights’ (“IACtHR”) jurisdiction. Twenty-six African states have ratified the protocol establishing the African Court of Human and Peoples’ Rights. See < <http://www.african-court.org/en/images/documents/New/Stat->

human rights violations with criminal punishment. They can only provide remedies by declaring violations, ordering specific performance, and sometimes ordering compensation.

There is also a remarkable array of quasi-judicial and implementation-control bodies. Depending on classification criteria, one could count at least 34 functioning international human rights quasi-judicial bodies, including both United Nations bodies (e.g. Human Rights Committee) and regional organizations bodies (e.g. Inter-American Commission of Human Rights).⁴³

Moreover, during the past few years, the number of special procedures within the UN human rights regime has grown, to reach, currently, 41 thematic and 8 country mandates overseen by a legion of special rapporteurs, working groups and the like. Over the years, many of these have started accepting letters of concern, communications and complaints from individuals. Although these quasi-judicial and implementation-control bodies cannot issue binding rulings, they have, to varying degrees, the capacity to dispense corrective justice by way of declaratory relief, and cannot be ignored.⁴⁴

There are also more than sixteen international administrative tribunals that make it possible for employees of international organizations to have their claims heard against employers who, due to immunities, are out of reach of domestic courts.⁴⁵ There are at least 17 international review, accountability, oversight and audit mechanisms (e.g. the World Bank Inspection Panel), and miscellaneous procedures to make sure

uts_of_the_Ratification_Process_of_the_Protocol_Establishing_the_African_Court.pdf> (visited August 28, 2015). However, Article 34 of the Protocol Establishing the African Court of Human and Peoples' Rights stipulates that "at the time of ratification of this Protocol or any time thereafter, the State shall make a declaration accepting the competence of the Court to receive cases under Article 5(3) of this Protocol. The Court shall not receive any petition under article 5(3) involving a State which has not made such a declaration." Article 5(3) states as follows: "The Court may entitle relevant Non-Governmental Organizations with observer status before the Commission, and individuals to institute cases directly before it, in accordance with article 34(6) of this Protocol." To date, only seven African States have made such declaration.

43. For an overview of all "international rule of law bodies" see Romano, C., *A Taxonomy of International Rule of Law Institutions*, 2 J. of Int'l Dispute Settl. (2011), pp. 241-277.

44. Id.

45. Id.

that international banks follow their own policies and guidelines, providing a sort of equitable remedy to those negatively affected by the projects financed by these entities.⁴⁶

Further, during the past two decades one could count at least six international bodies established to hear claims and compensate victims of several “political catastrophes” (for example, the Iranian Revolution, the 1990 invasion of Kuwait, the Holocaust, the Eritrea-Ethiopia War, and the breakup of Yugoslavia).⁴⁷

Then, there are not-so-obvious providers of corrective justice. These are the courts and procedures established within the framework of several regional economic and political integration agreements, such as the Court of Justice of the European Union (“ECJ”), the Court of Justice of the Economic Community of West African States, the Caribbean Court of Justice, the Court of Justice of the Andean Community, and at least a dozen more.⁴⁸ Individuals, and their companies or associations, can bring claims against either their own national states or organs of the given agreement before these courts and, if successful, obtain vindication of their rights (such as the prohibition of discrimination). By the latest count, there are at least 26 of these, of which at least 17 are actually functioning.⁴⁹

Finally, even the dispute-settlement system of the World Trade Organization (“WTO”), which came into being in 1995, could be looked at as an agent of corrective justice. Though the WTO is typically attacked for being impervious to human rights concerns,⁵⁰ and the WTO legal framework is denounced for being an impediment to states’ efforts to ensure compliance of human rights abroad, the rules and procedures of

46. Id.

47. Id.

48. See, in general, Cesare PR Romano , Karen J Alter , and Yuval Shany, “Mapping International Adjudicative Bodies, the Issues, and Players”, in Romano C./Alter K./Shany Y. (eds.), *The Oxford University Press Handbook of International Adjudication* (2014), pp. 3-26.

49. See Cesare PR Romano , Karen J Alter , and Francesco Sebgondi , “Illustrations: A Reader’s Guide”, and Table 1 and 2, in Romano C./Alter K./Shany Y. (eds.), *The Oxford University Press Handbook of International Adjudication* (2014), pp. 27-29.

50. See, for example, Naomi Klein, *No Logo: Taking Aim at the Brand Bullies* (Flamingo 2000).

the WTO might actually help the human rights struggle.⁵¹ For instance, WTO rules and its dispute-settlement machinery protect the freedom to participate in markets and freedom from trade-disrupting arbitrary governmental procedures.⁵² Discriminatory tariffs, or the dumping of goods with the ensuing loss of market shares, cause very tangible damage to workers and shareholders. Granted, only the governments of WTO member states, and not their citizens, may access that forum. However, it is through the medium of claims brought and won by their governments against “nullification or impairment of benefits” accruing under the General Agreement on Tariffs and Trade/WTO agreements that those workers and shareholders may have their own economic and social rights vindicated.⁵³ On a higher level, the system contributes to development and to the realization of broader economic, social, and cultural rights, by stimulating economic growth and helping to generate the resources that are needed for the fulfillment of such rights.

II. Where we Currently Stand

In sum, even at first glance, it is obvious that nowadays there are many opportunities to obtain justice, both domestically and internationally, far

51. See generally James Harrison, *The Human Rights Impact of the World Trade Organisation* (Hart Limited 2007); Thomas Cottier, *Human Rights and International Trade* (Oxford 2006) (commenting on human rights and the WTO).

52. Ariel Aaronson and Jamie M. Zimmerman, *Trade Imbalance: The Struggle to Weigh Human Rights Concerns in Trade Policymaking* (Cambridge 2008).

53. General Agreement on Tariffs and Trade (1947), art XXIII.1, 61 Stat A2051. Sometimes governments might be tempted to use human rights arguments to adopt discriminatory antitrade measures. For instance, in 2005, the European Community challenged Brazil's ban on imports of rethreaded tires. Brazil argued that it had banned these imports because there is no safe way to dispose of these tires and it had a constitutional duty to protect its citizens' right to health. Brazil was one of the first countries to argue that a trade ban is necessary to protect the life and health of its people. It also argued that it had no reasonable alternative to the trade ban to protect the right of health. The Dispute Settlement Panel and later the Appellate Body held that, although the ban was necessary to protect health and the environment, it was applied in a WTO-inconsistent manner because imports from other Mercosur countries (the economic regional organization of which Brazil is a member) were exempted from these measures. See World Trade Organization, Report of the Panel, *Brazil—Measures Affecting Imports of Rethreaded Tyres*, WTO Doc No WT/DS332/R (June 12, 2007).

more than ever in the history of humankind. However, gaps and failures still abound. The “international judicial network” is still in its infancy. Most international courts were created less than twenty years ago. Internationally, we are still far away from the full realization of the principle *ubi jus ibi remedium*, particularly if the holder of the right is an individual, for there are many rights which lack a remedy because there is no competent forum to grant relief.

1. Not Everyone Has Access to International Jurisdictions

To begin with, there is no international court with compulsory jurisdiction over all States.⁵⁴ The jurisdiction of any international court depends on its voluntary acceptance by States, but, so far, no court’s jurisdiction has been accepted by all.⁵⁵

The WTO dispute-settlement system includes 161 members, including the European Union, and Hong Kong and Macao, but that is not so much a court of law as it is a dispute-settlement system.⁵⁶ Further, as it was said, individuals have no access to it. The European Union, plus 165 states, have ratified the Law of the Sea Convention.⁵⁷ However, the International Tribunal for the Law of the Sea (“ITLOS”) has

54. For a discussion of the gaps in the “international adjudicative network”, see, in general, Cesare Romano, “The Shadow Zones of International Judicialization”, in Romano C./Alter K./Shany Y. (eds.), *The Oxford University Press Handbook of International Adjudication* (2014), pp. 90-110.

55. “No state can, without its consent, be compelled to submit its disputes . . . to arbitration, or any other kind of pacific settlement.” *Status of the Eastern Carelia (Fin v Russ)*, 1923 PCIJ (ser B) No 5 at 27 (July 23, 1923). However, there is a clear trend toward locking in states’ consent to jurisdiction and making it less dependent on ad hoc expressions of consent. See generally Cesare Romano, *The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent*, 39 NYU J Intl L & Pol 791 (2007).

56. WTO, *Members and Observers*, < https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm > (visited Aug 28, 2015). The WTO dispute settlement system is comprised of two levels: a first level where disputes are decided by arbitral panels and a second level where appeals against arbitral awards are heard by the WTO Appellate Body. Only the Appellate Body approximates a true court of law, while the arbitral tribunals are just ad hoc.

57. The most recent version of the list of ratifications is available online. Oceans and Law of the Sea, *Settlement of Disputes Mechanism*, <http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm> (visited August 28, 2015).

compulsory jurisdiction over only certain categories of disputes.⁵⁸ Only 33 states have indicated consent to have other disputes arising under the Convention decided by ITLOS.⁵⁹ The ICJ does not have compulsory jurisdiction, per se. States can make optional declarations accepting the court's jurisdiction but, currently, only 72 out of 193 UN members have done so (and often with many reservations).⁶⁰ The ICC has jurisdiction over about 64% of the states of the world (123), and its jurisdiction could also be extended by fiat of the Security Council to any other state, as happened in the case of Sudan and Libya, or States can voluntarily submit themselves to the Court's jurisdiction on a case-by case basis.⁶¹ But it is still not the universal court that its proponents envisaged.

In addition to global adjudicative bodies, there is a regional network of adjudicative bodies. Yet, to borrow the lingo of cellphone providers,

58. Article 297 excludes from compulsory jurisdiction certain disputes arising out of the exploration and exploitation of the seabed and disputes concerning coastal states' sovereign rights with respect to the living resources in their exclusive economic zone. United Nations Convention on the Law of the Sea, art 297(3)(a). Also, when signing, ratifying, or acceding to the UNCLOS, or anytime thereafter, states have the possibility of opting out of compulsory dispute-settlement procedures in the case of disputes concerning sea boundary delimitations, historic bays or titles, military and law enforcement activities, and issues relating to the maintenance of peace and security that are being dealt with by the UN Security Council. United Nations Convention on the Law of the Sea, art 298 (cited in note 15).

59. Some states have indicated ITLOS only for the prompt release of detained vessels or their crews. Oceans and Law of the Sea, *Settlement of Disputes Mechanism* (cited in note 15).

60. Nowadays, only 66 out of 192 UN members have made an optional declaration accepting the ICJ's jurisdiction. ICJ, *Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory*, <<http://www.icj-cij.org/jurisdiction/?p1=5&p2=1&p3=3>> (visited Aug 28, 2015). Besides optional declarations, states can accept the ICJ's jurisdiction either by ad hoc agreement or by inserting clauses in treaties designating the ICJ as the forum of choice in the case of disputes. Statute of the International Court of Justice (1945), art 36, 59 Stat 1031.

61. ICC, *The States Parties to the Rome Statute*, <http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx> (visited Aug 28, 2015). The number might be higher if one considers that the UN Security Council might refer situations involving states not party to the Rome Statute to the ICC Prosecutor, like in the case of Sudan. Security Council Res 1593, UN Doc S/RES/1593 (2005).

there are significant variations in coverage from region to region. Let's start with compensatory justice.

Europe is the continent that has probably the best "international judicial" coverage: full in the West and a little less in the East. After the devastations suffered during the Second World War, Europeans seem to have had a Kantian epiphany, launching a continent-wide quest for peace, security, and prosperity, first in the West and then, after the end of the Cold War, extending to the East.

The construction of Europe essentially rests on two main judicial pillars: the ECJ and the ECtHR.⁶² Forty-seven European states, including many of the former Soviet Union, are subject to the jurisdiction of the ECtHR, the only notable exception being Belarus.⁶³ Twenty-eight of these are also subject to the jurisdiction of the ECJ,⁶⁴ and three are subject to the European Free Trade Association Court, an appendix of the EC/EU project.⁶⁵

At the Eastern end of the continent, there is the little-known Economic Court of the Commonwealth of Independent States,⁶⁶ and the nascent Court of the Eurasian Economic Community.⁶⁷ Both have been struggling to make its voice heard and respected in a region of the world where the rule of law is still mightily lacking. Finally, one could

62. See generally Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe* (Oxford 2004).

63. ECtHR, *The ECHR in Facts and Figures* (2014), <http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2014_ENG.pdf> (visited Sep 17, 2015).

64. European Union, *The Court of Justice*, <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/> (visited Sep 17, 2015). To this, one should also add the Court of First Instance and the European Union Civil Service Tribunals, which are distinct branches of the European judiciary.

65. On the relationship between the European Community and the European Economic Area and between the European Court of Justice and the European Free Trade Association Court, see, for example, Thordis Ingadottir, *The EEA Agreement and Homogenous Jurisprudence: The Two-Pillar Role Given to the EFTA Court and the Court of Justice of the European Communities*, 2 YB Intl Law and Jurisprudence 193 (2002).

66. Charter of the Commonwealth of Independent States (1993), art 32, 1819 UN Treaty Ser 31139. On the CIS Court and the struggle to make its voice heard and respected, see Sergei Y. Marochikin, *International Law in the Courts for the Russian Federation: Practice of Application*, 6 Chinese J Intl L 329 (2007).

67. <<http://sudevrazes.org/en/main.aspx/>>, (visited Sep 17, 2015).

also add to the list of “European courts” a handful of bodies which either have never been, or seldom, used or have long been dormant, such as the Benelux Economic Union Court of Justice,⁶⁸ the European Nuclear Energy Tribunal,⁶⁹ and the Organization on Security and Cooperation in Europe’s Court of Conciliation and Arbitration.⁷⁰

Continuing with the mobile phone metaphor, Africa has good coverage but far too many dropped calls. In the struggle to achieve a certain degree of stability and prosperity, Africa has given birth to a large number of international judicial institutions.⁷¹ Besides the new African Court of Human and Peoples’ Rights, to be merged, eventually, with the still non-existent African Court of Justice, and whose jurisdiction might also be enlarged to prosecute international crimes,⁷² there are several sub-regional courts, such as the Arab Maghreb Union Judicial Authority, the Common Market of Eastern and Southern Africa Court of Justice, the East African Community Court of Justice, the Economic Community of Central African States Court of Justice, the Economic and Monetary

68. Treaty Instituting the Benelux Economic Union (1958), 381 UN Treaty Ser 165.

69. The European Nuclear Energy Tribunal is the judicial body of the Organisation for Economic Co-operation and Development (“OECD”) Nuclear Energy Agency. The OECD Nuclear Energy Agency was established in 1957 by the Council of the OECD (at that time still named Organization for European Economic Cooperation, or OEEC). The European Nuclear Energy Tribunal was created pursuant to the 1957 Convention on the Establishment of a Security Control in the Field of Nuclear Energy (1957), UKTS 8 (1960), to adjudicate disputes of states parties and private enterprises with the Nuclear Energy Agency. The Tribunal does not seem to have been called upon to deal with any cases.

70. Convention on Conciliation and Arbitration within the Conference on Security and Cooperation in Europe (1993), arts 1–2, 32 ILM 557, 557. On the Organization for Security and Co-operation in Europe Court of Conciliation and Arbitration, see generally Lucius Caffisch, ed, *The Peaceful Settlement of Disputes between States: Universal and European Perspectives* (Springer 1998).

71. For an overview of African international courts and tribunals, see *African International Courts and Tribunals*, <<http://www.aict-ctia.org/>> (visited Sep 17, 2015).

72. In February 2009, the Assembly of Heads of State and Government of the African Union requested the AU Commission, in consultation with the African Commission on Human and Peoples’ Rights and the African Court on Human and Peoples’ Rights, to assess the implications of extending the jurisdiction of the Court to try international crimes, such as genocide, crimes against humanity and war crimes and to submit a report thereon to the Assembly in 2010. < <http://www.african-court.org/en/index.php/about-the-court/jurisdiction>> (visited Sept 1, 2015).

Community of Central Africa Court of Justice, the Economic Community of West African States Court of Justice, the Organization for the Harmonization of African Business Law Common Court of Justice and Arbitration, the Southern African Development Community Tribunal, and the West African Economic and Monetary Union Court of Justice.⁷³ Be that as it may, the fact that many of these courts have either been nonstarters, floundered after a few years, or are languishing with a paltry docket, also indicates that the commitment to independent third-party adjudication and international rule of law might be, at least for the ruling elites, only skin-deep.

In the Americas, the situation is mixed, and coverage tends to improve as one travels south. Only twenty out of a total of thirty-five states-members of the Organization of American States (“OAS”) have accepted the IACtHR’s jurisdiction (Canada and the US have not).⁷⁴ The continent is also home to several more (and not overlapping) regional judicial bodies, like the Mercosur Permanent Review Tribunal (five member states),⁷⁵ the Court of Justice of the Andean Community (four members),⁷⁶ and the Central American Court of Justice (six members),⁷⁷ which have varying degrees of accessibility, effectiveness, and compliance. One must also mention that the North American Free Trade Agreement is endowed with procedures to ensure redress when certain rights (mostly economic rights and the right to property) are violated, but so far this covers only North America.⁷⁸

Retributive justice coverage tends to extend to the same areas, and to the same extent, as compensatory justice. Thus, 42 European states (24 Western Europe and 18 Eastern Europe) are party to the Rome Statute

73. See, Romano, Karen J Alter, and Yuval Shany, “Mapping International Adjudicative Bodies, the Issues, and Players”, *supra* note 47.

74. *American Convention on Human Rights* < http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm > (visited Sep, 17 2015).

75. *Mercosur*, <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/376/4/innova.front/solucion-de-controversias>> (visited Sep 17, 2015).

76. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php>> (visited Sep 17, 2015).

77. *Corte Centroamericana de Justicia*, <<http://www.ccej.org.ni/>> (visited March 1, 2015).

78. North American Free Trade Agreement (1992), ch 11, 32 ILM 639, 641–652 (1993).

of the ICC.⁷⁹ Numerically, Europe is the most represented region in the Assembly of States Parties. The continent is also home to the International Criminal Tribunal for Yugoslavia (“ICTY”), which, however, has jurisdiction only over seven former Yugoslav republics.

Thirty-four African states (out of fifty-four) have ratified the Rome Statute.⁸⁰ Africa is also the site of all ongoing investigations by the ICC Prosecutor, which, for practical purposes and for the time being, makes the ICC an African international criminal court of sorts. The International Criminal Tribunal for Rwanda (“ICTR”) and the Special Court for Sierra Leone are aimed only at those two countries. At best, it can be argued that they also help stabilize neighboring Burundi and Liberia.

In the Americas, 28 countries have ratified the Rome Statute (including Canada),⁸¹ but, thanks to the relative political stability the continent reached after the end of the Cold War, there has been no ICC investigation to date, and only two ongoing “preliminary examinations” (on Colombia and Honduras), and there are no hybrid courts in the Americas.⁸²

In the vast Asia-Pacific region, home to 64 percent of the world population, only 18 states have become states parties to the ICC.⁸³ The paltry acceptance of the ICC probably correlates with the dearth of regional courts (human rights, economic integration or otherwise) in these parts of the world. The only three limited exceptions to date are with the Serious Crimes Unit/Panel in East Timor (2000–2005), the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (2003–present), and the Special Tribunal for Lebanon (2006–present), but they are not considered models of international justice for different reasons.⁸⁴ Other than that, the

79. See Rome Statute (cited in note 28). We included in this count Cyprus, which is a member of the EU, but at the UN is considered an Asian State.

80. *Id.*

81. *Id.*

82. ICC, *Home Page: Preliminary Examinations* < http://www.icc-cpi.int/en_menu/icc/Pages/default.aspx > (visited Sep 17, 2015).

83. ICC, *Asian States*, available online at <<http://www2.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/Asian+States/>> (visited Sep 17, 2015).

84. See generally Sylvia de Bertodano, *Current Developments In Internationalized Courts: East Timor—Justice Denied*, 2 *J Intl Crim Just* 910 (2004); Cesare Romano, Andre Nollkaemper, and Jann K. Kleffner, eds, *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia* (Oxford 2004).

Asia-Pacific region has largely remained at the outskirts of the phenomenon of the multiplication of international courts and tribunals.

In sum, while several states have accepted the jurisdiction of multiple international judicial bodies, most are subject to the jurisdiction of none or only one or two. It follows that the overwhelming majority of people of the world do not have the chance of having their cases submitted to the scrutiny of an international judicial body, should they not be able to obtain justice at the national level.

This brings us back to the fundamental conundrum of liberal political philosophy. Inequality in the distribution of justice contradicts the very postulate requiring equal access for all unless there are cogent reasons for differential treatment. Consider this: any Belgian has access to first-rate domestic courts. Should that not be enough, depending on the matter, she could turn to the ECJ, the ECtHR, the Benelux Court of Justice, the UN Human Rights Committee, the ICC, a few dozen human rights bodies (both regional and global), the WTO (through the medium of her government), or the ICJ. And if that is not enough, if her sense of justice has been offended by atrocities committed by an African government against its own citizens, she can even get satisfaction by seeing one of her national magistrates prosecute those crimes far away, relying on principles of universal jurisdiction.⁸⁵

Then there are people who, like US or Japanese citizens, can count on top-of-the-line domestic legal remedies, but who have relatively little access to providers of justice at the international level, as their governments have an ambivalent attitude toward international judicial bodies, favoring judicial overview in certain areas, like trade, but not in other areas. If national courts do not deliver, there is often no further recourse.

Finally, there are those who lack access to justice and remedies, both domestically and internationally. Those in this category might include peoples in less-developed nations, like Eritreans and Uzbeks, but also those in more-developed nations, like Pakistanis, Indians, Iranians and

85. See generally *Public Prosecutor v the "Butare Four"* (Assize Court of Brussels 2001) (Belgium); Luc Reydam, *Belgium's First Application of Universal Jurisdiction: The Butare Four Case*, 1 J Intl Crim Just 428 (2003); Tom Ongena and Ignace Van Daele, *Universal Jurisdiction for International Core Crimes: Recent Developments in Belgium*, 15 Leiden J Intl L 687 (2002).

the Chinese. That is about 1/3 of humanity. If those individuals cannot obtain justice from their own courts, which is not an unlikely event, they have little or no option at all internationally.

2. International Legal Remedies Are Available Only for the Violation of Certain Rights

Progress in the dispensing of justice at the international level is not only geographically uneven; it also disproportionately affects certain areas of human activity. Many areas of international relations, while showing increasing degrees of legalization, have not been judicialized.⁸⁶ For instance, international financial and monetary relations, the protection of the environment, military and security affairs, the regulation of transcontinental migrations, cooperation in the fields of health, telecommunications and the internet, are all fields where diplomatic bargaining still plays the predominant role. It is clear that in all these areas, individuals' human rights are directly affected, but so far remedies and competent fora are lacking at the international level.

Whenever available, international dispensers of retributive justice exist only for international crimes and gross violations of human rights. A victim of an ordinary crime who fails to obtain justice domestically presently has no fallback remedy available internationally. It is clear why focusing on those most responsible and on the most serious crimes is expedient, as justice must be made in a context of scarce resources. It is also clear why NGOs have focused their efforts on obtaining retributive justice for gross violations, as prosecuting these cases usually brings high visibility and dramatic results. However, assume there are two persons, both of whom are tortured. Both are in countries where they cannot expect to obtain retributive justice for their suffering. Yet one has been tortured within the framework of large-scale gross violations, such as in Argentina under the military junta (1976–83). The other has not, because, for instance, she was

86. For a discussion of the gaps in the “international adjudicative network”, see, in general, Cesare Romano, “The Shadow Zones of International Judicialization”, in Romano C./Alter K./Shany Y. (eds.), *The Oxford University Press Handbook of International Adjudication* (2014), pp. 90-110.

abused in a police station after having been arrested during a sit-in. It was just an isolated act, or perhaps a recurrent event but with no consistent pattern. As things stand, the former has a chance to obtain retributive justice for her torturer internationally (provided there is a court which has jurisdiction, which, as was shown, might not be the case), while the latter has no chance at all. However, there is no logical or morally compelling explanation why one should have a chance to obtain justice while the other should not get that chance. Torture is torture. Again, if the hallmark of a proper legal order is equal justice for all, internationally we are still clearly in the presence of a system of laws but not yet of a legal order.

3. Existing Fora Can Provide Only Some Kind of Justice (for example, Retributive or Corrective).

In our age, some victims of human rights abuses might be able to obtain compensatory justice or retributive justice, but rarely both. For instance, while human rights violations in Chechnya, a federal State of the Russian Federation, are within the jurisdiction of the ECtHR, that Court dispenses corrective justice, declaring violations of the ECHR and ordering often modest reparations, but it cannot dispense retributive justice.⁸⁷ There is no international criminal tribunal with jurisdiction to prosecute war crimes and crimes against humanity committed during the first and second Chechen wars of 1994-1996 and 1999-2009 either by Russian troops or Chechen insurgents.⁸⁸ Conversely, a victim of international crimes committed in Rwanda during the 1994 genocide might obtain retribution for her victimizer, but cannot expect to be compensated for the wrongs suffered. Negotiators of the Rome Statute tried to fill the gap by including provisions about victim compensation, but whether the ICC will be able

87. See generally *Bazorkina v Russia*, App No 69481/01, Eur Ct HR (2006); *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v Russia*, App Nos 57947/00, 57948/00, and 57949/00, Eur Ct HR (2005); *Khashiyev and Akayeva v Russia*, App Nos 57942/00 and 57945/00, Eur Ct HR (2005).

88. Russia has not ratified the Rome Statute. Since Russia is a member of the Security Council with veto powers, there is no chance that the ICC might exercise jurisdiction.

in reality to secure funds to provide victims more than just a nominal sum remains to be seen.⁸⁹

4. Judicial Remedies Might Be Available for Violations by Some but Not by Others

Again, legal remedies can be available against some violators of human rights, but not against all. To illustrate, one of the most recent developments in human rights and international humanitarian law is the emergence of the so-called principle of the “responsibility to protect.”⁹⁰ In essence, each individual state has the responsibility to protect its own populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity. However, should peaceful means be inadequate and national authorities manifestly fail to protect their populations, the international community, through the UN, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian, and other peaceful means to help protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity.⁹¹ In our age, those who are supposed to be the beneficiaries of the emerging “responsibility to protect” might have a remedy against the leaders of their own government who victimized them (for instance through the ICC, if the ICC has jurisdiction in the specific instance). However, they still have no remedy against the international community, the Security Council, and its members, if, for whatever reason, they fail to live up to their responsibility to protect.⁹²

89. Rome Statute, art 79 (cited in note 28).

90. International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty* (Dec 18, 2001), <<http://www.iciss.ca/pdf/Commission-Report.pdf>> (visited Sep 17, 2015).

91. World Health Organization, *2005 World Summit Outcome*, UN Doc A/60/L1 at ¶¶ 138–39 (2005); Security Council Res No 1674, UN Doc S/RES/1674 (2006) (“Reaffirm[s] the provisions of paragraphs 138 and 139 of the 2005 World Summit Outcome Document regarding the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity” and commits the Security Council to action to protect civilians in armed conflict).

92. For an example of failure to implement the responsibility to protect and the lack of remedies against inaction by the Security Council, see *Failure to Protect: a Call for*

5. Fora Might Be Available, but There Might Be No Matching Right

Fora might exist but the substantive law they can apply might be outdated and might not reflect the issues of the contemporary world. Indeed, sometimes progress toward the building of a judicial system might outpace progress in the development of the underlying legal system.

The problem is illustrated by the filing of a petition in 2005 to the Inter-American Commission on Human Rights against the US by several Inuits seeking relief from alleged violations of the American Declaration of Human Rights resulting from global warming.⁹³ It is both obvious that the Inuits, the indigenous peoples of the Arctic region, are going to be devastated by the effects of global warming and that they want justice, surely corrective and maybe even retributive, should it lead to a de facto genocide. The alleged offender is the US, which is both a major emitter of greenhouse gases and a country that, to this date, has declined to commit to binding obligations to reduce them. However, first, climate change is not directly attributable to acts or omissions of the US. The US might be one of the largest emitters of greenhouse gases, but it is not the only one, nor the largest. Second, and more to the point, to find a violation the Commission would have had to construe several provisions of the American Declaration (for example, rights to the benefits of culture; to property; to the preservation of health, life, physical integrity, security, and means of subsistence; and to residence, movement, and inviolability of the home) so as to give the Inuits an overarching “right not to be affected by climate change,” a right which does not exist and which is unlikely to withstand close legal scrutiny. Con-

the UN Security Council to Act in North Korea, Council on Foreign Relations, <http://www.cfr.org/publication/11903/failure_to_protect.html> (visited Sep 17, 2015). See, in general, Anna Spain, *The U.N. Security Council's Duty to Decide*, 4 Harvard National Security Journal 320 (2013).

93. *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States* (Dec 7, 2005), <<http://www.inuitcircumpolar.com/files/uploads/icc-files/FINALPetitionICC.pdf>> (visited Sep 17, 2015). The Commission held hearings in March 2007. The case was still pending at the time of this writing.

sequently, in November 2006, the Commission dismissed the petition because petitioners had failed to establish “whether the alleged facts would tend to characterize a violation of rights protected by the American Declaration.”⁹⁴

The problem is that major human rights treaties, and in particular those over which existing international judicial bodies have jurisdiction, are increasingly outdated. The Universal Declaration of Human Rights and the American Declaration of Human Rights were adopted in 1948. The ECHR was adopted in 1950. The American Convention was adopted in 1969. The African Charter on Human and Peoples’ Rights was adopted in 1981. Granted, their scope has been expanded by subsequent protocols. For instance, Protocol 1 to the ECHR added the right to the peaceful enjoyment of one’s possessions, the right to education, and the right to regular, free and fair elections. Protocol 4 prohibits the imprisonment of people for breach of a contract, provides a right to freely move within a country once lawfully there and a right to leave any country, and prohibits the expulsion of nationals and the collective expulsion of foreigners, and so on. However, the rights over which these courts have jurisdiction are essentially civil and political ones.⁹⁵ “Third generation” human rights, such as a right to a healthy environment, a right to natural resources, a right to intergenerational equity and sustainability —such as those in essence invoked by the Inuits— have not yet been sufficiently entrenched in the international legal system to be justiciable. In sum, as long as human rights courts apply treaties that have been drafted between the 1950s and the 1970s, the rights they can vindicate will remain necessarily confined to the core human rights, leaving many aspects of human life untouched.

94. <<http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/science/16commissionletter.pdf>> (visited Sep 17, 2015).

95. The ECtHR does not have jurisdiction over violations of the European Social Charter. These are considered by the European Committee of Social Rights, a body which issues nonbinding recommendations. In the Americas, the Inter-American Court has jurisdiction over violations of the Additional Protocol to The American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights’ “Protocol Of San Salvador,” albeit most of its docket is made of cases arising out of the core American Convention itself.

6. *Fora Might Exist, but Delivery of Justice Might Be So Delayed as to Amount to a Denial of Justice*

Finally, to continue with the mobile phone network metaphor, it might be the case that courts exist, are available, and have jurisdiction over the state in question and the subject-matter, but that the network is busy. The IACtHR and the ECtHR are victims of their own success as their respective caseloads have mushroomed in the past few years. In the case of the ECtHR it has reached staggering proportions, resembling more the caseload of a very busy high-level domestic court than a last-instance international jurisdiction. On June 30, 2015, a staggering 63,800 applications were pending.⁹⁶ In 2015, it remarkably managed to issue 1,775 judgments on the merits, a workload that no other international court faces,⁹⁷ but that is still far from what is needed to make it possible for the court to work its way out of its massive backlog. In 2014, the Inter-American Commission received 1,758 petitions.⁹⁸ The number of petitions pending has been steadily increasing over the years, to reach in 2014 a total of 1,955.⁹⁹ Because the Commission acts as filter of the Inter-American Court, the number of cases pending before the Court has largely remained steady around two dozens, in any given year, but this means that the Commission has become a true bottleneck lowering greatly the odds that a petition might reach the Court and result in a binding judgment.

Statistics for several UN human rights bodies are equally alarming.¹⁰⁰ At the end of 2014, the Human Rights Committee, the body

96. < http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2015_BIL.pdf> (visited Sep 17, 2015).

97. *Id.* The figure is also remarkable if compared to the rulings issued by constitutional courts domestically.

98. Inter-American Commission of Human Rights, *Annual Report 2014, Statistics*, <<http://www.oas.org/en/iachr/multimedia/statistics/statistics.html>> (visited Sep 17, 2015).

99. *Id.*

100. HRC, Statistical Survey On Individual Complaints <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>>; CAT, Statistical Survey in On Individual Complaints, <<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cat/pages/catindex.aspx>>; CEDAW, Statistical Survey in On Individual Complaints, <<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>>; CERD <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx>> (sites visited on February 10, 2015).

supervising the implementation of the Covenant of Civil and Political Rights, had about 390 communications (“cases” in the jargon of UN human rights bodies) pending; the Committee against Torture had about 150 communications pending; the Committee on the Elimination of Discrimination against Women about 70; the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, almost 60; and so on. The number of cases pending for all UN human rights bodies has steadily increased over the years, and all indicators suggest that the number of communications they receive yearly will only increase, as a larger number of states accept their jurisdiction over individual communications, and the awareness of the existence of these bodies and how to use them spreads around the world. Unless the human rights bodies, of the UN and regional, are allocated significant extra resources, the backlog, and therefore the delay in justice, is only destined to increase. Globally and regionally it takes several years for a case to reach a decision on the merits. Considering that before accessing these fora an individual must have exhausted all available local remedies, which might also take several years, and that, ironically, a significant number of cases (particularly in Europe) deal exactly with delays of justice at the national level, it is easy to see how delays in justice internationally might de facto deprive individuals of a forum.

III. The Road Ahead

Despite the remarkable progress made so far in ensuring that as many as possible can obtain justice, as we have seen most still do not have access to justice domestically, internationally, or both. Yet, availability of legal remedies, and availability to all, is necessary if the international legal system is to become an international legal order. If the fundamental postulate of all notions of justice is that everyone should be treated equally, then everyone should have equal access to justice unless there are compelling reasons for differential treatment. Thus, the question is what can be done to ensure justice to all (or, at a minimum, availability of providers of justice to most)?

As we saw, a network of international judicial remedies, supplementing domestic remedies, is emerging. Much need to be done to ensure what we currently have remains viable and is truly effective. However,

the current network needs also to be expanded and completed. Further development can be achieved in three ways: by expanding the jurisdiction of “global courts,” by expanding that of regional courts, or both.

As we saw, currently there are three regional human rights regimes, at different stages of development: in Europe, Americas, Africa. And there are two more regional regimes taking the first tentative steps: in the Arab World and South-East Asia.

In recent years, the Association of Southeast Asian Nations (“ASEAN”) has made halting progress toward the creation of a sub-regional human rights structure.¹⁰¹ In 2009, the ASEAN Ministerial Meeting in Phuket, Thailand, created the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights. The ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights is an inter-governmental body, consisting of one representative from each ASEAN member state, and an integral part of the ASEAN organizational structure, yet it is just a consultative body, with no real decision-making powers. It has a soft, generally worded, mandate to promote human rights and encourage member States to protect them. It was also given the task to draft the ASEAN Declaration of Human Rights, a soft-law legal instrument largely echoing the Universal Declaration of Human Rights. The ASEAN Declaration was eventually adopted in Phnom Penh on November 18, 2012,¹⁰² and was followed by another soft-law instrument: the ASEAN the Declaration on the Elimination of Violence against Women and Elimination of Violence against Children.¹⁰³ A binding regional human right treaty and a system of supervision of compliance similar to those already in place in Europe, Americas and Africa is still way beyond the horizon.

Arab countries have also taken a tentative step toward the creation of a sub-regional human rights framework. The Arab Charter on Human Rights, after an aborted initial attempt, was adopted by the League of

101. ASEAN comprises Brunei, Cambodia, Indonesia, Laos, Malaysia, Myanmar, Philippines, Singapore, Thailand, and Vietnam. ASEAN, *Member Countries*, <<http://www.aseansec.org/74.htm>> (visited Sep 17, 2015).

102. <http://www.asean.org/news/asean-statement-communicues/item/asean-human-rights-declaration> (visited Sep 17, 2015).

103. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WG/ASEANdeclarationVaW_violenceagainchildren.pdf (visited Sep 17, 2015).

Arab States in 2004, and entered into force in 2008.¹⁰⁴ However, the Arab Charter contains only a bare-bones mechanism to ensure implementation of human rights obligations. The widespread unrest that has rocked the Arab world from December 2010 through 2012, called the “Arab Spring”, induced Arab governments to consider the creation of an Arab Court of Human Rights with jurisdiction over the 2004 Arab Charter as a concession to internal pressure from their populations as well as international pressure. In June 2012, Bahrain started studying the possibility of establishing an Arab Court of Human Rights.¹⁰⁵ It presented a proposal at the Doha Meeting of the Arab League in March 2013. The Council decided to create a high-level committee of legal experts charged with drafting the statute of the court, and asked it to submit its conclusions to the Ministerial Council of the League at its next session, in March 2014.¹⁰⁶ Although the Statute of the Arab Court of Human Rights was adopted by the Arab League Council at the ministerial level on September 7, 2014,¹⁰⁷ it already looks a doomed project, or, in the words of the legal scholar Cherif Bassiouni, a “Potemkin Tribunal, a fake institution designed only to impress people”.¹⁰⁸

The fact that a year after its adoption, the Statute is not publicly available and discussions on it are based on leaks and rumors is very much telling of both its troubled genesis and bleak future. The main flaw seems to be that only States party to the Arab Court will be able to challenge other States before the Court. Natural or legal persons will not have access, neither directly, like in the case of the European Court of Human Rights, and the UN human rights treaty-based procedures, nor indirectly, like

104. Arab Charter on Human Rights, 18 Hum Rts L J 151 (1997). It never entered into force. It was subsequently revised by the League of Arab States. Arab Charter on Human Rights (2004), 12 Intl Hum Rts Rep 893 (2005) (“(Revised) Arab Charter”).

105. *Manama Conference for the Establishment of an Arab Court of Human Rights*, ARAB COURT OF HUMAN RIGHTS, <<http://www.mofa.gov.bh/egovservices/achr/InfoEn.aspx>> (last visited Feb. 7, 2014).

106. *Final Statement of the Doha Meeting*, held on March 26th, 2013, Order 573 (p. 6) (translated from Arabic), <www.lasportal.org> (accessed April 1, 2013).

107. Resolution No. 7790 dated 07.09.2014, Arab League Council, Regular Session (142).

108. International Bar Association, “Bassiouni: New Arab Court for Human Rights is fake ‘Potemkin tribunal’”, <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=c64f9646-15a5-4624-8c07-bae9d9ac42df> (Oct. 1, 2014, last visited Jan. 21, 2015).

in the case of the Inter-American Court of Human Rights or the African Court of Human and Peoples' Rights. State to State litigation of human rights violations is a very rare occurrence internationally.

The Statute is supposed to enter into force after ratification of seven member states of the Arab League, and the Court is supposed to start working within a year from the date of entry into force of the Statute. Yet, few believe the Statute will ever attract the minimum number of ratifications and, should it do so, the Court is unlikely to ever be convened or consider a case. Bahrain's initiative to establish the Arab Court of Human Rights might go down in history as simple posturing to appease demands for accountability in the wake of the Arab Spring, and now that the Arab Spring has given way to an Arab Winter prospects are even dimmer.

One could possibly imagine that one day a regional system of protection of human rights will emerge in Oceania. East Timor, Fiji, Papua New Guinea, Solomon Islands, Vanuatu, the Federated States of Micronesia, Kiribati, Nauru, Palau, Samoa, Tonga, and Tuvalu are homogeneous and at comparable levels of development to adopt a regional charter of human rights and create a common judicial body to enforce it.¹⁰⁹ France might accept jurisdiction limited to its Pacific territories. The US might do the same. New Zealand might accept jurisdiction, and/or might do the same for the Pacific islands it controls. The same is valid for Australia.

However, there is little hope that one day a regional regime to encompass the vast area of the globe from Iran to Japan will emerge. One might wonder, therefore, if the time has come, almost two decades since the creation of the International Criminal Court, to create an International Human Rights Court, too.¹¹⁰ Acceptance of its jurisdiction would be open to any State. Its decisions would have legally binding effect, and its jurisdiction would be compulsory once a state has ratified the

109. It should be noted that East Timor is a candidate for ASEAN membership. <<http://www.asean.org/news/asean-secretariat-news/item/timor-leste-remains-committed-to-join-asean>> (visited Sep 17, 2015).

110. For proposals as to how this court could be structured, see Martin Scheinin, *Towards a World Human Rights Court*; Julia Kozma, Manfred Nowak, Martin Scheinin, *A World Court of Human Rights: Consolidated Statute and Commentary* (Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2010).

constituting treaty. Like regional human rights courts, it would not mete out criminal punishment, but rather would declare violations of human rights brought to its attention by individuals, directly or indirectly, and, possibly, order just compensation or specific performance.

This court could be the judicial arm of a new international human rights compact, merging the three components of the International Bill of Human Rights (that is, the International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”),¹¹¹ the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,¹¹² and the Universal Declaration¹¹³), which would codify more than sixty years of international practice.¹¹⁴ The adoption of such a new universal human rights compact would be a truly major effort as it would require the renegotiation and rewriting of all international human rights law.

Alternatively, and more feasibly, the United Nations’ Human Rights Committee, which oversees implementation of the International covenant on Civil and Political Rights, could be transformed into such a court. To date, the Covenant has been ratified by 168 states,¹¹⁵ and 115 of those have ratified the Optional Protocol giving individuals the right to submit claims to the Human Rights Committee.¹¹⁶ It is already an international court of sorts, but for one crucial aspect: it issues only

111. International Covenant on Civil and Political Rights, GA Res 2200A (XXI) at 52, UN GAOR, 21st Sess, Supp No 16, UN Doc A/6316 (1966), 999 UN Treaty Ser 171 (Mar 23, 1976) (hereinafter ICCPR).

112. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, GA Res 2200A (XXI), at 49, UN GAOR, 21st Sess, Supp No 16, UN Doc A/6316 (1966), 993 UN Treaty Ser 3 (1976).

113. See UN GAOR 3d Sess, 1st mtg, UN Doc A/810 (1948) Declaration of Human Rights, GA Res 217A, at 71, UN GAOR, 3d Sess, 1st plen Mtg, UN Doc A/810 (1948).

114. For a possible example see Kirk Boyd, 2048: Humanity’s Agreement to Live Together (Berrett-Koehler Publishers, 2010).

115. ICCPR (cited in note 110); United Nations, *Chapter IV, Human Rights, 4. International Covenant on Civil and Political Rights*, available online at <<http://treaties.un.org>> (visited Sep 1, 2015) (listing all countries that have ratified to date).

116. Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, GA Res 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp (No 16) at 59, UN Doc A/6316 (1966), 999 UN Treaty Ser 302 (Mar 23, 1976); United Nations, *Chapter IV, Human Rights, 4. International Covenant on Civil and Political Rights*, available online at <<http://treaties.un.org>> (visited Sep 1, 2015) (listing all countries that have ratified to date).

nonbinding “observations.”¹¹⁷ If its “observations” were given binding effect, we would have added an international “civil” leg, besides the criminal one, to the international legal order. It would be interesting to explore how many of those 115 states would still allow individuals to bring complaints to the Human Rights Committee if such an amendment were made.¹¹⁸

Indeed, there is much to be said for adding a corrective justice dimension on a global scale. International criminal courts are like fire trucks: big, flashy, expensive, and they arrive on the scene where the building is already burning. Human rights courts, however, are like fire alarms. While deterrence of gross human rights violations by criminal tribunals is still assumed rather than proved, stress on corrective justice has a proven record for slowing down or reversing the descent of states into the abyss of civil war and conflict. Those countries where corrective justice is accessible, or where faulty national processes are kept in check by effective international processes, rarely suffer the kind of catastrophes that necessitate international retributive justice. Germany did not go from being a liberal, law-abiding country to Nazism in one night. It had a period of several years in between where corrective justice was either unavailable or unavailable to some. That is where a difference can be made.

Besides, and to repeat again, it is a matter of fairness and justice. Every year, governments spend hundreds of millions of dollars to ensure that the worst of the worst—those whom history has already declared politically guilty—get a fair trial before an international court. Humanity needs also to find a way to make sure that at least some of the faceless who are innocent and get caught in flawed national trials do have a chance to have their due process rights vindicated. While we may not be able to provide them a fair trial, we can make sure that if they do not have a measure of corrective justice nationally they can have it internationally.

The emergence of a jurisdiction dispensing corrective justice on a global level would be a major breakthrough, a major step towards the

117. ICCPR, art 41 (cited in note 110).

118. Interestingly, the ICC and the Human Rights Commission tend to have similar levels of acceptance.

creation of a true international legal order, a step even bigger than the creation of the International Criminal Court, as it could potentially affect not only a few hundred millions like international criminal courts do, but billions. It might be quixotic, but all revolutions sound quixotic before they happen.

CAPÍTULO XXXVI

BRASIL ENTRE IGUALDADE JURÍDICA DOS ESTADOS E REFORMA DA ONU – LEGADO DE RUY BARBOSA NA II CONFERÊNCIA DE PAZ DA HAIA

Paulo Borba CASELLA¹

introdução

Para a edição 2015 do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional escolhi considerar o legado da participação do Brasil na II Conferência de Paz da Haia, como momento histórico e marco definidor da política externa brasileira, representativo da escolha então feita pelo Brasil, em favor da igualdade jurídica dos estados.² O Brasil, naquele momento, em lugar de se bater pela sua inserção como a última entre as potências oligárquicas, pleiteou concepção mais ampla e mais aberta da sociedade internacional, que se pautasse justamente pela igualdade entre todos os estados, participantes do sistema internacional da época. É preciso refletir sobre a importância e a atualidade desse legado.

A participação brasileira, na conferência de paz, em 1907, não somente faz avultar a figura de Ruy BARBOSA, como despertou grande interesse entre nós por temas de direito internacional, naquela época.³ Passado mais de um século desde então, a escolha então feita – em defesa do princípio da igualdade jurídica dos estados – pode ensejar reflexão a respeito do papel do direito internacional pós-moderno. Princí-

1. professor titular de direito internacional público e chefe do departamento de direito internacional e comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

2. Na evolução histórica do direito internacional, teve grande importância para a formulação do princípio da igualdade jurídica dos estados o internacionalista alemão Samuel PUFENDORF (1632-1694), como se examina em P. B. CASELLA, **Direito internacional no tempo clássico** (São Paulo: Atlas, 2015, cap. XX, p. 405-571).

3. Para situar o contexto do estudo e ensino do direito internacional no Brasil, ver CASELLA, *Direito internacional nas Arcadas* – a aula inaugural de 16 de fevereiro de 2009 (São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, 2009, vol. 104, p. 931-966).

pio esse que veio a se tornar “paradigma da política externa brasileira”, como delinea Carlos Henrique CARDIM (2014).⁴

Mantenho a convicção na fundamental importância de contextualizar historicamente o direito internacional, para se compreender a sua evolução e as suas perspectivas de ulterior desenvolvimento.⁵ Esse

4. Carlos Henrique CARDIM, *A luta pelo princípio da igualdade entre as nações – Rio Branco e Rui Barbosa na Conferência de paz da Haia de 1907* (in **II Conferência da Paz, Haia 1907 – a correspondência telegráfica entre o Barão do Rio Branco e Rui Barbosa**, Brasília: FUNAG / Centro de história e documentação diplomática, 2014, p. 11-29, cit. p. 29): “A participação do Brasil na Segunda conferência de paz da Haia pode ser definida e resumida em duas palavras: seriedade e luta por princípios. // Rio Branco e Rui Barbosa, homens públicos virtuosos, abridores de caminhos, com total dedicação ao estado, antíteses da improvisação, combinaram *virtù* e fortuna na defesa forte e pacífica do princípio da igualdade. // Provaram a importância de valores, princípios e coerência na diplomacia, e construíram um dos paradigmas da política externa brasileira – a igualdade entre os estados – hoje inscrito na Constituição, em seu artigo quarto.”

5. Dentre outros, ver a respeito a linha central de pesquisa sobre a evolução histórica e institucional do direito internacional: P. B. CASELLA, **Direito internacional no tempo clássico** (São Paulo: Atlas, 2015, xviii+760 páginas, ISBN 9788597001846); CASELLA, *BRICS – Brazil, Russia, India, China and South Africa – the present picture and perspectives* (curso ministrado no Rio de Janeiro, em agosto de 2015, publ. **XLII Curso de derecho internacional**, org. Comité jurídico interamericano da OEA, realizado, Washington: OEA – Secretaria general, 2016, in printing); CASELLA, **Direito internacional no tempo moderno de SUAREZ a GRÓCIO** (São Paulo: Atlas, 2014, xxx+665 p., ISBN 9788522482870); CASELLA, *Papel do direito internacional na formação e na consolidação do território brasileiro* (in **Zemlia kak objekt prava – b Rossiï e Braziliï – A terra como objeto de direito na Rússia e no Brasil**, sob a coord. de T. A. ALEXEEVA, Sankt Petersburg: National Research University, 2014, p. 156-168); CASELLA, *International development law and the right to development in post-modern international law* (in **Droit international et nouvelles approches sur le tiers monde: entre répétition et renouveau / International law and new approaches to the third world: between repetition and renewal**, sous la direction de Mark TOUFAYAN, Emmanuelle TOURME-JOUANNET e Hélène RUIZ-FABRI, Paris: Société de législation comparée, 2013, p. 261-280); CASELLA, *A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero* (in **O direito à diferença – aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, coord. Liliana L. JUBILUT, Alexandre G. M. F. BAHIA e José Luiz Q. de MAGALHÃES, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179-188); CASELLA, **Direito internacional no tempo medieval e moderno até VITÓRIA** (São Paulo: Atlas, 2012, x+654 p., ISBN 9788522473120); CASELLA, **Direito internacional no tempo antigo** (São Paulo: Atlas, 2012, xiv+472 p., ISBN 9788522462957); CASELLA, *Empires, hegemony and cooperation* (in **Pra-**

marco é também oportuno para se pensar como se põe, entre nós, o direito internacional. Ocasão para se festejar esse histórico marco positivo de publicação do Boletim da SBDI e também considerar aspectos do engajamento do país no direito internacional e nas relações internacionais, no que chamei “a boa tradição e a que se deve evitar”.⁶ E considerar o legado do conjunto de nossa política externa, em relação ao recorrente tema da reforma da ONU.⁷

vovie Aspetti Brics – Aspetti giuridici del BRICS – Legal aspects of BRICS, ed. by T. A. ALEXEEVA & P. CATALANO, São Petersburgo: Univ. Nacional de Pesquisa, 2011, p. 27-48); CASELLA *Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade* (no volume **Filosofia e teoria geral do direito** – homenagem a Tércio Sampaio FERRAZ Jr., org. Eduardo C. B. BITTAR e João Maurício ADEODATO, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 999-1024); CASELLA, *Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de HART* (1961) (no volume **Homenagem aos 70 anos do prof. Celso LAFER**, org. T. Sampaio FERRAZ Jr. e L. O. BAPTISTA, São Paulo: IBF- Instituto Brasileiro de Filosofia/Rev. dos tribunais, ‘edição comemorativa’, ano 60, vol. 236, jan.-jun. 2011, p. 313-329); CASELLA, *International Law: the post-modern approach to the classics and the new challenges* (curso ministrado no Rio de Janeiro, em agosto de 2009, publ. **XXXVI Curso de derecho internacional**, org. Comité jurídico interamericano da OEA, realizado, Washington: OEA – Secretaria general, 2010, p. 3-46); CASELLA, *Il Foedus tra Plebe e Senato ed il problema del Diritto Internazionale. Dalla secessione della Plebe all’ autodeterminazione dei popoli*, in: *Diritto@Storia*, Rivista Giuridiche e Tradizione Romana. N.9 - 2010, ISSN 1825-0300); CASELLA, *Direito internacional e dignidade humana* (in **Direito internacional**: homenagem a Adherbal MEIRA MATOS, org. P. B. CASELLA e André de CARVALHO RAMOS, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 223-343); CASELLA, **Direito internacional dos espaços** (São Paulo: Atlas, 2009); CASELLA, *Direito internacional nas Arcadas* – a aula inaugural de 16 de fevereiro de 2009 (São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, 2009, vol. 104, p. 931-966); CASELLA, **ABZ – ensaios didáticos** (prefácio João Grandino RODAS, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2008; 2ª. tiragem, 2009).

6. P. B. CASELLA, **Fundamentos do direito internacional pós-moderno** (prólogo de Hugo CAMINOS, São Paulo: Quartier Latin, 2008, cap. XIII, ‘boa tradição e a que se deve evitar’, pp. 973-1111), onde a indagação mestra seria: Como se cria um país? Como se forma a sua identidade? Quais serão as linhas basilares da vida deste, nas suas facetas, interna e internacional? Na faceta internacional da vida institucional se põe o exame do que possa ser a boa tradição e a que se deve evitar. Mas não poderá a faceta externa ser compreendida sem que se lhe agregue a base, internamente consolidada, da qual a atuação externa constituirá, de um lado, a projeção, mas enfrentará a refração das influências que de fora se imponham à consideração interna.

7. Tive ocasião de expressar as minhas opiniões sobre o tema, a convite dos Embaixadores Jerônimo MOSCARDI e Carlos Henrique CARDIM, por ocasião do “Semi-

Até 1907, quando se reuniu, na Haia, o concílio dos povos cultos, apenas foi possível tentar a regulamentação da guerra, para que fosse menos cruel, e menos destruidora das criações materiais e morais, a que a humanidade mais fortemente se afeiçoa, comentava Clóvis BEVILAQUA (1920)⁸: “em 1919, realizou-se um grande progresso ethico-jurídico. A codificação levada a effeito não mais teve por objecto as leis da guerra, porém os princípios tendentes a combatê-la e reduzi-la. Agora, sim começaram os homens a legislar sobre a paz, a preparar as condições sociaes e jurídicas da paz. Antes não puderam senão legislar sobre a guerra”.⁹

O presente artigo será ordenado como segue: lições da história e a política externa (i); igualdade jurídica dos estados e ordem internacional, na visão de Ruy (ii); doutrina DRAGO e a crítica de Ruy (iii); direito internacional e ordem institucional (iv); e a conclusão (v).

i. lições da história e política externa

É hoje o dia maior, que o Brasil tem tido ; dia em que ele pela primeira vez começa a mostrar ao mundo que é império e império livre [...] O Brasil que por trezentos e tantos anos sofreu o indigno nome de colônia, e igualmente todos os males do sistema destruidor então adotado.

D. PEDRO I, na “fala do trono” à Assembléia constituinte, em 1823¹⁰

nário sobre a reforma da ONU, Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2009” – IV Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional, ‘O Brasil no mundo que vem aí’: P. B. CASELLA, *Reforma da ONU, pós KELSEN* (in *Reforma da ONU*, Brasília: FUNAG, 2010, p. 143-210).

8. Clóvis BEVILAQUA, no ‘prólogo’ ao livro **Soberania das nações** de M. F. Pinto PEREIRA (São Paulo: C. Teixeira & Cia., 1920, pp. ix-xii).

9. C. BEVILAQUA (‘prólogo’ cit., 1920, pp. x-xi): “Essa lição do conflito mundial, que o jovem internacionalista assignala, da solidariedade, que as nações alliadas mutuaram, durante a lucta, e que se continuará na paz, sem prejuízo das soberanias nacionaes, produziu um fructo de consequências inestimáveis, a constituição da Sociedade das Nações, que, com o fluir dos tempos, merecerá melhor essa denominação, quando a reorganização de modo a ser uma cooperação perfeita de esforços, tendo por alvo o bem da humanidade, por base os direitos dos estados, a soberania, a egualdade, a jurisdição sobre o respectivo território, e por elemento plástico os princípios jurídicos, em sua mais pura idealização.”

10. **FALAS DO TRONO** (“desde o ano de 1823 até o ano de 1889, acompanhados dos respectivos votos de graça da Câmara temporária, e de diferentes informações e esclarecimentos sobre todas as sessões extraordinárias, adiamentos, dissoluções, ses-

“Todas as nações, por eguaes juridicamente, a soberania de umas se limita pela de outras. À rigidez no conceito de independencia dos estados, substitue-se o elevado ideal de solidariedade, não apenas continental, como, por exemplo, a desejam alguns americanistas fanatisados, mas internacional, a das *gentes* do mundo civilisado. Esse é o pensar culminante do egrégio Ruy BARBOSA, foi a sábia directriz da política externa do inolvidável Barão do RIO BRANCO, e deve ficar como base da nossa acção internacional”.

M. F. Pinto PEREIRA (1920)

Desde antes da proclamação da independência o Brasil começa a cuidar de sua inserção no contexto internacional. E desta se cuidou, por meio da diplomacia, com utilização da política e do direito internacional.

O Brasil, há quem diga, foi estado, antes de ser país. Mas o dado internacional desde o início pauta a formação e o desenvolvimento do país, como sujeito de direito internacional. Com a elevação à condição de Reino Unido a Portugal e Algarve, em 1815 – portanto alguns anos antes da independência – o Brasil já começa a sua trajetória como sujeito de direito, no plano internacional¹¹. Inclusive com a particularidade de ter sido participante do Congresso de Viena, em 1815.

sões secretas e fusões com um quadro das épocas e motivos que deram lugar à reunião das duas câmaras e competente histórico”, prefácio de Pedro CALMON, São Paulo : Melhoramentos, 1977, Assembléia constituinte, 1823, pp. 31-43; a seguir reproduzem-se extratos de atas e pareceres ref. à ‘dissolução da constituinte, pp. 47-85, determinada por decreto de 12 de novembro de 1823, segue-se-lhe o ‘manifesto de sua majestade o imperador aos brasileiros’, datado do Rio de Janeiro, de 16 de novembro de 1823, e nova “fala do trono”, esta de 1826, “na abertura da assembléia geral em 6 de maio”, pp. 97-100, cit. p. 97) : “Pela segunda vez, tenho o prazer de apresentar-me entre vós, abrindo a assembléia nacional. Sinto infinito que ela se não abraisse no dia marcado pela constituição, depois do governo ter concorrido da sua parte quanto pôde, para que a lei não fosse postergada. Em 12 de novembro de 1823 dissolvi a assembléia constituinte, bem a meu pesar, e por motivos que vos não são desconhecidos. Prometi ao mesmo tempo um projeto de constituição ; este foi aceito e jurado, e hoje é a constituição política, que rege este império, e em virtude da qual se acha reunida esta assembléia. A harmonia, que se pode desejar entre os poderes políticos, transluz nessa constituição, do melhor modo possível”.

11. D. PEDRO I, *Fala do trono, de 1823, à Assembléia constituinte* (ed. cit., loc. cit.) prosseguia : “logo que o senhor D. JOÃO VI rei de Portugal e Algarves, meu augusto pai, o elevou à categoria de reino, pelo decreto de 16 de dezembro de 1815,

A sociedade mundial, organizada politicamente, acresce dimensão de direito internacional positivo aos pressupostos conceituais da igualdade e das regras básicas de convivência entre os estados, no plano internacional:¹² “organizar o mundo, numa só sociedade politica, é o mais complexo problema, que a mente humana tem concebido, já pela conexão com mil outros difficilimos problemas, já pela chocante desharmonia de outros tantos. É verdade que, nos povos civilizados, são muitas as convergencias de ideaes; não o é menos, todavia, que as divergencias são muitissimas”.¹³

Embora reconheça que “o conceito de soberania progride para concepção mais ampla”, ao abordar as mutações da “soberania nacional no mundo contemporaneo”, PINTO PEREIRA (1920)¹⁴ : “nem se pode

exultou de prazer : Portugal bramiu de raiva, tremeu de medo. O contentamento, que os povos deste vasto continente mostraram na ocasião, foi inaudito ; mas atrás desta medida política não veio, como devia ter vindo, outra, qual era a convocação de uma assembléia, que organizasse o novo reino.”

12. M. F. Pinto PEREIRA, **Soberania das nações** (prefácio de Clóvis BEVILACQUA, São Paulo : C. Teixeira & Cia., 1920, par. 5º, ‘a sociedade mundial, organizada politicamente’, pp. 28-39) : “Da simples sociedade das nações, que é o seu convívio sob o direito internacional, à organização política da sociedade mundial, vae irreductivel differença. Dissemos : *non gentium societas supremae uniuscujusque potestatis negatio implicet, plena ejusdem, autem affirmatio.* / Mas, com a organização política da sociedade mundial, sob a fôrma da ‘Liga das Nações’, impossível é conciliar-se a permanencia da soberania nacional. Aquella organização, com ser política, necessariamente, implica a idéia de um governo universalmente obedecido.”

13. M. F. Pinto PEREIRA (op. cit., 1920, cap. cit., p. 29, a seguir, p. 35, e, mais adiante, p. 39) : “A organização política da Sociedade das Nações, numa Liga, é um pensamento que não se ajusta com a realidade. Muitos são os mestres que o nutrem ; mas, contrariadas pela experiencia, ‘as autoridades não valem a menor prova de facto’.” (...) “A soberania nacional permanecerá. Com ella é difficilimo o exito da ‘Liga das Nações’ e absolutamente impossível conciliar-se a organização política da sociedade mundial.”

14. M. F. Pinto PEREIRA (op. cit., 1920, par. 6º, ‘soberania nacional no mundo contemporaneo’, pp. 40-47, cit. pp. 41-42) : “Tudo nos indica a transformação do *ius inter gentes*. Transformação, dizemol-o de modo expresso, por nos alheirmos aos que o julgaram fallido. (...) Si o proclamassemos fallido, negáramos, implicitamente, a independencia das nações, e della dissertando, estaríamos em contradicção comnosco próprio. Elle não falliu. Refreiu a força prepotente que se lhe oppuzera ; e, dominando, acreditamos que a sua applicação se tornará mais rigorosa para o futuro. Nem se pode questionar do seu progresso : circumstancia digna de reparada, é que, a despeito das guerras, elle se tem purificado em seus principios.”

prever o que será a vida internacional porvindoura ; mas o a que apresentamos, é, em linhas fundamentaes, uma extensa e nítida combinação de forças, movidas pela justiça, para o maior bem estar das gentes”. E prosseguia: “o jus inter gentes é o elemento capital da civilização contemporanea, e não poderia fallir, nem ao menos diminuir-se-lhe o prestígio. Prova-o, à saciedade, a actual dilatação do seu imperio geographico, cuja grande integração se vae operando pelo que se reconhecerem soberanas nações novas, libertadas por aquelle mesmo direito”.¹⁵

O que se poderia chamar “princípio democrático no direito internacional”, segundo o qual cada estado tem direito a voto e cada um destes tem igual peso, na ordem internacional, teria recebido defesa candente, por parte de Ruy BARBOSA, na segunda conferência da paz, da Haia, em 1907, advogado das nações menores, em defesa desse princípio. Esse marco foi definidor da política externa brasileira, e continua a ser representativo da escolha então feita pelo Brasil.

Como apontava Ildefonso Dutra ALVIM (1953)¹⁶ : “advogando intransigentemente a igualdade jurídica dos estados, reuniu prosélitos e conquistou para o Brasil glórias de preeminência naquele magno conclave. A Carta das Nações Unidas erigiu, hoje, à categoria de norma positiva esse princípio de igualdade dos povos. Todas as relações internacionais hão de ser baseadas nessa disposição e qualquer consideração à sua margem perde o sentido jurídico internacional”.¹⁷

15. M. F. Pinto PEREIRA (op. cit., 1920, pp. 43-44) : “A indole mavortica, de uma raça sedenta de conquista, tentou reduzi-lo ao que o dictasse o seu braço forte. Mas a arma do direito internacional, como a de todo o direito, é o espirito de justiça, que não a violencia da fôrça ; e, por isso, elle resistiu e triunfou com as nações, que, em uma guerra justa, estreitando-se pela solidariedade, defenderam o principio da soberania.”

16. Ildefonso Dutra ALVIM, **Limitações ao exercício da soberania** (Belo Horizonte : Imprensa oficial, 1953).

17. I. D. ALVIM (op. cit., 1953, parte ii, ‘soberania’, cap. iii, ‘limitações’, pp. 159-196, pars. 217 a 274, cit. par. 250, p. 161 e, a seguir, par. 263, pp. 169-170) : “Limitações mais objetivas, mais concretas da ação individual dos estados no exercício de seus poderes de soberania, decorrem das ações das Nações Unidas, destinadas à aplicação das regras jurídicas estatuidas e a dar-lhes vigor e sanção, quando se referem aos *meios e modos* para alcançarem os *fins* estabelecidos. Do exame coordenado das normas jurídicas instituídas pelas Nações Unidas, o jurista se convence de que o poder soberano não mais atribui ao estado que o exercita, a faculdade onipotente de criador, intérprete e aplicador da norma jurídica. *Sujeito passivo* daquelas normas, sua jurisdição fica limitada por outras, que a sobrepujam, criadas pela novel instituição.”

A mesma Carta da ONU, convém contrapor, enseja a discriminação entre os estados, titulares do poder de veto no Conselho de Segurança e todos os demais – o que não favorece a isonomia nem o equilíbrio das relações internacionais atuais. Mas, com certeza, a perplexidade que se punha em M. F. Pinto PEREIRA (1920) ao estimar incompatível a soberania e a participação na Liga das Nações, como fenômeno recente, pelo quadro institucional e regulamentador, que esta instituição trazia, ao que antes se punha como critérios tão somente a serem determinados e adotados pelos estados, quer separadamente, por meio de atos unilaterais, quer de modo concertado. I. Dutra ALVIM (1953) vivia a perplexidade ante o arcabouço institucional e normativo, instaurado no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Transcorridas sete décadas, desde a instituição da ONU, constata-se, hoje, que a soberania dos estados permaneceu, e estes se multiplicaram, e, simultaneamente, as organizações internacionais multiplicaram-se em número e em abrangência de atuação, em desordenada convivência e interação. Adherbal MEIRA MATTOS (2005)¹⁸ considera : “a Organização das Nações Unidas é a maior organização internacional que o mundo conhece e conhece, a despeito de seus flagrantes aspectos negativos – alguns dos quais é vítima e não autora – que seus difusos pontos negativos não conseguem ocultar, numa série de acertos e desacertos que ora vêm à tona, ao ensejo dos 60 anos da complexa existência da entidade”.¹⁹

18. Adherbal MEIRA MATTOS, *Organização das Nações Unidas: 60 anos* (in **Reflexões sobre os 60 anos da ONU**, org. Araminta de Azevedo MERCADANTE e José Carlos de MAGALHÃES, Ijuí : Ed. Unijuí, 2005, pp. 83-100).

19. A. MEIRA MATTOS (art. cit., 2005, p. 83): “A ONU possui, em plenitude, as três *jura* básicos, presentes no critério internacional dos estados: o *jus tractatum*, o *jus legationis* e o *jus belli*. O primeiro (direito de concluir tratados), compreende a negociação, assinatura, ratificação etc. de atos internacionais. Alguns dispositivos da Carta deixam bem claro esse detalhe. É o que ocorre com o art. 43, em que todos os membros, a fim de contribuir para a manutenção de paz e de segurança internacionais, proporcionarão ao Conselho de Segurança, toda a assistência possível, com base em acordos (tratados) especiais, com os arts. 52, 53 e 54, que possibilitam a criação e utilização de acordos intergovernamentais (FAO, UNESCO, OACI etc.) e com o art. 63, que cogita de acordos entre Conselho Econômico e Social e tais entidades especializadas. / O segundo (direito de legação) tal como ocorre com os estados, pode ser ativo e passivo. Assim, por meio de seus agentes (permanentes) e observadores (não-permanentes), nos estados. Passivo,

Contudo, dado ser inexorável o imperativo da convivência, a organização desta acarretará limitar o conceito e a extensão do exercício da soberania de cada estado, já percebia M. F. Pinto PEREIRA (1920): “o estado melhor organizado jamais lograra independencia absoluta, a menos que se isolasse do convívio mundial, e, nesse caso, a sua sorte seria fatalmente o aniquilamento. A comunidade das nações força-as a se darem reciprocamente as mãos e a se fazerem concessões recíprocas; embora em diferentes situações políticas, conduz as poderosas a coadjuvarem, no quanto possível, as que o não são. Outro não é o ensinamento dos mestres. (...) Como, apesar do crescente progresso humano, já tantas vezes os interesses vitais dos povos soberanos se chocaram, ferindo-se guerras, não tenhamos a ingenuidade de descrever que isso possa repetir-se ; repetir-se-á, porém, com menor frequência, si se temperar o conceito de soberania nacional pelo princípio salutar da solidariedade das nações”.²⁰

pois a ONU recebe representantes diplomáticos de todos os estados membros. Como as organizações internacionais não têm soberania territorial, a exemplo dos estados, a ONU garante privilégios e imunidades, mediante acordos especiais com os estados que enviam seus representantes. / O terceiro e último dos direitos é o de fazer a guerra, não por meio de vontade individual dos estados-membros, mas da ação coletiva da organização, por seu Conselho de Segurança. Após o advento da ONU, a guerra deixou de ser um direito dos estados, para ser um direito da organização, como um todo. Aos estados cabe, apenas, o direito de legítima defesa (Carta de San Francisco, art. 51).”

20. M. F. Pinto PEREIRA (op. cit., 1920, pp. 45-46, e prossegue, pp. 46-47): “A idéia da comunhão do direito, agitada por SAVIGNY no campo do direito internacional privado, e que é hoje um pensamento quase universal, assaz pode concorrer para as solidarisar. É mister que os países cultos cooperem para cimentar a sua grande comunidade, regida, quando possível for, pelo direito pacífico. / Isso não obsta, bem o vemos, a que a cada qual fique a sua soberania, e como attributo essencial : o que se quer é que ella seja participe activa da solidariedade de todos, na pratica da equidade e da justiça, para a realisação do maior bem commum. A cooperação das grandes e pequenas nações, soberanas e igualmente solidarias, não pede que na vida particular ellas ajam, umas exactamente conforme as outras. / A *societas gentium* é o ponto em que se hão de converter no bem estar da humanidade os contingentes do trabalho nacional de cada povo. Si circunstancias peculiares vigem, no sentido da differenciação intranacional dos estados, a vida internacional tende a semelhal-os, pela conjugação dos esforços communs em prol de todos. Eis o terreno da cooperação ; ella ‘supõe a diversidade de meios e simplesmente harmonia de fins’. / A verdadeira solidariedade das nações soberanas consiste no promoverem, sobre tudo, a justiça nas suas relações, obedecidas as sentenças dos tribunaes, que

“O interesse da América latina inclui, em grande parte, os interesses do Brasil, mas não desvincula dos seus compromissos com o continente americano, onde se encontram os E.E.U.U.” parece ter descoberto Oliveiros L. LITRENTO (1964)²¹, “contudo, ainda se fala na consolidação da política externa independente, como expressão consciente da vontade de nosso país”: “qual, diante do dilema, nossa posição de latino-americanos? qual a melhor posição para o Brasil?”²² Contrariamente ao deixava implícito LITRENTO, cumpre ressaltar quanto e quão freqüentemente os engajamentos exclusivistas mostraram-se contraproducentes na política externa brasileira.

Se as bases de engajamento internacional do Brasil claramente colocadas, resta assegurar a coerência e a consistência na aplicação.²³

ii. igualdade jurídica dos estados e ordem internacional, na visão de Ruy

“de tous les pays d’Amérique latine, le Brésil est le seul chez lequel les grandes puissances, notamment les États-Unis, sont allées chercher des arbitres. (...) En 1870, en 1871, en 1880, de 1884 à 1888, l’Allemagne et l’Italie, nous ont sollicité, chacune

proclamam o direito, tendo-se a força armada como o extremo recurso no solucionar das pendências.”

21. Oliveiros L. LITRENTO, **O princípio da autodeterminação dos povos : síntese da soberania e o homem** (Rio : Freitas Bastos, 1964).

22. O. L. LITRENTO (op. cit., 1964, cap. iv, ‘direito natural e guerra fria’, item 18, ‘posição da América latina, particularmente do Brasil, na guerra fria’, pp. 98-100, cit. p. 98) : “Apenas uma, não há alternativa : a da associação continental e ocidental. Ou melhoraremos nossa situação continental-ocidental ou desapareceremos como nação livre. Tendendo o mundo contemporâneo a uma interdependência que se acentua dia a dia, o nacionalismo tipo *chauvinista* – é altamente lesivo aos interesses do Brasil, aprisionando-o numa camisa-de-força.”

23. Passa-se à pergunta, crucial e dolorosa: o que deseja o Brasil, hoje? Quais são os seus planos, quais as suas prioridades? A tergiversação, a falta de clareza de posições, a aparente ausência de estratégia de prazo que possa viavelmente estender-se pouco além das eleições seguintes, levam a questionar o modelo presente. Os pífios, se não francamente contraproducentes resultados da obsoleta tentativa de ideologização da política externa brasileira se apresentam como evidências irrefragáveis. Como se apontava em P. B. CASELLA, **Fundamentos do direito internacional pós-moderno** (prólogo de Hugo CAMINOS, São Paulo: Quartier Latin, 2008, cap. XIII, ‘boa tradição e a que se deve evitar’, pp. 973-1111).

une fois, des arbitres, et la France, l'Angleterre, les États-Unis, chacun deux fois. C'est une distinction qui n'est pas échue à nul autre état d'Amérique, excepté les États-Unis. / Et voici qu'aujourd'hui on s'imaginerait de se moquer des états d'Amérique du sud à nos dépens, en se figurant comme un *nec plus ultra* d'extravagance l'éventualité de ce qu'une grande puissance viendrait à accepter l'arbitrage du Brésil. N'est-ce pas à nous d'en rire ?”

Ruy BARBOSA (1907)²⁴

No alinhamento pelo direito internacional, o Brasil põe a ênfase na igualdade jurídica dos estados²⁵, sobretudo na conferência da Haia, de 1907, com destaque para atuações relevantes, como terem sido pacificamente resolvidas nossas questões de fronteiras, com todos os vizinhos, entre o final do século xix e início do xx.

Na questão relativa à Corte permanente de arbitragem, Ruy BARBOSA (1907)²⁶, em discurso na ocasião proferido ressaltava: “não seria de nosso interesse que nos inquietássemos, reclamando para os estados de segunda ordem, um assento ao lado dos grandes, pois nosso direito a essa honra há muito está reconhecido, com solenidade especial, pelo acordo das potências, e nós seríamos os últimos a poder ser

24. Ruy BARBOSA, *La nouvelle Cour permanente d'arbitrage* (discurso proferido na segunda conferência de paz, na Haia, em 9 de outubro de 1907, originalmente publicado in Mário de Lima BARBOSA, **Ruy Barbosa na política e na história**, Rio : Briguier, 1916, tb. publ. Ruy BARBOSA, **Escritos e discursos seletos**, seleção, organização e notas de Virgínia C. de LACERDA, intr. geral Américo J. LACOMBE, João MANGABEIRA, Oswald de ANDRADE e Carlos CHIACCHIO, Rio : Aguilar, 1966, pp. 71-81, cit. p. 76) : “Dans le plus célèbre des arbitrages, l'affaire de l'Alabama entre les États-Unis et la Grande Bretagne, le traité souscrit par les deux parties, à Washington, le 8 mai 1871 créa la cour de Genève, où l'un des arbitres a été un diplomate brésilien, le VICOMTE D'ITAJUBÁ. À la cour franco-américaine de Washington, constituée pour décider sur les réclamations des deux puissances en conflit, d'après la convention de 1880, la présidence a échu au Brésil, dans la personne d'un de nos représentants diplomatiques, le BARON D'ARINOS. Enfin, les quatre commissions mixtes d'arbitrage, qui ont fonctionné, de 1884 à 1888, à Santiago du Chili, pour juger les réclamations de l'Angleterre, de la France, de l'Allemagne et de l'Italie contre cet état sud-américain, ont été successivement présidées par trois brésiliens, les conseillers LOPES NETO, Lafayette PEREIRA et AGUILAR D'ANDRADE.”

25. Ver tb. James B. SCOTT, **Le principe de l'égalité juridique dans les rapports internationaux** (RCADI, 1932, t. 42, pp. 467-630).

26. Ruy BARBOSA (discurso cit., ed. cit., loc. cit.).

hoje por estas desclassificados.” Justamente reportava-se Ruy a todas as ocasiões, no tempo do Império, nas quais o Brasil integrara ou presidira tribunais arbitrais internacionais.

Mais adiante²⁷ fazia Ruy a profissão de fé no **princípio da igualdade jurídica dos estados**: “é expressamente que o qualifco de meritório, pois foi estabelecido com solenidade magnífica, pelo concurso geral e direto das nações, o princípio da igualdade dos estados. Falou-se aqui a respeito com desdém. Crivaram-no de ironias. Dividiu com a arbitragem obrigatória a sorte de divertir o espírito que escarnece. Essas armas sutis e elegantes vêm todas do mesmo arsenal. Não se reconheceria se não a igualdade da força. Nós temos reclamado a igualdade do direito para os povos. Nós temos sustentado que todas as nações são iguais diante da lei das nações.”

Na mesma linha que pautara a política externa do tempo do Império²⁸, Ruy BARBOSA exclamava: “Eis os motivos, para nós, estados da América latina, para não ceder na defesa do princípio que sustentamos. E não são estes suficientemente legítimos? Pode-se transigir sobre interesses, ou sobre direitos de estimação econômica. Mas nunca se poderia, sem fraqueza, sem deserção e sem vergonha, sobre os direitos que se reportam à honra”²⁹.

Os estados menos potentes foram mais ou menos unânimes, no reunir-se em torno das boas soluções liberais e humanitárias, enfatizava Ruy BARBOSA, na Haia (1907): foram as grandes potências que divergiram, seja dessas soluções benfazejas, seja umas das outras, na apreciação das suas necessidades. E provocava: “eu gostaria de ver se

27. Ruy BARBOSA (discurso cit., ed. cit., p. 77).

28. Álvaro da Costa FRANCO (org.), **Com a palavra, o Visconde do Rio Branco: a política exterior no Parlamento imperial** (Rio de Janeiro: CHDD / Brasília: FUNAG, 2005); BRASIL – Secretaria de estado dos negócios do Império e estrangeiros, **O Conselho de estado e a política externa do Império** – consultas da Seção dos negócios estrangeiros (1858-1862) (Rio de Janeiro: CHDD / Brasília: FUNAG, 2005); Marcelo RAFFAELLI, **A monarquia e a república**: aspectos das relações entre Brasil e Estados Unidos durante o Império (Rio de Janeiro: CHDD / Brasília: FUNAG, 2006).

29. Ruy BARBOSA (discurso cit., ed. cit., p. 78 supra e a seguir, p. 79): “Nous serions bien curieux d’en assister aujourd’hui à l’expérience ; car ce que celle de cette conférence nous montre, c’est que les embarras à la solution des cas difficiles ne sont pas l’oeuvre de la résistance des états de second ordre, mais l’effet de l’opposition des grandes puissances.”

a atmosfera tépida dos congressos teria a virtude de apagar facilmente essas dissidências rebeldes ao ar livre das assembléias mundiais”.

“Quanto aos outros estados, barrados na ante-sala, com a faculdade de aquiescência ulterior, teria uma coisa a dizer. É o mais abominável dos erros, aquele que se persiste em cometer, insistindo em ensinar aos povos que as posições entre os estados devem ser medidas segundo a situação militar destes, e isso justamente numa assembléia cujo propósito é o de afastar a guerra.”

“Vejam bem as conseqüências, mais temíveis agora, que em qualquer outra época”. Considerando ter falado Ruy BARBOSA, em 1907, foram premonitórias as considerações expendidas: “A nós, estados da América latina, nos convidaram a entrar pela porta da paz. Passamos o umbral, nesta conferência, e vós começastes a nos conhecer, como trabalhadores em prol da paz e do direito. Mas, se nos encontrássemos decepcionados, se nos criticassem por estarmos desiludidos, com a experiência de que a grandeza internacional não se meça se não pela força das armas, então, por vossa obra, o resultado da segunda conferência de paz, teria sido o de mudar a corrente política do mundo, no sentido da guerra, empurrando-nos a buscar nos grandes exércitos e nas grandes marinhas o reconhecimento de nossa posição, em vão indicado pela população, pela inteligência e pela riqueza”.³⁰

Juridicidade, ou observância do direito e atuação conforme as regras deste, e a ênfase na adoção e aplicação das regras multilaterais, sem nunca esquecer as condicionantes decorrentes da difícil relação sujeito e objeto : estado de natureza, natureza do estado e relações entre estados. Os estados não serão anjos, como tampouco anjos são os homens, que compõem e fazem atuar os estados : as normas não lhes mudarão a natureza. As normas podem, somente, impor limites às manifestações e livre curso das ações de uns (homens) como de outros (estados). Dentro de certos parâmetros. Que tem de ser controlados, em sua formulação e aplicação.

Os limites da desejada “aliança especial” entre Brasil e Estados Unidos tornam-se evidentes durante a II Conferência da paz, da Haia, em

30. Ruy BARBOSA (discurso cit., ed. cit., p. 80): “Ces différences de grandeur entre les pays d’Europe et ceux d’Amérique sont bien accidentelles.”

1907. Aponta Gustavo S. de GOFFREDO Jr. (2005)³¹ curiosamente ter sido em contexto multilateral, “em função de posição de princípio claramente grotiana do Brasil – marcada principalmente pela afirmação do princípio da igualdade jurídica dos estados e pela defesa do multilateralismo – que o país viu os EUA optarem por convergir com as posições européias, em detrimento de uma articulação pan-americana”.³² A observância estrita dos expedientes de poder, com nenhuma sensibilidade em relação às demandas brasileiras e dos demais países latino-americanos.

O Brasil tem se pautado historicamente pelo direito internacional e pela observância da legalidade na ordem internacional, com adoção de soluções pacíficas de controvérsias. Trata-se de legado relevante. Deveria haver o cuidado em preservá-lo, pelo seu conteúdo específico – a igualdade jurídica dos estados, como critério e não a força das armas – pois nada pode substituir esse critério, se não a força das armas – e como conteúdo moral, que permitiria ao Brasil cabedal para se fazer ouvir com mais propriedade e mais repercussão, no contexto internacional.

iii. doutrina DRAGO e a crítica de Ruy

“dívida pública não pode justificar a intervenção armada, e muito menos a ocupação material do solo das nações americanas por uma potência européia.”

Luís Maria DRAGO (nota argentina, 29 de dezembro de 1902)³³

31. Gustavo Sénéchal de GOFFREDO Jr., **Entre poder e direito : a tradição grotiana na política externa brasileira** (Brasília : FUNAG, 2005, esp. 2.2. “a segunda conferência da Paz da Haia e os limites da aliança com os EUA”, pp. 44-47).

32. G. S. de GOFFREDO Jr. (op. cit., 2005, p. 44) : “Nessa ocasião, a delegação brasileira, chefiada por Rui BARBOSA, divergiu frontalmente da posição dos EUA em três dos quatro pontos principais discutidos na conferência : a composição do Tribunal de presas marítimas, a Corte Internacional de Justiça e o arbitramento compulsório. Apenas se pôs de acordo com a questão da Doutrina DRAGO, a partir da Resolução PORTER.”

33. Do reconhecimento da autonomia do novo mundo e da repulsa à colonização do solo americano por qualquer potência européia brotou o protesto que DRAGO enunciou contra a coerção militar imposta aos países fracos do continente : “a origem do conflito deve ser atribuída em parte a prejuízos sofridos por súditos das nações reclamantes [Grã-Bretanha e Alemanha] durante as revoluções que recentemente tiveram lugar no território daquela República [da Venezuela], e em parte a não satisfação no pagamento de certas obrigações de sua dívida pública externa nas épocas devidas. Fa-

Em decorrência da guerra civil, irrompida na Venezuela, em 1898, vários estrangeiros residentes sofreram prejuízos patrimoniais. Isso deu lugar a que, dentre outros, a Alemanha, a França, a Itália e a Inglaterra formulassem reclamações diplomáticas ao governo venezuelano, para solicitar deste o ressarcimento dos danos, ocasionados pela conflagração, aos seus nacionais, bem como o pagamento dos bônus da dívida pública, “que aquela nação americana, tomada no momento de dificuldades financeiras, se vira forçada a suspender. Não atendidas as reclamações, Alemanha, Inglaterra e Itália apresentaram, a 7 de dezembro de 1902, ultimatum ao governo do país, para que fossem embolsados das somas que lhes eram devidas. A Venezuela, cujas dificuldades eram cada vez mais prementes, não pôde atender a tal ultimatum. Por essa razão, as potências européias que o haviam feito decretaram, sem

zendo abstração das reclamações do primeiro gênero, cuja apreciação se condiciona às leis dos respectivos países, este governo considerou oportuno transmitir-lhe algumas considerações relativas à *cobrança compulsória da dívida pública*, nos termos em que as sugeriram os acontecimentos verificados.” Desenvolve considerações a respeito do que hoje se denominaria ‘risco país’ – por meio do qual se computam e se cifram as circunstâncias de cada país tomador de créditos internacionais – bem como quanto a saber o capitalista, ao emprestar, que o fazia a estado soberano. Prossegue a nota DRAGO : “Entre os princípios fundamentais do direito público internacional, que a humanidade tem consagrado, um dos mais preciosos é o que determina que todos os estados, seja qual for a força de que disponham, são entidades perfeitamente iguais entre si, tendo, reciprocamente, direito às mesmas considerações e ao mesmo respeito. O reconhecimento da dívida e a liquidação de seu importe podem e devem ser feitos pela nação, sem menoscabo de seus direitos primordiais como entidade soberana. É que a cobrança compulsória imediata, por meio da força, conduziria as nações mais fracas à ruína e à absorção dos respectivos governos, com todas as suas faculdades, pelas nações fortes e poderosas. Outros são os princípios proclamados no continente americano. (...) Não estamos promovendo a defesa da má-fé, da desordem e da insolência deliberada e voluntária. Pelo contrário : o que queremos é amparar o decoro da entidade internacional, que não pode ser arrastada assim à guerra, em detrimento dos objetivos visados pela liberdade das nações. O reconhecimento da dívida pública, ou a obrigação que o estado assume de pagá-la, não perdem o valor pelo simples fato de se não poder cobrá-la violentamente. O estado, de qualquer modo, continua obrigado e mais cedo ou mais tarde suas dificuldades se resolvem, crescem os seus recursos, as aspirações comuns de equidade e justiça prevalecem e são satisfeitos os compromissos retardados”. Expende diversas considerações sobre a arbitragem no julgamento de questões relacionadas às dívidas de estado.

V. tb. W. T. BARREIRA (op. cit., 1946, cap. ii, seção ii, ‘doutrina de DRAGO’, pp. 63-77, cfr. pp. 66-71).

prévia declaração de guerra, o bloqueio pacífico de suas costas. Acto contínuo, as esquadras da Alemanha e da Inglaterra apresaram vários navios venezuelanos no porto de La Guayra e bombardearam a seguir Puerto Cabelo, em cujas águas destruíram algumas canhoneiras.”³⁴ A Venezuela transmite aos demais países do continente protesto contra a violência de que fora vítima.

A nota, datada de 29 de dezembro de 1902, dirigida pelo então ministro das relações exteriores da Argentina, Luís Maria DRAGO, através do embaixador argentino em Washington, Martin GARCIA MEROU, ao governo dos Estados Unidos, condenava o uso da força para obrigar estado a pagar suas dívidas, após o bombardeio dos portos venezuelanos³⁵, repudia as intervenções armadas por motivos financeiros, acentua não condizer com a dignidade dos países americanos, para a manutenção de cuja independência e liberdade havia James MONROE proclamado a sua doutrina, o ficarem sujeitos à humilhação de ser compelidos, pela violência, ao cumprimento de obrigações financeiras, que certas circunstâncias, alheias à sua vontade, obrigavam-nas a momentaneamente adiar.

Manifestava DRAGO: os “sentimentos de justiça, de lealdade e de honra os que animam o povo argentino, e em todos os tempos tem inspirado a sua política, V. Exa. compreenderá que nos tenhamos inquietado ao saber que a falta de pagamento de prêmios da dívida pública da Venezuela haja sido apontada como uma das causas determinantes do apresamento de sua frota, do bombardeio de um de seus portos e do rigoroso bloqueio de guerra de todo o seu litoral. Se tais processos fossem aprovados, estabelecer-se-ia um precedente perigoso para a segurança e a paz das nações desta parte da América. A cobrança militar ou compulsória das obrigações supõe a ocupação territorial e a ocupação territorial significa a supressão ou subordinação dos governos locais. Tal situação contraria visivelmente os princípios muitas vezes proclamados pelas nações americanas e mui particularmente a doutrina de MONROE, tão zelosamente sustentada e defendida pelos Estados

34. W. T. BARREIRA (op. cit., cap. ii, seção ii, ‘doutrina de DRAGO’, pp. 63-77, cit. pp. 63-64).

35. Por suspensão do pagamento de dívidas públicas sofreram intervenções, promovidas por potências européias: o México, em 1861; a Tunísia, em 1868; o Egito, em 1880; a Turquia, em 1881; Portugal, em 1893; e a Grécia, em 1897.

Unidos, e à qual a República Argentina de há muito deu a sua adesão”. A seguir reproduzia e comentava o texto da declaração de MONROE e expende considerações sobre a tendência humana à expansão.

“A única cousa que a Argentina defende, e com satisfação veria consagrada, a propósito dos acontecimentos da Venezuela, por uma nação de tão grande autoridade e poderio como os Estados Unidos – é o princípio já estabelecido de que não pode haver expansão territorial européia na América, nem opressão contra os povos deste continente, nos quais uma má situação financeira dê lugar a atraso no cumprimento de seus compromissos. Em outras palavras: o princípio que queria ver reconhecido é o de que a dívida pública não pode justificar a intervenção armada, e muito menos a ocupação material do solo das nações americanas por uma potência européia.” Ainda se estende longamente até chegar às saudações protocolares de saudação e de encerramento.

Teve a nota grande repercussão, e passa a ser conhecida como a ‘doutrina DRAGO’. O perigo que tais intervenções poderiam causar era o caminho mais simples para as apropriações e para o fácil envolvimento das autoridades locais pelos governos europeus, precisamente em razão das intervenções financeiras.

De certa forma liga-se à doutrina MONROE, como o princípio de não intervenção européia nos assuntos continentais americanos, desdobrando-o em relação ao contexto específico da cobrança manu militare de dívidas, segundo o qual “uma dívida pública não pode motivar uma intervenção armada e, ainda menos a ocupação do solo das nações americanas por uma potência européia”. Manuel de OLIVEIRA LIMA (1907)³⁶ admite difundir a sua “crença de que a Doutrina de DRAGO oferece muito de prático e levantado à ação dos estadistas do novo mundo”.³⁷

36. Manuel de OLIVEIRA LIMA (1867-1928), no prefácio do seu livro **Pan-americanismo** (ed. original Rio de Janeiro: Garnier, 1907; intr. Washington Luís PEREIRA DE SOUSA Neto, apes. Luís VIANA Filho, Brasília / Rio de Janeiro: Senado / Fund. Casa de Rui Barbosa, 1980, col. Bernardo Pereira de Vasconcelos, vol. 25), série de artigos publicados de 1903 a 1907, reunidos pelo autor em livro e nesse mesmo último ano publicados.

37. OLIVEIRA LIMA (op. cit., ed. cit., pp. 107-108): “Nessa doutrina, o grande historiador e diplomata, que foi ao mesmo tempo um estudioso do direito das gentes, encontrava, consorciando-a com a de MONROE, além de um símbolo da fusão moral do mundo anglo-saxônico e latino, um movimento de impedimento não só de ocupações, mas, também de simples violações dos territórios independentes da América”.

Chegou a ser aventada a possibilidade de ser levado o tema, que ensejara a nota DRAGO, para discussão e para exame, pela Terceira conferência internacional americana, no Rio de Janeiro, em 1906. Havia considerável expectativa, inclusive na Europa, em relação aos rumos que esta reunião tomaria, com manifestação clara do que viria a ser a política do big stick, ou cacetão, como o chamava OLIVEIRA LIMA, face aos anteriores eventos da crise venezuelana e da repercussão do caso.

Luís VIANA Filho (1980)³⁸ referia ter o Brasil participado das duas primeiras reuniões pan-americanas, realizadas, respectivamente, em Washington, em 1889-1890, e México, em 1901. e Abrigou, em 1906, a terceira conferência pan-americana : “enquanto a primeira visava, apenas, criar uma opinião americana, um espírito público americano, a terceira, no governo de Theodore ROOSEVELT, tendia para a obtenção de um aval do continente à hegemonia protetora dos Estados Unidos da América. A política do big stick assegurava o direito de ‘intervir militarmente nas repúblicas americanas a fim de evitar que qualquer potência estrangeira o fizesse antes’”.

Henri TUROT (1908)³⁹ registrava as manifestações do então ministro das relações exteriores RIO BRANCO, na abertura: “Este Congresso absolutamente não visa formar liga internacional contra os interesses que nele não se achem representados; ao contrário, todas as condições de existência das nações americanas lhes aconselham estreitar a cada dia mais as relações de boa amizade e de buscar desenvolver as relações

38. Luís VIANA Filho, apresentação ao livro **Pan-americanismo** de M. de OLIVEIRA LIMA (ed. original, 1907; ed. 1980, ‘apresentação’, pp. 7-8): “O Brasil, durante a monarquia, dependente do imperialismo britânico, pelos laços de origem portuguesa, com a proclamação da república procurou novo e forte aliado para seu desenvolvimento, embora com alguns riscos. / Entre o Barão do RIO BRANCO (...) e Joaquim NABUCO (...) levantou-se a crítica veemente de OLIVEIRA LIMA, no sentido de alertar para o risco que as repúblicas americanas, principalmente o Brasil, poderiam correr com a aceitação do princípio de eventual intervenção dos Estados Unidos. / O livro de OLIVEIRA LIMA é a análise polêmica dessa conjuntura, à luz das doutrinas de MONROE, BOLÍVAR e ROOSEVELT, numa época próxima d eum conflito mundial, afinal deflagrado em 1914.”

39. Henri TUROT, **En Amérique latine** (préface de Pierre BAUDIN, illustrations de Edouard BRISSON, Paris : Vuibert et Nony Éd., 1908, cap. iv, ‘États-Unis et Brésil’, pp. 74-87, cit. pp. 82-83) : « l’Europe fut assez émue en présence de certains bruits qui circulèrent au mois de juillet 1906 et qui présentaient le Congrès panaméricain comme gros de menaces pour les intérêts occidentaux. »

comerciais com esse inesgotável viveiro de homens e essa fonte prodigiosa de energias fecundas que é a Europa”. Registra igualmente a declaração do Sr. ROOT representante do governo dos Estados Unidos da América, na mesma ocasião (julho de 1906, no Rio de Janeiro) : “Não desejamos outras conquistas, senão a da paz : não desejamos outro território, além do nosso ; em matéria de soberania, não desejamos a soberania senão sobre nós mesmos”.

A lembrança, dos incidentes de 1902 na Venezuela, ainda se fazia bastante presente, relata Henri TUROT (1908)⁴⁰. E prosseguia⁴¹ Joaquim NABUCO: “Este ano a reunião deveria ter lugar em Caracas, mas precisamente para evitar qualquer interpretação negativa, por causa das dificuldades surgidas entre a Venezuela e a Europa, os delegados escolheram o Rio de Janeiro. Essa escolha fortemente desagradou a Venezuela que passou a recusar fazer-se representar”.⁴²

Questionou-se, contudo, qual validade poderia ter a afirmação de determinado princípio, somente pelas repúblicas da América latina, pois estas, sendo as ‘devedoras’, não teriam autoridade para resolver o assunto, sem tratar com as nações credoras, de modo a obter acordo, e, ademais, segundo W. T. BARREIRA (1946)⁴³ “dizendo-se que tanto mais devia ser aceita quanto era certo que, já estando convocada a

40. H. TUROT (op. cit., 1908, pp. 83-84) : “J’ai eu l’honneur d’être convié à déjeuner par M. NABUCO, président du Congrès.”

41. H. TUROT (op. cit., 1908, loc. cit.) prossegue citando declaração de Joaquim NABUCO : “Nous allons étudier des multiples questions économiques, parmi lesquelles celles des chemins de fer internationaux ; nous allons résoudre, si possible, des problèmes qui intéressent notre prospérité commerciale à nous, nous allons encore, il est vrai, affirmer notre volonté de ne point laisser l’Europe faire des conquêtes territoriales au cas où elle en aurait envie, mais, remarquez-le, en garantissant nos nationalités diverses contre toute atteinte, en faisant effort pour nous unifier économiquement, en nous interdisant de nous identifier avec une puissance quelconque du vieux Monde, nous permettons à toutes de développer librement chez nous leur commerce et leur industrie. C’est un avantage pour chacune d’elles d’être assurée que ses concurrentes ne seront pas privilégiées.”

42. Inscreve-se o tópico no processo das tentativas interamericanas de codificação do direito internacional, muito bem examinado por Jürgen SAMTLEBEN, **Internationales Privatrecht in Lateinamerika**: Der Código BUSTAMANTE in Theorie und Praxis (Tübingen: Mohr, Band 1: Allgemeiner Teil, 1979, esp. *Einführung* par. 1, iii, ‘Panamerikanische Konferenzen’, 1., ‘Die Zeit bis zum 1. Weltkrieg’, pp. 23-26).

43. W. T. BARREIRA (op. cit., 1946, pars. 38 e 39, pp. 72-76).

conferência da paz, a se reunir, no ano seguinte, na Haia, seria de mais conveniência que nela se debatesse a questão, com o assentimento de todas as nações, que ali iriam ser representadas”.

Ai se põe a questão da base de consenso⁴⁴ necessária, para a afirmação e para a formação de princípio de direito internacional. O consenso terá o seu papel na formação das normas de direito internacional (seja levando ao acordo de vontades, que se exprima por meio de tratado, seja na consolidação de norma costumeira).

“A questão da humanidade, que entra cada dia como fator mais considerável no direito das gentes, e a magnitude dos interesses do comércio universal” – é curioso ver afirmado⁴⁵ por M. de OLIVEIRA LIMA, em 1907 – “são garantias de que não haverá mais recuo, antes contínua progressão nesta ordem de idéias”.⁴⁶ Essa dimensão humana da ordenação do mundo, por meio do direito internacional estava premonitoriamente colocada.

44. Nelson F. de CARVALHO, *Arqueologia do consenso* (in **Direito e comércio internacional : tendências e perspectivas : estudos em homenagem ao prof. Irineu STRENGER**, org. L. O. BAPTISTA, H. MHUCK e P. B. CASELLA, São Paulo: LTr, 1994, pp. 353-406); Miguel REALE, **Horizontes do direito e da história** (São Paulo: Saraiva, 1977); Giorgio DEL VECCHIO, **La société des nations au point de vue de la philosophie du droit international** (RCADI, 1931, t. 38, pp. 541-650).

45. Manuel de OLIVEIRA LIMA, **Pan-americanismo** (ed. original, 1907; intr. Washington Luís PEREIRA DE SOUSA Neto, apes. Luís VIANA Filho, Brasília / Rio de Janeiro: Senado / Fund. Casa de Rui Barbosa, 1980, especialmente nos: ‘o sr. DRAGO, o caso de Venezuela e a doutrina de MONROE’, pp. 21-30, e ‘a doutrina de MONROE e a doutrina de DRAGO’, pp. 33-80, cit. p. 21) não deixa de fazer provocação ao apresentar a matéria: “O sr. Luiz M. DRAGO, ex- ministro das relações exteriores da república Argentina, acaba de reunir num elegante volume, saído à luz com a perfeição tipográfica que distingue as impressões argentinas e contrasta com o descuidado da revisão de algumas das nossas (como por exemplo a recente e importante obra do sr. Conselheiro LAFAYETTE sobre direito internacional), tudo quanto se refere ao caso de Venezuela, pelo prisma por que o encarou a chancelaria de Buenos Aires, a saber todos os documentos, pareceres e comentários relacionados com a conhecida nota de 29 de dezembro de 1902, passada ao ministro argentino em Washington, para ser transmitida ao secretário de Estado da União americana”.

46. M. de OLIVEIRA LIMA (op. cit., 1907, ed. cit., 1980, p. 76): “O comércio (...) tornou-se coisa tão importante que os estados são levados a defendê-lo, a protegê-lo, e, se preciso for, a combater por ele, como o fariam por outro grande interesse nacional”.

“O sr. DRAGO visou com seu ato, incontestavelmente de estadista, que vê mais longe que as agruras das questões do momento, latinizar o monroísmo, desmanchando-çhe o exclusivismo norte-americano, que o tem caracterizado e dado foros de antipática doutrina protetora ; alargando-lhe a significação e o alcance, que apenas vedam as anexações e não cogitam das ocupações temporárias e privação de rendas aduaneiras, que constituem todas as economias de algumas das repúblicas do centro e do sul ; dando-lhe, numa palavra, o apoio e a consagração da América latina e sobretudo da nação, entre as de origem espanhola, que aspira ser o fanal das demais, ao mesmo tempo mostrando que nem só a grande república tem voz no capítulo, havendo mais quem cante deste lado do Atlântico”⁴⁷

A timidez no tratamento da questão, exatamente na época em que os países do continente pretendiam afirmar especificidades do direito internacional interamericano, foi apontada por M. de OLIVEIRA LIMA (1907, ed. 1980)⁴⁸ : “nos dias em que BOLÍVAR convocava o Congresso de Panamá, e em momentos em que a ameaça da Santa Aliança, do sistema continental de então, se suspendia sobre os povos latino-americanos em luta pela sua emancipação ou apenas constituídos, falava-se perante o mundo, com mais energia e menos temor.”

Apresentada a matéria da cobrança forçada de dívidas, à conferência da Haia, em 1907, foi esta objeto de deliberação e de aprovação. Com

47. M. de OLIVEIRA LIMA (op. cit., 1907, ed. cit., 1980, p. 21).

48. M. de OLIVEIRA LIMA (op. cit., pp. 141-142) : “Não importa no caso em discussão que a conferência fosse somente composta de representantes dos países americanos, e que o princípio aludido afectasse os interesses e direitos de todas as nações. Se se adoptasse permanentemente este critério que ali predominou, teríamos, por exemplo, que os princípios proclamados em Paris, depois da guerra da Criméia, sobre a guerra de corso, contrabando de guerra e propriedade de neutros, o foram de maneira irregular, pois que apenas sete nações contribuíram a formá-los. O precedente é funesto e inconveniente a declaração que o funda, porque, diante dessa manifestação, é legítimo perguntar que valor internacional se deverá doravante conceder aos trabalhos das conferências e congressos que não abrangem a totalidade das nações civilizadas ? É, outrossim, curioso que, ao mesmo tempo que se anuncia ser o sistema panamericano diverso do europeu, gravitando cada um na sua esfera particular de atração, se coloque o duplo continente americano, por enquanto só geograficamente separado, num banquete célebre, na contingência de carecer da aprovação do caduco continente europeu, para decidir dos seus destinos morais.”

algumas restrições do representante do Brasil, Ruy BARBOSA⁴⁹, e alterações, em relação à redação e à intenção original, termina por ver-se refletida a limitação à cobrança compulsória de dívidas, na Convenção da Haia de 18 de outubro de 1907.⁵⁰ Teve esta Convenção, de 1907, vida curta.

Ruy BARBOSA, em memorável discurso que ali proferiu, manifestou-se contrário às idéias expostas na nota ministerial argentina, em tese, embora proclamando, que o fazia apesar de certa plausibilidade de seu aspecto jurídico – “non obstant une certaine plausibilité de son aspect juridique”. A aceitação do princípio, formulado por DRAGO, embora limitada, na formulação, perde o caráter de princípio interamericano, e poderia ser elidida, nas hipóteses previstas, ficando muito aquém de sua formulação inicial.

O tema da proibição de uso da força voltou a ser formulado: no Pacto BRIAND-KELLOG, firmado em Paris (1928);⁵¹ na conferência interamericana de consolidação da paz, reunida em Buenos Aires (1936);⁵²

49. W. T. BARREIRA (op. cit., p. 75 e nota 87); v. tb. Ruy BARBOSA, *La nouvelle Cour permanente d'arbitrage* (discurso proferido na segunda conferência de paz, na Haia, em 9 de outubro de 1907, originalmente publicado in Mário de Lima BARBOSA, **Ruy Barbosa na política e na história**, Rio : Briguier, 1916, tb. publ. Ruy BARBOSA, **Escritos e discursos seletos**, seleção, organização e notas de Virginia C. de LACERDA, intr. geral Américo J. LACOMBE, João MANGABEIRA, Oswald de ANDRADE e Carlos CHIACCHIO, Rio : Aguilar, 1966, pp. 71-81).

50. Convenção da Haia de 18 de outubro de 1907 : Art. 1º “As potências contratantes concordam em não recorrer à força armada, para a cobrança de dívidas contratuais, reclamadas ao governo de um país pelo de outro, como devidas aos seus nacionais. Todavia, esta estipulação não poderá ser aplicada, quando o estado devedor recuse ou deixe sem resposta, um oferecimento de arbitragem, ou, tendo-o aceito, impossibilite a realização do compromisso que assumiu, ou, ainda, quando depois de feita a arbitragem, negue apoio à sentença proferida.” / Art. 2º “Fica estabelecido que a arbitragem será realizada segundo o processo previsto no título iv, capítulo iii, da Convenção da Haia para a solução pacífica dos conflitos internacionais. Salvo acordos particulares dos interessados, o laudo arbitral determinará o tempo e a forma do pagamento.”

51. Pacto de Paris (1928), no art. 2º : “As altas partes contratantes reconhecem que a solução de todas as controvérsias ou conflitos, seja qual for a sua natureza ou origem, que possam surgir entre elas, nunca deverá ser procurada, senão por meios pacíficos.”

52. Como princípio adotado, na conferência interamericana de consolidação da paz, reunida em Buenos Aires (1936): “é ilícita a cobrança compulsória de obrigações pecuniárias”; a respeito, ver tb. Hildebrando ACCIOLY, **Relatório sobre os trabalhos da 1ª, 2ª e 4ª comissões da conferência internacional de consolidação da paz** (Rio de Janeiro: MRE, 1937).

como na Carta da Organização das Nações Unidas (1945).⁵³ Mas a matéria não encontrou, todavia, regulação jurídica internacional que se revista de efetividade e de consistência, na sua interpretação e aplicação.

iv. direito internacional e ordem institucional

“é perceptível já nas formulações de Ruy BARBOSA a preocupação que se tornaria constante no discurso brasileiro em singularizar o Brasil no contexto internacional como um país que não se sente confortável com tipificações apriorísticas e que rejeita enquadramentos em grupos ou movimentos. Vem igualmente da Haia a pretensão expressa pelo Brasil de atuar no concerto das nações não com o peso das suas armas ou com eventuais ambições de potência, mas com a força das suas razões e a ascendência do seu direito”.

L. F. de SEIXAS CORREA (2000)⁵⁴

Na configuração de determinado sistema nacional de direito internacional⁵⁵ há necessidade de o considerar na dimensão da confluência entre o direito internacional e o direito constitucional, o que traz a interrelação entre as normas hierarquicamente superiores do sistema jurídico interno, e as normas internacionais, para permitir mostrar a evolução do tratamento do direito internacional, pelo sistema jurídico interno.⁵⁶

53. Carta da ONU, ao enunciar os propósitos das Nações Unidas, art. 1º, par. 1º: “manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar coletivamente medidas efetivas para evitar ameaças à paz e *reprimir os atos de agressão* ou contra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz”.

54. Luiz Felipe de SEIXAS CORREA, “*O discurso da diplomacia brasileira na Assembléia Geral da ONU: cinco décadas de política externa e de contribuições ao direito internacional*” (in **Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G.E. do NASCIMENTO E SILVA**, org. P. B. CASELLA, S. Paulo, LTr Ed., 2000, pp. 89/118); ver tb., L. F. SEIXAS CORREA (org.), **O Brasil nas Nações Unidas (1946-2011)** (Brasília: FUNAG, 3ª ed. revista e ampliada, 2012).

55. Vicente Marotta RANGEL, *Public international law: the last five decades* (in **A panorama of Brazilian Law**, edited by Jacob DOLINGER and Keith ROSENN, Miami / Rio de Janeiro: Univ. of Miami North-South Center / Ed. Esplanada, 1992, pp. 287-308).

56. A respeito, ver P. B. CASELLA, *Vicente Marotta RANGEL, vida e obra – Direito internacional nas Arcadas* (São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, 2015, no prelo).

Poderia, à primeira vista, parecer surpreendente, que a Constituição vigente desde 5 de outubro de 1988, não reitere dispositivos constitucionais relativos à solução pacífica de controvérsias e à proibição de guerras de conquista: isso é compreensível, enfatiza MAROTTA RANGEL, porquanto normas cogentes do direito internacional pós-moderno “condenam qualquer agressão armada, mesmo não tendo propósito de conquista”.⁵⁷ Ao presidente da República são conferidos poderes exclusivos, em caso de agressão externa, para declarar guerra “autorizado ou ad referendum do Congresso nacional”, quando a agressão ocorra durante recesso parlamentar, bem como “declarar mobilização nacional, total ou parcial, nas mesmas condições”.⁵⁸

A Constituição vigente mantém a tradicional redação, atribuindo o poder específico ao presidente da República, para manter relações exteriores, mas inova ao conferir igualmente a este “acreditar os respectivos representantes diplomáticos”. A Constituição, art. 84, inc. viii, também trouxe inovações em relação ao procedimento para a conclusão de tratados, pelo presidente da República, com a aprovação do Congresso nacional. Nos termos do art. 49, inc. i, fica determinado ter o Congresso nacional a prerrogativa de decidir, em última instância, a respeito de tratados, acordos ou atos que acarretem ônus para o Tesouro nacional.⁵⁹

57. V. MAROTTA RANGEL (art. cit., 1992, p. 305): “The present Constitution preferred to note its commitment ‘to the peaceful resolution of controversies’ (preamble), and to include among the principles of international relations, that of defending peace and of peaceful resolution of conflicts [Const. 1988, art. 4 (vi) and (vii)]. Such principles are sufficient to indicate a commitment identical to prior commitments *i.e.*, to the peaceful resolution of conflicts.”

58. Constituição da República, 1988, art. 84 (xix).

59. (art. cit., 1992, p. 306) : “The vehement debates that arose over the legality of the foreign loan agreements contracted by the federal government, which resulted in the growth of the foreign debt, surely explain the wording of article 52 (iv) of this Constitution, in which any mention of ‘foreign accords’ was removed. Under the new provision, only the federal senate has the power to ‘authorize foreign financial transactions of interest to the federal government, states, federal district, territories and counties’ [art. 52 (v)]. The federal senate retains its prerogative of approving the heads of permanent diplomatic missions, even though the 1988 introduces a change in language from the corresponding provision in the 1969 Constitutional amendment. The change consists in adding that approval will be given ‘after debate in a closed session’. Not only is the vote secret, but so too

A complexa questão da separação de poderes, entre executivo e legislativo, com relação à conclusão de atos internacionais, na opinião de MAROTTA RANGEL, “foi resolvida de modo surpreendente, em boa medida desconhecida no direito constitucional comparado”⁶⁰: o critério para a determinação quanto a poder ou não o presidente da República atuar isoladamente decorre do fato de o ato acarretar ou não ônus para o Tesouro nacional. Qualquer tratado, acordo ou ato internacional que tenha tal consequência terá de ser submetido à aprovação do Congresso nacional.⁶¹

Mantinham-se os poderes atribuídos ao Supremo tribunal federal, bem como os das cortes federais, até o advento da EC 45/2004, por meio da qual a competência originária do STF em relação à homologação de sentenças estrangeiras e cartas rogatórias foi transferida ao Superior Tribunal de Justiça⁶², criado pela Constituição de 1988. Estes foram, contudo, restringidos, em relação aos tratados, porquanto somente o STF pode declarar inconstitucional determinado tratado.⁶³

is the debate on the person nominated by the president of the republic to be the head of a permanent diplomatic mission.”

60. V. MAROTTA RANGEL (art. cit., 1992, p. 306).

61. Jacob DOLINGER, *A dívida externa brasileira* (Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1988); José Carlos de MAGALHÃES, *A dívida externa: uma questão de direito internacional público* (São Paulo: FDUSP, “tese de livre docência em direito internacional”, 1989).

62. A respeito, P. B. CASELLA, *Constituição e direito internacional* (in **Direito da integração**, coord. P. B. CASELLA e V. L. V. LIQUIDATO, São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 29-55).

63. J. Francisco REZEK, *Direito internacional público: curso elementar* (São Paulo: Saraiva, 10^a ed., “inteiramente revista e atualizada”, 2005, n. 50, ‘situações particulares em direito brasileiro atual’, pp. 100-103, cit. pp. 102-103): “A questão (...) resolvida que foi pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional: os tratados sobre direitos humanos que o Congresso aprove *com rito de emenda à Carta* – em cada casa dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros – integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição. Essa nova regra que se poderia chamar de *cláusula holandesa*, por analogia com certo modelo prevalente nos Países Baixos e ali pertinente à generalidade dos tratados” (...) “é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Có-

Inovação foi também introduzida com relação à jurisdição dos tribunais, para decidirem questões trabalhistas contra estados estrangeiros.⁶⁴ A redação constitucional foi infeliz ao incluir, dentre propriedade do governo federal (e, por conseguinte, do Brasil) “os recursos naturais da plataforma continental”, nos termos do art. 20, inc. v; a anterior incluía a própria plataforma (art. 4, inc. iii), o que significava que os recursos naturais, como acessórios seguem o principal, também eram nossos. A mudança da redação nada contribuiu para a clareza da determinação da extensão do território nacional.

A política, interna ou externa, ensejaria falar antes em tradição, olhando para o passado, e prática, considerando os usos correntes, mais que em princípios. Mas esta também comporta perspectivas, em relação ao futuro. Dado o caráter empírico dessa tradição, e a pouca clareza que pode existir em relação a quais sejam as regras que orientam a prática corrente, algumas linhas mestras podem ser apontadas e lições podem ser tiradas, não somente como reflexão sobre o passado, mas como referências presentes e parâmetros para orientar ação futura.

A participação do Brasil, na Conferência da Haia, de 1907, sob a liderança de Ruy BARBOSA, após mais de um século desde esse momento, ainda é lembrada como momento e exemplo de glória nacional: poderia fazer escola? Para SEIXAS CORREA: “o primeiro momento que assinala a internacionalização da projeção externa do Brasil é a II Conferência de Paz da Haia em 1907. Naquele momento, a diplomacia da nascente República do Brasil faria a sua estréia nos foros internacionais com discurso afirmativo e reivindicatório, em que se propunha

digo tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a Carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura”; antes José Francisco REZEK publicara **Direito dos tratados** (pref. BILAC PINTO, Rio de Janeiro: Forense, 1984); v. tb. J. F. REZEK, **Le droit international de la nationalité** (RCADI, 1986, t. 198, pp. 333-400).

64. V. MAROTTA RANGEL (art. cit., 1992, p. 307): “Prior Constitutions contained a conflict between the generic jurisdiction *ratione personae* of the federal district courts, and the generic jurisdiction, which judicial bodies formerly had to resolve, has today been decided in favor of the labor courts. Under article 14 of the present Constitution, ‘the labor court system has the power to conciliate and adjudicate individual and collective labor disputes, between workers and employers, including foreign public entities ...’.”

a desempenhar, como país intermediário, papel na elaboração das normas que deveriam reger os grandes temas internacionais de então”.⁶⁵

Diversamente do que parece apontar o embaixador SEIXAS CORREA, entendo não se poder deixar de levar em conta a definição de rumos da política externa dos tempos do Império (1822-1889), com influência crucial deste período em relação por exemplo ao papel do Brasil, e o papel do direito internacional, nas relações internacionais. Além de ter sido durante o império que se formam a elite intelectual e os quadros gestores do país das primeiras décadas da república. Da mesma forma, não se pode pretender ter havido quer ruptura quer inovação substancial, a partir de 2003, na política externa brasileira.

O Brasil havia aderido à **Declaração de Paris, de 16 de abril de 1856, sobre os princípios de direito marítimo em tempo de guerra**⁶⁶. Assinamos, porém, em 1907, as novas convenções internacionais relativas à neutralidade em caso de conflito.

A participação na Conferência da Haia ensejou ao Brasil base para a decisão da participação na posterior primeira guerra mundial. Eclodindo o conflito, em agosto de 1914, o então presidente Hermes da FONSECA e seu sucessor Venceslau BRÁS, fizeram observar pelo Brasil o estatuto de neutralidade que havíamos adotado.

Em relação ao que se entendia ser “o dever dos neutros” Rui BARBOSA (1916)⁶⁷ posicionou-se claramente: “entre os que destroem a lei e os que a observam não há neutralidade admissível. Neutralidade não quer dizer impassibilidade: quer dizer imparcialidade; e não há imparcialidade entre o direito e a injustiça. Quando entre ela e ele existem normas escritas que os discriminam, pugnar pela observância dessas

65. L. F. de SEIXAS CORREA (art. cit., 2000, loc. cit.).

66. Hélio VIANNA, **História diplomática do Brasil** (São Paulo : Melhoramentos, 1958, cap. xxiv, ‘o Brasil na primeira guerra mundial’, pp. 189-194, item 1, ‘a neutralidade brasileira e o bloqueio alemão’, pp. 189-190 e item 2, ‘rompimento de relações com a Alemanha’, pp. 190-191).

67. Ruy BARBOSA, *Problemas de direito internacional* (conferência proferida na Faculdade de direito de Buenos Aires, em 14 de julho de 1916, originalmente publicado in Londres : Jas Truscott & Son. Ltda., 1916, reproduzido in Ruy BARBOSA, **A grande guerra**, Rio : Guanabara, 1932, tb. publ. Ruy BARBOSA, **Escritos e discursos seletos**, seleção, organização e notas de Virgínia C. de LACERDA, intr. geral Américo J. LACOMBE, João MANGABEIRA, Oswald de ANDRADE e Carlos CHIACCHIO, Rio : Aguilar, 1966, pp. 81-123).

normas não é quebrar a neutralidade; é praticá-la. Desde que a violência pisa aos pés, arrogantemente, o código escrito, cruzar os braços é servi-la. Os tribunais, a opinião pública, a consciência não são neutros entre a lei e o crime. Em presença da insurreição, a neutralidade não pode ser a abstenção, não pode ser a indiferença, não pode ser a insensibilidade, não pode ser o silêncio”.

Manteve-se neutro o Brasil desde agosto de 1914 até janeiro de 1917. Nesse último mês, notificou o governo alemão à legação do Brasil em Berlim, participando-lhe, sob pretexto de terem falhado as suas aberturas de paz, tentadas em fins do ano anterior, que se via “forçado a suprimir as restrições mantidas até agora no emprego dos meios de combater no mar”.

No âmbito universal, envolveu-se o país nos conflitos de extensão extracontinental que marcam o nosso século, lembra H. VIANNA (1958)⁶⁸, respondendo ao aviso, de acordo com instruções recebidas do Rio de Janeiro, esclareceu o ministro GURGEL DO AMARAL, o Brasil não poderia aceitar, como efetivo, o anunciado bloqueio, contra este protestando, e por suas conseqüências declarando responsável o governo alemão.

Dando cumprimento à ameaça dirigida aos neutros, às 23:30 do dia 3 de abril de 1917, foi torpedeado, por um submarino alemão, o vapor brasileiro **Paraná**, quando este se achava a dez milhas do porto francês de Barfleur. Morrem três de seus tripulantes. O Brasil resolve romper imediatamente as suas relações diplomáticas com a Alemanha, por meio de nota de 11 de abril de 1917.⁶⁹

68. Hélio VIANNA, **História diplomática do Brasil** (São Paulo: Melhoramentos, 1958, cap. xvii, ‘política exterior da república. reconhecimento do novo regime. intervenção estrangeira durante a revolta da esquadra. o barão do Rio Branco e as questões de limites. ocupação inglesa da ilha da Trindade. o Brasil nas duas guerras mundiais. o Brasil e o pan-americanismo’, pp. 133-141; cap. xxiv, ‘o Brasil na primeira guerra mundial’, pp. 189-194, item 1, ‘a neutralidade brasileira e o bloqueio alemão’, pp. 189-190 e item 2, ‘rompimento de relações com a Alemanha’, pp. 190-191).

69. Ressaltava o Brasil em sua nota, de 11 de abril de 1917: (i) haver protestado contra o bloqueio sem restrições, “por se tratar de medidas contrárias às regras gerais da guerra marítima”; e (ii) assim procedendo, o Brasil “limitava-se a reclamar o cumprimento de princípios de direito e estipulações que o próprio governo alemão reconheceu e confirmou, quer com a Declaração de Paris, de 1856, quer com a sua legislação em vigor, quer com a Declaração de Londres, de 1909, assinada com a

Ao responder nota da embaixada americana que comunicava o rompimento dos Estados Unidos com a Alemanha, o presidente Venceslau BRÁS explanava o ponto de vista brasileiro, para interromper relações com o governo imperial alemão, embora, como lembra J. PANDIÁ CALÓGERAS (1930)⁷⁰, fossemos ainda neutros: “O governo não podia ir além; mas a nação brasileira, pelo seu órgão legislativo, poderá, sem intuítos belicosos, mas com firmeza considerar que um dos beligerantes é parte do continente americano, e que a esse beligerante estamos ligados por uma tradicional amizade, e pelo mesmo pensamento político, na defesa dos interesses vitais da América e dos princípios aceitos de direito internacional”.

Vale rememorar a lição de PANDIÁ CALÓGERAS (1930), quando este asseverava: “Tem sido esta sempre a conduta do Brasil; a República mantém-se fiel à tradição ininterrupta da sua política externa; hoje não poderia repudiar as idéias que inspiraram a nota protesto do império do Brasil, em 15 de maio de 1866, quando uma esquadra européia bombardeou uma cidade sul-americana”.

“Acentuando, por fim, que a política de solidariedade continental não é a política deste período de governo nem deste regime, mas a política tradicional da nação brasileira, submete o assunto ao julgamento do Congresso nacional, convencido de que se, porventura, alguma resolução for adotada, ela afirmaria a feliz inteligência que deve existir entre o Brasil e os Estados Unidos.”

As medidas legislativas subseqüentes insistiram sobre tal modo de orientar nosso pensamento internacional, e como prosseguia PANDIÁ CALÓGERAS (1930)⁷¹, com o fim de evitar qualquer dúvida neste ponto, o governo, em nota enviada a todos os países, tornou preciso

expressa indicação de que as regras nela exaradas correspondem em substância aos princípios geralmente reconhecidos do direito internacional. Tais normas poderiam assim ser resumidas: (i) os neutros não são obrigados a respeitar bloqueio que não seja efetivo, isto é, mantido por força suficiente para vedar, realmente, o acesso ao litoral inimigo; (ii) o navio que tenta infringir o bloqueio efetivo está sujeito a ser apresado mas não destruído; (iii) quando mesmo necessidade excepcional pudesse autorizar a destruição de navio neutro, violador de bloqueio, as pessoas que nele se encontram devem ser respeitadas.

70. J. PANDIÁ CALÓGERAS, **Formação histórica do Brasil** (1930; São Paulo: Nacional, 7ª ed., 1ª reimpr., 1972, pp. 373-374).

71. J. PANDIÁ CALÓGERAS (op. cit., 1930, ed. 1972, loc. cit.).

o que constituía a nossa arma de ação. Um dos tópicos da nota dizia : “Se até agora a relativa falta de reciprocidade por parte das repúblicas americanas tirava à doutrina de MONROE o seu verdadeiro caráter, permitindo uma interpretação menos fundada das prerrogativas de sua soberania, os acontecimentos atuais, colocando o Brasil, ainda agora, ao lado dos Estados Unidos, em momento crítico da história do mundo, continuam a dar à nossa política externa uma feição prática de solidariedade continental, política, aliás, que foi também a do antigo regime, toda vez que tem estado em causa qualquer das demais nações irmãs e amigas do continente americano.”

Em razão da continuação da ação da marinha germânica contra navios do Brasil, sendo afundado na noite de 20 de maio, à entrada do porto francês de Brest, o nosso vapor **Tijuca**. Dois dias depois, o mesmo acontecia ao vapor **Lapa**, que das Canárias rumava a Marselha. Como enumera H. VIANNA⁷², a 25 de outubro, ao chegar a notícia de um quarto navio, o **Macau**, ter sido torpedeado e preso o seu comandante, solicitou o governo ao congresso que se caracterizasse por lei, a “posição de defensiva que nos têm determinado os acontecimentos, fortalecendo os aparelhos de resistência nacional, e completando a evolução de nossa política externa, à altura das agressões que vier a sofrer o Brasil.” Poucos dias depois da entrada do Brasil na guerra, mais dois navios nossos, o **Acari** e o **Guaíba**, foram torpedeados nas proximidades das ilhas de Cabo verde, quando se dirigiam para o Havre, sendo mortos dois marinheiros.

Na discussão e votação da matéria, declarou o então senador Ruy BARBOSA: “necessário é que no espírito de nossos conterrâneos entre bem seriamente a convicção sagrada e verdadeira de que participando dessa guerra o Brasil vai defender a si mesmo, nossos interesses que são a essência da existência de todos os povos civilizados; vai defender não só a sua existência moral, mas ainda a sua existência política, nestas instituições às quais está ligada a sorte do nosso futuro. Vai defender, ainda, senhores senadores, muito séria, muito real, muito incontestavelmente, a estabilidade territorial da nossa existência, o nosso próprio direito, o nosso patrimônio moral na América, toda essa vasta

72. H. VIANNA (op. cit., 1958, cap. xxiv, item 3, ‘reconhecimento e proclamação do estado de guerra’, pp. 191-193).

extensão que a população brasileira sabe, com os muitos milhões de almas de que se compõe, que amanhã, se o desenlace dessa luta não fosse o que as boas almas, o que as almas cristãs, o que as almas jurídicas esperam, seria uma das primeiras presas entregues à cobiça desenfreada e onipotente da soberania da força proclamada como a razão suprema das coisas no mundo civilizado.”⁷³

A 26 de outubro de 1917, o congresso, de pleno acordo com o executivo, votou o reconhecimento do estado de guerra, iniciado pelo império alemão contra o Brasil.⁷⁴ Teve, então, início a plena colaboração do Brasil com os aliados, e votaram-se as medidas decorrentes da nova situação.

Após o término da primeira guerra mundial, houve participação na Conferência e na assinatura do tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919,⁷⁵ com subsequente participação do Brasil na Liga das Nações. A participação e a posterior retirada do Brasil da Liga das Nações merecem ser cuidadosamente meditadas.⁷⁶

O Brasil veio a desligar-se desta em 1926. As razões que levaram o Brasil a retirar-se da Sociedade das Nações em 1926 nos deveriam fazer refletir seriamente a respeito do risco presente de reincidir no mesmo grave equívoco. Não somente porque foi este o momento, quando “a pretensão brasileira de ocupar um assento permanente no Conselho foi baldada pela indicação da Alemanha”,⁷⁷ como ainda para não con-

73. H. VIANNA (op. cit., 1958, loc. cit.).

74. Decreto n. 3361, sancionado a 26 de outubro de 1917.

75. A respeito, P. B. CASELLA, **Tratado de Versalhes na história do direito internacional** (texto integral em português, com introdução, São Paulo: Quartier Latin, 2007).

76. Martin WIGHT, **A política de poder** (do original **Power politics**, © 1978, trad. Carlos Sérgio DUARTE, Brasília: Ed. UnB, 1985, Col. pensamento político, vol. 67, esp. cap. iii, ‘grandes potências’, pp. 31-40, cit. p. 34): “As doutrinas da igualdade e da unanimidade haviam sempre sido fictícias, mas eram moralmente superiores a qualquer outra doutrina que colocasse as grandes potências acima da lei que deveriam impor às demais. / Mesmo assim, é igualmente fictício falar-se, hoje, das grandes potências em termos dos membros permanentes do Conselho de Segurança.”

77. Ainda SEIXAS CORREA (op. cit., p. 91): “Ao se retirar, por razões de princípio, de organização que pouco depois desapareceria sob a violência desatada pela própria Alemanha, o Brasil sentiu-se reforçado nas convicções de sua singularidade e no seu apego à ordem e à moralidade internacional” – devo observar que não consigo compreender o que se pode querer dizer sob a denominação ‘moralidade internacional’, nem tampouco compartilhar a adequação da assertividade da escolha brasileira na época! Passados oitenta anos, estaríamos em rota de colisão semelhante? ; v. tb.

tradizer-se o Brasil, em relação à escolha, então formulada, de defesa da igualdade jurídica dos estados.

Na mesma lógica que norteou o alinhamento do país em relação ao conflito anterior, depois de considerável hesitação em razão das simpatias e preferências pessoais do Presidente Getúlio VARGAS, participou o Brasil da II Guerra Mundial, ao lado dos aliados, e veio a juntar-se ao núcleo original de países que fundaram a Organização das Nações Unidas.⁷⁸ Em virtude de privilégio que se renova a cada ano, o representante do Brasil tem sido o primeiro a ocupar a tribuna a cada Assembléia Geral⁷⁹. Até que ponto tem essa prerrogativa sido exercida, de modo válido e eficaz, não deixa de ser objeto de consideráveis controvérsias.

Advertências sábias, emanadas destes dois autores, em diferentes momentos históricos e distintos contextos culturais, são aplicáveis à avaliação deste momento do Brasil: de A. C. TAVARES BASTOS (1866)⁸⁰: “embarace o Brasil as suas questões externas, levante pretensões pouco fundadas, para depois ter de desistir delas com desonra”⁸¹;

Martin WIGHT (op. cit., © 1978, ed. 1985, loc. cit.): “Essa querela indigna terminou com a renúncia do Brasil à Liga”; Eugênio Vargas GARCIA, **O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926) : vencer ou não perder** (Porto Alegre : Ed. UFRGS, 2ª. ed., 2005) ; Braz BARACUHY, **Vencer ao perder : a natureza da diplomacia brasileira na crise da Liga das Nações (1926)** (Brasília : FUNAG, 2005).

78. P. B. CASELLA, *ONU pós-KELSEN* (in **Reflexões sobre os 60 anos da ONU**, org. Araminta de A. MERCADANTE e José Carlos de MAGALHÃES, Ijuí ; Ed. Unijuí, 2005, pp. 13-64).

79. Luiz Felipe de SEIXAS CORREA, “*O discurso da diplomacia brasileira na Assembléia Geral da ONU: cinco décadas de política externa e de contribuições ao direito internacional*” (in **Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G.E. do NASCIMENTO E SILVA**, org. P. B. CASELLA, S. Paulo : LTr, 2000, pp. 89/118).

80. Aureliano Cândido TAVARES BASTOS, **O vale do Amazonas : a livre navegação do Amazonas, estatística, produção, comércio, questões fiscais do vale do Amazonas** (prefácio de Oscar TENÓRIO, São Paulo / Brasília : Ed. Nacional / INL, 3ª ed., 1975, p. 39).

81. A. C. TAVARES BASTOS (op. cit., 1866, cap. i, ‘considerações sobre a livre navegação do Amazonas’, pp. 33-67, cit. p. 39, e a seguir, pp. 66-67, ao concluir o ensaio) : “A história, porém, não fará aos governos contemporâneos e aos atuais estadistas do Brasil a injustiça de imputar-lhes tão mesquinho sentimento. Graças a Deus, na atmosfera da nossa sociedade política, renovada pela imprensa e tribuna livres, vibram de contínuo os ecos dos progressos que o mundo faz por toda parte ; e há corações entusiasmados, liberais sinceros, espíritos animados de fé viva, a quem os sons do ruído universal

e de Ruy BARBOSA (1916)⁸²: “nos países de educação cívica escassamente desenvolvida, só os detentores do poder têm nas mãos a força do bem ou do mal” – de tal responsabilidade não podem eximir-se os mandatários da nação!

A postura do Brasil em relação ao direito internacional pós-moderno pauta-se pela legalidade, mas se deixa impregnar por excessivo conservadorismo, quando não desvia o rumo para convicções nacionalistas reacionárias, ou flutua na inconsistência ideologicamente motivada, marcando antes oposição à vigência interna e consistente aplicação deste, com aceitação interna plena e incondicional. Na medida em que tão restritivamente interpretarmos e aplicarmos as normas internacionais, em geral, e, especificamente, obrigações decorrentes de norma internacional, no ordenamento e na interpretação dos tribunais internos, restringe-se o espaço estratégico, de que poderia valer-se o Brasil, propugnando a incondicional aceitação internacional do direito internacional pós-moderno, como ferramenta indispensável, para assegurar direitos e obrigações, no plano internacional.

À manutenção da histórica e louvável tradição da legalidade internacional, pelo Brasil, poderia ser acrescido certo indispensável grau de aggiornamento no tratamento do direito internacional pós-moderno, pelos poderes constituídos da República, no crucial tópico das relações entre direito internacional e direito interno. Nesse sentido, relevante passo foi dado, em 2009, com a ratificação pelo Brasil, da Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 1969, em vigor internacionalmente desde 1980.

agitam, comovem, animam e levantam. A liberdade do indivíduo, como a liberdade dos povos, condições da paz na sociedade e da fraternidade entre as nações, são o seu dogma político que o cristianismo apurou e que, segundo ensina o grande publicista romano CÍCERO, é a verdadeira lei, a razão natural, espalhada por todos os homens, constante e sempiterna; a mesma em Roma, a mesma em Atenas, a mesma hoje, a mesma depois: *Est quidem vera lex, recta ratio naturae, congruens diffusa in omnes, constans, sempiterna ... Nec erit alia Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac.*”

82. Ruy BARBOSA, *Problemas de direito internacional* (conferência proferida na Faculdade de direito de Buenos Aires, em 14 de julho de 1916, originalmente publicado in Londres: Jas Truscott & Son. Ltda., 1916, reproduzido in Ruy BARBOSA, **A grande guerra**, Rio: Guanabara, 1932, tb. publ. Ruy BARBOSA, **Escritos e discursos seletos**, seleção, organização e notas de Virgínia C. de LACERDA, intr. geral Américo J. LACOMBE, João MANGABEIRA, Oswald de ANDRADE e Carlos CHIACCHIO, Rio: Aguilar, 1966, pp. 81-123, cit. p. 81).

O engajamento do Brasil pela legalidade internacional poderia ser prioridade da política externa e da atuação internacional do Brasil, em lugar de contaminar o espaço, internacionalmente disponível, para as manifestações da voz brasileira, por modismos conjunturais e contingências político-partidárias, tais como tem caracterizado o atual regime, desde 2003.

O legado do Brasil em matéria de relações internacionais e de aplicação do direito internacional bastante nos honra, mas tendo sido consolidado durante a maior parte do século XIX e boa parte do XX, manteve-se em linha bastante neutra, quiçá mesmo conservadora, durante décadas, não obstante as veleidades minoritariamente articuladas no sentido de política externa independente, ou não-alinhada, de muito discurso e pouco resultado. Sem que tenham sido causados danos irreparáveis.

Lacunas conceituais e lapsos técnicos precisam, todavia, ser sanados, tais como a retomada do engajamento explícito pela igualdade jurídica dos estados, e a ênfase na primazia do direito internacional, dando o Brasil o exemplo, a partir da vigência e aplicação deste, também em seu âmbito interno. Lamentáveis enganos vem sendo cometidos, em nome de recorrências ideológicas terceiromundistas, tanto conceitual quanto operacionalmente obsoletas, que consideráveis perdas, mensuradas em históricas oportunidades, nos causaram e, todavia, causam.

v. conclusão

A realidade internacional, em rápida mutação, exige que se adaptem os mecanismos formais, anteriormente estipulados, na proporção da tarefa de se repensar a ordenação institucional e legal do mundo e o papel de país como o nosso ‘no mundo que está por vir’. O Brasil não pode somente se deixar levar pela conjuntura internacional.
P. B. CASELLA (2009)⁸³

A sucessão de práticas do passado constituiria o legado do que opera nas referências presentes e deve orientar a formulação de condutas de

83. P. B. CASELLA, *Reforma da ONU, pós Kelsen* (in **Reforma da ONU**, Brasília: FUNAG, 2010, p. 143-210, cit. p. 210) por ocasião do “Seminário sobre a reforma da ONU, Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2009” – IV Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional, ‘O Brasil no mundo que vem aí’.

ação futura. Assim podem ser destacados elementos: a tradição, as referências presentes e parâmetros para orientar a ação futura.

As regras são formuladas e aplicadas. São regras no tempo e no lugar em que se formam, se aplicam, e se alteram, em todas as dimensões e desdobramentos de seu funcionamento. A questão da existência, validade e eficácia normativa, como dimensões distintas que podem ser apontadas.

A boa tradição estaria na observância das regras jurídicas e no respeito aos compromissos internacionalmente assumidos, os tratados. Entenda-se tratado⁸⁴, conforme definição

84. Paul REUTER, **Introduction au droit des traités** (Paris: PUF / publications de l'IUHEI, 3a. ed., « revue et augmentée » par Philippe CAHIER, 1995) é referência de base na matéria, ao lado de cada curso de direito internacional público, que inevitavelmente estudará a questão. V. tb. Roberto AGO, **Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne : introduction** (RCADI, 1971, t. 134, pp. 297-332) ; Levan ALEXIDZE, **Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law** (RCADI, 1981, t. 172, pp. 219-270) ; Giorgio BALLADORE-PALLIERI, **La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine** (RCADI, 1949, t. 74, pp. 465-546) ; Thibaut de BERRANGER, **Constitutions nationales et construction communautaire : essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne** (préf. de Jean BOULOUIS, Paris : LGDJ, 1995) ; Ph. CAHIER, **Le problème des effets des traités à l'égard des états tiers** (RCADI, 1974, t. 143, pp. 589-736) ; F. CAPOTORTI, **L'extinction et la suspension des traités** (RCADI, 1971, t. 134, pp. 417-588) ; P. B. CASELLA, *Constituição e direito internacional (in Direito da integração, org. P. B. CASELLA e V.L.V. LIQUIDATO, São Paulo : Quartier Latin, 2006, pp. 31-55)* ; Pedro B. de A. DALLARI, **Constituição e tratados internacionais** (São Paulo : Saraiva, 2003) ; Pierre-Michel EISENMANN (sous la dir. de), **L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national : étude de la pratique en Europe / The integration of international and european law into the national legal order : a study of the practice in Europe** (Haia : Kluwer, 1996) ; T. O. ELIAS, **Problems concerning the validity of treaties** (RCADI, 1971, t. 134, pp. 333-416) ; (Sir) Gerald FITZMAURICE, **The juridical clauses of the Peace treaties** (RCADI, 1948, t. 73, pp. 255-368) ; G. GAJA, ***Jus cogens* beyond the Vienna Convention** (RCADI, 1981, t. 172, pp. 271-316) ; A. GOMEZ ROBLEDO, **Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions** (RCADI, 1981, t. 172, pp. 9-217; esp. pp. 167 ss.) ; G. HARASZTI, **Treaties and the fundamental change of circumstances** (RCADI, 1975, t. 146, pp. 1-93) ; Jan KLABBERS, **The concept of treaty in international law** (Haia : Kluwer Law Int'l, 1996) ; Monroe LEIGH & Merritt R. BLAKESLEE, **National treaty law and practice : France, Germany, Índia, Switzerland, Thailand, United Kingdom** (Washington : American Society of International Law, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 27, 1995) ; I. I. LUKASHUK, **Parties to treaties : the right of participation** (RCADI, 1972, t. 135, pp. 231-328) ; A. P. Cachapuz de MEDEIROS, **O poder de celebrar tratados** (Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Ed., 1995) ; Patrícia F. MACHADO, **A constituição**

oficial⁸⁵, como “acordo internacional concluído por escrito entre estados, e regido pelo direito internacional, quer conste de instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos, qualquer que seja sua denominação específica”.⁸⁶

Ora, se dirá, isso vem sendo cumprido pelo Brasil. Pode-se dizer que sim? Infelizmente, tergiversações, impostas pelas conjunturas da política interna, acabam por incidir, às vezes, igualmente em âmbito internacional, e com desdobramentos e conseqüências diretas no e sobre o direito internacional.⁸⁷

e os tratados internacionais (pref. Carla MARSHALL, Rio : Forense univ., 1999) ; G. E. do NASCIMENTO E SILVA, **Le facteur temps et les traités** (RCADI, 1977, t. 154, pp. 215-297) ; C. T. OLIVER, **The enforcement of treaties by a federal state** (RCADI, 1974, t. 141, pp. 331-412) ; Étienne PATAUT, **Principe de souveraineté et conflits de juridictions** (Paris : LGDJ, 1999) ; J. F. REZEK, **Direito dos tratados** (prefácio BILAC PINTO, Rio : Forense, 1984) ; J. M. RUDA, **Reservations to treaties** (RCADI, 1975, t. 146, pp. 95-218) ; L. B. SOHN, **Settlement of disputes relating to the interpretation and application of treaties** (RCADI, 1976, t. 150, pp. 195-294) ; G. SPERDUTI, **Le principe de souveraineté et les rapports entre le droit international et le droit interne** (RCADI, 1976, t. 153, pp. 319-410) ; Michel WAELBROECK, **Traités internationaux et juridictions internes** dans les pays du Marche commun (préf. H. ROLIN, Paris : Pedone / Bruxelles : CIDC – Centre Interuniv. de droit comparé, 1969) ; M. K. YASSEEN, **L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités** (RCADI, 1976-III, t. 151, pp. 1-114).

85. Convenção de Viena sobre direito dos tratados (1969), artigo 2º, parágrafo primeiro, letra “a”. Ressalva o parágrafo segundo, do mesmo dispositivo : “As disposições do parágrafo primeiro, relativo às expressões empregadas na presente Convenção não prejudicam o emprego dessas expressões nem os significados que lhes possam ser dados na legislação interna de qualquer estado”.

86. Como definição, bastante abrangente, pode acolher desde tratados solenes até acordos em forma simplificada. Por sua vez, insistia-se “é condição essencial nos tratados a forma escrita. A confirmação, a prorrogação, a renovação ou a recondução serão igualmente feitas por escrito, salvo estipulação em contrário”, cf. artigo 2º da Convenção sobre direito dos tratados, assinada em Havana, por ocasião da VI Conferência Interamericana, a 20 de fevereiro de 1929, foi ratificada apenas por oito estados, dentre os quais, o Brasil, sancionada pelo Dec. 5647, de 8 de janeiro de 1929, ratificada a 30 de julho de 1929, e promulgada pelo Dec. 18.596, de 22 de outubro de 1929 (“DO de 12 de dezembro do mesmo ano”, cf. Vicente Marotta RANGEL, **Direito e relações internacionais**, São Paulo : RT, 8ª ed., 2005, pp. 217-220).

87. *Palavras do ministro de estado das relações exteriores, professor Celso LAFER* (in **CPLP: oportunidades e perspectivas**, org. Carlos Henrique CARDIM e João Batista CRUZ (Brasília: IPRI / FUNAG, 2002, pp. 17-20): “o Brasil é um país que tem, na paz, o valor ordenador dos demais valores da vida internacional, e nela vê o

Desde o final da guerra fria, a partir de 1990, ficaram mais claras as fontes de ameaças e de outros efeitos disruptores sobre o conjunto do sistema internacional. O Brasil parece patinar, sem modelo claro de orientação de política externa, que melhor atenda aos interesses nacionais, em seu sentido mais amplo e mais duradouro do que as idiossincrasias partidárias dos ocupantes destes últimos turnos do poder nacional, sem se voltar para a consecução de resultados em suas iniciativas, ignorando acordos com os principais parceiros comerciais, para privilegiar alegadas ‘alianças estratégicas’ que muito nos custam, e nada nos trazem de volta. Boas iniciativas, como o ‘diálogo América do Sul – países árabes’⁸⁸ mereceriam ter continuidade.

Na II Conferência de Paz da Haia, em 1907, teve papel importante a participação de Ruy BARBOSA, afirmando, em nome do Brasil a posição do país em relação aos grandes temas da época: mitigação das leis e costumes da guerra, codificação do direito da neutralidade, reforma da Corte de Arbitragem e estipulação da arbitragem compulsória. Dessa participação do Brasil derivam pelo menos dois paradigmas: a singularidade do Brasil e o respeito ao direito internacional.

Cumprir apontar que essa ‘singularidade do Brasil’ se mostrou justamente no empenho em ter o princípio, da igualdade jurídica dos estados, reconhecido por todos e aplicado a todos. Não me parece oportuno nem adequado que ora tergiversar o Brasil, tendendo a pleitear algo para si, em detrimento de reformulação mais ampla do sistema internacional como um todo. Esse bom legado, expresso na defesa do princípio da igualdade jurídica dos estados, como ‘paradigma da política externa brasileira’, merece ser lembrado e repensado, de modo que se lhe assegurem a continuidade e a consistência.

São Paulo, em 28 de dezembro de 2015

elemento básico para a promoção de nosso maior objetivo, o desenvolvimento. Esse binômio, paz e desenvolvimento, constitui o tema fundamental da política externa brasileira. É preciso que haja paz, para haver desenvolvimento. E, em contrapartida, somente um desenvolvimento sustentado, capaz de eliminar a exclusão, pode garantir a paz. Reside, portanto, na permanente manutenção da paz como valor ordenador e do desenvolvimento como meta-síntese, a efetiva garantia de uma organização mundial mais compatível com nossas aspirações e desejos’.

88. Heloisa Vilhena de ARAÚJO (org.), **Diálogo América do sul–países árabes** (Brasília: IPRI / FUNAG, 2005).



CAPÍTULO XXXVII

THE PAST AND FUTURE CONTRIBUTIONS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE AMERICAN HEMISPHERE

*David P. Stewart*¹

*In honor of the Centenary Edition of
The Bulletin of the Brazilian Society of International Law*

In the never-ending discussion about the many ways in which international law contributes to international peace, security, development and cooperation in our evolving international community, the emphasis is typically on the rules and institutions of *public* international law. In this conversation, the critical role of *private* international law is often overlooked or undervalued.

Yet, in our increasingly “globalized” world, the principles, instruments and mechanisms of private international law do play a critical role in respect of economic growth and progress, the rule of law, the efficient resolution of disputes, and the welfare of individuals.

Considered objectively, there can be no question that private international law can (and does) contribute directly to the trans-border flow of trade, capital, people and ideas, effective dispute settlement, the well-being of families and children, and therefore to economic development, social justice, and the rule of law. By focusing primarily on the relationship between international and domestic law, private international law is able to add an essential element to efforts to promote the legitimacy of the law internationally as well as domestically.

Within our hemisphere, however, the field of private international law has yet to respond fully to this opportunity. In many respects, at both the national level and within the Inter-American system, the topic continues to be approached mainly from the traditional (some might say “classical” or doctrinaire) perspective that defines “private interna-

1. Professor from Practice, Georgetown University Law Center; Member, Inter-American Juridical Committee (2008-2016); President, American Branch, International Law Association.

tional law” as referring to the various rules governing the law applicable to specific transnational (cross-border) situations involving private parties. A reorientation is needed.

I.

To be sure, the Inter-American system has long boasted a strong private international law tradition, and it can rightly take credit for adopting useful, and sometimes innovative, approaches to resolving “conflicts” or “choice of law” issues at the international level.² One of the first efforts to codify private international law at the international level occurred when the Sixth Pan American Congress held in Cuba in 1928 adopted the so-called “Bustamante Code” (Código de Derecho Internacional Privado) as part of the Treaty of Havana in 1928.³ In 1939, the first meeting of the consultation of Ministers of External Relations established the Inter-American Committee on Neutrality, which was reconstituted in 1942 as the Inter-American Juridical Committee, which has since become a primary forum for the formulation of private international conventions, principles, model laws and other instruments.⁴ And in its time, the 1979 Inter-American (or “Montevideo”) Convention on General Rules of Private International Law was hailed as a significant step forward in promoting a uniform regional approach to conflicts questions.⁵

2. Cf. Diego P. Fernández Arroyo, *La Codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina: Ambito de Producción Jurídica y Orientaciones Metodológica* (1994); Diego P. Fernández Arroyo, *Derecho Internacional Privado InterAmericano: Evolución y Perspectiva* (2000).

3. Convention on Private International Law (“Bustamante Code”), adopted Feb. 28, 1928 in Havana at the 6th International Conference of American States, text available at <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-31.html>.

4. See A. A. Cançado Trindade, “The Inter-American Juridical Committee: An Overview,” 38 *The World Today* 437-442 (November 1982).

5. Inter-American Convention on General Rules of Private International Law, done at Montevideo on May 8, 1979, available at <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-45.html>. Generally, see Tatiana B. de Maekelt, “General Rules of Private International Law in the Americas: New Approaches,” 177 *Recueils des Cours* 193 (1982). In practice, however, the Convention has enjoyed limited success, having been ratified by only 10 states members of the OAS, with no new adherents in the past twenty years.

The Montevideo Convention was adopted under the auspices of the second specialized conference on private international law (Conferencia de Derecho Internacional Privado or "CIDIP") convoked by the Organization of American States ("OAS"). Since 1975, when the first CIDIP was held in Panama, the negotiation of new principles and instruments among the member states of the Organization was normally conducted through such conferences.⁶ Over the years, that process produced some 26 separate instruments, including 20 conventions, 3 protocols, 1 model law and 2 "uniform documents."⁷

More recently, however, the CIDIP process has stalled. The last such effort (CIDIP-VII) was convened by the OAS General Assembly in June 2003 to work on two topics: electronic registries for secured transactions and issues of consumer protection in the cross-border context. It succeeded in drafting new Model Registry Regulations to implement the 2002 the Model Inter-American Law on Secured Transactions, which had been approved by the preceding (sixth) CIDIP, and those Model Regulations were adopted in October 2009. But no agreement has yet been reached on the topic of consumer protection, despite several proposals to address it from the differing perspectives of jurisdiction, applicable law, and mechanisms of dispute settlement. None of those proposals gained critical momentum, however, and at this writing the prospects for further progress are unclear.

This impasse suggests strongly that the traditional or "formulistic" approach to issues of private international law, centered on questions of applicable law, no longer aligns with the challenges facing the modern international community as a whole, much less the American hemisphere. The problems encountered today by private parties in transnational (cross-border) situations do not center primarily on questions of applicable law.

As a result, it is essential to embrace and act upon a broader conception of "private international law," one that not only addresses the legal

6. CIDIP-I was held in Panama City, Panama in 1975; CIDIP-II was held in Montevideo, Uruguay in 1979; CIDIP-III was held in La Paz, Bolivia in 1984; CIDIP-IV was held in Montevideo, Uruguay in 1989; CIDIP-V was held in Mexico City, Mexico in 1994; CIDIP-VI was held at OAS headquarters in Washington D.C. in 2002. CIDIP-VII was convened in 2003. Generally, see http://www.oas.org/dil/privateintlaw_interamericanconferences.htm.

7. See http://www.oas.org/dil/private_international_law.htm.

dimensions of commercial and economic transactions between private individuals and commercial entities but also aims to improve the lives and living conditions of the people of the Americas. The focus must be on progress and development, not simply on legal clarity and certainty. Moreover, these efforts must take into account the contemporary legal framework composed of international conventions, protocols, model laws, legal guides, uniform documents, case law, practice and custom, as well as other documents and instruments, which together regulate relationships between individuals in an international context by themselves as well as through incorporation and application in the domestic laws of states.

In other words, private international law must be understood today to encompass - and be relevant to - a vast and growing range of subjects, far beyond the traditional trilogy of adjudicative jurisdiction, conflicts of law, and enforcement of judgments. These include areas as diverse as transnational commercial agreements, child support and family maintenance, bankruptcy and secured transactions, transportation of goods by sea, and the regulation of intermediated securities - as well as proof of foreign law, the proper reach of a state's extraterritorial jurisdiction, international judicial assistance in civil matters, and other issues more directly related to the "core" subjects of the field of private international law as traditionally defined.⁸

II.

The field of private international law is not static, but continues to evolve and develop along with the international community it serves.

As the twentieth century began, of course, private international law as a discrete field or discipline did not exist, certainly not in the broad sense described above. Even from the narrow perspective of the rules of national law that determine which principles or provisions of domestic law apply when the relevant situation involved different legal systems, the field was in its infancy. The seminal treatise of Frederick

8. American Society of International Law, "Electronic Resource Guide on Private International Law," at http://www.asil.org/sites/default/files/ERG_PRIVATE_INT.pdf; Hague Conference on Private International Law, "Areas of Private International Law," http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=10.

Carl von Savigny had been published a number of years earlier, in 1869, but the emphasis remained on national law and the focus was primarily territorial.

That territorial focus was perhaps to be expected. At the time, the number of independent states was limited and very few structures for international cooperation on legal issues existed. Accordingly, the emphasis was on the articulation of clear and effective rules to guide domestic courts in determining which law to apply in transnational (trans-border) situations. The underlying notion was that, as a “scientific” matter, the law of each nation could specify the principles and procedure for reaching the correct decision about applicable law in every situation, thus promoting certainty (and perhaps, indirectly, substantive justice).⁹

It did not take long, however, for the international dimensions of private international law to find expression – and an organized forum – at the international level, with an emphasis on agreements facilitating practical cooperation between distinct legal communities and systems, rather than on principled rules. Even before the OAS’s predecessors in the American hemisphere began their regional efforts, the Hague Conference of Private International Law had convened its first session (in 1893) to deal with issues of cross-border cooperation. Largely European in its origins, the Conference began with the goal of focusing on the progressive unification of the rules of private international law in the classic sense. However, the tensions and conflicts on the continent in the years before and after the two World Wars largely prevented significant progress.

Revitalized in the 1950’s, the Hague Conference has greatly expanded its substantive reach into such areas as international commercial and family law, civil procedure and international judicial assistance, and even securities law.¹⁰ It now counts 80 member States from around the globe (as well as the European Union, which has become a Conference member in its own right as a “regional economic integration organization”).

9. Generally, see L.V. Bae, *The Theory and Practice of Private International Law* (2nd ed. 1892); M. Wolff, *Private International Law* (2d ed. 1950); P. Kalensky, *Trends of Private International Law* (1971).

10. George Droz and Adair Dyer, “The Hague Conference and the Main Issues of Private International Law for the Eighties,” 3 *Northwestern J. Int’l Law & Bus.* 155 (1981).

Another 68 non-members are parties to at least one of the Conference's 39 modern conventions and protocols.¹¹

Between World War I and World War II, additional mechanisms for the development of private international law began to emerge on the international level. For example, the International Institute for the Unification of Private Law (known as "UNIDROIT") was created in 1926 as an auxiliary organ of the League of Nations. Today it is an independent intergovernmental organization headquartered in Rome, with 63 member States representing a wide range of different legal, economic and political systems as well as different cultural backgrounds.¹²

UNIDROIT focuses largely on modernizing, harmonizing and coordinating private and in particular commercial law as between States and groups of States. Among its best known accomplishments are the 2001 Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment (there are separate protocols on aircraft, rail and space equipment, with work continuing on a fourth protocol covering agricultural, construction and mining equipment), the 2004 ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, the 2009 Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities, and the 2010 revision of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) was established in 1966 with the purpose of serving as the core legal body of the UN system in the field of international trade law.¹³ Its membership consists of sixty member States elected by the UN General Assembly for six year terms. Despite the suggestion (in its formal title) that it focuses on questions of international trade, many of its substantive efforts involve important private international law issues.

Perhaps UNCITRAL's most familiar achievement is the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG), to which 84 countries (including 18 OAS members) are party. The Convention contains substantive rules on the formation of

11. Information about the Conference is available at <http://www.hcch.net>. See also A. Boggiano, *The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America: Universality and Genius Locus* (en el Centenario del La Conferencia de la Haya) (1993).

12. Information about UNIDROIT can be found at <http://www.unidroit.org>.

13. Generally, see <http://www.uncitral.org>.

international contracts for the sale of goods whenever those contracts are concluded between parties with a place of business in Contracting States. Moreover, the CISG may apply to a contract for international sale of goods when the rules of private international law point at the law of a Contracting State as the applicable one, or by virtue of the choice of the contractual parties, regardless of whether their places of business are located in a Contracting State; it thus avoids the recourse to rules of private international law for those contracts falling under its scope of application.

Other widely-used UNICTRAL instruments are the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (sometimes called the “New York Convention”), the Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, and the Arbitration Rules (revised in 2013). UNICTRAL has also adopted a Model Law on International Commercial Conciliation (2002), together with a Guide on the Implementation of a Security Rights Registry (2013), a Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 2001), a Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property (2010), and, more recently, a Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014) (the “Mauritius Convention on Transparency”) and its companion Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (effective April 1, 2014).

In recent years, the European Union (EU) has become an increasingly important venue for the articulation of rules and principles of private international law, although because it deals with the subject as part of its ongoing integrative efforts to harmonize the internal law of the Union’s member states, it has a somewhat different focus than the organizations discussed earlier, including the OAS.¹⁴ The EU exercises its considerable authority under the various constitutive treaty

14. Increasingly, the rules and regulations adopted by the European Union also exert an important influence on the formation and content of private international law throughout the world. See, for example, Ronald A. Brand, “The European Union’s New Role in International Private Litigation,” 2 *Loyola University Chicago Int’l L. Rev.* 227 (2005); Ralf Michael, “EU Law as Private International Law,” 2 *J. Priv. Int’l L.* 485 (2006).

provisions on which the Union is based. Every EU member state is bound by the EU's rules, and decisions of the European Court of Justice play an increasingly important role in the development of private international law doctrines.

Among the EU's main areas of focus to date have been (1) the law applicable to contractual obligations between parties situated within the EU under the so-called "Rome I" regulation;¹⁵ (2) the law applicable to non-contractual obligations under the "Rome II" regulation;¹⁶ and (3) jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters under the "Brussels I" regulation.¹⁷ Other regulations govern the applicable law (as well as substantive issues) in such areas as divorce, legal separation or annulment and termination of parental responsibility;¹⁸ inter-state cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation;¹⁹ family maintenance;²⁰ succession;²¹ and insolvency.²²

III.

If there is a general or common approach among the five international organizations that today work in the private international law field, it is to remove legal obstacles to cross-border business transactions through greater harmonization and unification of the relevant legal norms and principles. The objective is to provide the parties to such transactions a much greater degree of legal clarity, certainty and predictability in their civil and commercial dealings. While that obviously benefits the parties to specific transactions (and promotes "party autonomy"), it also serves a larger and more important goal – greater and more lasting economic development.

15. Regulation No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of June 17, 2008 (Rome I).

16. Regulation No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of July 11, 2007 (Rome II).

17. Regulation No. 44/2001 of December 22, 2000 ("Brussels I").

18. So-called Brussels II-bis, Regulation No. 2201/2003.

19. So-called Rome III, Regulation No. 1259/2010.

20. Regulation No. 4/2009.

21. Regulation No. 650/2012.

22. Regulation No. 1346/2000.

At its core, the process of economic development results from private activity.²³ Official development assistance and other government-to-government programs are vital, but in most respects development is driven on-the-ground by expanding markets, increasing mobility, quick and reliable financial transactions, and virtually unlimited, instantaneous information exchange through the mass-media and the Internet. The rules and mechanisms of private international law that facilitate such transactions contribute to economic growth and prosperity, particularly in developing countries that lack the legal and transactional infrastructure necessary to participate fully and efficiently in the modern global economy.

In an increasingly inter-connected world, the harmonization functions of private international law assume ever greater practical importance in promoting trade, commerce and economic development. Governments with little or no experience in private international law matters, and those that lack the necessary legal infrastructure to participate actively and effectively in the globalized economy, tend to be severely disadvantaged in international trade, investment and capital markets. One of the purposes of the private international law project is to assist them in gaining the knowledge and experience needed to overcome this deficiency.

In addition, by clarifying and harmonizing the rules and principles that apply to transnational civil and commercial dealings, and by enhancing party autonomy in ordinary commercial contracts, private international law facilitates the successful conclusion of commercial transactions and the avoidance (as well as prompt and efficient resolution) of disputes arising in connection with those transactions. By reducing or removing legal obstacles to the flow of international trade, especially those affecting developing economies, it contributes directly to economic development and (because economic development is critical to establishment of the Rule of Law) it thereby contributes as well to the emergence of a robust and functional Rule of Law.²⁴

23. On the importance of private development assistance generally, see Symposium, "The Role of Private Assistance in International Development," 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 1091 (2010).

24. David P. Stewart, "Promoting the Rule of Law and Economic Development through Private International Law," XXXVIII *Curso de Derecho Internacionale* 153-

Law alone cannot create development. Development and progress cannot simply be legislated or legally mandated. At the same time, international development is not likely to take place, and certainly not likely to occur as quickly or effectively, in a lawless environment. Few would argue that development can thrive in the face of civil unrest or chaos or armed conflict, or in situations of widespread human rights abuses, or where corruption is rampant, or where the affected population seethes with unresolved grievances or is excluded from the political process. In this sense, economic development and the Rule of Law go hand-in-hand.

Properly conceived, the Rule of Law is more than just rules and laws, and promoting the Rule of Law certainly involves more than supporting or facilitating the creation of functional institutions to administer them. The Rule of Law rests fundamentally on attitudes and expectations, on a sense of confidence and commitment on the part of the individuals concerned, on broad acceptance and participation, and on a belief that reciprocal behavior will lead to orderly and equitable outcomes. These characteristics must be manifested in dealings between private parties as much as in their interaction with the courts, the criminal justice system, and other institutions of the state.

Economic growth and increased prosperity depend on, and must be accompanied by, a stable system of governance, rules for the fair operation of society, mechanisms for resolving disputes equitably, prohibitions against crime and corruption, protections for human rights, and effective remedies for wrongs – all the things that are generally considered to constitute the Rule of Law. Public sector reform as part of good governance efforts in developing countries has traditionally been at the center of the Rule of Law agenda. The principal focus has been on the promotion and incorporation of public international law principles and standards at the international, regional and national levels, particularly those coming from the human rights framework. But that focus is short-sighted.

What is often overlooked – from the development perspective - is the importance of legal rules operating in the context of *private transactions*. In other words, Rule of Law and public sector ordering is not

sufficient, by itself. For truly effective growth and development to occur, it is critical to have effective rules, mechanisms and procedures at the transactional level, where businesses and customers and consumers and individuals connect. The point is that these principles also have a direct and increasingly positive role in promoting good governance and the Rule of Law. And they too work to foster economic growth, by providing clarity of rules and certainty of expectations in private transactions, by establishing effective dispute settlement mechanisms in cross-border contexts, and by promoting fair and efficient commerce.

In point of fact, through the efforts of the major “private international law” organizations, the global community is deeply and actively involved in formulating truly *international* rules and procedures applicable to private individuals, transactions and relationships. With greater frequency, these rules and principles are formulated in international bodies in the form of treaties and other international instruments (including non-binding “soft law”), and they are increasingly applied and interpreted by international tribunals as well as domestic courts and tribunals.

One can point to numerous illustrations of how the work done in the various private international law institutions relates directly to the process of development and the promotion of the Rule of Law.

An obvious category would include the considerable efforts to promote clarity and certainty in cross-border contractual arrangements for the purchase and sale of goods and services. Examples include UNIDROIT’s 2010 Principles of International Commercial Contracts as well as UNCITRAL’s 2001 model law aimed at legitimizing the use of electronic messaging and identification and its 2005 Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, both premised on the notion of “functional equivalency” and providing that information in electronic (data message) form will not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds of its electronic nature.²⁵

Building on its earlier work on the CISG, UNCITRAL recently devoted considerable effort to formulating modern rules relating to the

25. To date, twenty countries have signed this treaty, including Russia and China, although only 7 – Russia, Honduras, the Dominican Republic, Singapore, Congo, Montenegro and Sri Lanka – have ratified. For the texts of all three instruments, see http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce.html.

transport of goods by sea, to replace the antiquated approach contained in such earlier agreements as The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules. The 2009 Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (denominated the “Rotterdam Rules”) promises to modernize the law relating to this important commercial field.²⁶ UNIDROIT has done innovative work in the vital area of security rights for mobile equipment, through the Cape Town Convention and its various protocols. Other examples might include UNICTRAL’s 2001 Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 2001), its 2010 Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property, and its 2013 Guide on the Implementation of a Security Rights Registry.

Another category would deal with issues of dispute settlement in international commercial dealings. Along with UNCITRAL’s long-standing work in international commercial arbitration (e.g., the 1958 UN Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Agreements and the related Arbitration Rules and Model Law),²⁷ one can also point to its more recent achievements in the areas of international commercial conciliation and investor-state arbitration, in particular the so-called Mauritius Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration and its companion Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, both done in 2014.

For its part, the Hague Conference has devoted enormous effort over the years to the issue of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters. At the global level, there exists no “civil litigation” analogue to the New York Convention (or its OAS counter-part, the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration).²⁸ For a number of years, negotiations took place at The Hague on a proposed multilateral “jurisdiction and judgments” treaty, but that effort ultimately failed. (A new proposal on the subject – a so-called “single convention” limited to judgments) has

26. Generally, see <http://www.rotterdamrules2009.com/cms/index.php>.

27. All three instruments can be found at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html.

28. Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (the “Panama Convention”), available at <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-35.html>.

just been put forward, to be discussed at a “special commission” convening in June 2016).²⁹ Agreement was reached in 2005, however, on a multilateral convention addressed specifically to contractual “choice of court” clauses (sometimes called “forum selection clauses” in international civil and commercial contracts.³⁰ Such clauses are often employed when contracting parties do not wish to utilize non-judicial mechanisms such as arbitration.³¹

From the rule of law perspective, public or governmental procurement poses particular challenges. Clearly, areas of government procurement can constitute a significant portion of public expenditures, and in many situations the lack of clear rules and procedures can invite fraud, waste and corruption. Fair, objective and efficient procurement rules and procedures foster integrity, confidence and transparency, promote economy, efficiency and competition, and can thus lead to increased economic development. UNCITRAL’s revised Model Law on Public Procurement, adopted in 2011 to replace the 1994 UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, contains procedures and principles aimed in large part at avoiding abuses in the procurement process.³² The text promotes objectivity, fairness, participation and competition and integrity. Transparency is also a key principle, allowing visible compliance with the procedures and principles to

29. See <https://assets.hcch.net/docs/01adb7d9-13f3-4199-b1d3-ca62de79360f.pdf> for the April 2016 proposed text to be discussed at the June 2016 Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments.

30. The text of the Hague Convention on Choice of Court Agreements is available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98.

31. The United States has signed but not yet ratified the Choice of Court Convention. There continues to be debate about the modalities by which the Convention might be implemented in U.S. law, in particular on the extent to which the method of implementation would “federalize” matters related to the enforcement of foreign judicial judgments (there has never been a general federal statute in this area) and impose requirements on state courts to accept certain cases involving foreign parties. Generally, see Lipe and Tyler, “The Hague Convention on Choice of Court Agreements: Creating Room for Choice in International Cases,” 33 *Houston J. Int’l L.* 1 (2010). See also National Center for State Courts, <https://www.ncsc.org/Services-and-Experts/Government-Relations/International/Hague-Convention-on-Choice-of-Courts.aspx>.

32. Regarding a description of UNCITRAL’s work on procurement of goods and services, see http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

be confirmed. A year later, UNCITRAL adopted a Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement to assist states in implementing the Model Law.³³

A final example concerns the emerging field of international family law. The Rule of Law is arguably most important at those junctures where the interests and activities of the state intersect with the most basic needs and interests of the individual. Few such intersections are more sensitive than the ones involving families. In a world characterized by rapidly increasing transnational contacts and cross-border mobility, families frequently span continents. So do family disputes and dissolutions. In consequence, international family law has emerged as a field of specialization in its own right, working to bridge gaps, reduce conflicts and provide orderly and efficient mechanisms of dispute resolution.

Two multilateral treaties adopted by the Hague Conference, both widely ratified, constitute the cornerstones of the current international regime of child protection: the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and the 1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-country Adoption.³⁴ The former (with 94 Contracting States) works to prevent (or undo) the removal of a child by one parent from the country of its habitual residence in violation of the other parent's custodial rights, and the latter (with 96 Contracting States) serves to regularize the process of transnational adoptions, protecting the legitimate interests of all concerned.

More recently, efforts have addressed the problems of enforcing trans-border maintenance and support arrangements. Within the OAS, the 1989 Inter-American Convention on Support Obligations has thirteen States parties.³⁵ In 2007, the Hague Conference adopted the

33. Id. See also the "guidance on procurement regulations to be promulgated in accordance with article 4 of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement," UN doc. A/CN.9/770 (April 22, 2013).

34. For the text of the 1980 Abduction Convention and related information, including the Guide to Good Practice, see http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=24. The Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, along with the 2008 Guide to Good Practice (Implementation and Operation), can be found at http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=69.

35. Text available at <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-54.html>.

Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.³⁶ As in other family law agreements, the basic principle set forth in this agreement is one of reciprocity: a decision on child maintenance and support made in one State Party must be recognized and enforced in other States Party if the first state's jurisdiction was based on one of the accepted grounds enumerated in the Convention.

This is far from a complete description of the growing list of international family law agreements and projects. Others include protection of the elderly, recognition of same sex unions, and protection of international migrants, to name a few. But it should certainly serve to illustrate the many ways in which the rapidly expanding field of international family law works actively to promote Rule of Law objectives and fosters development in this critical area.

IV.

Today, within the Inter-American System, the focus of private international law activity is located primarily in the Inter-American Juridical Committee.³⁷ While the Committee's agenda also includes a variety of other topics, for the past several years its members have given active and careful consideration to a number of specific private international issues, reflecting to a considerable extent their appreciation of the broader conception of the field and the importance of concentrating on initiatives that are likely to contribute to economic growth and progress, the rule of law, the efficient resolution of disputes, and the welfare of individuals in the American Hemisphere.

On the more traditional (one might say "doctrinaire") end of the spectrum, the Committee has been giving attention over the past several years to the various regional instruments on international commercial contracts, including in particular ways to facilitate the dissemination

36. The text of the Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (November 23, 2007) along with related documents can be retrieved at http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=131. For the companion Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations, see http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133.

37. For information on the Committee, see <http://www.oas.org/en/sla/iajc/default.asp>.

and promote the further ratification of the 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts. To date, that treaty has been ratified by only two OAS Member States (Mexico and Venezuela) and signed by only three others (Bolivia, Brazil and Uruguay).³⁸ The reasons for the relative dis-interest of Member States in joining this treaty are open to debate, but one might speculate that they simply do not believe that codification of the choice of law rules in this particular area is a high priority, either as a matter of law or economic development.

By comparison, one of the more intriguing recent topics considered by the Committee concerns the promotion of a new form of corporate entity known as the “Simplified Stock Corporation.” Essentially a hybrid of what are called in some legal systems (i) limited liability partnerships and (ii) “close” corporations, this innovation aims to facilitate economic growth at the level of small and micro-businesses while reducing the time, costs and formalities of formal incorporation. Taking into account Colombia’s very successful domestic experiences in this area, the Committee adopted in 2011 a proposed Model Law on the topic for consideration of the Member States.³⁹ One reason for the Committee’s enthusiasm for this project was precisely the potential benefits such an innovation could have in terms of economic development and the Rule of Law.

Still another area in which the Committee believes legal creativity and innovation could make real contributions involves establishment of electronic systems of warehouse receipts. In many areas of the world, and especially in many agricultural sectors, staple commodities (flowers, fruits, grains, vegetables) are produced by farmers working small plots or parcels of land. In general, these farmers either sell their

38. See CJI/doc.464/14 entitled “Law Applicable to International Contracts,” and CJI/doc.466/14 rev.1 entitled “Inter-American Convention on Law Applicable to International Contracts,” reprinted in Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly (2014), OEA/Ser. Q, CJI/doc.472/14, at pp. 112-122.

39. See CJI/RES. 188 (LXXX-O/12) and CJI/doc.380/11 corr. 1, reprinted in the Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the 43rd Regular Session of the OAS General Assembly, 65-84 (2012). The topic was subsequently taken up by UNCITRAL’s Working Group I; see Note by the Secretariat proposing a draft model law on a simplified business entity, UN Doc. A/CN.9/WG.I/WP.89 (Jan. 28, 2015).

surplus commodities locally or bring them to a storage or collection point (warehouse) for transfer up the supply chain to a very distant market, sometimes in a different country. In most cases, the transactions are recorded on some form of paper-based “warehouse receipts” that give the producer little if any security. Frequently the farmer must wait a long time to receive his share of the proceeds.

Establishing a standardized and electronically-based system of warehouse receipts can speed the transactions considerably. If the receipt is both secured and negotiable, the farmer and his purchaser(s) can have more confidence in the transactions and the producers can more easily obtain financing to invest in the next crop yield. Both UNCITRAL and UNIDROIT have given some consideration to the issue, and beginning in 2013 the Inter-American Juridical Committee has undertaken a project to prepare a model law on the subject for the consideration of the Member States of the OAS.⁴⁰

The area of consumer protection in cross-border transactions, especially those conducted electronically, also presents real opportunities for significant contributions.⁴¹ As noted earlier, when CIDIP-VII was convened in 2003, several proposals were put forward on ways to provide parties to cross-border consumer transactions with effective, economical and expeditious alternatives to traditional forms of litigation in their domestic courts, while at the same time facilitating cross-border trade and lowering transaction costs.⁴² But no agreement could be reached. Largely as a result, the issue was taken up in other bodies (such as UNCITRAL’s Working Group III, which has been considering the issues in the context of both business-to-business (B2B) and business-to-consumer (B2C) transactions).⁴³ More recently, the Inter-American Juridical Committee has returned to the topic, in light of

40. See CJI/doc.427/13 and CJI/doc.437/13, reprinted in the Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the 44th Regular Session of the OAS General Assembly, at 104-109 (2013), available at <http://www.oas.org/en/sla/iajcc/docs/INFOANUAL.CJI.2013.ENG.pdf>.

41. For general information on this effort, see http://www.oas.org/dil/department_special_legal_programs_consumer_protection.htm.

42. Information on these various proposals is available at http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_topics_cidip_vii_consumerprotection_introduction.htm.

43. See http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html for the UNCITRAL Secretariat’s draft outcome document

the recent adoption of the UN Guidelines on Consumer Protection,⁴⁴ to consider whether a regional approach on substantive principles might be in the interest of the peoples of the Americas.

Finally, the Committee has in recent years given considerable attention to the areas of (i) access to governmental information and (ii) privacy and data protection. Clearly, both topics are of great concern for any system characterized by the Rule of Law.

In a democracy, citizen access to government information is considered an indispensable right: it is essential to the citizen's ability to make informed decisions, it works to ensure government accountability and responsiveness to public needs, and it serves to protect individual rights. Lack of access undermines trust, fosters inefficiency, and invites corruption.⁴⁵ In 2009, the OAS General Assembly directed the preparation of a draft Model Law on Access to Information, together with an implementation guide, for the consideration of member states. The final versions of both documents were approved by the OAS General Assembly in June 2011.⁴⁶ They were drafted to apply in both common law and civil law systems, and to address not only the collection, retention and use of governmental information but also information drawn from the private sector and individuals. In consequence, they recognize that the rights to privacy and to access information must co-exist and be applied harmoniously.

Also at the direction of the OAS General Assembly, the Committee has recently given considerable attention to the subject of privacy and protection of personal data. On the basis of an extensive review of other compilations, both regional and global, and its own careful considerations, the Committee in 2014 adopted a set of principles to guide both member

reflecting elements and principles of an ODR process, UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.140 (Dec. 22, 2015).

44. United Nations Guidelines on Consumer Protection, UNGA Res 70/186 (Dec. 22, 2015).

45. Article 4 of the Inter-American Democratic Charter recognizes that "transparency in government activities, probity, responsible public administration on the part of governments, respect for social rights, and freedom of expression and of the press are essential components of the exercise of democracy." See http://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm.

46. For information on the Model Law on Access to Information and accompanying legislative guide, see http://www.oas.org/en/sla/dil/access_to_information_model_law.asp.

states and other entities (including corporations) in collecting, processing and retaining information about individuals. The principles were accompanied by explanatory guidance (in the form of a “legislative handbook”) on how to observe “best practices” designed to preserve individual privacy. While giving primacy to the principles of privacy and the need to protect personal data, the Committee also recognized the importance of a certain degree of flexibility in the application of the rules, especially in light of the emergence of new technologies and the challenges of cross-border commerce. The Committee noted that the onus for protecting privacy cannot fall exclusively on the State but must also be assumed on the companies and other entities that gather and process the data.⁴⁷

These initiatives are admirable and have the potential to make significant practical (as well as doctrinal) contributions. But they are not sufficient. The Committee itself has recognized the need to think broadly and creatively about other projects to which the principles and methodological approaches of private international law can be applied. In the past year, it has held two workshops with practitioners, academics and government officials, precisely for the purpose of identifying other areas in which it can devote its resources for the benefit of the citizens and governments of the American Hemisphere. This effort is an essential aspect of the Committee’s agenda.

V.

Both as a discipline and a substantive field, private international law has great potential to contribute significantly to the challenges we face in continuing to construct an international community truly based on peace, security, development and cooperation, as contemplated by the recently-adopted UN Sustainable Development Goals.⁴⁸ That potential cannot be realized, however, if the effort is confined to the traditional conceptions of “conflicts” or “choice of law.”

47. See the OAS Principles on Privacy and Personal Data Protection, with Annotations, CJI/doc. 474/15 rev.2, reprinted in Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly (2015) at 55-78.

48. UN Sustainable Development Goals, adopted as part of UNGA Res. 70/1, “Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development (Oct. 21, 2015). See <http://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals>.

This is hardly the first time that private international law has been challenged to reform itself. Recently, Prof. Horatia Muir Watt challenged her readers “to understand how private international law has managed to maintain an astonishingly passive stance, despite its place at the very heart of some of the most radical changes in the world economy.”⁴⁹ In his seminal review of the state of the field in 2000, Dean Symeon Symeonides commented that, given all the developments that took place in the international community during the 20th century, the field had to change but still had not met all the challenges.⁵⁰ In the same volume, Prof. Richard Fentiman asked “the urgent question” whether private international law has “responded to the challenges to which it [was] exposed at the end of the twentieth century, and whether it is likely to do so.”⁵¹ Neither offered particularly optimistic predictions.

To be sure, there have been – and still are - many distinguished defenders of the classic or “scientific” conception of private international law, which is founded on the proposition that its greatest contribution is to provide properly formulated, objective rules (in the form of positive law) to inform courts about which law to apply in the various circumstances encountered by parties to international transactions.⁵² For such adherents, it is objectionable to apply the term “private international law” broadly to such issues as secured transactions, privacy and data protection, arbitration, and family law (at least outside their narrow “choice of law” dimensions). Most of them are in no way satisfied by substituting the term “international private law.”

49. Chapter 18, “Future Directions,” in Horatia Muir Watt, Diego P. Fernández Arroyo, eds., *Private International Law and Global Governance* 355 (2015).

50. See, e.g., Symeon C. Symeonides, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress* 74-78 (Kluwer 2000), a volume based on discussions at the XVth International Congress of Comparative Law, held in Bristol, England in 1998). Interestingly, of the 18 national reports contained in the volume, only one addressed a country in Central and South America (Venezuela).

51. *Id.* at 189 (National Report on England). His conclusion: “[G]iven the particular challenges to which the subject is now exposed, the question for English private international law at the end of the century is whether it can emancipate itself from the conventions of the past.” *Id.* at 190.

52. Cf. Tatiana B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho Internacional Privado* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005). One can also hear that theme in Talia Einhorn and Kurt Siehr, eds., *Intercontinental Cooperation through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh* (Asser 2004).

Some commentators have called for methodological adjustments, in particular moving away from the formalities of international conventions to such alternative approaches (so-called soft law) as the use of guiding principles, legislative guidance, and model laws.⁵³ But the problem is larger, the challenges are more significant, and the solution must be more ambitious. To deal effectively with the challenges of a rapidly evolving international political and economic structure, the tools and insights of private international lawyers must be deployed in new and innovative ways, not cabined by tradition and doctrine.

Whether or not one believes in a uniquely Latin American approach to international law,⁵⁴ the deep experience and traditional strengths of the private international law community in our hemisphere need to be brought to bear on the real problems. The Inter-American Juridical Committee is working to provide one venue where that can happen. Others are needed.

53. Nuria González Martí, "Private International Law in Latin America: From Hard to Soft Law," XI Anuario Mexicano de Derecho Internacional 393 (2011).

54. See Arnulf Becker Lorca, "International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval or a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination," 47 Harv. J. Int'l L. 283 (2006).



CAPÍTULO XXXVIII

JUS COGENS AND INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS

Pavel Šturma¹

1. Introduction

This article focuses on *jus cogens*, because the emergence and recognition of existence of peremptory norms is as typical of and important for current international law as is the development of human rights protection. So it is possible to formulate the hypothesis that both these processes are connected and that most peremptory rules today serve the protection of the most fundamental human rights.

This brief text will begin with an introduction of the concept of *jus cogens* and examples of peremptory rules resulting from current decisions of the International Court of Justice and the International Law Commission of the UN.

From the point of view of the International Law Commission, it is interesting that, recently, this codification body reverted to the issue of *jus cogens*. First, in 2014, the ILC endorsed the recommendation of the Working Group for the inclusion of the topic “*Jus cogens*” in the long-term programme of work.² Second, in 2015, the Commission decided to include the topic “*Jus cogens*” in its programme and to appoint Mr. Dire Tladi (South Africa) as the Special Rapporteur for the topic. According to the syllabus, the consideration of the topic could focus on the nature of *jus cogens*, requirements for the identification of a norm as *jus cogens*, as well as consequences or effects of *jus cogens*. The proposal also entails producing an illustrative list of norms which have achieved the status of *jus cogens*. Such a list would be based on an assessment of the judgments of the

1. Professor of International Law at the Faculty of Law of Charles University in Prague.

2. See Report of the ILC, Sixty-sixth session, 2014, GAOR, Sixty-ninth session, Supplement No. 10 (A/69/10), p. 266, § 270, and the syllabus in the Annex, p. 274 ff.

ICJ and other courts and tribunals as well as the previous work of the Commission.³

In 2016, the Commission will start its consideration of the first report on *Jus cogens*, to be considered for the first time as such, not only in the specific context of the law of treaties or State responsibility. Of course, the main problem is the determination of the concept of *jus cogens*.⁴ However, this is also a momentum to show whether and how the concept is reflected in the case-law of regional courts of human rights, i.e. specialized judicial bodies having jurisdiction over the protection of fundamental human rights and freedoms.

2. General grounds of peremptory norms

Hardly anyone seriously challenges the existence of *jus cogens* in current international law today. However, such was not the case before, as the older debates over doctrine and positions of states show us.⁵ We can say that traditional international law was fully non-mandatory. Arguments in favor of peremptory norms appeared infrequently in part of the theory of older international law, but the conditions for their creation became settled after World War II and the adoption of the UN Charter.

The existence of *jus cogens* was confirmed and its first general definition provided in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).⁶ It was strongly supported by the International Law

3. Ibid., pp. 280-281.

4. See, for example, KOLB, R.: La détermination du concept de *jus cogens*. *Revue Générale de Droit International Public*, vol. CXVIII, 2014, No. 1.

5. See, for example, VERDROSS, A.: Forbidden Treaties in International Law, 31 American Journal of International Law, 1937, p. 571. Compare also ŠTURMA, P.: K otázce určování kogentnosti pravidel mezinárodního práva. [*On identification of peremptory character of international law rules*]. *Právník [The Lawyer]*, 1986, vol. 125, No. 8, pp. 711-720, and older bibliography cited there. In newer bibliography compare, for example, ORAKHELASHVILI, A.: *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008; BIANCHI, A.: Human Rights and the Magic of Jus Cogens. In *EJIL*, no. 19 (2008); WET de, E.: The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and International Customary Law. *EJIL*, vol. 15 (2004).

6. "A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a pe-

Commission in the Draft articles on the Law of Treaties of 1966, where the issue of peremptory norms appeared in Articles 50, 61 and 67. These provisions were adopted with certain modifications in Articles 53 and 64 of the Vienna Convention. While Article 53 is the fundamental provision which provides the definition of *jus cogens* and stipulates the consequences of a conflict between the content of the treaty and a peremptory norm (invalidity of the treaty *ex tunc*), Article 64 determines the consequences of possible creation of a new peremptory norm of general international law.

Peremptory norms with general applicability are very few, but they are crucial for the protection of the entire international community. Article 53 of the Vienna Convention provides only a general definition without the list or examples of *juris cogentis* norms. Except for resulting invalidity of a contract, it resolves neither other questions of the legal content of *jus cogens*, nor the process of acquisition and identification of the peremptory nature of individual norms of international law.⁷ The reasons are explained in the Commission's comments on draft Article 50 (1966): the emergence of norms having *jus cogens* character is relatively new and international law has been developing quickly. That is why the determination of the content of the legal institute was left to individual states' practice and to the case-law of international tribunals.⁸

So, in reality, besides a non-binding list provided by theory, and besides several decisions and advisory opinions of the ICJ commenting, often rather indirectly or in *obiter dictum*, on the peremptory character of concrete norms,⁹ a more complete survey of peremptory rules is pro-

remptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."

7. Compare the Report of the ILC, Sixty-sixth session, 2014, GAOR, Sixty-ninth session, Supplement No. 10 (A/69/10), Annex, p. 275.

8. YILC, 1966, vol. II, s. xx, § 3: "The Commission considered the right course to be to provide in general terms that a treaty is void if it conflicts with a rule of *jus cogens* and to leave the full content of the rule to be worked out in State practice and in the jurisprudence of international tribunals."

9. See, for example, Reservations to the Genocide Convention, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1951, pp. 15, 21-24; Barcelona Traction, Light and Power Company

vided in two documents of the International Law Commission, namely the draft articles on responsibility of states in the so-called first reading (1996) and the second reading (2001).

While the list and interpretation of peremptory prohibitions are provided in relation to the definition of international crimes of states in Article 19 and the comments on it in draft articles (1996), namely as (a) the prohibition of the use of force; (b) the prohibition of maintenance of colonialism; (c) serious abuse on a widespread scale of human rights protected by general international law (the prohibition of slavery, genocide and apartheid); and (d) a serious breach of obligation prohibiting massive pollution of the environment,¹⁰ in the final draft articles (2001) such article is missing. Examples of peremptory rules, however, can be found in the comments of the Commission on Article 40 (which replaced Article 19 from the first reading) and in a concise form also in the comments on Article 26 (compliance of defenses with peremptory norms).¹¹ Following the case-law of various international and national tribunals, the Commission sums up that “those peremptory norms that are clearly accepted and recognized include the prohibitions of aggression, genocide, slavery, racial discrimination, crimes against humanity and torture, and the right to self-determination”.¹²

It is the most complete catalogue of peremptory norms of general international law so far, though only semi-official.

On the other hand, international courts and tribunals have commented on *jus cogens* only partially, although it is they who are most expected to contribute to the identification of peremptory norms.¹³ Until

Ltd., Second Phase, ICJ Reports, 1970, pp. 3, 32; Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Reports, 1986, p. 89; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996, § 78.

10. YILC, 1976, vol. II (Part Two), pp. 95-96.

11. “Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.”

12. Report of the ILC, Fifty-third session, 2001, GAOR, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), p. 208, § 5.

13. See TAVERNIER, P., L’identification des règles fondamentales – un problème résolu? In: Tomuschat, Ch., Thouvenin, J.-M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publ., 2006, p. 5 et seq.

recently, the International Court of Justice avoided unequivocal identification of certain norms as peremptory. For example, in the advisory opinion regarding legality of nuclear weapons, the ICJ avoided the express term *jus cogens* and rather used a paraphrase “intransgressible principles of international customary law,” a part of which are “great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict”.¹⁴ However, this approach has changed in more recent cases. In the case regarding the duty to extradite or prosecute (2012), the ICJ declared that “the prohibition of torture is part of international customary law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)”.¹⁵

In the case of Jurisdictional Immunities of the State (2012) the ICJ considered various aspects of *jus cogens*, including its relationship to immunity arising from jurisdiction of a foreign state. Since the rules governing immunities and possible *jus cogens* rules forming part of the law of armed conflict deal with different questions, there is no conflict between them.¹⁶ The ICJ adopted a similar approach to the relationship between *jus cogens* and procedural rules in the case of Armed Activities on the Territory of the Congo, where the Court identified the prohibition of genocide as a norm of *jus cogens*.¹⁷

From time to time certain other courts and tribunals have commented on the peremptory character of some norms, most frequently the prohibition of torture. The judgment of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia in *Furundzija* is among the most well known.¹⁸ The same tribunal also confirmed the peremptory character of the prohibition of genocide in *Krstić* and *Jelisić*.¹⁹ Thus it followed the

14. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996, p. 257. The then ICJ president Bedjaoui did not hesitate to describe those principles as part of *jus cogens*; *ibid.*, p. 273.

15. Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Reports 2012, § 99.

16. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece Intervening), ICJ Reports 2012, §§ 92, 95 and 97.

17. Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Rwanda), ICJ Reports 2006, § 64.

18. *Prosecutor v. Furundzija*, ICTY, case IT-95-17/1, 10 December 1998, § 157.

19. *Prosecutor v. Jelisić*, ICTY, case IT-95-10-T, 14 December 1999, § 60; *Prosecutor v. Krstić*, ICTY, case IT-98-33, 2 August 2001, § 541.

same statement regarding the peremptory nature of that norm issued by the International Criminal Tribunal for Rwanda.²⁰

It is worth mentioning that – with the exception of prohibition of aggression – most norms identified as peremptory are from the area of human rights. Without the development of international legal protection of human rights, the emergence and spreading of peremptory norms of general international law probably would not occur. If such norms of international law exist, they must be enforced in relation to particular international law interests, including regional human rights treaties. It is therefore useful to focus attention on case-law of specialized bodies, namely regional courts of human rights.

3. Jus cogens in case-law of regional courts of human rights

3.1. The European Court of Human Rights

Keeping in mind that most recognized norms of peremptory nature come from the area of human rights, we could expect that this fact (or this legal classification) would be reflected primarily in case-law of regional courts of human rights. Since we need to follow longer development it is sensible to focus here on the case-law of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights; their overall case-law is vast.

In this context, it may seem rather surprising that the European Court of Human Rights, in spite of its progressive and dynamic interpretation of the European Convention on Human Rights (1950), identified certain norms as *jus cogens* relatively late and only in a small number of cases. Sometimes, they are just comments reaching beyond the scope of a decision on the merits (i.e. they are *obiter dictum*), or individual opinions of some judges.

The European Court explicitly recognized the prohibition of torture as a peremptory norm of international law for the first time as late as in 2001 in *Al-Adsani*.²¹ And it did so in spite of the fact that it did not

20. *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR, case ICTR-95-1-T, 21 May 1999, §§ 88-89.

21. ECtHR, *Al-Adsani v. UK*, Appl. No. 35763/97, Judgment, 21 November 2001, §§ 60-61.

infer from the peremptory character of the prohibition (material law) inapplicability of procedural rules governing jurisdictional immunity of a state with respect to applications filed with courts of another state.

The ECtHR repeated such explicit confirmation in *Demir and Baykara* (2008) when it stated that in its *Al-Adsani* judgment the Court found, with reference to universal instruments (Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Articles 2 and 4 of the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment) and their interpretation by international criminal bodies (the ICTY judgment in *Furundzija*) or domestic bodies (judgment of the House of Lords ex parte *Pinochet* No. 3), “that the prohibition of torture had attained the status of a peremptory norm of international law, or *jus cogens*, which it incorporated into its case-law in this sphere”.²²

On the other hand, the ECtHR did not confirm the peremptory character of rules on crimes against humanity in *Kalogeropoulou* (2002), but it did not exclude the development of international customary law in the future.²³

Interestingly, in the ECtHR case-law the peremptory character was confirmed only in case of prohibition of torture (Article 3 of the Convention), which is narrower than the catalogue of human rights from which derogation is not permissible under Article 15 (2), which includes besides the prohibition of torture also the right to life, prohibition of slavery and servitude and the principle of no crimes and punishments without law.²⁴

3.2 Inter-American Court of Human Rights

The practice of the court in San José provides an interesting contrast to the relatively low frequency of arguments based on *jus cogens*

22. ECtHR, *Demir and Baykara v. Turkey*, Appl. No. 34503/97, Judgment, 12 November 2008, § 73.

23. ECtHR, *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany*, Appl. No. 59021/00, Decision, 12 December 2002.

24. Article 15(2): “No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.”

in the case-law of the Strasbourg court. The Inter-American Court of Human Rights was set up later, however it has shown very courageous and progressive case-law in many respects.

The Inter-American system of human rights protection is very complex and has been developing further. Unlike the European system, it did not undergo such profound reforms, so its basic structure has remained in the shape drawn in 1948 and amended in 1969. It represents an original combination of non-contractual and contractual mechanisms of control of compliance with human rights.²⁵ While the former applies to all member states of the OAS and the Commission applies there the human rights standards stemming from the American Declaration, the latter involves only the contracting parties to the American Convention (among which the USA and Canada are still missing). Moreover, the Court does not enjoy obligatory jurisdiction in relation to all contracting parties to the American Convention, as a special declaration of the state recognizing its jurisdiction is required. Thus, in some degree, the system resembles the original European Convention on Human Rights (1950) before the adoption of Protocol No. 11.

Probably the most peculiar aspect of the American Convention is the consultative procedure under Article 64.²⁶ The competence of the Court to issue opinions is very wide, incomparably more important than in the European Court. Any member state of the OAS (not only states parties to the American Convention) can address the Inter-American Court and apply for interpretation of the “Convention or of other treaties concerning the protection of human rights in the American states”. Also the organs of the OAS mentioned in Chapter X of the Charter of the OAS are competent to address the Court and apply for a consultation. The consultative jurisdiction is very wide and used in practice. It does not depend on whether a party accepted the jurisdiction of the

25. Compare in detail ŠTURMA, P.: *Mezinárodní a evropské kontrolní mechanismy v oblasti lidských práv* [International and European Control Mechanisms in the Sphere of Human Rights]. 3rd edition. Praha: C.H. Beck, 2010, pp. 69-77.

26. Compare also RUNAVOT, M.-C., *La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l’homme: splendeurs et misères de l’avis du juge interaméricain*. In: Hennebel, L., Tigroudja, H. (eds.), *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*. Paris: Pedone, 2009, p. 121 et seq.

Court over contentious proceedings.²⁷ Moreover, the Court interprets this jurisdiction rather widely as can be seen in its opinion of 1982. It declares there that “the advisory jurisdiction of the Court can be exercised, in general, with regard to any provision dealing with the protection of human rights set forth in any international treaty applicable in the American States, regardless of whether it be bilateral or multilateral, whatever be the principal purpose of such a treaty, and whether or not non-Member States of the inter-American system are or have the right to become parties thereto”.²⁸

The Inter-American Court of Human Rights significantly developed the topic of *jus cogens* in its judgments and advisory opinions, and recognized as preemptory many protected human rights provided for in the American Convention.²⁹ The Court does it directly or indirectly, not limiting itself to the catalogue of rights under Article 27(2) of the American Convention, which may be suspended neither in case of war nor other public danger.³⁰

Considering the high number of the Inter-American Court’s decisions referring to *jus cogens*, it is appropriate to present mainly the direct references to this institution in the hitherto case-law. The first instance where the Court used the term *jus cogens* was the judgment in *Aloeboetoe y otros* (1993). The Court dealt with an 18th century agreement regulating certain practices of slave trade; it did not deem it necessary to examine whether the agreement was an international treaty,

27. Restrictions to the Death Penalty (Arts. 4.2 and 4.4 of the American Convention on Human Rights), advisory opinion OC-3/83 of 8 September 1983.

28. “Other Treaties” Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court, advisory opinion OC-1/82 of 24 September 1982, § 52; text see BUERGENTHAL, T., NORRIS, R., SHELTON, D.: *Protecting Human Rights in the Americas*, Kehl, Strasbourg, Arlington: Engel, 1990, p. 450.

29. Compare MAIA, C., *Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*. In: Hennebel, L., Tigroudja, H. (eds.), *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*. Paris: Pedone, 2009, p. 278 et seq.

30. Article 27(2): “The foregoing provision does not authorize any suspension of the following articles: Article 3 (Right to Juridical Personality), Article 4 (Right to Life), Article 5 (Right to Humane Treatment), Article 6 (Freedom from Slavery), Article 9 (Freedom from *Ex Post Facto* Laws), Article 12 (Freedom of Conscience and Religion), Article 17 (Rights of the Family), Article 18 (Right to a Name), Article 19 (Rights of the Child), Article 20 (Right to Nationality), and Article 23 (Right to Participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights.”

but it stated that even if it had been, such treaty would be invalid today, because it would conflict with the norms of *jus cogens superveniens*.³¹

Ten years later, the Inter-American Court explicitly recognized the peremptory nature of the prohibition of torture in *Maritza Urrutia* (2003) for the first time. It stated that all forms of torture are strictly prohibited by international law. The prohibition is absolute and permits no derogation under Article 27(2) of the American Convention, i.e. it may not be suspended even in exceptional circumstances, such as war or the fight against terrorism. Moreover, this prohibition falls under the scope of *jus cogens* now.³²

The case-law of the Court followed this precedent and declared extrajudicial executions incompatible with peremptory norms of human rights; for the first time it was in *Hermanos Gómez Paquiyauri* in 2004.³³ This precedent was followed by constant case-law relating to the prohibition of extrajudicial executions.³⁴

Another right recognized as peremptory by the Inter-American Court relates to the protection of the physical and mental integrity of a man laid down in Article 5 of the American Convention on Human Rights, but also in the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985). In the judgment in *Caesar* (2005), the court included not only the prohibition of torture, but also the prohibition of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment among *jus cogens* norms.³⁵ Moreover, in *Ximenez Lopes* (2006) the Court specified that the right to physical and mental integrity is absolute and may not be suspended under any circumstances.³⁶

Another right, specifically important in the context of Latin America, is the prohibition of forced disappearance of persons. In *Goiburú y otros* (2006), the Inter-American Court recognized for the first time

31. IACHR, *Aloeboetoe y otros v. Surinam*, 10 September 1993, Series C, No. 15, § 57.

32. IACHR, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, 27 November 2003, Series C, No. 103, § 92.

33. IACHR, *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Peru*, Merits and reparations, 8 July 2004, Series C, No. 110, § 112.

34. See MAIA, C., *op. cit.*, p. 286.

35. IACHR, *Caesar v. Trinidad y Tobago*, Merits and reparations, 11 March 2005, Series C, No. 123, §§ 70, 100.

36. IACHR, *Ximenez Lopes v. Brasilia*, Merits and reparations, 4 July 2006, Series C, No. 146, § 126.

that such prohibition and the correlational duty of the state to investigate the disappearances of persons and to punish those responsible falls under the scope of peremptory norms.³⁷

It is a specific feature of the Inter-American Court that its case-law has been built through resolution of systematic violations of human rights, including forced disappearances, which occurred in many Latin American states under military dictatorships. That facilitates understanding why the Court put such strong emphasis in its case-law on the exclusion of impunity and on the right of victims (and their families) of access to justice. That was the reason why it inferred the peremptory nature of both the prohibition of committing exceptionally serious crimes and restricting access to justice, having in mind the prevention of the system of impunity for mass human rights violations. The Court then arrived at the conclusion that states have the duty to either extradite any person charged with a crime against humanity or to judge and punish them in their own territory.³⁸

The Inter-American Court, however, goes even further and in its principle advisory opinion it confirms the *juris cogentis* nature of the principle of equality and non-discrimination.³⁹ In this unanimous advisory opinion the Court considered the position of migrant workers without valid documents from the point of view of equality before the law. The advisory opinion applying to all member states of the Organization of American States (OAS), regardless of whether they had ratified the Convention, underlined the general obligation to respect and ensure human rights. The states have the duty to respect and ensure full and free exercise of human rights free from discrimination.

A. Cançado Trindade, the long-term judge and President of the Court, greatly contributed to the progressive character of the case-law of the Inter-American Court. He often provided theoretical reasoning of judgments in his very frequent and detailed concurring opinions, and sometimes he even deepened arguments regarding the scope of *jus cogens* in the framework of human rights protected by the American

37. IACHR, *Goiburú y otros v. Paraguay*, Merits and reparations, 22 September 2006, Series C, No. 153, § 84.

38. *Ibid.*, § 132.

39. IACHR, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 September 2003, Series A, No. 18, §§ 100-101.

Convention. He reasoned out the connection between Articles 8 and 25 in the judgment in *Masacre de Pueblo Bello* (2006), and inferred that also the right to access to justice has peremptory character.⁴⁰ Judge Cançado Trindade called on the Court to further widen the material content of *jus cogens*, to incorporate the access to justice, like it did in advisory opinion No. 18 in relation to the principle of equality and non-discrimination.⁴¹

The case-law of the Inter-American Court relates indirectly to peremptory norms also in other cases, namely those connected with general amnesties for serious crimes. General amnesties, granted (mainly in the form of statutes) in many Latin American states with the aim to ensure impunity for serious crimes to persons connected with the governing regimes, were reviewed not only by some national courts (supreme or constitutional), but also by the Inter-American Court of Human Rights.⁴²

A historic, landmark decision was made in *Barrios Altos v. Peru* (2001), which concerned a massacre in Barrios Altos. The Inter-American Court held in its judgment of 14 March 2001 that two amnesty laws from the period of Peruvian president Alberto Fujimori are “incompatible with the American Convention on Human Rights and, consequently, lack legal effect.”⁴³ The Court considered that such amnesty laws that are intended to extinguish responsibility for serious violations of human rights (such as torture, summary executions, forced disappearances of persons) are inadmissible because they violate “non-derogable rights recognized by international human rights law”.⁴⁴ Since amnesties obstruct or make difficult the access of victims

40. IACHR, *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, 31 January 2006, Merits and compensation, Series C, No. 140.

41. See CANÇADO TRINDADE, A.A., *The Access of Individuals to International Justice*. Oxford – New York: Oxford University Press, 2011, p. 197.

42. Compare in detail CANÇADO TRINDADE, A.A.: *Le droit d'accès à la justice dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme*. In: *Le droit international pour la personne humaine*, Paris: Pedone, 2012, pp. 267-272.

43. IACHR, *Barrios Altos v. Peru*, Merits, 14 March 2001, Series C, No. 75.

44. *Ibid.*, § 41: „Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones

and their next of kin to truth and justice, they amount to a violation of Articles 1(1), 2, 8 and 25 of the American Convention. Subsequently the Court decided on the right of victims to monetary compensation and other forms of reparation. The Court explained the duty of the state to remove from its legal order regulations constituting violations of the American Convention in its further judgment concerning interpretation (of 3 September 2001), and it confirmed that mere promulgation of such law amounts to a violation. National courts then did not apply the respective amnesty laws.

Further decisions concerned the review of amnesties in Chile (*Almonacid Arellano*, 2006),⁴⁵ namely self-amnesties of the Pinochet regime. The Court decided that such amnesty may not be an obstacle to investigation, adjudication and punishment of persons responsible for serious human rights violations, such as extra-legal executions. The Court stated that the nature of protected human rights requires penalization and non-applicability of statutory limitations. Such case-law was reaffirmed in the case of amnesty in Peru (*La Cantuta*, 2006). The Court clearly stated in that judgment that the mentioned amnesty laws could not have effect, do not have it now and cannot create it in the future.⁴⁶

The situation was similar in cases of amnesty laws in Brazil (*Gomez Lund*, 2010),⁴⁷ and in Uruguay (*Gelman*, 2011). In the latter case, an amnesty law which had been confirmed in a plebiscite was condemned. Not even popular vote granted it legitimacy from the point of view of international law and human rights protection in the eyes of the Inter-American Court of Human Rights.⁴⁸ The Court opined that mere existence of a democratic regime does not *per se* guarantee permanent adherence to international law. Human rights protection, especially in

sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.”

45. IACHR, *Almonacid Arellano v. Chili*, Merits and reparations, 26 September 2006, Series C, No. 154.

46. IACHR, *La Cantuta v. Peru*, Merits and reparations, 29 November 2006, Series C, No 162, § 189.

47. IACHR, *Gomez Lund and others v. Brasilia*, Preliminary exceptions, merits and reparations, 24 November 2010, Series C, No 219.

48. IACHR, *Gelman v. Uruguay*, Merits and reparations, 24 February 2011, Series C, No 221, § 238.

cases of serious violations of the norms of international law of human rights, represents an insurmountable barrier to the rule of majority decision-making.⁴⁹

All those cases concerned serious crimes grossly violating human rights. The right of victims (or their next of kin) to justice and the truth of committed acts prevailed over formal legal amnesty laws. The same approach is confirmed by the modern development of international criminal law as regards crimes under international law. Incompatibility of general amnesties with crimes under international law is inferred both from international customary law,⁵⁰ and from the Roman Statute of the International Criminal Court (1998).

4. Conclusion and perspectives

The hypothesis shaped at the beginning, namely that the emergence and stabilization of *jus cogens* go in parallel with the development of the international law of human rights at the universal and regional levels, has been confirmed. Most peremptory norms recognized up to now deal with the protection of fundamental human rights; moreover, this area reveals the highest potential for increasing the number and material content of peremptory norms.

The case-law of international judicial bodies has the key role in the development of such norms. While the International Court of Justice and the European Court of Human Rights came to the express confirmation of them relatively late and they limited it originally just to the prohibition of torture, the ad hoc international criminal tribunals (for former Yugoslavia and Rwanda) proceeded faster.

However, the case-law of the Inter-American Court of Human Rights seems to be the most remarkable in regards to its frequency of reference to and number of identified rules of *jus cogens*. The fact that the American Convention (1969) is a younger, regional instrument containing more so-called non-derogable rights does not provide

49. *Ibid.*, § 239.

50. See International Law Association, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences (2000), p. 15 et seq.; compare WERLE, G.: *Principles of International Criminal Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, pp. 65-66.

sufficient explanation. The case-law, which is very open to *jus cogens* and progressive, apparently results from a combination of several objective and subjective factors.

Primarily, it is the wider competence *ratione materiae* of the Inter-American Court, which is not limited to the American Convention as such, but participates in the interpretation of and the control of adherence to all international human rights instruments binding on American states. Then it is the later accession of the Inter-American Court to deciding disputes (initially, it only had consultative jurisdiction to adopt advisory opinions). From the beginning of its judicial activity (the early 1980s) the Court had an opportunity to deal mainly with cases of mass violations of fundamental human rights in a number of countries in the region (torture, forced disappearances, inhuman or degrading treatment, arbitrary imprisonment). A big part of its case-law responds to crimes committed or tolerated by dictatorship regimes. Even after their gradual demise in Latin America and transition to democratic governments, the problem of coming to terms with the past has remained, and the judicial power generally, and the Inter-American Court in particular, plays the principal role in it.⁵¹ Finally, it was the strong, individual role of Cançado Trindade (1995-2006), the Brazilian Professor, long-term President and judge of the Court, whose significant idealism and *jus naturale* approach influenced case-law, including the relationship to *jus cogens*.

Two principal questions should be asked in conclusion. To what extent is this a unique and unrepeatable opportunity to broaden the material content of *jus cogens*? In other words, the question is whether the trend in the Inter-American Court case-law will continue under new objective and subjective conditions (new compositions of judges). And the second question is even more important: to what extent the identified peremptory rules of human rights can be exported from the regional to the universal level.⁵²

From the definition of *jus cogens* itself, it follows that these are the norms of general international law recognized by the international

51. Compare HENNEBEL, L., La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme. In: Hennebel, L., Tigroudja, H. (eds.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*. Paris: Pedone, 2009, pp. 117-119.

52. Compare NEUMAN, G.L., Import, export and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights, *ESIL*, vol. 19, 2008-I, pp. 117, 122.

community as a whole. What will certainly matter is not only a positive response to the doctrine (the result of the collision of idealism and realism), but mainly that other judicial organs (namely the ICJ and the ECtHR) and international bodies (such as the International Law Commission) accept the challenge and do not miss the opportunity to have their say in the identification and development of peremptory rules of human rights. Nothing less than the confirmation of the trend towards humanization and constitutionalization is at stake, both at the level of inter-American particularism and at the level of general international law.

CAPÍTULO XXXIX

LE JUGE, LA DELIMITATION MARITIME ET LA ZONE GRISE

Tafsir Malick NDIAYE¹

INTRODUCTION

1. Avec la délimitation maritime, le droit international s'est enrichi d'un chapitre nouveau qui a connu une fortune rapide à la mesure des enjeux et des espoirs en lui placés. C'est que la délimitation des espaces maritimes entre voisins est d'une importance capitale en ce qu'elle confère stabilité et permanence dans leurs relations. Il se trouve que nombre de frontières maritimes dans notre monde ne sont pas délimitées. Le nombre total de frontières maritimes potentielles est de 420², et il n'existe qu'environ 200 accords de délimitation à ce jour. C'est dire que les différends relatifs à la délimitation maritime ont de beaux jours devant eux. Et pour les régler, les Etats devront recourir à la négociation entre eux ou recourir aux mécanismes de règlement des différends disponibles.

3. Le droit conventionnel, qui s'est développé progressivement à travers les conférences de codification et les accords bilatéraux de délimitation, apparaît a priori comme une source importante du droit de la délimitation maritime.

4. Les travaux de la Commission du Droit international des Nations Unies ont donné naissance aux dispositions des Conventions de Genève de 1958 relatives à la délimitation de la mer territoriale et du plateau continental. La troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a donné la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) du 10 décembre 1982. Celle-ci contient des dispositions relatives à la délimitation de la mer territoriale, du plateau continental et

1. Juge au Tribunal International du Droit de la Mer.

2. US Dept. Of State, Bureau of Oceans and International Environment and Scientific Affairs, Limits in the Seas, N° 108 : 1st Revision, Maritime Boundaries of the World, 1990.

de la zone économique exclusive. Toutefois³, l'examen du contentieux des délimitations maritimes montre que ces dispositions n'occupent guère la place centrale attendue d'elles. Qui plus est, les accords bilatéraux de délimitation ont généré une pratique assez indigente pour pouvoir s'imposer par la voie coutumière.

5. De fait, il apparaît que le rôle fondamental dans la formulation des règles et principes juridiques devant régir le droit de la délimitation maritime revient à la Cour internationale de Justice et aux Tribunaux arbitraux. Ces derniers appliquent les règles de délimitation telles que les a indiquées la Cour en y apportant parfois quelques innovations reprises ensuite par la CIJ dans un jeu d'enrichissement mutuel. Il faut ici noter que le Tribunal international du droit de la mer a été saisi de sa première affaire de délimitation maritime avec l'introduction de l'instance dans le différend concernant la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale le 14 décembre 2009⁴.

6. Les juridictions internationales ont permis de développer ce que l'on peut nommer maintenant le droit de la délimitation maritime, que nous allons nous employer à présenter sous la forme d'un mode d'emploi ou de notice de traitement d'une affaire de délimitation maritime. L'on examinera les questions juridiques préliminaires (I), les principes de la délimitation (II) avant d'en arriver à la délimitation de la frontière maritime (III). L'on examinera enfin les conséquences de la méthode de délimitation sur l'assise spatiale de la juridiction des Etats en ce qui concerne leurs droits et obligations et en particulier dans la zone grise (IV).

3. L'on se souvient que dans les Affaires du plateau continental de la mer du Nord, la Cour internationale de Justice s'était refusée à voir dans l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental une règle de caractère coutumier. Elle a dû s'employer alors à définir les principes juridiques devant régir la délimitation du plateau continental entre deux Etats. Elle aura d'ailleurs une attitude plus tranchée dans l'affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark. Norvège) : « Ainsi pour la délimitation du plateau continental [...] même s'il convenait d'appliquer, non l'article 6 de la Convention de 1958, mais le droit coutumier du plateau continental tel qu'il s'est développé dans la jurisprudence [...] ». ; Arrêt du 14 juin 1993, CIJ, Recueil 1993, p. 61, paragraphe 51. On a l'impression que le droit conventionnel était ainsi mis à la porte du droit de la délimitation maritime.

4. Voir, ITLOS/Press 140 du 16 décembre 2009.

I – Les Questions Juridiques Preliminaires

7. L'examen commence par la présentation du cadre géographique général c'est-à-dire de la zone maritime à l'intérieur de laquelle doit être effectuée la délimitation ; cette zone pouvant être figurée sur une carte⁵. Le juge peut alors rappeler les origines et l'évolution du différend, telles qu'elles ressortent des documents présentés par les parties⁶, avant d'en arriver aux questions juridiques préliminaires.

Les questions juridiques préliminaires portent sur l'objet du différend (A), la compétence de la Cour ou du Tribunal et son étendue (B) ainsi que le droit applicable (C).

A – L'objet du différend

8. Le juge indique ce qui oppose les parties présentes devant lui. Le différend peut porter sur l'établissement d'une frontière maritime unique, délimitant le plateau continental et les zones économiques exclusives relevant de chacun des Etats⁷, l'interprétation d'un traité constitutif de titres pour les Etats ou avoir tout autre objet⁸ (7).

B – Saisine et compétence

9. Les différends sont portés devant le juge, selon le cas, par notification d'un compromis ou par requête déposées au Greffe de la juridiction. Le choix du mode de saisine obéit au principe de liberté, à la possibilité d'une saisine plurielle et à leurs conséquences sur la compétence de la cour ou du Tribunal.

10. Les Parties peuvent librement choisir de saisir la juridiction par requête ou par compromis. C'est le principe posé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Détroit de Corfou⁹.

5. Voir par exemple, Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), arrêt, CIJ, Recueil 2009, p. 69.

6. Voir, Délimitation de la frontière maritime Guinée/Guinée-Bissau, Sentence du 14 février 1985, paragraphe 18 et 24.

7. Voir, Délimitation... op. cit. (note 4), p. 70, §§ 17-19.

8. Voir Annexe I.

9. Affaire du Détroit de Corfou (exceptions préliminaires), CIJ, Recueil 1948, arrêt du 25 mars 1948, p. 15.

11. La possibilité d'une saisine plurielle est ensuite à envisager. Le juge doit alors rechercher quelle est la commune intention des parties, pour déterminer le fondement et l'étendue de sa compétence. L'on se souvient que dans l'affaire du Déroit de Corfou, l'Albanie et la Grande-Bretagne conclurent un compromis à la suite de l'arrêt du 25 mars 1948. Le texte précisait que :

« les Parties sont d'accord que le présent compromis sera soumis à la Cour internationale de Justice immédiatement après que la Cour rendra son arrêt, le 25 mars, relatif à l'exception préliminaire »¹⁰.

12. La compétence de la Cour pour statuer sur le différend aurait pu reposer soit sur ce compromis, soit sur l'arrêt rendu le 25 mars. Le 26 mars 1948, elle a rendu une ordonnance où, constatant que le compromis forme désormais la base sur laquelle elle devra connaître de l'affaire et énonce les questions à elle soumises¹¹, la Cour devait privilégier l'intention commune des parties. Selon elle, « le but principal des deux Parties, lors de la conclusion du compromis, était d'instituer entre elles une égalité complète, en remplaçant la procédure primitive, qui se fondait sur une requête unilatérale, par une procédure fondée sur un compromis »¹². Cette voie de saisine soustrait logiquement la procédure aux exceptions préliminaires. C'est également sur la base du compromis du 29 décembre 1950 que la CIJ s'est estimée saisie dans l'affaire des Minquiers et Ecrehous alors que la France et la Grande-Bretagne avaient chacune souscrit une clause facultative de juridiction obligatoire laquelle permettait de saisir la Cour.

13. Il faut relever l'existence d'un lien entre les notions de saisine et de compétence lesquelles sont toutefois très différentes. En effet, tandis que la compétence est la base sur laquelle le tribunal doit connaître de l'affaire et trancher le différend à lui soumis – elle est déterminée par le Tribunal lui-même¹³ – la saisine est le droit, pour l'auteur d'une

10. Compromis conclu le 25 mars 1948, voir Arrêt du 9 avril 1949 (fond), CIJ, Recueil 1949, p. 6.

11. CIJ, Recueil 1947-4949, p. 53.

12. CIJ, Recueil 1949 (fond), p. 25.

13. En vertu de l'article 288 paragraphe 4 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, pour ce qui est du Tribunal international du droit de la mer.

prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci en portant l'affaire devant le Tribunal. Pour ce faire, il faut un titre de compétence.

14. Les notions de compétence et de saisines sont parfois confondues. Il en est ainsi lorsque le seul fait de saisir le Tribunal entraîne immédiatement la compétence de ce dernier. C'est le cas pour la saisine par voie de compromis lorsqu'il est notifié au Tribunal par les Parties qui l'ont signé. C'est le cas, également, quand le Tribunal est saisi simultanément par deux requêtes¹⁴. Il en est encore ainsi lorsqu'étant saisi par voie de requête, la déclaration de juridiction obligatoire souscrite par l'Etat défendeur ne fait pas obstacle à sa compétence. En revanche, dans tous les autres cas, la compétence et la saisine demeurent distinctes. Dans le cas d'une saisine par voie de requête, le défendeur peut toujours contester la compétence du Tribunal dans un système de juridiction obligatoire. D'ailleurs l'exception est presque toujours assortie d'une mise en cause de la recevabilité de la requête.

La saisine par voie de requête peut être faite lorsqu'un accord entre les parties le prévoit. Elle l'est aussi lorsque les parties au différend ont accepté la compétence du Tribunal comme l'un des moyens de règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention, par voie de déclaration écrite faite conformément à l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il en est ainsi également lorsque les Parties ont souscrit à la clause facultative de juridiction obligatoire du Statut de la CIJ¹⁵. Il faut rappeler que nombre d'affaires de délimitation maritime ont été introduites par voie de requête¹⁶ laquelle indique – en même temps que les conclusions des parties – ce qui est attendu du juge ; ce sur quoi il doit statuer.

15. Les autres affaires sont, pour l'essentiel, introduites par voie de compromis, lequel dans le cadre contentieux, est un accord interna-

14. Dans l'affaire de la Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906, (Arrêt de la CIJ du 18 novembre 1960), le Nicaragua et le Honduras ont saisi la Cour simultanément.

15. Article 36 paragraphe 2 du Statut de la Cour.

16. Aff. Groenland et Jan Mayen, op. cit. (note 4) ; Aff. Guyana / Suriname, op. cit. (note 7) ; Aff. Barbade / Trinité-et-Tobago, op. cit. (note 7) ; Aff. Bangladesh / Myanmar devant le Tribunal international du droit de la mer, affaire pendante ; voir ITLOS/Press 140, Introduction d'une instance dans le différend concernant la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale ; Affaire de la délimitation en mer noire, op. cit. (note 4).

tional par lequel des Etats-Parties s'accordent pour soumettre un différend d'ordre juridique au Tribunal ou à la Cour. Le compromis fixe l'étendue des pouvoirs qui seront reconnus juge.

16. Il faut ici rappeler l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn¹⁷. Le Roi d'Arabie Saoudite formula des propositions, qui ont eu la faveur des Parties, constituant l'Accord de 1987. Cet accord sera suivi de négociations qui devaient donner un procès-verbal (1990) par lequel les Parties s'engageaient à soumettre leur différend à la Cour internationale de Justice, laquelle jugeait¹⁸ que le procès-verbal signé et les autres textes constituaient des accords attributifs de compétence en bonne et due forme. Le procès-verbal précisait qu'à l'expiration d'un délai, les parties pourront soumettre leur différend à la Cour. Celle-ci ne fut pas saisie par Compromis, ni par requête au sens de l'article 36 paragraphe 2 de son Statut. La base de la compétence de la Cour est un accord attributif de compétence qu'elle considère comme un instrument conventionnel¹⁹.

17. En général, le juge s'emploie à vérifier que les Parties conviennent que toutes les conditions pour que la juridiction ait compétence étaient réunies au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance et que la juridiction est donc habilitée à connaître de l'affaire. La tâche restante est d'établir l'étendue exacte de la compétence ainsi conférée à la juridiction. Pour ce faire, le juge tiendra compte, s'il y a lieu, de tout accord en vigueur entre les Parties relatifs à la délimitation des différents espaces relevant de chacune d'elles.

C – Droit applicable

18. Il découle de la coutume internationale, des Conventions sur le droit de la mer conclues à Genève le 29 avril 1958 et de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (CNUDM). Le juge vérifie d'abord si les parties litigantes devant lui sont parties à la Convention (CNUDM). Il indique la date du dépôt de leurs instruments de ratification.

17. Op. cit. (note 7) arrêt du 16 mars 2001.

18. CIJ, Recueil 1995, p. 6 et suivantes.

19. Voir, CIJ, Recueil 1994, p. 112 et suivantes et CIJ, Recueil 1995, p. 6 et ss.

19. Les articles 15, 74 et 83 de la CNUDM ont respectivement traité la délimitation de la mer territoriale, de la zone économique exclusive et à celle du plateau continental.

L'article 15 de la Convention dispose :

« Lorsque les côtes de deux Etats sont adjacentes ou se font face, ni l'un ni l'autre de ces Etats n'est en droit, sauf accord contraire entre eux, d'étendre sa mer territoriale au-delà de la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des deux Etats. Cette disposition ne s'applique cependant pas dans le cas où, en raison de l'existence de titres historiques ou d'autres circonstances spéciales, il est nécessaire de délimiter autrement la mer territoriale des deux Etats ».

20. Les articles 74 et 83 de la Convention ont un libellé identique et disposent :

*« 1. La délimitation de la zone économique exclusive [du plateau continental] entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable.
2. S'ils ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, les Etats concernés ont recours aux procédures prévues à la partie XV.
3. En attendant la conclusion de l'accord visé au paragraphe 1, les Etats concernés, dans un esprit de compréhension et de coopération, font leur possible pour conclure des arrangements provisoires de caractère pratique et pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette période de transition la conclusion de l'accord définitif. Les arrangements provisoires sont sans préjudice de la délimitation finale ».
4. Lorsqu'un accord est en vigueur entre les Etats concernés, les questions relatives à la délimitation de la zone économique exclusive [du plateau continental] sont réglées conformément à cet accord ».*

21. L'examen de la clause de juridiction, qu'elle soit une clause compromissoire ou la requête elle-même, permet au juge de déterminer les conditions de saisine de la juridiction et de vérifier si elles sont remplies au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance, habilitant ainsi le juge à connaître de l'affaire.

22. Pour déterminer la ligne de délimitation maritime, le juge tient compte des accords en vigueur entre les Parties – s'il y a lieu – et la Convention (CNUDM) si elle est entrée en vigueur entre les Parties. Celle-ci dicte les principes de délimitation maritime devant être appliqués par le juge lequel applique en outre les dispositions pertinentes de la Convention telles qu'interprétées dans la jurisprudence internationale.

23. Pour ce faire, le juge commence par définir le point de départ de la délimitation en fonction de la frontière terrestre et de la frontière de la mer territoriale si elle est établie par les Parties, avant de déterminer la nature de celle-ci.

II – Les Principes de la Delimitation

24. La délimitation maritime que le juge va effectuer s'appuiera sur la détermination des côtes pertinentes (A) et des zones maritimes pertinentes de chaque partie (B).

A – Les Côtes pertinentes

25. Les côtes pertinentes revêtent une grande importance dans l'opération de délimitation. Elles fondent le titre d'un Etat sur les espaces à délimiter. Comme l'indique la Cour internationale de Justice, le titre d'un Etat sur le plateau continental et la zone économique exclusive est fondé sur le principe selon lequel la terre domine la mer du fait de la projection des côtes ou des façades côtières²⁰. La terre est la source juridique du pouvoir qu'un Etat peut exercer dans les prolongements maritimes²¹. Qui plus est, c'est la côte du territoire de l'Etat qui est déterminante pour créer le titre sur les étendues sous-marines

20. Affaire de la délimitation en Mer Noire, op. cit. (note 4 supra), p. 89, paragraphe 77.

21. Affaire du Plateau continental en Mer du Nord, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1969, p. 51, paragraphe 96.

bordant cette côte²². Il apparaît ainsi important de déterminer les côtes pertinentes de chaque partie à l'affaire, lesquels génèrent le titre juridique des pays à un plateau continental et à une zone économique exclusive, c'est-à-dire celles dont les projections se chevauchent parce que l'objet de la délimitation est de résoudre le problème du chevauchement des prétentions en traçant une ligne de séparation entre les espaces maritimes concernés.

26. Comme l'explique la Cour internationale de Justice²³, le rôle des côtes pertinentes peut revêtir deux aspects juridiques distincts, quoique étroitement liés, dans le cadre de la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive. En premier lieu, il est nécessaire d'identifier les côtes pertinentes aux fins de déterminer quelles sont, dans le contexte spécifique de l'affaire, les revendications qui se chevauchent dans ces zones. En second lieu, il convient d'identifier les côtes pertinentes aux fins de vérifier, dans le cadre de la troisième et dernière étape du processus de délimitation, s'il existe une quelconque disposition entre le rapport des longueurs des côtes de chaque Etat et celui des espaces maritimes situés de part et d'autre de la ligne de délimitation.

27. Sur cette base, le juge expose la position des parties concernant leurs côtes pertinentes respectives avant de statuer sur celles-ci. Les principes qui sous-tendent sa jurisprudence en la matière sont d'une part, que la terre domine la mer de telle sorte que les projections vers le large sont sources de prétentions maritimes²⁴. D'autre part, la côte doit, pour être considérée comme pertinente aux fins de la délimitation, générer des projections qui chevauchent celles de la côte de la partie adverse. Dès lors, tout segment du littoral d'une Partie dont, en raison de sa situation géographique, le prolongement ne pourrait rencontrer celui du littoral de l'autre Partie est à écarter de la suite du présent examen²⁵. Après avoir identifié les côtes pertinentes de chaque partie, le juge établit le rapport entre les longueurs des côtes respectives de chaque Etat, avant de vérifier s'il existe une quelconque disproportion

22. Affaire Libye / Tunisie, op. cit., note 7, supra, CII, Recueil 1982, p. 61, paragraphe 73.

23. Affaire de la délimitation en Mer Noire, op. cit. note 4 supra, p. 89, paragraphe 78.

24. Affaire du Plateau continental en Mer du Nord, op. cit. note 7, supra, Recueil 1969, p. 51, paragraphe 96.

25. Affaire Tunisie / Libye, op. cit. note 7 supra, CII, Recueil 1982, p. 61, paragraphe 75.

entre le rapport des longueurs des côtes de chaque partie et celui des espaces maritimes situés de part et d'autre de la ligne de délimitation²⁶.

B – La zone maritime pertinente

28. Les projections vers le large des côtes pertinentes de l'Etat côtier et l'effet d'empiètement que ces projections ont sur celles en mer de l'autre Etat côtier déterminent la délimitation maritime. C'est dire donc que l'opération de délimitation ne tient compte que des côtes qui génèrent des chevauchements de titres. C'est pourquoi l'on s'est interrogé parfois sur l'utilité même de la notion de zone maritime pertinente.

26. La CIJ a parfois eu de la difficulté à déterminer les côtes pertinentes. Dans l'affaire Libye c/ Malte, op. cit., note 7 supra, Recueil 1985, p. 53, paragraphe 74 elle dit : « [...] De l'avis de la Cour, aucune raison de principe n'empêche d'employer le test de proportionnalité, à peu près de la même manière dont on l'a fait en l'affaire Tunisie / Libye, et qui consiste à déterminer les « côtes pertinentes », à calculer les rapports arithmétiques entre les longueurs de côtes et les surfaces attribuées, et finalement à comparer ces rapports, afin de s'assurer de l'équité d'une délimitation entre côtes se faisant face tout autant qu'entre côtes adjacentes. Mais, dans ce cas, certaines difficultés pratiques peuvent fort bien rendre le test inapproprié sous cette forme. Ces difficultés sont particulièrement manifestes en la présente espèce où, pour commencer, le contexte géographique rend la marge de détermination des côtes pertinentes et des zones pertinentes si large que pratiquement n'importe quelle variante pourrait être retenue, ce qui donnerait des résultats extrêmement divers ; ensuite la zone à laquelle l'arrêt s'appliquera en fait est limitée par l'existence des revendications d'Etats tiers. Il serait illusoire de n'appliquer la proportionnalité qu'aux surfaces comprises dans ces limites ; [...] ». En revanche, la primauté de la géographie côtière en matière de délimitation est de jurisprudence constante : « Il est... nécessaire de regarder de près la configuration géographique des côtes des pays dont on doit délimiter le plateau continental », Aff. De la Mer du Nord, op. cit., note 7 supra, CIJ, Recueil 1969, paragraphe 96 ; « La méthode de délimitation à adopter doit être en rapport avec les côtes des parties qui bordent effectivement le plateau continental », Aff. Franco-britannique, op. cit. note 7 supra, Sentence 1977, paragraphe 240 ; « C'est... en partant de la côte des parties qu'il faut rechercher jusqu'où les espaces sous-marins relevant de chacune d'elles s'étendent vers le large, ainsi que par rapport aux Etats qui leur sont limitrophes ou leur font face », Aff. Tunisie / Libye, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1982, paragraphe 73 ; « Une ligne de délimitation à tracer dans une aître déterminée est fonction de la configuration des côtes ». Aff. Golfe du Maine, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1984, paragraphe 205.

29. La Cour internationale de Justice²⁷ s'est employée à justifier le recours à la notion. Elle relève que le concept juridique de « zone pertinente » doit être pris en considération dans la méthodologie de la délimitation maritime.

30. En premier lieu, selon la configuration des côtes pertinentes dans le contexte géographique général et selon les méthodes utilisées pour construire les projections vers le large de ces côtes, la zone pertinente peut ainsi inclure certains espaces maritimes et en exclure d'autres qui sont dépourvus de pertinence dans l'affaire considérée.

31. En second lieu, cette zone est pertinente pour vérifier l'absence de disproportion. Cette opération constitue la dernière étape du processus. La délimitation ne vise pas à découper un secteur en parts égales, ni même en parts proportionnelles, et cette vérification de l'absence de disproportion n'est pas une méthode de délimitation en elle-même. Il s'agit plutôt d'un moyen de déterminer si la ligne de délimitation obtenue par d'autres moyens doit être ajustée afin d'éviter qu'elle ne donne lieu à une disproportion significative entre les espaces maritimes attribués à chacune des parties et la longueur de leurs côtes respectives.

32. La Cour observera en outre²⁸ aux fins de cette dernière étape du processus de délimitation, que la détermination de la zone pertinente ne vise pas à la précision et qu'elle est approximative. L'objet de la délimitation est en effet de parvenir à un résultat équitable et non à une répartition égale des espaces maritimes²⁹.

27. Affaire de la délimitation en Mer Noire, op. cit. note 4 supra, CIJ, Recueil 2009, p. 99, paragraphe 110.

28. Ibid. paragraphe 111.

29. Dans l'affaire du Plateau continental de la Mer du Nord, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1969, pp.

21-22, paragraphe 18, la Cour dit : [...] « Compte tenu du texte des compromis et de considérations plus générales touchant le régime du plateau continental, elle est d'avis que sa tâche en l'espèce concerne essentiellement la délimitation et non point la répartition des espaces visés ou leur division en secteurs convergents. La délimitation est une opération qui consiste à déterminer les limites d'une zone relevant déjà en principe de l'Etat riverain et non à définir cette zone *de novo*. Délimiter d'une manière équitable est une chose, mais c'en est une autre que d'attribuer une part juste et équitable d'une zone non encore délimitée, quand bien même le résultat des deux opérations serait dans cas comparable, voire identique ». Dans l'affaire de la délimitation entre le Groenland et Jan Mayen, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 1993, pp. 65-67, paragraphe 64, la Cour dit : « [...] Ainsi, le droit ne prescrit pas une délimitation fondée sur la recherche d'un

33. La zone maritime pertinente couvre toute l'étendue des projections côtières des Etats en litige. Lesdites projections peuvent chevaucher celles des Etats tiers³⁰.

34. Après avoir établi le champ de la zone maritime pertinente, la juge peut procéder à la délimitation maritime demandée par les parties en litige. Pour ce faire, il recourt aux règles applicables à la délimitation telles qu'elles se dégagent de la jurisprudence en l'absence de règles dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

III – La Delimitation de la Frontiere Maritime

35. Lorsqu'il est appelé à délimiter le plateau continental ou les zones économiques exclusives, ou de tracer une ligne de délimitation unique, le juge procède par étapes bien déterminées. Il détermine la méthode de délimitation (A), construit la ligne d'équidistance provisoire (B), examine – s'il y a lieu – les circonstances pertinentes (C) avant de vérifier l'absence de disproportion (D).

A – La méthode de délimitation

36. Elle est exposée par la Cour internationale de Justice³¹ dans l'affaire du Plateau continental Libye / Malte où il est dit : « Pour appliquer dans les limites précédemment définies les principes équitables ainsi dégagés, en tenant compte des circonstances pertinentes, la Cour va procéder par étapes, et donc effectuer d'abord une délimitation provisoire selon un critère et une méthode visiblement appelés à jouer

partage d'une zone de chevauchement selon une comparaison des longueurs des façades côtières et des étendues que celle-ci génèrent. Une Cour a pour tâche de définir la ligne de délimitation entre les zones qui relèvent de la juridiction maritime des deux Etats ; c'est donc le partage de la région qui résulte de la délimitation et non l'inverse ».

30. Dans l'affaire de la Mer Noire, *op. cit. supra*, CIJ, Recueil 2009, p. 100, paragraphe 112, la Cour relève que la délimitation sera effectuée en Mer Noire, mer fermée, dans une zone où le littoral roumain se trouve à la fois dans une relation d'adjacence et dans une relation d'opposition avec les côtes ukrainiennes, et avec celles de la Bulgarie et de la Turquie situées au Sud. Elle sera effectuée au nord de toute zone qui pourrait impliquer des intérêts de tiers.

31. Affaire du Plateau continental Libye / Malte, *op. cit.*, note 7 *supra*, CIJ, Recueil 1985, arrêt du 3 juin 1985, p. 46, paragraphe 60.

dans la production du résultat final un rôle important, puis confronter cette solution provisoire avec les exigences découlant d'autres critères pouvant imposer la correction de ce premier résultat ».

37. La ligne de délimitation provisoire est établie en utilisant des méthodes objectives d'un point de vue géométrique et adaptées à la géographie de la zone dans laquelle la délimitation doit être effectuée.

Lorsqu'il s'agit de procéder à une délimitation entre côtes adjacentes, une ligne d'équidistance est tracée, à moins que des raisons impérieuses propres au cas d'espèce ne le permettent pas³². Dans l'hypothèse de côtes se faisant face, la ligne provisoire de délimitation est une ligne médiane. L'emploi des termes « ligne médiale » et « ligne d'équidistance » est sans incidence juridique puisque la méthode de délimitation utilisée est la même dans les deux cas³³.

38. La ligne d'équidistance et la ligne médiane sont tracées à partir des points les plus pertinents des côtes des deux Etats concernés, en prêtant une attention particulière aux points saillants les plus proches de la zone à délimiter.

39. Le juge se demande alors dans quelle mesure il peut, en traçant une ligne de délimitation unique, s'éloigner des points de base retenus par les parties aux fins de la délimitation de leurs mers territoriales. Lorsqu'il doit construire une ligne d'équidistance provisoire entre des Etats dont les côtes sont dans un lieu d'adjacence, il tient compte, dans le choix de ses propres points de base, de considérations relatives aux façades maritimes de l'une et l'autre partie.

Le tracé ainsi adopté est largement fonction de la géographie physique et des points où les deux côtes s'avancent le plus vers le large. Et conformément à la jurisprudence constante, le juge établit la ligne d'équidistance provisoire ; ce qui constitue la première étape de l'opération de délimitation. A ce stade, le juge ne s'intéresse pas encore

32. Dans l'affaire du différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes, arrêt du 8 octobre 2007, CIJ, Recueil 2007, p. 745, paragraphe 281, il est dit : « La Cour se trouve dans le cas de l'exception prévue à l'article 15 de la CNUDM, c'est-à-dire face à des circonstances spéciales qui ne lui permettent pas d'appliquer le principe de l'équidistance. Ce dernier n'en demeure pas moins la règle générale ».

33. C'est ce que précise la CIJ dans l'affaire de la Mer Noire précitée, p. 101, paragraphe 16.

aux éventuelles circonstances pertinentes, et la ligne est tracée selon des critères strictement géométriques, sur la base de données objectives³⁴.

40. En fonction de la configuration des côtes des Etats en litige, la ligne provisoire peut varier : une ligne d'équidistance entre des côtes adjacentes et une ligne médiane entre des côtes se faisant face par exemple. Etant donné que le tracé de la ligne finale doit aboutir à une solution équitable³⁵ le juge examinera, lors de la deuxième phase, s'il existe des facteurs justifiant un ajustement ou un déplacement de la ligne d'équidistance provisoire de façon à parvenir à un résultat équitable³⁶. Il s'agit là de la deuxième étape de la délimitation, à laquelle le juge s'intéressera après avoir tracé la ligne d'équidistance provisoire.

41. La troisième étape consistera pour le juge à s'assurer que la ligne ne donne pas lieu, en l'état, à un résultat inéquitable du fait d'une disproportion marquée entre le rapport des longueurs respectives des côtes et le rapport des zones maritimes pertinentes attribuées à chaque Etat par ladite ligne. La vérification finale du caractère équitable du résultat obtenu doit permettre de s'assurer qu'aucune disproportion marquée entre les zones maritimes ne ressort de la comparaison avec le rapport des longueurs des côtes³⁷.

34. Ibid. p. 101, paragraphe 118.

35. Conformément aux articles 74 et 83, paragraphes premiers de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

36. Dans l'affaire Cameroun / Nigeria précitée, la CIJ dit, paragraphe 288 : « La Cour a eu l'occasion de préciser à diverses reprises quels sont les critères, principes et règles de délimitation applicables à la détermination d'une ligne unique courant plusieurs zones de juridiction qui coïncident. Ils trouvent leur expression dans la méthode dite des principes équitables / circonstances pertinentes. Cette méthode, très proche de celle de l'équidistance / circonstances spéciales applicable en matière de délimitation de la mer territoriale, consiste à tracer d'abord une ligne d'équidistance puis à examiner s'il existe des facteurs appelant un ajustement, un déplacement de cette ligne afin de parvenir à un « résultat équitable » ». Voir en outre l'affaire entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes précitée, CIJ, Recueil 2007 (II), p. 741, paragraphe 271.

37. Affaire de la Mer Noire précitée, p. 103, paragraphe 192. Cela ne signifie toutefois pas que les zones ainsi attribuées à chaque Etat doivent être proportionnelles aux longueurs des côtes : ainsi que la Cour l'a indiqué, « c'est... le partage de la région qui résulte de la délimitation et non l'inverse », Affaire Groenland / Jan Mayen précitée, p. 67, paragraphe 64.

B – La ligne d'équidistance provisoire

42. Elle comporte deux éléments essentiels, le choix des points de base et la construction de la ligne elle-même qui résulte du premier élément.

La géographie de la zone à délimiter joue un rôle important dans le choix des points de base. C'est pourquoi, le juge s'emploie toujours à décrire le contexte géographique général lorsqu'il est appelé à effectuer une opération de délimitation maritime.

43. Dans l'affaire de la délimitation en Mer Noire, la Cour devait indiquer les conséquences qui s'attachaient au fait que le différend portait à la fois sur des côtes adjacentes et sur des côtes se faisant face.

Elle identifiera le long de la côte ou des côtes pertinentes des Parties les points appropriés qui marquent une modification significative de la direction de la côte de sorte que la figure géométrique formée par la ligne qui relie l'ensemble de ces points reflète la direction générale de la ligne des côtes. Les points ainsi retenus sur chaque côte auront, sur la ligne d'équidistance provisoire, un effet tenant dûment compte de la géographie³⁸.

44. Selon la Cour³⁹, il résulte de la géographie que l'aptitude des côtes à générer des titres qui se chevauchent révèle l'existence de deux zones : dans un cas, les côtes sont adjacentes, dans l'autre, elles se font face. En pratique, la première conséquence que la Cour en déduit est que, sur la côte roumaine, les points de base significatifs à partir desquels la ligne d'équidistance et la ligne médiane doivent être établies sont les mêmes car cette côte se trouve à la fois en relation d'adjacence et en relation d'opposition avec la côte ukrainienne. La deuxième conséquence est que, la côte ukrainienne comprenant deux segments – l'un adjacent à la côte romaine, l'autre lui faisant face –, les points de base à prendre en considération doivent être identifiés séparément selon qu'il s'agit du segment de côte adjacent ou du segment de côte opposé. La troisième conséquence est l'identification sur le cours de la ligne d'équidistance d'un point de rupture où les effets de l'adjacence cédant à ceux de l'opposition entraînent son changement de direction. Enfin, la Cour aura à analyser

38. Affaire de la délimitation en Mer Noire précitée, p. 105, paragraphe 127.

39. Ibid. paragraphe 128.

le caractère pertinent ou non de l'île des Serpents du point de vue du choix des points de base.

45. Après avoir exposé les vues des Parties relativement aux points de base à prendre en considération pour le tracé de la ligne d'équidistance provisoire entre les côtes adjacentes des deux parties, la Cour devait examiner la question de savoir si les points de base à retenir pouvaient être les mêmes que ceux choisis par chaque Etat pour définir la limite extérieure de sa mer territoriale. Elle observera⁴⁰ à cet égard que le caractère géométrique de la première phase de l'opération de délimitation l'amène à retenir comme points de base ceux que la géographie de la côte identifie en tant que réalité physique au moment où elle procède à cette délimitation. Cette réalité géographique recouvre non seulement les facteurs physiques produits par la géodynamique et les mouvements de la mer, mais tout autre facteur matériel existant.

46. La Cour consacre la double fonction des lignes et points de base. Il apparaît que les points et lignes de base de la délimitation sont autonomes par rapport à ceux qui servent à mesurer la largeur de la mer territoriale et des autres juridictions maritimes. La Cour⁴¹ relève, en effet, que la question de la détermination de la ligne de base servant à mesurer la largeur du plateau continental et de la zone économique exclusive et celle de la définition des points de base servant à tracer une ligne d'équidistance / médiane aux fins de délimiter le plateau continental et la zone économique exclusive entre deux Etats adjacents ou se faisant face sont deux questions distinctes.

47. Dans le premier cas, l'Etat côtier peut déterminer les points de base pertinents conformément aux dispositions de la CNUDM⁴². Il s'agit cependant d'un exercice qui comporte toujours un aspect international⁴³. Dans le second cas, celui de la délimitation des zones maritimes concernant deux Etats ou plus, la Cour ne saurait se fonder sur le choix par l'une des parties de ces points de base. La Cour doit, lorsqu'elle délimite le plateau continental et les zones économiques

40. Ibid. paragraphe 131.

41. Ibid. paragraphe 137.

42. Il s'agit des articles 7, 9, 10, 12 et 15 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

43. La Cour renvoie à l'affaire des Pêcheries (Royaume Uni c. Norvège), arrêt, CIJ, Recueil 1951, p. 132.

exclusives, retenir des points de base par référence à la géographie physique des côtes pertinentes.

48. Après avoir identifié les points de base sur les côtes des deux parties, la Cour allait tracer la ligne d'équidistance provisoire s'appuyant sur ces points, laquelle apparaît identique à la ligne médiane provisoire.

Cette ligne sera confrontée aux circonstances pertinentes de façon à parvenir à un résultat équitable.

C – Les circonstances pertinentes

49. Une fois la ligne d'équidistance provisoire tracée, le juge doit « examiner s'il existe des facteurs appelant un ajustement ou un déplacement de cette ligne afin de parvenir à un résultat équitable »⁴⁴. Ces facteurs qualifiés de circonstances pertinentes⁴⁵ ont pour fonction de permettre au juge de s'assurer que la ligne d'équidistance provisoire, tracée, selon la méthode géométrique, à partir de points de base déterminés sur les côtes des parties, n'est pas, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, perçue comme inéquitable. Si tel était le cas, le juge devrait ajuster la ligne afin de parvenir à la solution équitable⁴⁶.

50. En ce qui concerne les règles applicables, la Cour fait observer que les longueurs respectives des côtes ne peuvent jouer aucun rôle dans l'établissement de la ligne d'équidistance provisoire. La délimitation est une opération qui diffère de l'attribution de ressources ou de

44. Cette consécration procède d'une longue construction qui remonte à 1969 : Affaires du Plateau continental de la mer du Nord ; la délimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni (1977) ; Tunisie / Libye (1982) ; l'affaire du Golfe du Maine (1984) ; Libye / Malte (1985) avec la fameuse déclaration de principe de la Cour : « En tout état de cause les lignes de base arrêtées par un Etat côtier ne sont pas en soi identiques aux points choisis sur une côte pour permettre de calculer l'étendue de plateau continental relevant dudit Etat. Dans ce cas, l'effet équitable d'une ligne d'équidistance dépend de la précaution que l'on aura prise d'éliminer l'effet exagéré de certains îlots, rochers ou légers saillants de la côte ». Op. cit., note 7 supra, p. 48, paragraphe 64.

45. Affaire Cameroun / Nigeria, op. cit. note 7 supra, CIJ, Recueil 2002, p. 441, paragraphe 288.

46. Affaires de la Mer du Nord, op. cit., note 7 supra, CIJ, Recueil 1969, p. 53, paragraphe 53.

zones⁴⁷. Aucun principe de proportionnalité n'intervient en tant que tel dans la détermination initiale de la ligne d'équidistance.

51. En cas de disparités particulièrement marquées entre les longueurs des côtes, la Cour peut choisir de traiter cette réalité géographique comme une circonstance pertinente qui exigerait de procéder à quelques ajustements de la ligne d'équivalence provisoire.

52. La Cour a reconnu qu'« une différence importante de longueurs des côtes respectives des parties [pouvait] être un élément à prendre en considération pour ajuster ou déplacer la ligne provisoire de délimitation »⁴⁸. Elle a jugé que la disparité entre les longueurs des côtes de Jan Mayen et du Groenland (approximativement 1 pour 9) constituait une « circonstance spéciale » nécessitant que la ligne médiane provisoire soit modifiée – en étant rapprochée de la côte de Jan Mayen – afin d'éviter des résultats inéquitables à l'égard tant du plateau continental que de la zone de pêche⁴⁹.

53. Dans l'affaire de la Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada / Etats-Unis d'Amérique), la chambre en examinant « les critères équitables susceptibles d'être pris en considération aux fins d'une délimitation maritime internationale », explique :

« [...] du fait que la prise en considération de l'extension des côtes respectives des Parties intéressées ne constitue en soi ni un critère dont on puisse directement s'inspirer aux fins d'une délimitation, ni une méthode utilisable pour effectuer en pratique cette délimitation. La Chambre reconnaît que, en avançant cette idée, on énonce surtout un moyen de vérifier si une délimitation provisoirement établie en faisant d'abord appel à d'autres critères et par l'utilisation d'une méthode n'ayant rien à faire avec ladite idée apparaît ou non comme satisfaisante par rapport à certaines caractéristiques géographiques du cas concret et s'il est ou non raisonnable d'apporter des corrections en conséquence. La pensée de la chambre à ce sujet peut se résumer par la remarque qu'une délimitation maritime ne saurait certainement pas être établie

47. Telle que prévue au paragraphe 1 des articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

48. Affaire du Plateau continental de la mer du Nord précitée, CIJ, Recueil 1969, p. 22, paragraphe 18.

49. Affaire Cameroun / Nigeria précitée, CIJ, Recueil 2002, p. 446, paragraphe 301.

en procédant directement à une division de la zone en contestation, proportionnellement à l'extension respective des côtes des parties de l'aire concernée, mais qu'une disproportion substantielle par rapport à cette extension, qui résulterait d'une délimitation établie sur une base *différente, représenterait non moins certainement une circonstance appelant une correction adéquate* »⁵⁰.

54. La question des circonstances particulières à prendre en compte sera tranchée plus tard par la Cour. Selon elle⁵¹, bien qu'il n'y ait peut-être pas de limite juridique aux considérations dont les Etats sont en droit de tenir compte, il ne peut difficilement en être de même lorsqu'une juridiction applique des procédures équitables. En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence, seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle est constituée en droit et à l'application des principes équitables à sa délimitation. S'il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversée par l'introduction de considérations étrangères à sa nature.

55. A dire vrai, le juge ne s'intéresse qu'aux seules circonstances se rapportant au titre juridique de l'Etat sur les espaces maritimes en litige

50. Affaire de la délimitation maritime entre le Groenland et Jan Mayen, op. cit., note 7 supra ; la Cour a indiqué que « il convenait toutefois d'indiquer clairement que la prise en compte de la disparité des longueurs des côtes ne signifie pas une application directe et mathématique du rapport entre les longueurs des façades côtières du Groenland oriental et de Jan Mayen ». CIJ, Recueil 1993, p. 69. ; Dans l'affaire Libye / Malte, la Cour observe que « Si la proportionnalité pouvait être appliquée ainsi, on voit mal quel rôle toute autre considération pourrait encore jouer ; en effet, la proportionnalité serait alors à la fois le principe du titre sur le plateau continental et la méthode permettant de mettre ce principe en œuvre. En tout état de cause, la faiblesse de l'argument est que l'utilisation de la proportionnalité comme véritable méthode ne trouve aucun appui dans la pratique des Etats ou leurs prises de position publiques, en particulier à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, non plus que dans la jurisprudence », arrêt, CIJ, Recueil 1985, p. 45, paragraphe 58. ; dans la même affaire, la Cour a estimé que la différence entre les longueurs des côtes pertinentes de Malte et de la Libye (d'un rapport de 1 à 8) était « si grande qu'elle appelait un ajustement de la ligne médiane » et que « l'ampleur de cet ajustement ne résulte pas d'une opération mathématique ; elle reste à déterminer » ; ibid., p. 50, paragraphe 68.

51. Affaire du Golfe du Maine, op. cit. note 7 supra, p. 323, paragraphe 185.

devant lui et qui lui permettent de construire une ligne de délimitation acceptable pour les parties mais surtout équitable.

56. Après avoir retenu ou non une ou des circonstances pertinentes de nature à entraîner un ajustement ou un déplacement de la ligne de délimitation provisoire, le juge détermine et trace que qui deviendra la ligne finale de délimitation. Il ne lui reste alors qu'à vérifier l'absence de disproportion pour s'acquitter de sa tâche.

D – Vérification de l'absence de disproportion

57. Il s'agit, pour le juge, de s'assurer que le résultat auquel il est parvenu concernant la ligne de délimitation retenue n'entraîne pas de disproportion marquée entre les longueurs respectives des côtes et les espaces répartis par ladite ligne. La Cour internationale de Justice⁵² recommandait déjà l'attitude à adopter.

58. Les vues énoncées par la sentence franco-britannique apparaissent décisives⁵³. En examinant les concepts de « proportionnalité » et d'« évaluation raisonnable des accidents naturels », le Tribunal déclarait :

« [...] Des configurations particulières peuvent, dans certaines conditions, créer une distorsion dans le tracé de la limite et, par là, modifier l'attribution du plateau continental à chaque Etat, telle qu'elle résulterait sans cela de la configuration générale des côtes. Le concept de proportionnalité n'est que l'expression du critère ou du facteur qui permet de déterminer si cette distorsion aboutit à une délimitation inéquitable du plateau continental entre les Etats intéressés [...].

« C'est la disproportion plutôt qu'un principe général de proportionnalité qui constitue le critère ou facteur pertinent ... il ne peut jamais être question de refaire entièrement la nature... il s'agit plutôt de remédier à la disproportion et aux

52. Affaire Libye / Malte précitée, paragraphe 48.

53. Affaires du plateau continental en mer du Nord, précitée, CIJ, Recueil 1969, paragraphe 98 : « prendre en considération [...] le rapport raisonnable qu'une délimitation effectuée selon des principes équitables devrait faire apparaître entre l'étendue du plateau continental relevant des Etats des intéressés et la longueur de leurs côtes ».

effets inéquitables dus à des configurations ou caractéristiques géographiques particulières.

« La proportionnalité doit [...] être utilisée comme un critère ou facteur permettant d'établir si certaines situations géographiques produisent des délimitations équitables et non comme un principe général qui constituerait une source indépendante de droits sur des étendues de plateau continental [...].

« La proportionnalité n'est pas en soi la source d'un titre [...] mais plutôt un critère d'évaluation des considérations d'équité pour certaines situations géographiques [...].

« L'élément de proportionnalité [...] joue [...] le rôle d'un critère d'appréciation des effets de déviation de caractéristiques géographiques particulières ainsi que de l'étendue de l'iniquité qui en résulte »⁵⁴.

59. La vérification de l'absence de disproportion ne peut être qu'approximative. Diverses techniques ont été utilisées par le passé pour apprécier la longueur des côtes, sachant qu'aucune règle de droit international ne précise clairement s'il convient de se référer aux côtes réelles ou d'utiliser des lignes de base, ou encore si les côtes jouxtant des eaux intérieures doivent ou non être exclues⁵⁵ ; chaque affaire de délimitation maritime étant un « unicum »⁵⁶.

60. Au terme d'un processus d'un demi-siècle, la délimitation maritime est arrivée à maturité avec ses trois étapes. La première étape, qui est le point de départ, consiste à tracer une ligne d'équidistance provisoire. La seconde étape consiste à s'assurer que la ligne ainsi tracée produit un résultat équitable auquel cas la ligne provisoire devient définitive⁵⁷. En revanche, si la ligne d'équidistance provisoire n'aboutit pas à un résultat équitable, le juge doit procéder à son ajustement ou à son déplacement en fonction des circonstances pertinentes de l'espèce ;

54. Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française, RSA, Vol. XVIII, p. 189 et suivantes, paragraphes 100, 101, 246, 250 ; voir en outre l'affaire Guinée / Guinée-Bissau, RSA, Vol. XIX, pp. 183-184, paragraphes 94-95.

55. Délimitation en Mer Noire, op. cit., note 4, p. 129, paragraphe 212.

56. Ibid. paragraphe 213.

57. CIJ, Recueil 1984, p. 290, paragraphe 81.

c'est la troisième et dernière étape. Ce paradigme des trois étapes va rendre beaucoup de service au juge dans sa recherche de solutions au contentieux de la délimitation maritime en lui offrant la stabilité et la prévisibilité.

Nous en venons maintenant à ce qu'il est convenu de nommer la « Zone grise », l'« Alta mar » ou encore l'« Outer triangle ».

IV – La Zone Grise

61. La Zone Grise⁵⁸ est :

« an area lying within 200 miles from the coast of one state, but beyond a maritime boundary with another state. One state is

58. Dans la Duplique des Etats-Unis d'Amérique en l'Affaire du Golfe du Maine, Mr. Colson explique « The final preliminary issue of geographical significance with which we will deal – and then set aside – is the matter of the so-called grey area.

[...] Let us turn now to the four reasons we would give to suggest that the grey area is not a matter that should concern the Chamber in this case.

First, the grey area issue has been known for some time and to our knowledge it has never deterred States from applying a method or methods other than the equidistance method when it was equitable to do so. Second, the three United Nations Law of the Sea Conferences have paid no heed to the grey area issue. Third, State practice has not been concerned with this issue. And, fourthly, the Parties have provided a means for dealing with the issue in the Special Agreement.

[...] Figure 109 of our presentation shows two charts – one of the Chile-Peru maritime boundary and the other of the Peru-Ecuador maritime boundary. [...] In the case of the boundary between Chile and Peru, the grey area created by the boundary measure approximately 7.800 square nautical miles. In the case of the boundary between Peru and Ecuador it is smaller, measuring about 400 square nautical miles [...].

We would also point out that areas of various sizes exist worldwide, including such negotiated delimitations as those between Kenya-Tanzania, Colombia-Ecuador, The Gambia-Senegal, Guinea-Bissau-Senegal, the northern boundary between Portugal and Spain, and Brazil-Uruguay.

Accordingly, the fact that a grey area would exist were the United States line or others through the Northeast Channel to prevail, is not an unusual circumstance such as to warrant the Chamber's concern. The grey area in this case, which would be created by the United States line, is approximately 5,700 square nautical miles » in CIJ, *Plaidoiries, Affaire du Golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, vol. VII, pp. 217-220. L'arrêt a été rendu le 12 octobre 1984 par la Chambre constituée par ordonnance de la Cour du 20 janvier 1982. (Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, arrêt, CIJ, Recueil 1984, p. 246).

excluded from exercising jurisdiction in this area because it lies beyond the maritime boundary, and the other state is excluded from exercising 200-miles-zone jurisdiction because the grey area on its side of the boundary lies beyond 200 miles from its coast. The possibility of creating a grey area stems from the fact that there is a discrepancy between entitlement to the EEZ and the principle applicable to its delimitation. Entitlement to this zone is solely based on distance from the coast, but its delimitation between states can be effected on the basis of principles other than distance from the coast. This results in a line which reaches the outer limit of the EEZ at a point which is non-equidistant from the coast of the states concerned. If such a line is applied to limit the maritime zones of both states involved, a grey area is created »⁵⁹.

62. L'expression de zone grise révèle les incertitudes que recèle son statut juridique. La zone grise renvoie à une région géographique faisant l'objet de prétentions ou réclamations qui se chevauchent et qui portent sur la zone économique exclusive, le plateau continental ou le plateau continental étendu de deux ou plusieurs Etats côtiers⁶⁰.

63. En conséquence, la Zone grise pose de nombreux et complexes problèmes juridiques relatifs aux principes applicables à la délimitation à l'intérieur et au-delà des 200 milles marins ; à la relation entre les droits et titres de la Zone économique exclusive et ceux du plateau continental, et en particulier la possibilité ou non de créer une telle

59. A.G. Oude Elferink, « Does Undisputed Title to a Maritime zone Always Exclude its Delimitation : « The Grey Area Issue », *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 13, n° 2, 1998, pp. 143-192, spec. p. 143.

60. Voir Shaun Lin and Clive Schofield, «Lessons from the Bay of Bengal ITLOS case : stepping offshore for a »deeper » maritime political geography », *GJ, The Geographical Journal*, vol. 180, N° 3, september 2014, pp. 260-264 ; spéc. 260, où les auteurs expliquent que « The ITLOS delimited a maritime boundary with respect to multiple distinct maritime jurisdictional zones (territorial sea, exclusive economic zone and continental shelf) between Bangladesh and Myanmar (Bay of Bengal Case). ITLOS did not however, wholly resolve the issues of marine governance that the two states face in the Bay of Bengal, leaving a number of complex and potentially problematic issues outstanding, including the unique creation of what was termed a « grey area », the governance arrangements for which are open to debate ».

zone dans la détermination *ab initio* de la frontière ou des limites de la ZEE ou de la mer territoriale⁶¹.

64. On va examiner la relation existant entre le titre et la délimitation des zones maritimes dans la mesure où la création d'une zone grise découle de la différence entre le titre ou le droit à une zone économique exclusive et une mer territoriale et les principes applicables à leur délimitation (A). Pour ce faire, nous allons analyser la jurisprudence récente relative à la zone grise dans la mesure où la création de ladite zone s'opère dans la délimitation des frontières maritimes (B).

A – Titre et délimitation

65. La création d'une zone grise dans la détermination de la frontière relative à la Zone économique exclusive ou à la mer territoriale dépend de la relation qui existe entre le titre et la délimitation des espaces maritimes. Le titre sur ces espaces est tributaire du critère de distance mesurée à partir de la côte à la notable exception des titres historiques.

66. En revanche, la délimitation de la Zone économique exclusive ou du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face peut s'effectuer sur la base de principes ou de critères autres que celui de la distance mesurée à partir de la côte.

67. Dans l'Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Bengale⁶², le Tribunal international du Droit de la mer a

61. Dans l'Affaire du Golfe du Maine précitée (note 57), le Canada suggère dans son Contre-Mémoire (p.239) que la Zone grise pourrait être éliminée en l'attribuant à l'Etat détenteur d'un titre incontesté sur ladite zone, avec pour conséquence trois cas de figure possibles : « 1) A boundary which intersects the 200-nautical-mile limits in the vicinity of the equidistance line, eliminating or diminishing the grey area ; 2) If the single maritime boundary principle is maintained, one party will have continental shelf jurisdiction in the grey area and neither party will have fishery zone or EEZ jurisdiction ; and 3) If overlapping jurisdictions are accepted, one party will have continental shelf jurisdiction and the other jurisdiction over the water column ». Ce dernier cas de figure est celui retenu dans la jurisprudence de la Baie du Bengal. Voir infra.

62. Différend relatif à la délimitation de la Frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale, Tribunal International du Droit de la Mer, Affaire n° 16, Arrêt du 14 mars 2012, paragraphes 177-340. Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh/India), Sentence arbitrale du 7 juillet 2014 ; Différend maritime entre le Pérou et le Chili, Arrêt C.I.J. du 27 janvier 2014 disponible a :

appliqué le paradigme des trois étapes⁶³. Il a déterminé la méthode de délimitation, construit la ligne d'équidistance provisoire avant de vérifier l'absence de disproportion. Il a décidé que la méthode en l'espèce pour délimiter la Zone économique exclusive et le plateau continental entre le Bangladesh et le Myanmar est la méthode équidistance/circonstances pertinentes⁶⁴.

68. Comme l'a rappelé le tribunal⁶⁵, la délimitation suppose l'existence d'une zone faisant l'objet de titres qui se chevauchent. Titre et délimitation sont deux notions distinctes mais complémentaires. Les Parties reconnaissent également la relation étroite entre le titre et la délimitation. Le Bangladesh déclare que : « Le Tribunal doit répondre avant de délimiter à la question suivante : l'une ou l'autre des Parties a-t-elle un titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles ? ». De la même façon, le Myanmar fait observer que « la détermination des droits des deux Etats sur un plateau continental au-delà de 200 milles maris et de leur étendue respective est un préalable à toute délimitation ».

69. En l'espèce, les Parties ont émis des revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Une partie de cette zone de chevauchement est également revendiquée par l'Inde. Chacune des Parties récusé le titre de l'autre sur le plan continental au-delà de 200 milles marins. En outre, le Myanmar affirme que le Tribunal ne saurait connaître de la question du titre du Bangladesh ou du Myanmar sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, car cette question relève de la compétence exclusive de la Commission des limites du plateau continental et non pas du Tribunal.

70. La délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins a engendré une zone grise situé au-delà de 200 milles marins de la côte du Bangladesh mais en-deçà de 200 milles marins de la côte du Myanmar, qui se trouve néanmoins du côté de la ligne de délimitation relevant du Bangladesh. Les Parties se sont opposées quant au statut de la Zone grise et quant à la manière dont il convient de la traiter.

www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf ; Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et la Colombie, arrêt C.I.J. du 19 novembre 2012, Rec. 2012, p. 624

63. Voir supra, les paragraphes 35 à 60.

64. Arrêt, op. cit. (note 61), paragraphe 23.

65. Ibid. paragraphes 397-398.

71. Le Myanmar ne conteste pas « qu'en principe, la délimitation du plateau continental, y compris du plateau au-delà de 200 milles marins, pourrait relever de la compétence du Tribunal⁶⁶.

72. Le Myanmar déclare dans son contre-mémoire que la question de la compétence du Tribunal s'agissant de la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins en général ne devrait pas se poser en l'espèce, parce que la ligne de délimitation est censée s'arrêter bien avant d'atteindre la ligne des 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale⁶⁷.

73. Le Myanmar ajoute que « même si le Tribunal devait statuer qu'il peut exister une frontière maritime unique au-delà de 200 milles marins (*quod non*), il ne s'en trouverait pas moins privé de la compétence de déterminer cette ligne du fait que toute décision judiciaire sur ces questions pourrait préjuger des droits de tierces parties ainsi que des droits relatifs à la zone internationale des fonds marins »⁶⁸.

74. Le Myanmar soutient que « tant que la limite extérieure du plateau continental n'a pas été établie sur la base des recommandations de la (Commission des limites du plateau continental (dénommée ci-après « la Commission » ou « la CLPC »)), le Tribunal, en tant qu'instance judiciaire, ne peut pas déterminer une ligne de délimitation sur une base hypothétique sans savoir quelles sont ses limites extérieures »⁶⁹. Il fait valoir à cet égard que :

L'examen d'une demande d'extension d'un Etat et la formulation de recommandations par la Commission relatives à cette demande sont des étapes préalables nécessaires à toute détermination, par un Etat côtier, des limites extérieures de son plateau continental « sur la base des recommandations [de la Commission] » aux termes de l'article 76, paragraphe 8 de la Convention, ainsi qu'à la détermination des zones du plateau continental au-delà des 200 milles marins sur lesquelles un Etat a potentiellement un titre. Cette détermination des limites extérieures du plateau continental est, à son tour, une condition préalable à toute décision

66. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1, 14.

67. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1, 15.

68. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1, 16.

69. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1, 17.

judiciaire visant à répartir les zones dans lesquelles il existe un chevauchement des droits souverains sur les ressources naturelles du plateau continental au-delà des 200 milles marins. Inverser ce processus pour ... [statuer] sur des droits dont l'étendue est inconnue, non seulement opposerait le Tribunal à d'autres organes créés par traité, mais encore irait à l'encontre de la structure même de la Convention et du système de gouvernance internationale des océans⁷⁰.

75. Pour étayer sa position, le Myanmar cite la sentence arbitrale en l'*Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française (Saint-Pierre-et-Miquelon)*, où il est indiqué qu'« un tribunal ne peut pas parvenir à une décision en supposant, par pure hypothèse, que de tels droits existeront en fait »⁷¹. D'après le tribunal arbitral, toute décision concernant la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins entre la France et le Canada aurait été uniquement fondée sur des droits hypothétiques [...].

76. Le Myanmar se réfère également à l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'*Affaire Nicaragua c. Honduras* en faisant valoir qu'en l'espèce, la Cour a refusé de délimiter le plateau continental au-delà de 200 milles marins entre le Nicaragua et le Honduras parce que la CLPC n'avait pas encore fait des recommandations à ces deux pays concernant leur plateau continental au-delà de 200 milles marins. L'arrêt cité par le Myanmar à ce propos indique ce qui suit :

[...] A cet égard, il convient également de relever que la ligne ne saurait en aucun cas être interprétée comme se prolongeant à plus de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, toute prétention relative à des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles doit être conforme à l'article 76 de la CNUDM et examinée par la Commission des limites du plateau continental constituée en vertu de ce traité⁷².

70. Duplique du Myanmar, paragraphe A.17.

71. Décision du 10 juin 1992, R.S.A., vol. XXXI, p. 293, paragraphe 81.

72. *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c/ Honduras)*, arrêt C.I.J., Recueil 2007, p. 759.

77. Au cours de la procédure orale, le Myanmar a précisé sa position. Il a déclaré entre autres, qu'en principe, il ne contestait pas la compétence du Tribunal. Les deux Parties ont bien accepté la compétence du Tribunal dans les mêmes termes, conformément aux dispositions de l'article 287, paragraphe 1, de la Convention, en vue du « règlement du différend... relatif à la délimitation de la frontière maritime entre les deux pays dans le Golfe Bengale ». D'après le Myanmar, le seul problème qui se pose concernait la possibilité que le tribunal exerce cette compétence et se prononce sur la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins.

78. Le Myanmar a en outre fait valoir que si le Tribunal estimait « néanmoins la requête recevable sur ce point – quod non –« il ne pourrait « que surseoir à statuer en ce qui concerne cet aspect des choses, ceci jusqu'à ce que les Parties se soient prononcées, conformément à l'article 76 de la Convention, sur les recommandations de la Commission concernant la réalité des titres des deux Parties sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins et, si ces titres existent, sur leur extension » vers les limites extérieures du plateau continental des deux pays⁷³.

79. Le Bangladesh estime que le Tribunal est expressément habilité par la Convention à statuer sur les différends entre Etats résultant des articles 76 et 83 en ce qui concerne la délimitation du plateau continental. La Convention n'établissant aucune distinction entre la compétence à l'égard de la partie intérieure du plateau continental, c'est-à-dire la partie en-deçà de 200 milles marins, et de la partie au-delà de cette distance, la délimitation de l'intégralité du plateau continental est, d'après le Bangladesh, régie par l'article 83, et le Tribunal a manifestement compétence pour procéder à la délimitation au-delà de 200 milles marins⁷⁴.

80. Répondant à l'argument du Myanmar selon lequel « ... en tout état de cause, la question de la délimitation du plateau au-delà des 200 milles marins ne se pose pas car la ligne de délimitation s'achève bien avant d'atteindre la limite des 200 milles marins », le Bangladesh déclare que « ... l'argument du Myanmar selon lequel le Bangladesh n'a

73. ITLOS/PV.11/11, p. 10, lignes 27 à 34.

74. Mémoire du Bangladesh, paragraphe 4.23.

pas de plateau continental au-delà des 200 milles marins est fondé plutôt sur une autre proposition, à savoir qu'une fois que la zone jusqu'à 200 milles marins aura été délimitée, le point d'aboutissement du plateau du Bangladesh n'atteindra pas la limite des 200 milles marins »⁷⁵. Le Bangladesh fait valoir que

[c]ela ne pourrait être un élément valable que si le Tribunal admettait tout d'abord les arguments avancés par le Myanmar pour défendre une ligne d'équidistance jusqu'à une distance de 200 milles marins. Or, un tel résultat ne serait possible que si le Tribunal méconnaissait totalement les circonstances pertinentes évoquées par le Bangladesh...⁷⁶.

81. Se référant à l'argument du Myanmar concernant les droits de tierces parties, le Bangladesh déclare que l'existence potentielle d'une revendication concurrente d'un Etat tiers ne saurait priver le Tribunal de sa compétence de délimiter la frontière maritime entre deux Etats qui sont soumis à sa juridiction, étant donné que les Etats tiers ne sont pas liés par l'arrêt du Tribunal et que l'arrêt n'affecte aucunement leurs droits. Le Bangladesh observe que, pour les Etats tiers, une délimitation opérée par un arrêt du Tribunal est simplement *res inter alios acta* et que le Statut du Tribunal fournit cette assurance au paragraphe 2 de son article 33⁷⁷.

82. Le Bangladesh constate aussi que l'affirmation du Myanmar « concernant la Zone internationale des fonds marins est contraire à la teneur de la demande qu'il a lui-même soumise à CLPC, dont il ressort clairement que les limites extérieures du plateau continental, dans ses relations avec la Zone internationale des fonds marins, sont très éloignées de la délimitation de la frontière maritime avec le Bangladesh »⁷⁸.

83. Le Bangladesh note une certaine incohérence dans la position du Myanmar à ce sujet. Le Bangladesh observe que « le Myanmar admet, en ce qui concerne les zones potentielles de chevauchement avec l'Inde, que même si le Tribunal ne peut pas fixer de tripoint entre

75. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.30.

76. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.40.

77. Mémoire du Bangladesh, paragraphe 4.35.

78. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.17.

les trois Etats, il peut déterminer « ”l’orientation générale de la partie finale de la frontière maritime entre le Myanmar et le Bangladesh” ce qui serait ”conforme à la pratique bien établie” des cours et tribunaux internationaux »⁷⁹.

84. Les conclusions du Bangladesh, résumant sa position sur sa question des droits des tierces parties et la compétence du Tribunal, sont les suivantes :

1. [...]
2. La délimitation par le Tribunal d’une frontière maritime sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins ne préjuge aucunement des droits de tierces parties. Tout comme les cours et tribunaux internationaux ont toujours exercé leur compétence lorsque les droits d’Etats tiers étaient en cause, le Tribunal peut exercer sa compétence, même si les droits de la communauté internationale sur la Zone internationale des fonds marins entraînent en ligne de compte, ce qui n’est en tout état de cause pas le cas.
3. En ce qui concerne la zone du plateau où les revendications du Bangladesh et du Myanmar chevauchent celles de l’Inde, il suffit au Tribunal de déterminer laquelle des prétentions des deux Parties à la présente instance est la mieux fondée et d’effectuer une délimitation qui ne lie que le Bangladesh et le Myanmar. Une telle délimitation entre les deux Parties à la présente instance ne lierait pas l’Inde⁸⁰.

85. En ce qui concerne le rôle joué par la CLPC, le Bangladesh constate que :

...il n’y a aucun conflit entre les rôles respectifs du Tribunal et de la Commission en ce qui concerne le plateau continental. Ces rôles sont au contraire complémentaires. Le Tribunal a compétence pour délimiter les frontières sur le plateau continental élargi, tandis que la Commission formule des recommandations concernant la fixation des limites entre le plateau continental élargi et la

79. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.17.

80. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.91.

Zone internationale des fonds marins, à condition qu'il n'existe pas de différend entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face. En fait, la Commission ne formule *aucune* recommandation concernant les limites du plateau continental élargi jusqu'à ce qu'un tel différend soit réglé (par le Tribunal ou par un autre organe judiciaire ou arbitral, ou d'un commun accord entre les parties), à moins que les parties ne consentent à ce que la Commission examine leurs demandes.

Dans le cas d'espèce, il est interdit à la Commission d'agir étant donné le litige qui existe entre les Parties en ce qui concerne le plateau continental élargi et le refus d'au moins l'une d'elles (le Bangladesh) de consentir à l'intervention de la Commission⁸¹.

86. Le Bangladesh signale que :

... Si l'argument du Myanmar était accueilli, le Tribunal devrait attendre que la CLPC agisse et celle-ci devrait elle-même attendre que le Tribunal agisse. Ainsi, l'on tournerait en rond, ce qui signifierait que, dans tous les cas où il existe entre les parties intéressées un différend concernant le plateau continental au-delà des 200 milles marins, les procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires prévues par la section 3 de la partie XV de la Convention, seraient dépourvues d'application dans la pratique. L'objet et le but mêmes des procédures de règlement des différends prévues dans la Convention seraient à toutes fins utiles irréalisables. La position du Myanmar crée en matière de compétence un trou noir dans lequel disparaîtraient à jamais tous les différends concernant les délimitations maritimes sur le plateau continental étendu⁸².

87. Résumant sa position, le Bangladesh conclut dans sa réplique que « [e]n présentant les recommandations de la CLPC comme un préalable à l'exercice, par le Tribunal, de sa compétence, le Myanmar entre

81. Mémoire du Bangladesh, paragraphes 4.28 et 4.29.

82. Réplique du Bangladesh, paragraphe 4.7.

dans un raisonnement circulaire qui rendrait impossible l'exercice par le Tribunal de sa compétence en ce qui concerne le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Cela n'est pas conforme à la partie XV de la Convention, ni au paragraphe 10 de son article 78 »⁸³.

88. Il faut rappeler que la compétence du Tribunal dépend toujours du consentement préalable des Parties et qu'aucun Etat souverain ne saurait être partie à une affaire devant une juridiction internationale s'il n'y a pas consenti. C'est ce consentement à porter le différend devant le Tribunal qui détermine la compétence de celui-ci à l'égard du différend.

Cependant, il ne faut pas confondre le différend et les demandes. L'article 21 du Statut du Tribunal énonce :

Le Tribunal est compétent pour tous les différends et toutes les demandes qui lui sont soumis conformément à la Convention et toutes les fois que cela est expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au Tribunal⁸⁴.

89. C'est dire que le Tribunal peut choisir, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, les termes dans lesquels il entend répondre aux conclusions des Parties. Il peut donc parfaitement examiner et statuer séparément sur la question de la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins. L'exception d'incompétence soulevée par le Myanmar en ce qui concerne la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins se justifie par le fait que le Myanmar a accepté *comme défendeur* la juridiction du Tribunal. En effet, le paragraphe 12 du procès-verbal des consultations du Président du Tribunal indique bien :

83. Réplique du Bangladesh, paragraphe 3.91, alinéa 1.

84. La CIJ a défini la conclusion comme étant « l'énoncé précis et direct d'une demande » (Pêcheries, arrêt, CIJ, Recueil 1951, p. 126). Selon elle, les conclusions ne peuvent pas être soumises sous une forme interrogative (Haya de la Torre, arrêt, C.I.J., Recueil 1951, p. 71). Et la Cour se reconnaît compétente pour les interpréter, ce qui lui permet, si elle l'estime nécessaire, de ne pas y répondre (Or monétaire pris à Rome en 1943, arrêt, C.I.J., Recueil 1954, p. 28). Elle dit : Le Gouvernement italien soutient que la Cour n'est pas compétente pour statuer sur ces conclusions du Royaume Uni. La Cour ne saurait se considérer comme incompétente pour statuer sur la validité, le retrait ou la caducité d'une requête dont elle est saisie : statuer sur de tels griefs en vue de déterminer la suite qu'elle donnera à la requête rentre dans l'exercice de sa fonction judiciaire.

During the course of the consultations, the delegation of Myanmar informed the President of the intention of Myanmar to file preliminary objections in case. In respect of this matter, a letter from the Agent of Myanmar dated 25 January 2010 was handed over the Registrar.

Lesdites exceptions préliminaires portent sur la délimitation du Plateau continental au-delà des 200 milles marins entre les deux Parties.

90. La question de la répartition des droits à l'intérieur de la zone grise est une question très complexe. Dans l'Affaire Bangladesh/Myanmar, la ligne de délimitation suit une ligne géodésique avec un azimut initial de 215° jusqu'à ce qu'elle atteigne un point situé à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale du Bangladesh.

91. Dans l'Affaire entre le Bangladesh et l'Inde, la ligne de délimitation du Tribunal arbitral crée aussi une zone grise au-delà des 200 milles marins des côtes du Bangladesh mais à l'intérieur des 200 milles marins de l'Inde. Le Bangladesh n'ayant pas de droits sur la zone économique exclusive, la ligne divisoire au-delà des 200 milles ne délimite que des prétentions ou réclamations concurrentes, qui se chevauchent sur le plateau continental. En conséquence, à l'est de la ligne divisoire sur la zone grise, le Bangladesh a des droits souverains aux fins d'exploration du plateau continental et d'exploitation des « mineral and other non living resources of the seabed and subsoil together with living organisms belonging to sedentary species ». L'Inde, pour sa part, a des droits souverains sur la zone économique exclusive relatifs aux eaux surjacentes.

92. Le Tribunal arbitral laisse aux deux Etats le soin de déterminer les arrangements pratiques pour l'exercice de leurs droits respectifs sur la zone grise. Cette sentence arbitrale ressemble singulièrement à l'arrêt du Tribunal international du droit de la mer en l'Affaire Bangladesh/Myanmar.

93. Etant donné la nature de la ligne divisoire, le Bangladesh exerce seul les droits souverains sur le plateau continental des deux zones grises créées par ITLOS et par le Tribunal arbitral (Annexe VII). De la sorte, ni l'Inde ni le Myanmar ne peuvent exploiter les fonds marins et

le sous-sol des zones grises⁸⁵. Ces décisions des deux juridictions sont sujettes à caution. Le juge indien, par exemple, dans l’Affaire Bangladesh/Inde les conteste vigoureusement. Il explique que :

« Sovereign rights of a coastal State over the water column and the seabed and its subsoil are considered as two indispensable and inseparable parts of the coastal State’s rights in the EEZ [...]»⁸⁶.

94. Envisageant les difficultés susceptibles de surgir dans la gestion et le partage des espaces maritimes, le Dr. Rao indique :

« As a matter of policy, international courts and tribunals should avoid delimiting boundaries in a way that leaves room for potential conflicts between the parties [...]. The grey area also has the potential to exacerbate bilateral relations and pose avoidable security problem»⁸⁷.

B – La jurisprudence de la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins entre les parties : fallait-il créer un précédent ?

95. La délimitation est [...] effectuée par voie d’accord ou par voie juridictionnelle. Les limites extérieures du plateau continental sont fixées par l’Etat côtier sur la base des recommandations de la Commission et sont « définitives et de caractère obligatoire ». Les recommandations de la Commission sont soumises par écrit à l’Etat côtier qui a présenté la demande ainsi qu’au Secrétaire général de l’Organisation des Nations Unies⁸⁸.

85. Sentence arbitrale Bangladesh/Inde, op. cit. (note 61), paragraphe 505 ; Arrêt, ITLOS Bangladesh/Myanmar, op. cit. (note 61), paragraphe 474 où le TIDM indique « ... Dans la zone située au-delà de la Zone économique exclusive du Myanmar, la délimitation détermine les droits des parties portant sur les fonds marins et le sous-sol du plateau continental, mais ne limite pas autrement les droits du Myanmar sur la Zone économique exclusive, notamment ceux relatifs aux eaux surjacentes ».

86. Affaire Bangladesh/Inde, op. cit. (note 61), Opinion dissidente de Dr. Rao, paragraphe 31.

87. Ibid., paragraphes 35-37.

88. Annexe II, article 6, paragraphe 3, de la Convention.

96. C'est pourquoi l'article 7 de l'annexe II dispose :

Les Etats côtiers fixe la limite extérieure de leur plateau continental conformément à l'article 76, paragraphe 8 et aux procédures nationales appropriées.

97. Ces règles entendent surtout prescrire par implication qu'une délimitation du plateau continental ou la fixation de sa limite extérieure au-delà des 200 milles marins qu'un Etat établirait par voie unilatérale, sans se soucier des vues de l'autre ou des autres Etats concernés par la délimitation ou encore en dehors de l'article 76, paragraphe 8, **est inopposable à ces derniers en droit international**⁸⁹.

En effet, « la délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international ; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'Etat riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'Etat riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers relève du droit international »⁹⁰.

98. Le Tribunal pouvait-il dans les circonstances de l'espèce délimiter le plateau continental au-delà des 200 milles marins entre le Bangladesh et le Myanmar ? En particulier, devait-il le faire avant même que les prétentions des parties sur le plateau continental ne soient confirmées sur la base des recommandations de la Commission des limites du plateau continental visées à l'article 76, paragraphe 8 ? Chacune des parties conteste le droit de l'autre à un plateau continental au-delà des 200 milles marins.

Les circonstances :

a) *Les obligations conventionnelles* (article 76 et annexe II de la Convention).

99. Le paragraphe 1 de l'article 76 de la Convention définit le plateau continental. Il retient deux critères. Le critère de distance pour les Etats dont la marge continentale ne va pas au-delà de 200 milles

89. Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, arrêt, C.I.J., Recueil 1984, p. 246, paragraphe 87.

90. Pêcheries, arrêt C.I.J., Recueil 1951, p. 132.

marins des lignes de base. Dans ce cas, la limite externe du plateau continental juridique se confond avec celle de la Zone économique exclusive. Le second critère est celui géomorphologique pour les Etats dont la marge continentale va au-delà de 200 milles marins des lignes de base. Dans ce cas, l'Etat côtier doit apporter la preuve à la Commission des limites du plateau continental que le prolongement naturel de sa masse terrestre va au-delà des 200 milles marins. Deux formules qui déterminent le rebord externe de la marge continentale, d'une part et des contraintes qui limitent l'expansion des Etats, de l'autre, s'appliquent. La combinaison, selon des règles précises, des lignes résultant des formules et contraintes permet l'établissement de la limite extérieure du plateau continental juridique. Les données nécessaires à l'application de ces formules nécessitent l'acquisition de données scientifiques au large.

100. L'Etat côtier fixe la limite extérieure du plateau continental sur la base des recommandations de la Commission des limites du plateau continental (article 76, paragraphe 8, de la Convention et annexe II de la Convention). Le Secrétaire général des Nations Unies donne la publicité voulue à cette limite.

101. L'article 3, paragraphe 1, de l'annexe II de la Convention précise les fonctions de la Commission dans les termes suivants :

1. Les fonctions de la Commission sont les suivantes :

- a) examiner les données et autres renseignements présentés par les Etats côtiers en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continental lorsque ce plateau s'étend au-delà de 200 milles marins et soumettre des recommandations conformément à l'article 76, et au mémorandum d'accord adopté le 29 août 1980 par la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer ;
- b) émettre, à la demande de l'Etat côtier concerné, des avis scientifiques et techniques en vue de l'établissement des données visées à la lettre précédente.

102. C'est dire que la Commission est compétente pour examiner si les informations qui lui ont été présentées prouvent que les conditions énoncées à l'article 76 sont remplies par l'Etat côtier aux fins de la fixation de la limite extérieure du plateau continental. Le pouvoir d'évaluer

les données scientifiques et techniques présentées par l'Etat côtier revient à la seule Commission, aux termes de la Convention.

103. Le Tribunal s'est compliqué la tâche en procédant à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins alors que la Commission ne s'est pas prononcée sur la limite extérieure du plateau de chacune des Parties.

104. b) *L'exception d'incompétence* soulevée par le défendeur (le Myanmar) relative à « la possibilité actuelle pour le Tribunal de se prononcer sur la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins assortie d'une exception d'irrecevabilité de la requête ».

105. Le Myanmar déclare qu'à supposer même que le Tribunal décide « qu'il peut exister une frontière maritime unique au-delà de 200 milles marins (*quod non*), il ne s'en trouverait pas moins privé de la compétence de déterminer cette ligne du fait que toute décision judiciaire sur ces questions pourrait préjuger des droits de tierces parties ainsi que des droits relatifs à la Zone internationale des fonds marins [...]»⁹¹

106. Le Myanmar ajoute que « tant que la limite extérieure du plateau continental n'a pas été établie sur la base des recommandations » de la Commission des limites du plateau continental (ci-après dénommée « la Commission »), « le Tribunal, en tant qu'instance judiciaire, ne peut pas déterminer une ligne de délimitation sur une base hypothétique sans savoir quelles sont les limites extérieures »⁹². Il fait valoir à cet égard que :

L'examen d'une demande d'extension d'un Etat et la formulation par la Commission de recommandations relatives à cette demande sont des conditions préalables nécessaires à toute détermination des limites extérieures du plateau continental d'un Etat côtier « sur la base des recommandations [de la Commission] », aux termes de l'article 76, paragraphe 8 de la Convention, ainsi qu'à la détermination des zones du plateau continental au-delà des 200 milles marins sur lesquelles un Etat a potentiellement un titre. Cette détermination des limites extérieures du plateau continental est, à son tour, une condition préalable à toute décision judiciaire visant à

91. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1.16.

92. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 1.17.

répartir les zones dans lesquelles il existe un chevauchement des droits souverains sur les ressources naturelles du plateau continental au-delà de 200 milles marins [...]. Inverser ce processus pour... [statuer] sur des droits dont l'étendue est inconnue, non seulement opposerait le Tribunal à d'autres organes créés par traité, mais encore irait à l'encontre de la structure même de la Convention et du système de gouvernance internationale des océans⁹³.

107. c) *La suspension par la Commission des limites* du plateau continental de l'examen de la demande du Myanmar et celle du Bangladesh (SPLOS/31, paragraphe 44 ; article 5 de l'annexe II de la Convention). En effet, « dans le cas où il existe un différend terrestre ou maritime, la Commission n'examine pas la demande présentée par un Etat Partie à ce différend et ne se prononce pas sur cette demande. Toutefois, avec l'accord préalable de tous les Etats Parties à ce différend, la Commission peut examiner une ou plusieurs demandes concernant des régions visées par le différend » (Annexe I, paragraphe 5a) du Règlement intérieur de la Commission). C'est ainsi que, s'agissant de la demande faite par le Myanmar, conformément à l'article 76, et présentée le 16 décembre 2008, la Commission indique :

notant qu'il n'y avait eu aucun élément indiquant que tous les Etats concernés étaient d'accord, ce qui aurait permis d'examiner la demande en dépit de l'existence d'un différend dans la région, la Commission a décidé de repousser encore la création d'une sous-commission chargée d'examiner la demande du Myanmar. Elle a également décidé que, puisque la demande restait la prochaine à examiner compte tenu de l'ordre de réception, la Commission réexaminerait la question au moment de la création de sa prochaine sous-commission.

La Commission a réitéré cette décision à sa vingt-septième session (7 mars – 21 avril 2011).

108. d) *La question des titres* : la délimitation suppose la connaissance des titres des deux Parties dans la zone concernée. Ainsi, la

93. Duplique du Myanmar, paragraphe A.17 ;

première question sur laquelle le Tribunal devait se pencher en la présente espèce consiste à déterminer si les Parties ont des titres concurrents sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Si tel n'était pas le cas, le Tribunal s'emploierait à traiter d'une question hypothétique sans véritable objet.

109. Les Parties ont émis des revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Une partie de cette zone est également revendiquée par l'Inde. Chacune des Parties récusé le titre de l'autre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. En outre, le Myanmar affirme que le Tribunal ne saurait connaître de la question du titre du Bangladesh ou du Myanmar sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, car cette question relève de la compétence exclusive de la Commission, et non pas du Tribunal⁹⁴

110. Considérant les positions précitées des Parties, le Tribunal traitera en premier lieu du principal point en litige, c'est-à-dire le fait de savoir si les Parties ont ou non un titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. A cet effet, le Tribunal examinera tout d'abord la position des Parties à l'égard de leur titre respectif ; il analysera le sens de la notion de prolongement naturel et ses rapports avec celle de marge continentale ; le Tribunal vérifiera ensuite s'il est compétent en l'espèce pour déterminer les titres des Parties à un plateau continental au-delà de la limite de 200 milles marins ; le Tribunal déterminera enfin s'il y a chevauchement entre les titres éventuels des Parties sur un plateau continental au-delà de la limite de 200 milles marins. Sur la base de ces conclusions, le Tribunal se prononcera sur la délimitation entre les plateaux continentaux des Parties au-delà de la limite de 200 milles marins⁹⁵.

111. Alors que les Parties formulent l'une comme l'autre des revendications sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, chacune d'elles conteste la revendication de la Partie adverse. Ainsi, selon elles, il n'existe pas de revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Il en résulte soit que la question de la délimitation ne se pose pas, soit que la délimitation devrait être effectuée entre les Parties d'une manière telle qu'elle devrait laisser

94. Duplique du Myanmar, paragraphe A.5.

95. Paragraphe 401 de l'arrêt.

l'intégralité de la zone du plateau continental au-delà de 200 milles marins à une seule Partie.

112. Le Bangladesh considère qu'en application de l'article 76 de la Convention, il possède un titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Il prétend par ailleurs que le Myanmar ne jouit d'aucun titre de ce type parce que son territoire terrestre n'a pas de prolongement naturel dans le Golfe du Bengale au-delà de la limite de 200 milles marins. Par conséquent, selon le Bangladesh, il n'existe pas de zone du plateau continental au-delà des 200 milles faisant l'objet de revendications concurrentes des deux Parties et lui seul dispose d'un titre sur le plateau continental qui fait l'objet des prétentions et du Bangladesh et du Myanmar. Le Bangladesh considère donc que toute délimitation dans cette zone ne saurait étendre le plateau du Myanmar au-delà de la limite juridique de 200 milles marins visée à l'article 76⁹⁶.

113. Pour ce qui est de son propre titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, le Bangladesh affirme que le « plateau continental [étendu qu'il revendique] est le prolongement naturel de son territoire terrestre du fait de la géologie et de la géomorphologie ininterrompue [des fonds marins], y compris en particulier la vaste roche sédimentaire déposée par le système fluvial Gange-Brahmapoutre »⁹⁷. Pour prouver cette assertion, le Bangladesh a fourni au Tribunal des éléments de preuve scientifiques démontrant qu'il existe une continuité géologique et géomorphologique entre la masse terrestre du Bangladesh et le Golfe du Bengale. De plus, le Bangladesh fait valoir que le plateau continental étendu auquel il a droit, dont la limite extérieure a été déterminée selon la formule de Gardiner, fondée sur l'épaisseur des roches sédimentaires, s'étend bien au-delà de 200 milles marins.

114. S'agissant du titre du Myanmar, le Bangladesh affirme que cet Etat n'a pas droit à un plateau continental au-delà de 200 milles marins parce qu'il ne satisfait pas aux critères physiques de prolongement naturel visés au paragraphe 1 de l'article 76, lequel requiert la preuve d'une continuité géologique reliant directement les fonds marins et leur sous-sol au territoire terrestre. Selon le Bangladesh, il existe des preuves écrasantes et incontestées de l'existence d'une « discontinuité fon-

96. Mémoire du Bangladesh, paragraphe 7.37.

97. Mémoire du Bangladesh, paragraphe 7.43.

damentale » entre le territoire terrestre du Myanmar et les fonds marins au-delà de 200 milles marins (RB, paragraphe 4.62). Le Bangladesh soutient que la limite de la plaque tectonique entre les plaques indienne et birmane constitue manifestement « une rupture ou solution de continuité » des fonds marins qui marque « indiscutablement la limite de deux plateaux continentaux ou prolongements naturels distincts »⁹⁸.

115. Dans la note verbale du 23 juillet 2009 qu'il a adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Bangladesh a fait observer que les zones revendiquées par le Myanmar dans sa demande à la Commission, au motif qu'elles font partie de son plateau continental supposé, sont en réalité le prolongement naturel du Bangladesh et qu'en conséquence, il conteste la revendication du Myanmar (M.B., vol. III, annexe 21). Dans la demande présentée le 25 février 2011 à la Commission, le Bangladesh a réaffirmé sa position en déclarant qu'« il conteste la revendication du Myanmar sur des zones du plateau continental étendu » parce que les zones revendiquées « font partie du prolongement naturel du Bangladesh »⁹⁹.

116. En résumé, le Bangladesh déclare dans son mémoire que :

- . en raison de la solution de continuité géologique significative qui sépare la plaque birmane de la plaque indienne, le Myanmar ne peut pas prétendre à un plateau continental dans l'une quelconque des zones situées au-delà de 200 milles marins ;
- . le Bangladesh est fondé à revendiquer les droits souverains sur l'intégralité de la zone de plateau continental au-delà de 200 milles marins revendiquée par le Bangladesh et le Myanmar [...] ;
- . le Bangladesh est fondé, à l'égard du Myanmar seulement, à revendiquer les droits souverains sur le secteur trilatéral de plateau revendiqué par le Bangladesh, le Myanmar et l'Inde [...] (M.B., paragraphe 7.43).

117. Le Myanmar rejette l'affirmation du Bangladesh, selon laquelle le Myanmar n'aurait aucun titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Si le Myanmar ne contredit pas les éléments de

98. République du Bangladesh, paragraphe 4.62.

99. Résumé, reproduit dans la Réplique du Bangladesh, vol. III, annexe R 3, paragraphe 5.9.

preuve présentés par le Bangladesh d'un point de vue scientifique, il souligne que l'existence d'une solution de continuité géologique en face de la côte du Myanmar est dénuée de toute pertinence en l'espèce. Selon le Myanmar, le titre d'un Etat côtier sur un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins n'est pas conditionné par un quelconque « test de prolongement naturel géologique ». Ce qui détermine un tel titre, est l'étendue physique de la marge continentale, c'est-à-dire son rebord externe, qui doit être établie conformément à l'article 76, paragraphe 4, de la Convention¹⁰⁰.

118. Le Myanmar avance qu'il a effectivement établi le rebord externe de sa marge continentale en se fondant sur la formule de Gardiner, énoncée à l'article 76, paragraphe 4, lettre a), i). La ligne ainsi tracée selon la formule de Gardiner se situe bien au-delà de 200 milles marins et, par conséquent, il en est de même du rebord externe de la marge continentale du Myanmar. De ce fait, le Myanmar peut prétendre en l'espèce à un plateau continental au-delà de la limite de 200 milles marins. C'est pourquoi le Myanmar a présenté une demande concernant la limite extérieure de son plateau continental à la Commission, conformément au paragraphe 8 de l'article 76 de la Convention¹⁰¹.

119. Par note verbale du 31 mars 2011 adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Myanmar a déclaré que « le Bangladesh n'a pas de plateau continental au-delà d'une largeur de 200 milles marins mesurée à partir des lignes de base établies conformément au droit international de la mer » et que « le droit du Bangladesh sur un plateau continental ne s'étend ni jusqu'à la limite de 200 milles marins mesurée à partir des lignes de base établies conformément au droit, ni *a fortiori*, au-delà de cette limite »¹⁰².

120. Le Myanmar affirme que le Bangladesh n'a pas de plateau continental au-delà de 200 milles marins, parce que la délimitation du plateau continental entre le Bangladesh et le Myanmar prend fin bien avant d'atteindre la limite de 200 milles marins mesurée à partir des lignes de base des deux Etats (CMM), paragraphe 5.160). En pareil cas, la question de la délimitation du plateau continental au-delà

100. ITLOS/PV.11/11, p. 22, ligne 28.

101. Contre-Mémoire Myanmar, paragraphe A.2.

102. Duplique du Myanmar, Appendice, p. 186.

de cette limite ne se pose pas et n'a pas à être examinée plus avant par le Tribunal¹⁰³.

121. La détermination des droits des deux Etats sur un plateau continental au-delà de 200 milles marins et de leur étendue respective est un préalable à toute délimitation.

122. Celle-ci consiste à « tracer la ligne exacte ou les lignes exactes de rencontre des espaces où s'exercent respectivement les pouvoirs et droits souverains » des Etats intéressés¹⁰⁴. Le lien intime entre le titre des Etats sur un espace maritime et la délimitation d'un espace maritime entre des Etats voisins constitue une « vérité d'évidence »¹⁰⁵. Il apparaît que le « titre commande la délimitation, la délimitation est fille du titre »¹⁰⁶.

123. Sur la détermination des titres des Parties, le Tribunal explique¹⁰⁷ que toutes les côtes n'ouvrent pas droit à un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins. Dans certains cas, la Commission a fondé ses recommandations sur le fait qu'à son avis, la totalité ou une partie de la zone visée dans la demande d'un Etat côtier comprend une partie des grands fonds marins. Le Myanmar ne conteste pas que le plateau continental du Bangladesh, s'il n'était pas affecté par la délimitation en-deçà de 200 milles marins, s'étendrait au-delà de cette distance. Le Bangladesh ne conteste pas qu'il existe une marge continentale au large de la côte du Myanmar. Mais il soutient, sur la base de son interprétation de l'article 76 de la Convention, que cette marge n'a pas de prolongement naturel au-delà de 50 milles marins au large de cette côte. Le Tribunal dit que le problème réside dans la divergence des Parties quant à ce qui constitue la marge continentale (paragraphe 442 de l'arrêt). Il relève que le Golfe du Bengale présente une situation tout à fait particulière et que ses fonds marins sont recouverts d'une épaisse couche de sédiments de 14 à 22 kilomètres de profondeur. Et le Tribunal d'affirmer qu'étant donné

103. Contre-Mémoire du Myanmar, paragraphe 5.150, p. 167.

104. Plateau continental de la Mer Egée, arrêt, C.I.J., Recueil 1978, p. 35, paragraphe 85.

105. Plateau continental Jamahiriya arabe libyenne/Malte, arrêt, C.I.J., Recueil 1985, p. 30, parag. 27.

106. P. Weil, « Vers une conception territorialiste de la délimitation maritime », Mélanges Michel Virally, Le droit international au service de la paix, de la justice et di développement, Paris, Pédone, 1991, pp. 501 à 511, spéc. P. 511.

107. Paragraphe 439 de l'arrêt.

ces roches sédimentaires, les deux Parties ont inclus, dans leurs demandes présentées à la Commission, des données indiquant que leur titre sur la marge continentale au-delà de 200 milles marins est fondé, dans une large mesure, sur l'article 76, paragraphe 4, lettre i) de la Convention¹⁰⁸.

124. Le titre à établir doit nécessairement se rattacher à la définition même du plateau continental. L'exercice de la délimitation maritime consiste à déterminer, par le truchement des sciences de la nature, l'étendue du prolongement naturel de chacun des deux Etats sous la mer, et à constater – non à attribuer – jusqu'où s'étend le socle sous-marin que la nature a placé devant chacun des deux Etats.

125 – Durant les décennies écoulées, c'est le concept de prolongement naturel du territoire terrestre de l'Etat qui a permis de déterminer jusqu'où les droits de l'Etat sur les fonds marins s'étendaient vers le large. De nos jours, c'est le critère de la distance qui remplit cette fonction à la fois pour le plateau continental, la Zone économique exclusive et la mer territoriale. Rappelons que tout Etat côtier a droit à un plateau continental, prolongement naturel de son territoire. Ce droit peut être limité de cinq façons : 1) par 200 milles marins quand le rebord externe de la marge continentale est inférieur à cette distance ; 2) par le rebord externe de la marge continentale ; 3) par une distance de 350 milles marins lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance supérieure à celle-ci ; 4) par les droits et titres des Etats tiers ; 5) par les droits et titres de la communauté internationale représentée par l'autorité internationale des fonds marins. On aurait aimé disposer de données précises sur le plateau continental du Bangladesh et du Myanmar au-delà des 200 milles marins. Le critère de distance est lié au droit relatif au titre juridique d'un Etat sur le plateau continental. Comme l'indique la Cour internationale de Justice¹⁰⁹, le droit applicable au litige, c'est-à-dire à des prétentions portant sur des plateaux continentaux situés à moins de 200 milles des côtes des Etats en question, ne se fonde pas sur des critères géologiques ou géomorphologiques, mais sur un critère de distance de la côte, ou

108. Paragraphe 445 de l'arrêt.

109. Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J., Recueil 1985, paragraphe 61.

pour reprendre l'expression traditionnelle d'adjacence, sur le principe d'adjacence mesurée par la distance. Le problème ici réside dans le fait que ce critère n'est guère applicable au plateau continental au-delà de 200 milles. Les conséquences de l'évolution du droit du plateau continental s'observent au niveau de la vérification de la validité du titre juridique et à celui de la délimitation des prétentions concurrentes. Sur la base du droit actuellement applicable, c'est-à-dire du critère de distance, la validité des titres du Bangladesh et du Myanmar sur les fonds marins que ces deux Etats revendiquent est-elle prouvée ? Quel est l'impact des considérations de distance sur l'opération de délimitation proprement dite, laquelle doit aussi bien fixer des limites des projections maritimes des Etats vers le large que délimiter ces divers espaces entre les deux Etats ? Cette évaluation doit avoir en vue le fait que la délimitation doit aboutir à un résultat équitable par l'application de principes équitables aux circonstances pertinentes. Le juge doit statuer « sur une base de droit »¹¹⁰. Pour ce faire, la Cour internationale de Justice a fixé le statut des principes équitables. Elle explique que les décisions judiciaires sont unanimes pour dire que la délimitation du plateau continental doit s'effectuer par application de principes équitables en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes afin d'aboutir à un résultat équitable. Cette façon de voir « n'est pas entièrement satisfaisante, puisque l'adjectif équitable qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir »¹¹¹. C'est cependant le but – le résultat équitable – et non le moyen utilisé pour l'atteindre, qui doit constituer l'élément principal de cette double qualification. « L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice, ne saurait manquer d'en faire application »¹¹². Il faut cependant distinguer entre l'application de principes et le fait de rendre une décision *ex aequo et bono* « car il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables

110. Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, arrêt, C.I.J., Recueil 1984, paragraphe 59.

111. Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, C.I.J., Recueil 1982, p. 59, paragraphe 70.

112. Ibid., p. 60, paragraphe 71.

conformément aux idées qui ont toujours inspiré le développement du régime juridique du plateau continental en la matière »¹¹³.

126. Ainsi, la justice, dont l'équité est une émanation, n'est pas la justice abstraite mais la justice selon la règle de droit ; autrement dit, son application doit être marquée par la cohérence et une certaine prévisibilité. Bien qu'elle s'attache plus particulièrement aux circonstances d'une affaire donnée, elle envisage aussi, au-delà de cette affaire, des principes d'une application plus générale¹¹⁴. Les principes équitables recèlent donc un caractère normatif.

127. L'arrêt en l'espèce ne parvient pas à déterminer avec précision les titres respectifs du Bangladesh et du Myanmar sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins. Il ne parvient pas non à établir leur étendue respective. S'agissant de la question de savoir s'il est compétent pour statuer sur les titres des Parties, le Tribunal relève la nécessité d'établir une distinction entre la notion de titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins et celle de limite extérieure du plateau continental. Il note « que l'article 83 de la Convention porte sur la délimitation du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face, sans restriction quant à l'espace concerné. Cet article ne contient aucune référence aux limites indiquées à l'article 76, paragraphe 1, de la Convention. L'article 83 s'applique à la délimitation du plateau continental tant en-deçà qu'au-delà de 200 milles marins ». Il explique que le titre d'un Etat côtier sur le plateau continental existe uniquement parce qu'il est dûment fondé ; il n'est pas nécessaire que des limites extérieures soient fixées. L'on a eu à invoquer l'article 77 de la Convention¹¹⁵.

128. Il y a là une différence capitale à marquer entre la délimitation terrestre – laquelle fait droit aux survivances coloniales – et la délimitation maritime. Contrairement à la première, la seconde ne consiste pas à rechercher le titre le meilleur, donc le seul décisif en droit ; elle consiste à résoudre les difficultés nées de la coexistence de deux titres de même qualité juridique. « Tandis que la délimitation terrestre a pour

113. Plateau continental de la Mer du Nord, arrêt, C.I.J., Recueil 1969, p. 47, paragraphe 85.

114. Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J., Recueil 1985, p. 39, paragraphe 45).

115. Paragraphe 361 de l'arrêt.

objectif de *suum cuique tribuere*, la délimitation maritime est condamnée à amputer le titre de chacun. L'une est faite de reconnaissance, de consécration ; l'autre de réduction, de sacrifice, d'amputation. On s'explique ainsi le rôle différent que joue l'effectivité dans les délimitations terrestres et les délimitations maritimes. L'occupation, l'exercice effectif des souverainetés étatiques, les actes de souveraineté : autant d'éléments qui contribueront à établir le titre le meilleur, donc le seul juridiquement à retenir, dans les problèmes de délimitation terrestre, mais qui sont sans pertinence dans la délimitation maritime¹¹⁶.

129. Ne parvenant pas à déterminer avec précision les titres respectifs des Parties sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins, ni à établir leur étendue respective de façon à savoir si lesdits titres sont concurrents, se chevauchent ou s'entrecroisent, le Tribunal adopte une autre démarche. Il dit :

« Les informations et rapports scientifiques communiqués dans la présente affaire, et qui n'ont pas été contestés, démontrent que le plateau continental du Myanmar n'est pas limité à 200 milles marins en vertu de l'article 76 de la Convention. Ils indiquent plutôt qu'il s'étend au-delà de 200 milles marins »¹¹⁷ et « en conséquence, le Tribunal conclut que le Bangladesh et le Myanmar ont un titre sur un plateau continental au-delà de 200 milles marins. Les demandes soumises à la Commission par le Bangladesh et le Myanmar respectivement attestent que leurs titres se chevauchent dans la zone faisant l'objet du différend en l'espèce »¹¹⁸. Le Tribunal ajoute qu'en ce qui concerne la Zone, il observe que les demandes des Parties soumises à la Commission font apparaître clairement que le plateau continental au-delà de 200 milles marins, l'objet de la délimitation dans la présente espèce, est situé loin de la Zone (paragraphe 368 de l'arrêt). Il se trouve que les données scientifiques contenues dans les demandes soumises à la Commission ne sont guère confirmées ou infirmées par celle-

116. P. Weil, « Délimitation maritime et délimitation terrestre », *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989,, pp. 1021 à 1026, spéc. P. 1024.

117. Paragraphe 448 de l'arrêt.

118. Paragraphes 449 de l'arrêt.

-ci, puisqu'elle a interrompu leur examen à cause du différend, objet de la présente affaire (s'agissant de la décision de reporter l'examen de la demande du Myanmar et du Bangladesh¹¹⁹. Les Parties se contestent leurs prétentions sur leur plateau continental respectif. En effet, alors qu'elles formulent l'une comme l'autre des revendications sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, chacune d'elles conteste la revendication de la partie adverse. De la sorte, il n'existe guère de revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins. Elles apparaissent plutôt exclusives l'une par rapport à l'autre. De l'avis des Parties, la question de la délimitation ne se pose pas. Eventuellement, la délimitation devrait être effectuée d'une manière telle qu'elle devrait laisser l'intégralité de la zone du plateau continental au-delà des 200 milles à l'une ou l'autre Partie. Dans ces conditions, on est réduit à des conjectures. Et en traçant la ligne telle qu'il l'envisage, le Tribunal ne préjuge-t-il pas des droits de la Communauté internationale ? Assurément, le recours préalable à la Commission était la voie à suivre.

130. On doit rappeler que le juge constate des titres. Il ne doit jamais les attribuer. Du fait de la nature de ses fonctions et de celle des titres, il lui est d'autant plus nécessaire de s'appuyer sur le droit existant, quelques incertains que soient les principes ou règles tirés de l'exigence d'une solution équitable. Le Tribunal feint de s'appuyer sur des principes de droit, mais faute de règles substantielles suffisamment précises tirées du droit international général, il est réduit à statuer en opportunité.

131. Cette façon de voir rejaillit sur la méthode de délimitation retenue par le Tribunal – équidistance/circonstances pertinentes – dans la mesure où les composantes de l'opération de délimitation deviennent inopérantes, en un mot inapplicables ; ce pour trois raisons :

132. D'abord, c'est la juxtaposition des titres concurrents, qui se chevauchent ou s'entrecroisent dans toute leur étendue qui peut donner

119. Voir la Déclaration du Président de la Commission des limites du plateau continental sur l'avancement des travaux de la Commission, CLCS/64, 1^{er} octobre 2009, p. 12, paragraphe 40, et la Déclaration du Président de la Commission des limites du plateau continental sur l'avancement des travaux de la Commission, CLCS/72, 16 septembre 2011, p. 7, paragraphe 22.

une idée de la zone pertinente, laquelle permet de vérifier l'absence de disproportion. Ce procédé joue un rôle important dans l'opération de délimitation en mesurant le rapport entre la longueur des côtes des Etats concernés et l'étendue des espaces maritimes qui leur reviennent. C'est dire qu'avec des suppositions très approximatives, il est difficile de produire le résultat clair attendu de la délimitation, laquelle doit aboutir à un résultat équitable. De fait, on ne sait plus s'il s'agit ici d'un différend portant sur l'attribution d'un territoire ou d'un différend portant sur la délimitation de deux territoires, parce que la zone pertinente est inexistante parce qu'indéterminée.

133. « De l'avis du Tribunal, la méthode de délimitation à employer, dans le cas d'espèce portant sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, ne diffère pas de celle utilisée en-deçà de cette distance. En conséquence, la méthode équidistance/circonstances pertinentes reste d'application pour délimiter le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Cette méthode est née de la constatation que la souveraineté sur le territoire terrestre constitue le fondement des droits souverains et de la juridiction de l'Etat côtier à l'égard tant de la Zone économique exclusive que du plateau continental. C'est là une question distincte de celle de l'objet et de la portée des droits en cause, qu'il s'agisse de la nature des espaces auxquels s'appliquent ces droits ou des limites extérieures maximales visées aux articles 57 et 76 de la Convention. Le Tribunal note à ce propos que cette méthode permet de résoudre – et résout effectivement dans le cas d'espèce –, au-delà de 200 milles marins, le problème de l'effet d'amputation que peut produire une ligne d'équidistance quand la côte d'une partie présente une concavité prononcée¹²⁰.

134. Cette méthode procède par des étapes bien déterminées au nombre de trois. La première étape consiste à établir la ligne d'équidistance provisoire. A ce stade, le juge ne s'intéresse pas encore aux éventuelles circonstances pertinentes, et la ligne est tracée selon des critères strictement géométriques, sur la base de données objectives. Le tracé de la ligne finale doit aboutir à une solution équitable (art. 74 et 83 de la Convention). C'est pourquoi, lors de la deuxième phase, le juge examine s'il existe des facteurs appelant un ajustement

120. Paragraphe 455 de l'arrêt.

ou un déplacement de la ligne d'équidistance provisoire afin de parvenir à un résultat équitable. Enfin, dans une troisième étape, le juge devra s'assurer que la ligne ne donne pas lieu à un résultat inéquitable du fait d'une disproportion marquée entre le rapport des longueurs respectives des côtes et le rapport des zones maritimes pertinentes attribuées à chaque Etat par ladite ligne.

135. Ensuite, l'identification des circonstances pertinentes devient – dans ces conditions – un exercice périlleux caractérisé par l'incertitude en ce qui concerne le plateau continental au-delà des 200 milles marins. Le rôle de la proportionnalité, la conduite des Parties, les données socioéconomiques, le cadre géographique général, la géologie et la géomorphologie pouvaient fournir des données de fait que le juge devait prendre en considération pour tracer une ligne équitable. La perspective s'est quelque peu déplacée et le juge a cherché à y mettre de l'ordre, en appréciant le poids qu'il convient d'accorder aux circonstances pertinentes dans une délimitation donnée. Selon la Cour internationale de Justice : « En réalité, il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables et c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équilibre plutôt que l'adoption d'une seule considération en excluant toutes les autres. De tels problèmes d'équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce »¹²¹. Cependant, il en va autrement lorsqu'un organe judiciaire ou arbitral applique des procédures équitables. En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence, seules pourront intervenir « celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit, et à l'application de principes équitables à sa délimitation. S'il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversée par l'introduction de considérations étrangères à sa nature »¹²². En l'espèce, peut-on établir un lien convaincant entre les circonstances pertinentes invoquées par une seule Partie et

121. Plateau continental de la Mer du Nord, arrêt, C.I.J., Recueil 1969, p. 50, paragraphe 93.

122. Plateau continental Jamahiriya arabe libyenne/Malte, arrêt, C.I.J., Recueil 1985, p. 40, paragraphe 4.

les plateaux continentaux revendiqués de façon contradictoire par le Bangladesh et le Myanmar ? En particulier, la ligne d'équidistance réussit-elle à tenir compte des circonstances pertinentes, à savoir l'effet d'amputation qu'elle produit, la concavité de la côte du Bangladesh ainsi que le système détritique du Bengale ? Ces facteurs appellent-ils un ajustement ou un déplacement de la ligne d'équidistance au-delà des 200 milles marins afin de parvenir à un résultat équitable ? Le Tribunal s'est-il assuré que la ligne de délimitation retenue ne donnait pas lieu à un résultat inéquitable du fait d'une disproportion marquée entre le rapport des longueurs respectives des côtes et le rapport des zones maritimes pertinentes ? Quelles sont les zones maritimes pertinentes attribuées au Bangladesh et au Myanmar par la ligne de délimitation au-delà des 200 milles marins ?

136. Le Bangladesh soutient que les circonstances pertinentes dans la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins comprennent la géologie et la géomorphologie des fonds marins et du sous-sol, parce que le titre au-delà de 200 milles marins dépend uniquement du prolongement naturel, tandis qu'en-deçà de 200 milles marins, il est fondé sur la distance à partir de la côte¹²³. D'après le Bangladesh, son droit sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins « repose solidement » sur la continuité géologique et géomorphologique entre le territoire terrestre du Bangladesh et tous les fonds marins du Golfe du Bengale. Le Bangladesh déclare que le Myanmar « n'a au mieux qu'une continuité géomorphologique entre sa propre masse terrestre et le plateau continental étendu »¹²⁴. En conséquence, selon le Bangladesh, « une délimitation équitable, conforme à l'article 83, doit nécessairement tenir pleinement compte du fait que le Bangladesh a 'le prolongement le plus naturel' dans le Golfe du Bengale et que le Myanmar n'a guère de prolongement naturel voire aucun prolongement naturel au-delà de 200 milles [marins] »¹²⁵.

137. Une autre circonstance pertinente évoquée par le Bangladesh est « l'effet de continuité de la côte concave du Bangladesh et l'effet d'amputation entraîné par la ligne d'équidistance du Myanmar

123. ITLOS/PV.11/6, p. 27, ligne 30.

124. ITLOS/PV.11/6, p. 28, lignes 41 à 43.

125. ITLOS/PV.11/6, p. 29, lignes 14 à 22.

ou par toute autre version d'une ligne d'équidistance ». D'après le Bangladesh, « plus une ligne d'équidistance ou même une ligne d'équidistance modifiée s'éloigne d'une côte concave », « plus elle coupe cette côte, rétrécissant continuellement le triangle d'espace maritime qui lui fait face »¹²⁶.

138. Compte tenu de sa position, à savoir que le plateau du Bangladesh ne s'étend pas au-delà de 200 milles marins, le Myanmar n'a pas présenté d'arguments concernant l'existence de circonstances pertinentes relatives à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins. A cet égard, le Tribunal constate que le Myanmar a déclaré qu'il n'existe pas de circonstances pertinentes nécessitant d'infléchir la ligne d'équidistance provisoire dans le contexte de la délimitation du plateau continental en-deçà de 200 milles marins.

139. Enfin, on peut s'interroger sur la nature de la ligne divisoire du plateau continental au-delà des 200 milles marins. Le Tribunal a décidé qu'au-delà de la limite de 200 milles marins du Bangladesh, la frontière maritime se poursuit le long de la ligne géodésique, visée au paragraphe 5, qui commence au point 11 en suivant un azimut initial de 215°, jusqu'à ce qu'elle atteigne la zone où les droits des Etats tiers peuvent être affectés¹²⁷. Le Tribunal a décidé que, compte tenu des circonstances géographiques de la présente espèce (concavité et effet d'amputation, l'île Saint Martin), la ligne de délimitation doit être infléchie à partir du point où elle commence à amputer la projection vers le large de la côte du Bangladesh et que sa direction sera déterminée en fonction de cette circonstance. A ce propos, il nous faut avouer notre étonnement pour les paragraphes 235, 236 et 237 de l'arrêt, puisque le Tribunal a choisi de retenir la méthode de l'équidistance/circonstances pertinentes. Le recours à d'autres méthodes ne se justifie que lorsque la méthode de l'équidistance aboutit à un résultat inéquitable et déraisonnée. Il y a donc une sorte de contradiction *in se*, un paradoxe logique à changer de démarche.

140. Si cette opération de délimitation peut se justifier pour le plateau continental jusqu'à 200 milles marins et la Zone économique exclusive,

126. ITLOS/PV.11/6, p. 29, lignes 36 à 37.

127. Paragraphe 6 du dispositif de l'arrêt.

elle n'a aucune pertinence pour le plateau continental au-delà des 200 milles marins à cause de *l'indéfinition* des titres des Parties. Ce, parce que sans titres concurrents et égaux sur un même espace, il n'a guère lieu à délimitation maritime. La sagesse commandait d'arrêter la ligne de délimitation aux 200 milles marins ; pas au-delà.

141. Le Tribunal devait, dans les circonstances de l'espèce, opérer un renvoi préjudiciel pour régler cette partie restante du différend. Il devait prendre une ordonnance de renvoi, à cet effet. Le renvoi préjudiciel n'a jamais été effectué en droit international. C'est une notion de droit de l'Union européenne qui s'applique devant les juridictions des Etats membres de l'Union européenne.

142. Le renvoi préjudiciel est la possibilité offerte à une juridiction nationale d'interroger la Cour de Justice de l'Union européenne sur l'interprétation ou la validité du droit communautaire dans le cadre d'un litige dont cette juridiction est saisie. Son objectif est de garantir la sécurité juridique par une application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble de l'Union européenne. La procédure est actuellement prévue par les articles 256 et 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

143. Le Tribunal est le seul à pouvoir le faire. Il faut ici rappeler les différentes positions exprimées par les cours et tribunaux internationaux concernant la délimitation au-delà des 200 milles marins. Dans *l'Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la Zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays*, le Tribunal arbitral dit :

Toutefois, comme on le verra, la frontière maritime unique que le Tribunal a fixée est telle que, entre la Barbade et la Trinité-et-Tobago, il n'y pas de frontière maritime unique au-delà de 200 milles marins. Point n'est donc besoin que le Tribunal traite les problèmes posés par le Rapport, dans cet espace maritime, entre les droits relatifs au plateau continental et les droits relatifs à la Zone économique exclusive. C'est pourquoi le Tribunal ne se prononce pas sur le fond du problème posé par l'argument avancé par la Trinité-et-Tobago¹²⁸.

128. Décision du 11 avril 2006, R.S.A., vol. XXVII, p. 242, paragraphe 368.

144. Dans l’Affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes*, la Cour internationale de Justice a déclaré :

La Cour peut donc, sans pour autant indiquer de point terminal précis, délimiter la frontière maritime et déclarer que celle-ci s’étend au-delà du 82^{ème} méridien sans porter atteinte aux droits d’Etats tiers. A cet égard, il convient également de relever que la ligne ne saurait en aucun cas être interprétée comme se prolongeant à plus de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale ; toute prétention relative à des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles doit être conforme à l’article 76 de la CNUDM et examinée par la Commission des limites du plateau continental constituée en vertu de ce traité¹²⁹.

145. De même, la sentence arbitrale, rendue en l’*Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française (Saint-Pierre-et-Miquelon)* déclare qu’

[u]n tribunal ne peut pas parvenir à une décision en supposant, par pure hypothèse, que de tels droits existeront en fait »¹³⁰.

Dans ces différentes affaires, les cours et tribunaux internationaux se sont employés à appliquer le droit positif sans chercher à créer un précédent.

146. Le Tribunal international du droit de la mer, la Commission des limites du plateau continental, l’Autorité internationale des fonds marins et la Réunion des Etats Parties à la Convention, sont des organes institués par la Convention. Des organes qui doivent assumer un rôle déterminé, chacun en ce qui le concerne, dans le cadre de la Convention ; celui de gardien et d’interprète authentique revient au Tribunal.

147. Il se trouve qu’il y a ici une limite, importante pour le Tribunal, à l’exercice de sa compétence. En effet, c’est la Convention qui charge spécifiquement la Commission, d’une part, d’

129. Arrêt C.I.J., Recueil 2007, p. 759, paragraphe 319.

130. Décision du 10 juin 1992, RSA, vol. XXXI, p. 293, paragraphe 81.

[e]xaminer les données et autres renseignements présentés par les Etats côtiers en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continental lorsque ce plateau s'étend au-delà de 200 milles marins et soumettre des recommandations conformément à l'article 76, et au Mémoire d'accord adopté le 29 août 1980 par la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer.

148. La Commission jouit ici d'un pouvoir exclusif et discrétionnaire pour mener à bien les tâches à elle dévolues et dont le Tribunal doit tenir compte dans l'exercice de sa compétence en l'espèce.

149. C'est pourquoi le Tribunal devait saisir la Commission à ce stade de la procédure et sans qu'il soit nécessaire qu'une des Parties en fasse la demande parce que le Tribunal devait se considérer inapte à rendre justice dans les circonstances de l'espèce. Le renvoi est subordonné à l'appréciation du Tribunal.

150. Si le différend pouvait être réglé sur la seule base du droit international, si la question était matériellement identique à une question déjà résolue par la jurisprudence internationale ou enfin si l'application des règles et principes de délimitation pouvait aboutir à un résultat équitable et être en conformité avec l'article 76 de la Convention, le renvoi aurait été inutile. Or, dans les trois affaires qui ont eu à traiter de la question : *l'Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française (Saint-Pierre-et-Miquelon)* (Décision du 10 juin 1992, RSA, vol. XXXI, paragraphes 78 et 7) ; *l'Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la Zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays*¹³¹ et le *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes*¹³², les organes judiciaires et arbitraux ont adopté la prudence et se sont contentés de rappeler le droit en vigueur.

151. Il y avait vraiment nécessité de renvoi préjudiciel à la Commission pour apprécier la validité des titres présumés des Parties au différend devant ce Tribunal. Ceci nous aurait permis de rendre justice au

131. Décision du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII, paragraphe 213.

132. Nicaragua c. Honduras, arrêt C.I.J., Recueil 2007, paragraphe 319.

Bangladesh et au Myanmar et de trancher définitivement ce différend. Cela aurait ouvert également la voie aux autres juridictions internationales (CIJ et tribunaux arbitraux) pour traiter cette question difficile : c'était la voie de la sagesse.

152. Pour ce faire, le Tribunal devait saisir immédiatement le Président de la Réunion des Etats Parties et le Président de la Commission pour lever la suspension de l'examen de la demande du Myanmar, intervenue le 11 mai 2011. Il faut rappeler que le Myanmar est le premier sur la liste, et l'examen de sa demande aurait suffi au Tribunal dans l'exercice de sa compétence parce que les données et renseignements fournis par le Bangladesh ne sont pas contestés.

153. Le Tribunal aurait dû donner mandat au Président et aux deux juges *ad hoc* pour assurer l'égalité des Parties dans la démarche. On aurait pu alors trouver un protocole d'accord avec la Commission et un échéancier précis. L'ordonnance de renvoi et ledit protocole auraient pu être annexés à l'arrêt rendu par le Tribunal le 14 mars 2012.

154. On aurait pu demander à la Commission de faire ses recommandations dans un délai d'un an : ce qui aurait ouvert une deuxième phase à la présente affaire. Le Tribunal peut en effet choisir, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, les termes dans lesquels il entend répondre aux conclusions des Parties. Il peut donc parfaitement examiner et statuer séparément sur la question de la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins.

155. Ce genre de différend risque d'être prolifique dans un monde où les préoccupations territoriales jouent un rôle prééminent. L'occasion était opportune de créer un précédent procédural qui peut s'avérer très utile aux juridictions internationales appelées à exercer leur compétence en ces matières.

156. La Convention a conçu un système correspondant à l'idée que, pour certaines matières, il faut disposer d'une procédure légère, faisant appel à des experts plutôt qu'à des juristes, et dans laquelle la détermination des faits joue sans doute un rôle plus important que les considérations proprement juridiques, parce que c'est la science qui répond aux questions scientifiques et pas le droit.

157. C'est ainsi que l'annexe II à la Convention institue la Commission des limites du plateau continental, laquelle est chargée d'adresser aux Etats côtiers des recommandations sur les questions concernant

la fixation des limites extérieures de leur plateau continental, lorsque celui-ci s'étend au-delà des 200 milles marins des lignes de base.

158. En offrant des critères précis pour le tracé des limites du plateau continental, l'article 76 vient corriger les incertitudes de la Convention de 1958 qui avait fondé, entre autres, la définition du plateau continental sur le critère d'exploitabilité, laissant la porte ouverte à des extensions incontrôlées.

159. L'application des critères scientifiques contenus dans l'article 76 de pouvait pas être laissée à la seule discrétion de l'Etat côtier qui reste habilité à établir le tracé de ses limites puisqu'il définit le rebord externe de la marge continentale et fixe la limite extérieure de son plateau continental¹³³.

160. La Commission a été établie pour qu'un regard indépendant et objectif puisse analyser les éléments constitutifs de la revendication de l'Etat sur les limites extérieures de son plateau continental. La Commission doit contribuer au tracé définitif des limites extérieures du plateau continental. Elle doit aussi faire office de caution morale en empêchant les revendications excessives.

161. La délimitation maritime repose sur l'idée que les projections côtières des deux Etats voisins, mesurées l'une et l'autre par une certaine distance de leur côte, se chevauchent, se superposent. Sans titres concurrents et égaux sur un même espace, il n'y a pas lieu à délimitation maritime. Le problème en l'espèce, c'est que lesdits titres sont plus l'objet de présomption que de preuves, d'où la nécessité de recourir à la Commission.

162. Le Tribunal est le gardien et l'interprète authentique de la Convention. Il se doit de la protéger et de la préserver sans complaisance.

Dakar, le 15 juillet 2015

133. Paragraphes 4 et 7 de l'article 76.

ANNEXE I

L'objet des différends relatifs à la délimitation est en effet multiple : dans l'affaire des Grisbadarna (Norvège c. suède), Sentence du 23 octobre 1909, RSA, Vol. XI, pp. 147 et suivantes, le compromis d'arbitrage du 14 mars 1908 stipule : « Article 3 : Le Tribunal arbitral aura à décider si la ligne frontière doit être considérée, soit entièrement, soit en partie, comme fixée par le Traité de délimitation de 1661 avec la carte y annexée et de quelle manière la ligne ainsi établie doit être tracée que pour autant que la ligne frontière ne sera pas considérée comme fixée par ce Traité et cette carte, le Tribunal aura à fixer cette ligne » ; dans les affaires du Plateau continental de la mer du Nord (RFA c. Danemark et RFA c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, CIJ, Recueil 1969, p. 3, l'art. 1^{er} des compromis identiques dispose « La Cour internationale de Justice est priée de trancher les questions suivantes : 1) Quels sont les principes et les règles du droit international applicables à la délimitation entre les Parties des zones du Plateau continental de la mer du Nord relevant de chacune d'elles, au-delà de la ligne de délimitation partielle déterminée par la Convention susnommée du 9 juin 1965 ? 2) Les Gouvernements du Royaume de Danemark et de la République Fédérale d'Allemagne délimiteront le plateau continental de la mer du Nord entre leur pays par voie d'accord conclu conformément à la décision demandée à la Cour internationale de Justice ». En l'affaire de la Délimitation du Plateau continental entre le Royaume Uni et la France, Sentence du 30 juin 1977, R.S.A., Vol. XVIII, p. 130 et suivantes, l'article 2 du compromis du 10 juillet 1975 dispose : « Il est demandé au Tribunal de statuer conformément aux normes du droit international applicables en la matière entre les Parties, sur la question suivante : Quel est le tracé de la ligne (ou des lignes) délimitant les parties du plateau continental qui relèvent respectivement du Royaume-Unis ainsi que des îles anglo-normandes et de la République française, à l'Ouest de la longitude 30 minutes ouest du méridien de Greenwich et jusqu'à l'isobathe 1000 mètres ? 3) Le choix de l'isobathe 1000 mètres ne préjuge pas la position de l'un ou l'autre des deux gouvernements en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continental » ; Dans l'affaire du différend frontalier entre Dubaï et Sharjah, Sentence du 19 octobre 1981, ILR, Vol. 91, p. 543 et suivantes, l'article premier du compromis

stipule : « First, the outstanding dispute between the two Emirates of Dubai and Sharjah concerning the demarcation of the boundaries between them shall be referred to Arbitration » : Dans l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Libye), arrêt du 24 février 1982, CIJ, Recueil 1982, p. 18 et suivantes, l'article premier du Compromis du 10 juin 1977 dispose « Il est demandé à la Cour de rendre son arrêt dans l'affaire suivante : Quels sont les principes et règles du droit international qui peuvent être appliqués pour la délimitation de la zone du plateau continental appartenant à la République Tunisienne et de la zone du plateau continental appartenant à la Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste et, en prenant sa décision, de tenir compte des principes équitables et des circonstances pertinentes propres à la région, ainsi que des tendances récentes admises à la 3^{ème} Conférence sur le droit de la mer. » ; Dans l'affaire du Golfe du Maine (Canada / Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 12 octobre 1984, CIJ, Recueil 1984, p. 246 et suivantes, le compromis du 29 mars 1979 dispose en son article 2 : « La Chambre est priée de statuer, conformément aux règles et principes du droit international applicables en la matière entre les Parties, sur la question suivante : Quel est le tracé de la frontière maritime unique divisant le plateau continental et les zones de pêche : du Canada et des Etats-Unis d'Amérique [...]. 2) La Chambre est priée de décrire le tracé de la frontière maritime en termes de lignes géodésiques reliant les coordonnées géographiques des points. La Chambre est également priée, à seules fins d'illustration, d'indiquer le tracé de la frontière sur la carte [...] ; Dans l'affaire de la Guinée / Guinée-Bissau, Sentence du 14 février 1985, RSA, Vol. XIX, p. 149 et suivantes, l'article 2 du Compromis d'arbitrage du 18 février 1983 dispose : « Il est demandé au Tribunal de statuer conformément aux règles pertinentes du droit international sur les questions suivantes : « La Convention du 12 mai 1886 entre la France et le Portugal détermine-t-elle la frontière maritime entre les possessions respectives de ces deux Etats en Afrique de l'Ouest ? Quelle valeur juridique peut-on attribuer aux protocoles et documents annexes de la Convention de 1886 pour l'interprétation de ladite Convention ? [...] ». Dans l'affaire Libye / Malte, arrêt du 3 juin 1985, CIJ, Recueil 1985, p. 13 et suivantes, l'article premier du Compromis du 23 mai 1976 dispose : « Quels sont les principes et les règles du droit international qui sont applicables à la délimitation de la zone du plateau

continental relevant [des deux Républiques] et comment, dans la pratique, ces principes et règles peuvent-ils être appliqués par les deux Parties [...] ? ». Dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée Bissau et le Sénégal, Sentence du 31 juillet 1989, RSA, Vol. XX, p. 121 et suivantes, l'article 2 du compromis d'arbitrage du 12 mars 1985 dispose : « Il est demandé au Tribunal de statuer sur les questions suivantes : 1) L'Accord conclu par un échange de lettres, le 26 avril 1960, et relatif à la frontière en mer, fait-il droit dans les relations entre la République de Guinée-Bissau et la République du Sénégal ? 2) En cas de réponse négative à la première question, quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes qui relèvent respectivement de la République de Guinée-Bissau et de la République du Sénégal ? ». Dans l'affaire entre le Canada et la France, Sentence du 10 juin 1992, RSA, Vol. XX, p. 267 et suivantes, l'article 2 du Compromis d'arbitrage dispose : « 1) Statuant conformément aux principes et règles du droit international applicables en la matière, le Tribunal est prié de procéder à la délimitation entre les Parties des espaces maritimes relevant de la France et de ceux relevant du Canada. [...] ». Dans l'affaire entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), arrêt du 14 juin 1993, CIJ, Recueil 1993, p. 38 et suivantes, le Danemark demande à la Cour « De dire et juger que le Groenland a droit à une zone entière de pêche et de plateau continental de 200 milles face à l'île de Jan Mayen ; et en conséquence de tracer une ligne unique de délimitation de la zone de pêche et du plateau continental du Groenland dans les eaux situées entre le Groenland et Jan Mayen à une distance de 200 milles marins mesurée à partir de la ligne de base du Groenland [...] ». Dans l'affaire de la délimitation maritime entre l'Erythrée et le Yémen, Sentence du 17 décembre 1999, www.pca-cpa.org, l'article 2 (3) du Compromis d'arbitrage du 3 octobre 1996 dispose : « The second stage shall result in an award delimiting maritime boundaries. The Tribunal shall decide taking into account the opinion that it will have formed on questions of territorial sovereignty, the United Nations Convention on the Law of the Sea, and any other pertinent factor ». Dans l'affaire Qatar / Bahrein, arrêt du 16 mars 2001, CIJ, Recueil 2001 : « Les parties prient la Cour de trancher toute question relative à un droit territorial ou à tout autre titre ou intérêt qui peut faire l'objet d'un différend entre elles, et de tracer une limite maritime unique entre leurs zones mariti-

mes respectives, comprenant les fonds marins, le sous-sol et les eaux surjacentes » : Dans l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria [Guinée Equatoriale (intervenant)], arrêt du 10 octobre 2002, CIJ, Recueil 2002, le 29 mars 1994, le Gouvernement du Cameroun a déposé au greffe de la CIJ une requête où il expose que « la délimitation [de la frontière maritime entre les deux Etats était] demeurée partielle et [que] les deux parties n' [avaient] pas pu, malgré de nombreuses tentatives, se mettre d'accord pour la compléter ». Il priait en conséquence la Cour, « afin d'éviter de nouveaux incidents entre les deux pays, [...] de bien vouloir déterminer le tracé de la frontière maritime entre les deux Etats au-delà de celui qui avait été fixé en 1975 ». Dans l'affaire entre la Barbade et Trinité-et-Tobago relative à la délimitation de la ZEE et du Plateau continental entre ces deux pays, Sentence du 11 avril 2006, RSA, Vol. XVII, l'action avait été introduite par la Barbade le 16 février 2004 « en application de l'article 286 » de la Convention de Montego Bay. Le Tribunal était appelé à délimiter la ZEE et le Plateau continental entre les parties [Conclusions de la Barbade, paragraphes 2 et 15]. Dans l'affaire Guyana / Suriname, Sentence du 17 septembre 2007, l'instance a été introduite par le Guyane le 24 février 2004 « conformément aux articles 286 et 287 » de la Convention de Montego Bay. Le Tribunal était prié de prendre une décision au sujet de la délimitation de la mer territoriale, de la zone économique exclusive et du plan continental entre les deux parties [paragraphe 157 de la Sentence]. L'affaire entre le Nicaragua et le Honduras, [arrêt du 8 octobre 2007, ILM 46 (2007), pp. 1053-1118 a été introduite par le Nicaragua le 8 décembre 1999. Cet Etat priait la Cour « de déterminer le tracé d'une frontière maritime unique entre les mers territoriales, les portions de plateau continental et les zones économiques exclusives relevant respectivement du Nicaragua et du Honduras » [Requête du Nicaragua, paragraphe 6].



CAPÍTULO XL

THE FAILURE OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

*Jacob Dolinger*¹

The Origins of the Universal Declaration on Human Rights

The supposedly basic inspiration for drafting a Universal Declaration of Human Rights was the cruel persecution, the horrors, the atrocities perpetrated by the Nazi regime against the Jews of Europe – the Holocaust. The most thorough report on the origins, drafting and intent of the Declaration was written by Johannes Morsink, who read all the minutes of the hundreds of meetings of different U.N. bodies – the collective work that resulted in the final document, based on which he affirms that the absolutely crucial inspirational factor was the Holocaust, as “without the delegates’ shared moral revulsion against that event, the Declaration would never have been written.”² He refers to the statement in the Declaration’s Preamble that “disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind” and affirms that this shared outrage explains why the Declaration has found such widespread support.³

The drafting of the Declaration lasted almost two years, occupied various commissions, sub-commissions, committees and a few permanent organs of the United Nations⁴, with the participation of dozens of country delegations holding U.N. membership, entertaining

1. Professor of Private International Law.

2. JOHANNES MORSKINK, “The Universal Declaration of Human Rights – Origins, Drafting and Intent”, xiii-xiv.

3. *Id.*, 91.

4. The Nuclear Committee of eight members held eighteen meetings in May 1946. On its proposition an eighteen member Commission was created that held eighty one meetings. At the same time, a Drafting Committee of eight members held forty four meetings. Then the Third Committee on Social, Humanitarian and Cultural Affairs had hundred and fifty meetings. Finally the General Assembly adopted the Declaration. *Id.*, 28

discussions about all aspects related to the dignity of the human being and his fundamental rights, and always going back to the tragic events of the Second World War. In his meticulous detailed report on the whole process of drafting and final approval of the Declaration, Mor-sink states that the drafters were aware of how far the nazification of the German legal system had developed, and they evidently felt that only a clear statement of the separate issues involved could set the record straight. This meant putting on paper separately all the legal rights that by the middle of the twentieth century had become part of the jurisprudential systems of all civilized nations.

And yet nothing resulted from the Declaration regarding how to secure peoples of the world against genocide, against systematic atrocities, no clear empowerment was given to the United Nations and/or to any group of member States to interfere immediately in order to save populations under physical persecution.

All the Resolutions of the United Nations, starting with the Universal Declaration of Human Rights, proceeding with the two basic Covenants and continuing with the various Conventions approved during the following decades concentrated on statements of principles, legal concepts, general rules, multiple obligations, all directed to protect individual persons, but nothing about saving collectivities doomed by the powers of evil; the only exception is the Genocide Convention that prescribes protection of human groups through prevention and punishment. However, the failure of this fundamental convention is that it concentrated on the punishment part, leaving the prevention aspect undefined and inoperative, consequently ineffective.

Two aspects should immediately be taken in consideration:

1 – that even after Hitler's racial theories and plans became known, the nations that had inscribed in their Constitutions and other fundamental documents most of the principles that years later were set in the Universal Declaration, remained totally passive refusing to extend any help to save the people that the Nazis were persecuting and murdering, as was the case of the Jews that could have been saved by the U.S., England, the South American countries and by many other nations, but all remained absolutely inert.

2 – while the Declaration was being drafted, its principles and rules discussed and voted on, some of the most important members of the

U.N., participants in the preparation of the Declaration, were committing atrocities of different kinds upon civilians, innocent victims of their colonial policies, starting with the English policy towards the Jewish war survivors that were trying to reach Palestine, by sending them back to Europe and its camps, or interning them in Cyprus, the Batang Kali massacre by British troops on 12 December 1948 during the Malayan Emergency, which killed 24 unarmed villagers. At the same time history registers the cruel Belgian policies in Congo, the French atrocious measures in North Africa, the Russian murderous treatment of dissenters, and the U.S. severe discrimination of Negroes. And yet the delegates of these countries were among the most vocal in the meetings that were taking place on the drafting and final text of the Declaration.

Johannes Morsink – based on the official registries of the Commission on Human Rights' work on the Universal Declaration - shows how the various articles of the Declaration were produced as a response to Hitler's racist theories and how this purpose was stressed by the various delegates to the different committees that worked on the Declaration.

However, there is no article in the Declaration regarding anti-Semitism, hate incitement towards other peoples, rules in favor of tolerance and respect for other religions and other races (only guarantee of freedom of religion as a right of each individual).

Everything in the Declaration is set in the singular, nothing in the collective, not a word from the communal perspective

I do not claim that the plural approach would necessarily have helped to avoid all the genocides and atrocities that followed, but, at least, it would have been a more exact demonstration of repudiation of the Nazi bestiality and eventually could have contributed to an effective application of the other document, the Genocide Convention as far as prevention is concerned.

Simple questions arise – in what measure does the Universal Declaration carry more authority, more enforceability, than the legal system of each country as far as the behavior of their people and the policies of their governments in the internal matters of that nation are concerned? And going further, did the civilized nations respect the principles of their legal systems beyond their own territories, such as France in her North African colonies, England in India and other colonies, Belgium in Congo, Italy in Lybia, and so on? If not, would the UDHR have any

stronger effect than the principles enshrined in their own constitutional systems? Perhaps this was the hope of the drafters, but it turned out to be mere wishful thinking.

On the other hand, the nations that had not inscribed these principles in their legal systems - would the Universal Declaration have any effect over them?

From the discussions that went on in the various commissions of the UN on the specific articles of the Declaration, it comes out very clearly that the Declaration is a direct consequence of the Fuhrer's plans and the Nazi party's legal system.⁵ Because Hitler said this or that, because the Nazis did this or that, because a Nazi court decided this or that, we, the U.N. must create an article that contradicts those statements and those policies. Rarely would a rule, constitutional or otherwise, of one or more of the State members of the world organization serve as a model. The model was always to contradict, to oppose Hitler and his Nazi regime.

Some illustrations of the connection of the UDHR principles with Nazi policies:

Article 8 that guarantees remedy against violation of fundamental rights, which was commented in various meetings as in coherence with national rules, ended up as connected to what Hitler did.⁶

Article 9 ("No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile) derived from what had occurred in Nazi Germany, which Ingo Muller classifies as "the readiness of the Nazi courts to bow to the wishes of their political masters".⁷

Article 10 ("Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him") was drafted precisely to counteract the lack of independence of Nazi courts.⁸

Article 11(no punishment based on retroactivity of the law): because this principle was constantly violated by the Nazis, the drafters agreed to its inclusion in the Declaration.⁹

5. *Id.*, 43-45.

6. *Id.*, 48-49.

7. *Id.*, 49

8. *Id.*, 50.

9. *Id.*, 53.

And so Hitler and the Nazi regime were the guidelines of the drafting and redrafting of the U. Declaration. As Morsink comments on the Preamble of the Declaration (“Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind ...), this outrage was the drafters’ main motivation for proclaiming the Declaration.¹⁰

In reality the connection of the Declaration with Hitler’s program is very weak – because whereas the Declaration proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights, Hitler’s campaign was based on the extravagant contention that Jews, Gypsies and some other peoples were sub-humans. So what if a future Hitler will so declare? What about those Muslims who consider Jews as pigs, quoting their holy sources? The Declaration does not define who is a human being and so it does not address a prohibition of return to the Nazi’s absurdities, nor does it affect the radical Muslim view of the Jew, and perhaps of what they call “infidels” in general.

Articles 13 and 14 – Freedom of movement and residence, right to leave any country, right to asylum. Morsink says that the adoption of the rights contained in these articles can also be traced directly to the experience of the Second World War. “For many Jews, gypsies and others hunted down by the Nazis, to be able to leave Germany and be granted asylum elsewhere was a matter of life or death and therefore a question of their human rights.”¹¹

However, if we go back to the historical development of WWII, we shall verify that the denial of asylum of the Jews persecuted by the Nazis was due to the policy of the U.S., Canada and all other countries of the American Continent (South and Central), and due to Great Britain having practically closed the doors of Palestine to the Jews. So the need to establish an international right to asylum has much less connection to Nazi Germany than to the so called “Allies”.

The records of the first meeting of the Commission on Human Rights of the Economic and Social Council, held on Monday, April 29, 1946, which started at 3 P.M., registers the presentation of Mr. Henri Laugier, Assistant Secretary General of the U.N. in charge of Social Affairs, who, among other statements, said the following:

10. Id., 329.

11. Id., chapter 2, section 5

You will have to look for a basis for a fundamental declaration on human rights acceptable to all the UN. The acceptance of which will become the essential condition of the admission in the international community. You will have before you the difficult but essential problem to define the violation of human rights within a nation, which would constitute a menace to the security and peace of the world and the existence of which is sufficient to put in movement the mechanism of the U.N. for the maintenance of peace and security. You will have to suggest the establishment of machinery of observation which will find and denounce the violations of the rights of man all over the world. Let us remember that if this machinery had existed a few years ago, if it had been powerful and if the universal support of public opinion had given it authority, international action would have been mobilized immediately against the first authors and supporters of fascism and Nazism. The human community would have been able to stop those who started the war at the moment when they were still weak and the world catastrophe would have been avoided.”¹²

The various drafts that were composed in the different stages of the preparatory work of the Declaration¹³ never got near to the point of formulating a structure that would observe, find and denounce violations of human rights and subsequently mobilize immediate action in order to stop the warmongers and avoid human catastrophe. Excepting a reference in the Preamble of the final text to “peace in the world” and “development of friendly relations between nations”, nothing in the actual text of the Declaration relates in any way to “peace and security” as proposed by Humphrey.

The cause and effect theory connecting the atrocities committed during the Second World War with the Universal Declaration of Human Rights came out again very clearly during the final U.N. General Assembly debate in December 1948. This is the way various delegates expressed themselves on that occasion:

12. *Id.*, 14.

13. MARY ANN GLENDON, “A World Made New” 271-314, reproduces the following documents: The “Humphrey Draft”, The “Cassin Draft”, The June 1947 Human Rights Commission Draft, The Geneva Draft, The Lake Success Draft, The Third Committee Draft, and finally the Universal Declaration of Human Rights.

Charles Malik, the representative of Lebanon – “the document was inspired by opposition to the barbarous doctrines of Nazism and fascism.”

Lakshimi Menon, from India – “the Declaration was born from the need to reaffirm those rights after their violation during the war”.

Bogil Begtrup, from Denmark – “the drafters wanted to avoid the horrors of a new war”.

Jorge Carrera Andrade, from Ecuador – “from the ruins of destruction wrought by the Second World War, man had once again fanned the immortal flame of civilization, freedom and law”.

Count Henri Carton, the Belgian delegate – “the essential merit of the Declaration was to emphasize the high dignity of the human person after the outrages to which men and women had been exposed during the recent war”.

René Cassin, the French delegate – “the last war had taken on the character of a crusade for human rights and the Declaration was the most vigorous and the most urgently needed of humanity’s protest against oppression”.

Geoffrey Wilson, a United Kingdom delegate spoke of “the historical situation in which the Committee met. It was one where Germany and other enemy countries during the war had completely ignored what mankind had regard as fundamental human rights and freedoms. The Committee met as a first step toward providing the maximum possible safeguard against that sort of thing in the future.

Johanes Morsink concludes that “the Universal Declaration was adopted to avoid another Holocaust or similar abomination”¹⁴

Article 30 of the Declaration states that “Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein” which the members of the Commission connected to the Nazi regime’s perversities.

Various delegates argued forcefully for the inclusion of this article in order to check and prevent the growth of nascent Nazi, fascist or other totalitarian ideologies, as they considered that it was wrong to deny a possible recurrence; it was understood that article 30 provides the indispensable elements of defense against the possible rebirth of

14. JOHANNES MORSINK, “The Universal Declaration of Human Rights”, 36-7.

Nazism of fascism (arguments exposed by the Lebanese, the French and the Russian delegates).¹⁵ This is illusory: if the Declaration does not create any instrument to avoid or remedy infringements of any of the rights enumerated in its text, how does article 30 – simple words – provide a guarantee against the growth of a totalitarian ideology and consequential regime?

When a delegate in the Third Committee observed that the principles set in the Declaration were too well known and did not need to be stated again, Cassin responded that the argument “was invalid in light of recent events. Within the preceding years millions of men had lost their lives, precisely because those principles had been ruthlessly flouted, therefore it was essential that the UN should again proclaim to mankind those principles which had come so close to extinction and should refute the abominable doctrine of fascism.”¹⁶ The belief in the power of a mere proclamation was indeed the tonic of the assembled delegates.

The extent to which the Declaration has been interpreted as connected to Nazi Germany’s atrocities has reached the point where we read, with reference to articles 3, 4 and 5 (“Everyone has the right to life, liberty and security of person”, “No one should be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms” and “No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”) that these rules “are not simply Enlightenment reflexes, but profound reactions to what went on in the concentration camps.”¹⁷ These rights had been established by the western world in different occasions and in different ways much before Hitler’s perversities, so it is not very plausible to connect them with the events of the war that had just ended.

Another such grandiloquent, but equally equivocal statement, is where the analyst of the Declaration comments that the nazification of the German legal system taught the drafters that the strongest protection against systematic human rights violations is the kind of legal system Articles 6-12 prescribe. These are the articles that deal with the guarantees of legal protection, inclusive in courts of law. The German

15. *Id.*, 87.

16. MARY ANN GLENDON, 38-9.

17. JOHANNES MORSINK, 331.

Constitution carried all these guarantees and yet the German leadership, followed by the majority of its people, and mainly by the legal circles, accepted the total corruption of its legal system and the systematic violation of all human rights.

Mary Ann Glendon – in a more realistic analysis - sustains that a cool look at the document leads to the consideration that as far as the Great Powers of the day were concerned, the main purpose of the United Nations was to establish and maintain collective security in the years after the war, whereas the human rights project was peripheral, launched as a concession to small countries and in response to the demands of numerous religious and humanitarian associations that the Allies live up to their war rhetoric by providing assurances that the community of nations would never again countenance such massive violations of human dignity, whereas Britain, China, France, the United States and the Soviet Union did not expect these assurances to interfere with their national sovereignty.¹⁸

History has proven that the Great Powers were right in their skepticism and that the idealists never got what they looked forward to.

The connection of the Universal Declaration with Nazism and its crimes was generally accepted by scholarly community. The analysis of various authors demonstrates the generalization of the theory.

1) Shigeru Oda, in “The Individual in International Law” writes:

The cruelties and oppression of the Nazi regime in Europe brought the conviction both during and after the Second World War that the international recognition and protection of human rights for people throughout the world is essential to the maintenance of international peace and order.¹⁹

2) In a Textbook on Public International Law written specifically for students in the British law schools, we find the following statement:

However, the Second World War and the suffering inflicted under the Nazi regime gave new impetus to those demanding

18. MARY ANN GLENDON, “A World Made New”, xv-xvi.

19. In “Manual of Public International Law”, edited by MAX SORENSEN, 497.

international recognition and enforcement of fundamental human rights and freedom.²⁰

3) Paul G. Loren writes that

What ultimately tipped the scale in favor of human rights after the Second World War was the “unimagined destruction of human life in the genocide of the Holocaust’s Final Solution that exceeded all previously known bounds.”²¹

4) Levy and Sznajder affirm that

The horrors of the Holocaust formed the background against which human rights norms and host of other UN conventions initially established their legitimacy.²²

5) Micheline R. Ishay proclaimed that

The horror of the Holocaust would shape now international humanitarian law for decades to come.²³

And yet – it is important to stress - there is not one paragraph, not one line in the whole Declaration which guarantees that in the future, a persecuted people, a racial tribe, a religious or ethnic group will be protected by the United Nations – to which the Declaration is so very strongly and intimately connected.

As already quoted, the Preamble of the United Nations’ Charter’s states that

20. LORD TEMPLEMAN and ROBERT MACLEAN, “Public International Law”, 192.

21. Paul Gordon Lauren, “The Evolution of International Human Rights. Visions Seen.”, in IERIYE, GOEDDE and HITCHCOCK, “The Human Rights Revolution – An International History”, 54.

22. Quoted by G. Daniel Cohen, “The Holocaust and the ‘Human Rights Revolution’” in IERIYE, GOEDDE and HITCHCOCK, “The Humans Rights Revolution”, 55.

23. “The History of Human Rights. From Ancient Times to Globalization Era.” referred to by Daniel Cohen, “The Holocaust and the Human Rights Revolution” in IRIYE at all, 55.

“to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, ...”

The first sentence is generic, refers to war in the traditional sense, embracing the whole humanity, so it holds no specific protection for minorities; the second sentence is directed to the individual human person and to nations in general, but again no relation to what occurred in the war that had just ended.²⁴

In the Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, the Russian delegate Alexander Borisov proposed that article 7 which deals with discrimination, (“All are entitled to equal protection against any discrimination...”) should have an added paragraph stating that any advocacy of national, racial and religious hostility or of national exclusiveness or hatred and contempt, as well as any action establishing a privilege or a discrimination based on distinction of race, nationality or religion constitute a crime and shall be punishable under the law of the state.

On a later occasion, the Russian delegate Bogomolov added an important analysis by saying that “the affirmation of equality of individuals before the law should be accompanied by the establishment of equal human rights in political, social, cultural and economic life and that in terms of practical reality this means that one could not allow advocacy of hatred or racial, national or religious contempt.” He added that without such a prohibition, any Declaration would be useless. He did not accept the argument that to forbid the advocacy of racial, national or religious hatred constituted a violation of the freedom of the press or of free speech, as between Hitlerian racial propaganda and

24. There was a proposal for an article on minorities but in a different sense: it was meant to give people belonging to well-defined linguistic, ethnic, or religious minority groups the right to establish their own educational, cultural and religious institutions and to use their own language in the courts. It originated from countries of multicultural nations. However, as we remarked earlier, the United States and France opposed it strongly, because it went against the American culture of “melting pot” and the French assimilationist approach to diversity. See MARY ANN GLENDON, “A World Made New”, 119-120.

any other propaganda designed to stir up racial, national or religious hatred and incitement to war, there was but a short step. Freedom of the press and free speech could not serve as a pretext for propagating views which poisoned public opinion. Propaganda in favor of racial or national exclusiveness or superiority merely served as an ideological mask for imperialist aggression, which was how German imperialists had attempted to justify by racial considerations their plan for destruction and pillage in Europe and Asia.²⁵

The Russian delegate was condemning what became known years later as “hate speech”

The Russian delegation insisted that the proposal was a test whether or not the United Nations Organization was to be effective in its protection of minorities. On a later occasion, Pavlov, another Soviet delegate, brought up again his colleagues’ proposition, but it was not accepted.²⁶

After many discussions in the innumerable bodies of the Commission and in the other organs of the United Nations until the Declaration reached final approval by the General Assembly, article 7 states that “*all are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination*”.

Morsink distinguishes the Russian proposal from the final redaction by “one crucial difference”: the first one proposed the outright prohibition of advocacy or incitement to hostility, hatred and contempt, while the final text only guarantees protection against incitement.²⁷ Prohibition versus Protection.

I see a much wider distinction between the two formulations, which differ in two very important aspects: 1) the Russian proposal was directed to minorities as a collective group of human beings, whereas the final text of the Declaration merely protects individuals, as it starts by saying “All”, meaning everyone; 2) The Russian proposal characterized the violation of its precept as a crime, to be punished by the law of the state, whereas no such provision is found in the final text of the Declaration.

25. MORSINK, 70

26. Id., 71.

27. Id., 72.

With all due remembrance, respect and horror at the millions of victims of the cruel, criminal Russian regime of that time, it must be recognized that its delegation at the Human Rights Commission suggested a much better, more important, historically, politically and legally more adequate proposition than the formula than was finally approved.

Some authors recognize that the efforts viewing to establish human rights on an international plane reflected a widespread international desire to finish off the moribund interwar system of minority rights in favor of individual rights and so it established a framework that blocked the full-fledged recognition of self-determination and only offered weak protections to endangered minority groups while reinforcing the sovereign prerogatives of nation-states.²⁸

This is a sad description of the results reached by the movement for the “internationalization of human rights” but it is the correct analysis of what resulted from the UDHR.

The so much praised “internationalization of human rights” – it was actually empty of any real meaning, as it did not confront the great catastrophe that occurred during the WWII, it added nothing to what the constitutional democracies already guaranteed and it did not influence the States that do not respect human rights in their internal legislations..

On the Declaration’s Preamble second affirmation – twice quoted above - I have two remarks. It states:

“Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind (1) and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people (2).”

(1) – The barbarous acts which outraged the conscience of mankind did not stem from disregard for human rights. The unspeakable atrocities committed by Nazi Germany go much beyond the simple disregard of human rights. A state can disregard human rights and still not commit a mega-genocide. So there is no relation, no real connection between the barbarity of the WWII and the Declaration of Human Rights.

28. Daniel Cohen, “The Holocaust and the Human Rights Revolution” in IRIYE, GOEDDE, HITCHCOCK, “The Human Rights Revolution”, 56.

(2) - Freedom of speech and belief and freedom from fear and want are indeed great ideals, for which men and governments have to endeavor all possible efforts. But these ideals still do not constitute “the highest aspiration of the common people”. The first, highest, strongest, all-encompassing, everlasting aspiration of the “common people” as well as the not so “common people” is the right to life (provided for in article 3 of the Declaration), which was so wildly disrespected in both world wars and which found no reference in the Preamble, that sets the fundamental philosophical, historical, social, political and, in certain sense, the legal desiderata of the Declaration.²⁹

The concept of human rights is a very old conquest of civilization, as expressed in theology, in philosophy, in all religions, in political literature, and its origin is in the very first chapter of Genesis, the oldest book known to Humanity, still a best seller. This long history of conceptual respect for human rights has always been a matter of international recognition

As it comes out from the work of the Commission that prepared the Declaration, and the subsequent literature, Hitler ends up as the indirect cause of the human rights instruments, most especially of the Universal Declaration. That amounts to a horrific view of history, a preposterous historical and legal analysis of recent facts.

29. One of the drafts for the Declaration, called the “Lake Success Draft” (see Mary Ann Glendon, “A World Made New”, 294), went even further saying that:

Whereas disregard and contempt for human rights resulted, before and during the Second World War in barbarous acts which outraged the conscience of mankind and made it apparent that the fundamental freedoms were one of the supreme issues of the conflict.”

There is a long way between not respecting the fundamental freedoms and organizing the methodical, scientific, atrocious murder of an entire people or race or religion – any human group - dispersed all over a continent. The same critique applies to the Cassin Draft, which stated in the very beginning of its Preamble that

Ignorance and contempt of human rights have been among the principal causes of the suffering of humanity and particularly of the massacres which have polluted the earth in two world wars.

There is no correspondence between disrespect of human rights and organized, systematic massacres, as the former does not necessarily lead to the later.

Moreover – and a very important consideration - the drafters of the Universal Declaration of Human Rights had no moral authority to respond to Nazism, as they represented countries that could, but did not, avoid the Holocaust or, at least could have saved a considerable part of the victims. Actually, Hitler could not have materialized his perversion against the Jews were it not for the policy of the United States, followed by the allied States, of refusing them entrance when they could have escaped from Europe, a policy that gave the maniac in Berlin green light to proceed with his barbarous objective, which he materialized against the majority of the people that lived in the European continent that he had decided to eliminate.

Regarding the objectives of the UDHR, its Preamble proclaims that the “recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world”. Actually “freedom” and “justice” are human rights as well, so it would have been more precise to enumerate these two principles together with dignity and equality without conditioning the ones to the others.

It is not easy to understand the relation of individual human rights with peace in the world, or as the Preamble further adds about the essentiality of promoting the development of friendly relations between nations.³⁰

At the ceremony of concession of the Peace Nobel Prize to René Cassin, , Mrs. Aase Lionaes, chairman of the Nobel Prize Committee, who had been Norway’s representative at the U.N. from 1946 to 1965, stated that “today, where there is no respect for human rights and freedom, there is no peace either”.³¹

What is really the connection between individual human rights with peace in the world? Where is the evidence that governments that abuse their people’s human rights pose a greater threat to international peace? During the 20th century, various South and Central - American

30. As CHARLES R. BEITZ, “The Idea of Human Rights”, 19 puts it: “Broadly speaking, there are two distinguishable themes in the characterization given in the preamble of the declaration’s justifying aims: that international recognition of human rights is necessary to protect the equal dignity of all persons and that respect of human rights is a condition of friendly relations among states”.

31. JAY WINTER and ANTOINE PROST, “René Cassin and Human Rights – From the Great War to the Universal Declaration”, 261.

countries went through shorter or longer periods of dictatorial regimes, which restricted the rights of their citizens and violated fundamental human rights, and yet they did not represent a threat to peace in the world. The same goes for Portugal during the long regime of President Salazar in the 1940s and 50s. Did Franco's Spain threaten peace beyond its borders, even in the years of the civil war that was waged there in the 1930s?

Iraq, Cuba and Vietnam are referred as examples that human rights violating States are likely to go to war. This does not prove the point as dozens of states that do not respect human rights, yet never go to war. On the other hand, human rights observant States do some time go to war, but never against another human rights observant State. To be taken in consideration that interventions viewing the reestablishment of human rights many times lead to war.

Without in any way doubting the sincerity of the drafters of the Universal Declaration of Human Rights, the analysis of the horrors of the Second World War, and the further occurrence of other world shaking tragedies demonstrate, above any doubts, that the document did not relate to its declared causes, did not achieve its purposes, which were not at all fulfilled.

And from that moment in 1948 starts a long history of self-delusions, phantasies and lies, which eventually developed into a long chain of hypocritical situations, transforming the so-called campaign for international human rights into a theater of the absurd, led by the different organs of the United Nations through manifestations and grandiose events organized by the world entity, while tragedies of colossal proportions were going on, bringing about discrimination, persecution, human trafficking, torture, and above all, genocides of all kinds and sizes.

The drafting of the Declaration lasted almost three years, from April 1946 to December 1948, went through seven drafting stages, occupied hundreds of meetings, received hundreds of amendments and more than a thousand votes in discussions about all kinds of matters, but nothing appears in its text regarding how to secure peoples of the world against genocide, against systematic atrocities, no empowerments to the United Nations and/or to any group of member States to interfere immediately in order to save populations being persecuted and murdered.

The two basic Covenants – the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, followed by the innumerable Conventions and the hundreds of Resolutions of the United Nations approved during the following decades concentrated on statements of principles, legal concepts, general rules, multiple obligations, but nothing about saving the doomed by the powers of evil.^{32,33}

Characterization of the Universal Declaration

“No talk about natural law has saved the Jews from Hitler”³⁴

With this statement the author expressed his disagreement with the philosophical school that ties human rights to natural rights as he would rather support the theory that human rights can only be achieved through positivism, by express legal rules. And so he goes against the statement of Alfred Verdross that “human rights stand and fall with the recognition of natural law”.³⁵ Kunz proceeds to say that “to us it is exactly to the contrary, they stand and fall with positive law guaranteeing them and giving an effective remedy against their violation in indepen-

32. JOHANNES MORSINK, “The Universal Declaration of Human Rights” at 20, states that “there are today around two hundred assorted declarations, conventions, protocols, treaties, charters and agreements, all dealing with the realization of human rights in the world. Of these postwar instruments, no fewer than 65 mention in their prefaces or preambles the Universal Declaration of Human Rights as a source of authority and inspiration.” This was written in 1999. After that the volume of international diplomas only grew. The failure of the UDHR which will be analyzed further on, applies to all of those documents.

33. ERIC POSNER, “The Twilight of Human Rights Law” (2014) 92, refers to the existence of 300 human rights set in the multiple international diplomas: he enumerates one by one at 151-161.

34. Josef L. Kunz, “The United Nations Declaration of Human Rights”, *The American Journal of International Law*, vol. 43, 319 (1949).

35. In 1989, Louis Henkin in a course delivered at the Hague Academy of International Law (vol. IV, 1989), also maintained that both international law and domestic legal norms in Christian world had roots in an accepted morality in natural law and had common intellectual progenitors (Grotius, Locke, Vattel). ERIC POSNER, “The Twilight of Human Rights”, 11-12, referring to the U.S. Declaration of Independence and the French Declaration of the Rights of Man, states that at those times people often used the term “natural rights” rather than “human rights”, and adds that the terms “meant the same thing”.

dent and impartial courts”. And then he adds the statement that “no talk about natural law has saved the Jews from Hitler.”³⁶

Now, almost seven decades after the approval of the Universal Declaration of Human Rights we know that even if we were to attribute to the Declaration a legal, positivistic character, above natural law, it still did not help the millions who were tortured and murdered by the innumerable dictators that converted the second half of the 20th century in one long succession of rivers of blood, or the millions of women and children that have been and continue being sold out to slavery and sex, or the millions of women cruelly discriminated in the Muslim countries, or the hundreds of thousands of Christians discriminated and persecuted in those countries.

In a judgment by the Civil Tribunal of Brussels, the Universal Declaration of Human Rights was characterized for what it really is – a mere declaration, without force of law.

The Court said:

However the Universal Declaration does not have the force of law. Its sole aim is to express the common ideal to be attained by all peoples and all nations in order that by instruction and education respect for these rights and freedoms may be developed and that measures may be taken progressively to ensure that they are recognized and universally and effectively applied in the future ...”³⁷

This opinion that the U.D.H.R. is not a legal instrument has been expressed by various authorities³⁸, and was put by Supreme Court

36. Josef Kunz proceeds to say that “... the whole dispute about ‘natural law’ seems to this writer to be only a terminological quarrel. We men of the Christian Western culture firmly believe in the basic dignity of the human person. These ethical and religious convictions are sources which contribute to the contents of the positive, man-made law: but natural law is not law, but ethics.”

37. *M. v. United Nations and Belgium*, Civil Tribunal of Brussels (1966) 45 I.L.R., 446, referred to in L.C.GREEN, “International Law through the Cases”, 157.

38. IAN BROWNLIE, “Principles of Public International Law”, 554, who quotes the Corfu Channel case as saying “The Declaration is not a legal instrument, and some of its provisions, for example the reference to a right of asylum, could hardly be said to represent legal rules. On the other hand, some of its provisions either constitute general principles of law or represent elementary considerations of humanity.” That is a far cry from the proclaimed original intentions of the Commission of Human Rights

Justice and United States Ambassador to the United Nations, Arthur J. Goldberg:

The Universal Declaration has received universal recognition, but it remains just that, a declaration. In these two words thus, are reflected both the hope and the tragedy of human rights in our day. We agree all too often on principles, but practice and enforcement have not kept pace with pronouncements.³⁹

The authors of the Declaration recognized that acceptance of the wording for a legally-binding treaty would prove very difficult to obtain, but that it would be relatively easy to reach agreement on the text of a hortatory declaration. Therefore the U.N. Commission on Human Rights decided to work on a declaration and prepare one or more draft treaties thereafter. This resulted in the Universal Declaration of Human Rights in 1948, and many years later in the two already referred Covenants – on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights – which entered into force in 1976.⁴⁰

The Declaration was seen as having only moral force, as binding only in the sphere of conscience. As such every State is entitled to interpret its provisions in accordance with its own lights as to the ethical rights and wrongs of any given situation.⁴¹

As a tendency developed to upgrade the meaning and the value of the Declaration, international scholars have warned about the need to exercise restraint in describing it as a legally binding instrument.⁴²

when it began to draft the Declaration, attaching it to the atrocities of the IIWW, pretending to create a document that would not allow that history repeat the human suffering caused by the Nazi regime.

39. Goldberg, *Our Concerns for Human Rights*, 32 Congress Bi-Weekly, No.13, p. 8, at 9 (Nov. 15, 1965), as quoted by BURNS H. WESTON, RICHARD A. FALK, ANTHONY D'AMATO, "International Law and World Order", 629, who consider Ambassador Goldberg's dictum as "somewhat exaggerated". History has proven how right the Ambassador was.

40. THOMAS BURGENTHAL, "International Human Rights in a Nutshell", 24-5.

41. HERSCH LAUTERPACHT, "The Universal Declaration of Human Rights" in 25 British Yearbook of International Law, 370 (1948).

42. In OPPENHEIM's International Law, p. 1002, we read the following careful analysis:

Actually, denial of its legal character appeared at the very moment of its approval by the General Assembly of the United Nations on November 10, 1948, when the U.S. representative, Mrs. Eleanor Roosevelt said:

“It is not a treaty; it is not an international agreement. It is not and does not purport to be a statement of law or of legal obligation.”⁴³

“The Declaration has been of considerable value as supplying a standard of action and of moral obligation. It has been frequently referred to in official drafts and pronouncements, in national constitutions and legislation and occasionally - with differing results - in judicial decisions. These consequences of the Declaration may be of significance so long as restraint is exercised describing it as legally binding instrument. However, in the years since its adoption, the widespread acceptance of the authority of the Declaration has led some to the opinion that while the Declaration, as an instrument is not a treaty, its provisions may have come to be the embodiment of new rules of customary international law in the matter.”

43. 19 Dep’t State Bull. 751 (1948), as quoted by LOUIS HENKIN, RICHARD CRAWFORD PUGH, OSCAR SCHAECHTER and HANS SMIT in “International Law – Cases and Materials”, 606. At the same time, the authors refer to Sohn & Buergenthal, “International Protection of Human Rights”, 518-9, 522 (1973), that the duty to observe “faithfully and strictly” not only the provisions of the Charter of the U.N. but also the Universal Declaration, was proclaimed in various later declarations of the United Nations.

Mrs. Eleanor Roosevelt’s statement was expressed in the following manner:

In giving our approval to the declaration today, it is of primary importance that we keep clearly in mind the basic character of the document. It is not a treaty, it is not an international agreement. It is not and does not purport to be a statement of law or of legal obligation. It is a declaration of basic principles of human rights and freedoms, to be stamped with the approval of the General Assembly by formal vote of its members, and to serve as common standard of achievement for all peoples of all nations. SWEENEY, OLIVER and LEECH, “The International Legal System”, 629.

In the course of the drafting of the Declaration by the Commission on Human Rights in June 1948, Mrs. Roosevelt said:

The Declaration should not be in any sense a legislative document. The General Assembly was not a legislative body ... It was clear that the Declaration, as envisaged, did not create legal remedies or procedures to ensure respect for the rights and freedoms it proposed to the world; that ideal would have to be achieved by further steps taken in accordance with international and domestic law. The Declaration would have moral, not mandatory, force”.

On another occasion, at a meeting of the Third Committee, that preceded the U.N. General Assembly meeting which approved the Declaration, Mrs. Roosevelt made an enthusiastic statement about the document, in which she said:

This Declaration may well become the international Magna Carta of all men everywhere. We hope its proclamation by the General Assembly will be an event comparable to the proclamation of the Declaration of the Rights of Man by the French people in 1789, the adoption of the Bill of Rights by the people of the United States and the adoption of comparable declarations at different times in other countries.⁴⁴

These two manifestations of Mrs. Roosevelt are not necessarily conflicting. In 1948, still under the impact of the catastrophic consequences of the war, there was a deep urge to create conditions for a better world. But at the same time, there was a careful approach to respect the sovereignty of State members of the U.N. and not to interfere with their basic legal principles. So, on one hand there was a wishful thinking that the Declaration could bring about a world of peace and security, while the realization was present that each State should establish through its Constitution and legal system the necessary guarantees for reaching that goal. Mrs. Roosevelt was addressing one and the other position in each of her quoted manifestations.

Reproduced by Hersch Lauterpacht, "The Universal Declaration of Human Rights" in *British Yearbook of International Law* n 25 (1948), 358, fn 4.

SWEENEY, OLIVER and LEECH, at 630, quote Humphrey (as a publicist's view) who wrote the following positive text:

"Even more remarkable than the performance of the United Nations in adopting the Declaration has been its impact and the role which it almost immediately began to play both within and outside the United Nations – an impact and a role which probably exceed the more sanguine hopes of its authors. No other act of the United Nations has had anything like the same impact on the thinking of our time, the best aspirations of which it incorporates and proclaims. It may well be that it will live in history chiefly as statement of great moral principles. As such its influence is deeper and more lasting than any political document or legal instrument."

44. Hersch Lauterpacht, "The Universal Declaration of Human Rights", *British Yearbook of International Law* 25 (1948), 354.

When the Declaration was approved, the President of the General Assembly made a statement that expressed both aspects. He began saying that the document was simply a “declaration of rights that does not provide by international convention for States being bound to carry out and give effect to these rights, nor does it provide for enforcement”. On the other hand the President of the General Assembly believed the Declaration to be

a first step in a great evolutionary process. It is the first occasion on which the organized community of nations has made a declaration on human rights and fundamental freedoms, and it has the authority of the body of the United Nations as a whole, and millions of people - men, women and children all over the world, many miles from Paris and New York, will turn for help, guidance and inspiration to this document.⁴⁵

The Secretary General of the United Nations emphasized in his report to the General Assembly the significance of the Declaration drafted by the Commission on Human Rights. He said that “this declaration, the first attempt in history to write a ‘Bill of Rights’ for the whole world, is an important first step in the direction of implementing the general pledges of the Charter concerning human rights.”

The intellectual level of the Declaration was well defined by comments made at the time of its adoption, to the tune that the “Universal Declaration was written for ordinary men and women, for people of all walks of life and in all the different cultures of the world.”⁴⁶

Eleanor Roosevelt put this idea very bluntly when she declared that the Declaration was not intended for philosophers and jurist but for the ordinary people.⁴⁷

45. *Ibid.* At 356 Lauterpacht wrote:

“The practical unanimity of the Members of the United Nation in stressing the importance of the Declaration was accompanied by an equally general repudiation of the idea that the Declaration imposed upon them a legal obligation to respect the human rights and fundamental freedoms which it proclaimed.”

46. JOHANNES MORSINK, “The Universal Declaration of Human Rights”, 33.

47. *Id.*, 34.

To some, the history of the Declaration's title supposedly helps to clarify the real nature of the document. René Cassin proposed that the original title "International Declaration" be changed to "Universal Declaration" and he later wrote that 'Universal' meant that the Declaration was morally binding on everyone, not only on the governments that voted for its adoption, as it "was not an 'international' or 'intergovernmental' document, but was addressed to all humanity and founded on a unified conception of the human being."⁴⁸ This statement at the same time enhances the moral value of the document and recognizes its non-legal nature.

The development of this approach strengthened the general negation of legal characteristics of human rights documents. A realistic characterization of the Declaration was made by Hersch Lauterpacht – in an extremely legal-logical argumentation – showing, in 1948, that there is nothing in the document that limits the freedom of states and that proclaiming the rights of individual while scrupulously refraining from laying down the duties of states constitutes a juridical heresy. There are no rights of individuals unless as a counterpart and a product of the duties of the state; there are no rights unless accompanied by remedies. "That correlation" he affirms "is not only an inescapable principle of juridical logic, its absence connotes a fundamental and decisive ethical flaw in the structure and conception of the Declaration."⁴⁹

The development of the United Nations' history has not even shown any international moral opprobrium towards the States that do not abide by the human rights principles, let alone any substantial legal consequences to their constant atrocious violations of the principles set both in the Declaration and in the Covenants.

Pope John XIII, the great prince of the Catholic Church, the Pope of peace, fraternity and reconciliation, praised the Declaration in his encyclical *Peace on Earth*, as "an act of the highest importance".⁵⁰ That could be so, provided it developed into concrete legal measures and international action, an aspect outside of the Church's jurisdiction.

48. MARY ANN GLENDON, "A World Made New", 161, quoting from Cassin, "La Pensée et l'Action", 114.

49. Hersch Lauterpacht, "The Universal Declaration of Human Rights", 25 *British Yearbook of International Law*, 373 (1948).

50. MARY ANN GLENDON "A World Made New", 132.

The international situation of the immediate post world war II, the “iron curtain” formed by Soviet Russia around her satellites and the consequent tension that it caused, brought about the gradual vanishing of the wartime alliance, which made it difficult, if not impossible, to create an enforceable charter of human rights, even if such ideal may have materialized under normal circumstances.

A weighty reason for the unenforceable terms in which the Declaration was approved is exposed by the biographers of René Cassin:

Among the most powerful opponents of the Universal Declaration were the imperial powers of the time, Great Britain, France, the Netherlands, Portugal and Belgium. These states had absolutely no interest in helping colonized people to turn the Universal Declaration into a weapon to be used against their own supremacy. France opposed measures advanced by Cassin himself: the point at issue was the right of individual petition, which the Quai d’Orsay anticipated would produce an avalanche of claims from colonized people. Cassin made every effort to make the rights of petition acceptable to French diplomats, but to no avail. Manifestly, the Universal Declaration was framed in such a way as to enable the colonial powers to sign it, but once signed, the fight for realizing the aspiration stated in it had just begun.”⁵¹

A different characterization of the Declaration was pronounced by Louis Henkin, the eminent professor of Columbia University, who included the United Nations Charter, the Universal Declaration of Human Rights and the two Covenants (on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights) in the section on “International Human Rights Law” of his book on International Law.⁵²

He quotes Sohn & Buergenthal:

51. JAY WINTER and ANTOINE PROST, “René Cassin and Human Rights – From the Great War to the Universal Declaration” 349.

52. LOUIS HENKIN et al, “International Law – Cases and Materials”, 599. This is a far cry from Hersch Lauterpacht’s position in 1948 in “The Universal Declaration of Human Rights”, 25 *British Yearbook of International Law*, 369 (1948), who wrote that “not being a legal instrument, the Declaration would appear to be outside international law. Its provision cannot properly be the subject-matter of legal interpretation.”

The duty to ‘observe faithfully and strictly’ not only the provisions of the Charter but also of Universal Declaration was proclaimed by the General Assembly in the 1960 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. Similarly, the 1963 Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination recognized that every State shall ‘fully and faithfully observe the provisions of . . . The Universal Declaration of Human Rights’. Both declarations were adopted unanimously.

Taking these developments into account, the unofficial Assembly for Human Rights, which met in Montreal in March 1968, stated that the “Universal Declaration of Human Rights constitutes an authoritative interpretation of the Charter of the highest order, and has over the years become a part of customary international law.” The Declaration of Teheran, the official International Conference, which met in Iran’s capital in April-May 1968, reached a similar conclusion and proclaimed that the “Universal Declaration of Human Rights states a common understanding of the peoples of the world concerning the inalienable and inviolable rights of all members of the human family and constitutes an obligation of the members of the international community.” . . . The General Assembly of the United Nations in December 1968 endorsed the Proclamation of Teheran “as an important and timely reaffirmation of the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights”.⁵³

Concluding their view of the Declaration, Henkin et al, in a relatively positive note, state the following:

It has been suggested that the Universal Declaration, after the U.N. Charter, is the most influential instrument of the second half of the twentieth century. It underlies the entire international law of human rights, but, as the Declaration itself contemplated, its principal influence may have been to secure the recognition of human rights by states and instill the idea and the principles of human rights into the national constitutions and laws of virtually

53. Sohn & Buergenthal, *International Protection of Human Rights*, 518-519, 522, as reproduced in LOUIS HENKIN et al “*International Law – Cases and Materials*”, 606.

all states. The Universal Declaration has been copied or incorporated in numerous constitutions of new states.⁵⁴

This is the sweet illusion in which many legal scholars have lived throughout the second part of the 20th century. The Declaration as well as the Covenants and the various Conventions on different aspects of human rights suffer from a basic failure: a sizable portion of the member States of the United Nations – more than half - live under dictatorial regimes, some of them with intolerant religious legal systems that do not abide by the most elementary principles and values contained in these international instruments. A study by Freedom House counted 90 “free countries” out of 194 in 2013, where a free country is “one where there is open political competition, a climate of respect for civil liberties, significant independent civic life and independent media.” The other countries experience a range of human rights abuses.⁵⁵

One is led to recognize that, despite the opinion of a few eminent scholars and the proclamation of a few U.N. meetings, in reality, not only the Universal Declaration, but the other documents that followed, are mere declarations, wishful resolutions, that are not practiced in the larger number of States and so do not protect the majority of humankind.

Saudi Arabia abstained from the General Assembly vote that approved the Declaration, because of the article that equates men and women’s rights to marry and the article that refers to the right to change one’s religion (articles 16 and 18). Previously when the Declaration was being discussed in the Third Committee, the Saudi delegate Jamil Boroodi accused the drafters of considering “only the standards recognized by Western civilization and ignoring more ancient civilizations which were past the experimental stage, and the institutions of which, for example marriage, had proved their wisdom through the centuries. It was not for

54. Theodor Meron, “Human Rights Law-Making in the United Nations – A Critique of Instruments and Process”, 276, refers to the Universal Declaration of Human Rights as “a truly remarkable instrument” but does not substantiate or explain in what way the document is remarkable.

55. ERIC POSNER, “The Twilight of Human Rights”, 4. Countries that receive the highest scores include the United States, Canada, Australia, New Zealand and most European countries. Israel – that has a highly developed, well-functioning democratic system is not usually mentioned, as a consequence of the generalized demonization campaign of the Jewish State.

the Committee to proclaim the superiority of one civilization over all the others or to establish uniform standards for all the countries in the world.”⁵⁶ This was a honest position taken by a State that did not - at the time of the Declaration’s approval - and continues not respecting human rights and makes no secret of it.⁵⁷ Similar charges of ethnocentrism were raised by other members of the U.N. such as States that made up the Soviet bloc as well as the Union of South Africa.

The United Nations grew more than three times since 1948, the Declaration became a real ethnocentric document, as witnessed by the relative – actually diminutive - application of human rights in the great, ever growing number of non-democratic States that became members of the organization. It is important to take in consideration that at the time the Declaration was approved, in 1948, the U.N. membership was composed of 21 countries of North and South America, 16 countries of Europe, 14 Asian countries, 4 African countries and 3 South Sea Island countries, a total of 58 member States. In 2014 the United Nations was composed of 194 members, the majority ruled by non-democratic, non-human rights respecting regimes. Therefore, despite its title, the Universal Declaration can only have limited applicability and attempts to enforce it globally are bound to fail.

Wolfgang Friedmann wrote that while in theory the Declaration reflects “a universal concern of mankind, in fact, the disparity of standards, systems and values is too great to make an effective international organization possible in this field”.⁵⁸ This was written in 1964: the 50 years that have gone by have proven the correctness of the Columbia University professor’s foresight.

In 2012 we had a clear, express manifestation of the lack of universality of the Universal Declaration, not only *de facto*, but also *de jure*.

56. JOHANNES MORSINK, “The Universal Declaration of Human Rights – Origins, Drafting & Intent”, 24.

57. Saudi Arabia is not so honest anymore ...In 2007 it ratified the treaty banning discrimination against women, whereas by law it subordinates women to men in all legal areas. The punishing system in this country follows Middle Age patterns: amputation of a hand for theft, stoning for adultery, one hundred lashes of a whip for sexual relations before marriage, death by decapitation for apostasy, etc. Gilles Cuniberti, “Grands Systèmes de droit contemporain” according to book review by Vivian Grosswald Curran, *American Journal of Comparative Law* 2013, 724.

58. WOLFGANG FRIEDMANN, “The Changing Structure of International Law”, 63.

This came out bluntly from the Association of South East Asian States (ASEAN) Human Rights Declaration adopted at a meeting of Heads of State/Government of the countries belonging to the Association.

Articles 6 and 7 of the ASEAN Declaration proclaim:

6. The enjoyment of human rights and fundamental freedoms must be balanced with the performance of corresponding duties as every person has responsibilities to all other individuals, the community and the society where one lives.

7. All human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. All human rights and fundamental freedoms in this Declaration must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis. At the same time, the realization of human rights must be considered in the regional and national context bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds.

The U.S. State Department issued a statement expressing concern at the limitations and qualifications of the ASEAN text, which “could weaken and erode universal human rights and fundamental freedoms as contained in the UDHR.”⁵⁹

In a later manifestation, a Deputy Assistant Secretary of State explained U.S. concerns, saying that “the Declaration (of ASEAN) subordinates respect for fundamental freedoms to an assumed cultural context. Yet universal human rights are just that – universal. These rights are not Western, or Eastern. These rights are not subject to regional and national limitation. These rights do not bear in mind political, economic, legal, social, cultural, historical or religious backgrounds. Subordinating

59. American Journal of International Law, 2013, 237-9. The State Department’s statement reads as follows: “While part of the ASEAN Declaration adopted on November 18 tracks the UDHR, we are deeply concerned that many of the ASEAN Declaration principles and articles could weaken and erode universal human rights and fundamental freedoms as contained in the UDHR. Concerning aspects include the use of the concept of “cultural relativism” to suggest that rights in the UDHR do not apply everywhere; stipulating that domestic laws can trump universal human rights; incomplete descriptions of rights that are memorialized elsewhere; introducing novel limits to rights; and language that could be read to suggest that individual rights are subject to group veto.

universal rights to domestic law is a departure from more than 50 years of established international practice of human rights, going back to the UN Declaration.”⁶⁰

The concerns and the critique of the State Department are naïve, if not hypocritical, as the Declaration of the ASEAN countries does nothing more than honestly proclaim what has been known and practiced from the very beginning by the non-democratic states – either total or at least partial rejection of fundamental principles of human rights proclaimed in the various UN documents.

The Review of the International Commission of Jurists of 1983 published an analysis of the Declaration, under the heading “The Universal Declaration at 35”, authored by Phillip Alston, in which he observed:

It is sometimes suggested that ‘the doctrines of human rights as embodied in the Universal Declaration of Human Rights may not be relevant to societies with a non-Western cultural tradition or a socialist ideology’. In its extreme form such an approach would thoroughly undermine the existing system for the international protection of human rights and create a ‘free for all’ situation in which each dictator and each military junta, as well as each democratically elected but embattled government could design its own bill of rights to suit not only local traditions but also its own self-interest.⁶¹

Alston and the State Department personnel would do good to go back to the classic commentaries on the UDHR and to the declarations of the drafters of the document – as referred to above - in order to have a better view of the non-universality of the Universal Declaration.

Besides, what is preferable: a simple hypocritical adhesion to the UDHR by a state or group of states that manifestly do not respect its principles, or an honest declaration that restricts human rights, so that the rest of the world knows exactly where a state or a group of states stands on the matter?

60. *Ibid.*

61. Alston, “The Universal Declaration at 35” in *Review of International Commission of Jurists*, n. 31, 1983, 60, reproduced in STEINER and VAGTS, “Transnational Legal Problems”, 445.

Against the belief that there can be no fully universal concept of human rights, is a very strongly stated text, which proclaims the following:

It is sometimes suggested that there can be no fully universal concept of human rights, for it is necessary to take into account the diverse cultures and political systems of the world. In my view this is a point advanced mostly by states, and by liberal scholars anxious not to impose the Western view of things on others. It is rarely advanced by the oppressed, only too anxious to benefit from perceived universal standards. The non-universal, relativist view of human rights is in fact a very state-centered view and loses sight of the fact that human rights are *human* rights and not dependent on the fact that states, or groupings of states, may behave differently from each other so far as their political, economic policy and culture are concerned. I believe, profoundly in the universality of human spirit. Individuals everywhere want the same essential things: to have sufficient food and shelter, to be able to speak freely, to practice their own religion or to abstain from religious belief; to feel that their person is not threatened by the state: to know that they will not be tortured, or detained without charge, and that, if charged, they will have a fair trial. I believe that there is nothing in these aspirations that is dependent upon culture, or religion or stage of development. They are keenly felt by the African tribesman as by the European city-dweller, by the inhabitant of a Latin American shanty-town as by the resident of a Manhattan apartment.”⁶²

The text reveals the hope of humanity but does not reflect the position of a great part of the Member States of the United Nations, which are the ones that decide who will live and who will die, who will have a secured live and who will live in torment, who will enjoy the benefits of State security and who will be discriminated, who will go around free and who will lose his liberty and suffer torture, who will practice freely his religion and who will be imprisoned, tortured and even killed for daring to stay loyal to his faith.

62. J.D. HARRIS, “Cases and Materials on International Law”, 626, who attributes the text to Higgins (sic).

The major problem however lays elsewhere: as I have pointed out in the first part of this essay, the Universal Declaration of Human Rights, as well as the two following Covenants have a basic, fundamental deficiency – the Declaration in its entirety and the Covenants, besides very brief dispositions regarding the needs of the state parties, are directed exclusively to natural persons⁶³, without considering the protection of communities, of peoples, the collective in general, whereas the history of the 67 years since the approval of the Declaration consists of transgressions of catastrophic dimensions against human groups. Taking aside the atrocities committed during the Second World War, human rights were never so vilified, human life was never so cheapened, there was never so much suffering of collectivities caused by other collectivities or by tyrants as after the approval of the Declaration of Human Rights, despite all the subsequent treaties, conventions, resolutions, declarations, commissions, councils, conferences, international and regional courts and other initiatives of the society of nations in the last seven decades, all pretending to protect peoples and individuals .

The idealistic view of Harris, that every human being on earth is entitled to be protected could never be materialized based on a document that directs itself to the individual, because the member states of the United Nations, the states that approved the UDHR, have different policies towards their citizens, as a result of their culture, religion, political system. However with a document that would clearly authorize

63. LOUIS HENKIN et al, p. 598: “International Human Rights generally, the Universal Declaration, and, notably, the International Covenant on Civil and Political Rights, address the rights of natural persons only.” A historical analysis of the UDHR by Hilary Charlesworth reports that John Humphrey, of the UN Secretariat, charged with preparing the first draft of the UDHR, borrowed a provision relating to the rights of people belonging to ethnic, linguistic and religious minorities from a draft bill of rights drawn up by Hersch Lauterpacht in 1945. The draft provided for the rights of these groups to their own schools and to their own cultural and religious organizations as well as to the use of their language in public institutions. Supported by States such as Denmark, the Soviet Union and Yugoslavia, it was strongly opposed by Eleanor Roosevelt who observed that there were different ethnic and linguistic groups in the US, but insisted that “there were no minority problems”. In the Third Committee doubts were raised about the provision from countries with significant immigrant population such as Australia, Brazil, Canada and Uruguay, concerned that it would discourage assimilation. Most probably this was also the concern of the U.S. delegation. The provision did not survive to the final wording of the Declaration.

the world community to intervene in any state for committing atrocities against its own people, the African tribesman and the Latin American shanty-town resident would probably not reach the standard of the European city dweller and the Manhattan apartment resident, but at least he would have a good chance to be saved from the worst persecutions, from atrocious behavior of his government or of the majority of his compatriots; and so, from one intervention after another, the states that do not respect their citizens, would slowly, but surely, begin to consider the need to move to a policy that would avoid interventions from outside. The habit of avoiding the worst acts, would eventually lead them to a better, softer, kinder way of treating their peoples.

In other words, by avoiding the worst, the leaders of the African tribesmen and of the Latin American shanty-town dwellers would get nearer and nearer to treat their people on a basis of human dignity and eventually reach to the full recognition of human rights. Intervention by the world community, strong intervention but practiced with careful strategy and respectful techniques could perhaps change the “other side” of the globe.

An important consideration is the principle set in the Charter of the United Nations, article 2 (7) which promised that

“Nothing contained in the present Charter should authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state. ...” Unfortunately this principle had strong repercussion in the successive tragic atrocities and genocides.

To be taken in consideration that the human rights promises fell far short of the expectations and this was to be expected for each of the principal victorious power had troublesome human rights problems of its own. The Soviet Union had the *Gulag*, the United States its *de jure*⁶⁴

64. Actually *de facto* discrimination as well, as black people still sat in the back of the buses, among various other forms of differentiation based on race. The American Bar Association Journal of February 2014, at 72, reports on the civil rights sit-ins that took place in various States of the South in 1960 as a protest against the denial of serving black people at stores' lunch counters. Acting Secretary of State Dean Acheson wrote in 1946 that “the existence of discrimination against minority groups in this country has an adverse effect upon our relations with other countries” Book review by David Sloss (“Socializing States: Promoting Human Rights through International Law” by Ryan Goodman and Derek Jinks) American Journal of International Law 2014, 578.

racial discrimination, France and Great Britain, their colonial empires, so it was not in their interest to draft a Charter that established an effective international system for the protection of human rights, which is what some nations advocated.⁶⁵ On more than one occasion the Russians delegates attacked the British colonial policies and made reference to the lynching of African Americans in the United States, to which an English delegate responded with a long statement about the Russian concentration camps set up by Stalin, about which the Russian government was keeping absolute silence.⁶⁶

Very unfortunately both sides were right. However, these reciprocal accusations did not affect the progress of the work toward concluding a text that could be accepted by the members of the Human Rights Commission.

Conclusions

The drafters of the UDHR have done a major historical mistake by tying the principles and rules of the Declaration to the Hitler's devilish regime.

Scholars that have followed this analysis have equally erred.

The Declaration is addressed to the protection of individuals, but does not deal with minorities, with any kind of human collectivity that suffers under dictatorships and cruel regimes and this is where the real suffering is concentrated.

Actually the Declaration is a mere declaration, has no force of law and was a wasted effort.

The States most involved in drafting the Declaration where at the same time violating basic human rights, which demonstrates the hypocrisy of those countries.

The majority of the States that make up the United Nations in our time are not human rights observant in their internal affairs, let alone in their relationship to the world.

The hypocrisy has continued throughout almost seventy years as practically never did the U.N. or a group of States raise to bring real help to a persecuted minority.

65. THOMAS BUERGENTHAL, "Human Rights in a Nutshell", 18.

66. JOHANNES MORSINK, "The Universal Declaration of Human Rights", 40.

Legal literature, the position of many States, as well as U.N. further proclamations and declarations are very vehement regarding the importance and the validity of the UDHR, totally oblivious of the realities on the ground.

Terrible sufferings have affected and continue affecting millions of people all over the world, victims of persecutions, discriminations, ethnic cleansings, atrocities of all kinds and actual genocides. The Universal Declaration of Human Rights and the documents that followed have had no influence over those tragedies.

CAPÍTULO XLI

SETENTA ANOS DE PENSAMENTO JURÍDICO SOBRE AS NAÇÕES UNIDAS

Miguel de Serpa Soares¹

1. Introdução

Todas as comemorações são uma boa ocasião para refletir sobre o que passou, o que foi construído e o que perdura. A comemoração em 2015 dos cem anos do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional é certamente uma dessas ocasiões. Cem anos em que o pensamento, a prática e a formação do Direito Internacional evoluíram de forma assinalável. 2015 é também o ano em que se comemoram os setenta anos das Nações Unidas. Tal como resulta da sua Carta fundadora, o Direito Internacional é um dos pilares da esperança e ambições dos “povos” que se congregam nas Nações Unidas. Vale a pena, por isso, aproveitar a inspiração destas duas efemérides para refletir sobre a forma como diferentes abordagens de Direito Internacional têm perspectivado as Nações Unidas, contribuindo, assim, para construir aquele que é um centro de paz, desenvolvimento e humanismo. Tudo isto tendo sempre presente que, conforme referiu o Secretário-Geral das Nações Unidas, Ban-Ki Moon, aquando das comemorações dos setenta anos da adoção da Carta das Nações Unidas, “*anniversaries are about the future*” (UN, 2015).

Com a adoção da Carta das Nações Unidas a 26 de Junho de 1945, foram afirmadas as bases da nova ordem internacional, assente em princípios comuns que iriam reger as relações internacionais no período que começava com o fim da Segunda Grande Guerra. Nas palavras de Cot e Pellet, «*sans doute écrivent-ils pour les “générations futures”, mais ce sont les démons d’une guerre que n’est pas encore*

1. Sub-Secretário-Geral para os Assuntos Jurídicos e Conselheiro Jurídico das Nações Unidas. O autor agradece a preciosa colaboração de Mateus Kowalski, *First Legal Officer* do *Office of the Legal Counsel* das Nações Unidas, colaborador e amigo de longa data.

terminée qu'il s'agit de conjurer» (1991: 6). É envolto neste espírito que surgem as referências no preâmbulo da Carta à paz, à segurança, aos direitos fundamentais do ser humano, à igualdade, à justiça, ao Direito Internacional, ao progresso e à liberdade. Tudo o que havia sido posto em causa à escala planetária no conflito que havia terminado (Kowalski, 2005). Os “povos das Nações Unidas” afirmaram, assim, a sua vontade em cooperar para viver num clima de paz e segurança, promovendo o bem-estar e renunciando ao uso da força armada, num espírito de tolerância.

O desenvolvimento do Direito Internacional acolhe este entusiasmo. Assim, com a Carta das Nações Unidas inaugura-se uma nova era normativa que para Falk (1969) e Cassese (1984) se contrapõe à ordem clássica vestefaliana. Depois da vivência da Segunda Grande Guerra, com os desenvolvimentos políticos, sociais e económicos que se lhe seguiram, bem como com a expansão e densificação do Direito Internacional, dos sujeitos e da complexificação das inerentes relações jurídicas, vão surgindo uma grande variedade de doutrinas de Direito Internacional. As Nações Unidas pareciam então despertar o mesmo interesse, enquanto novidade revolucionária, que a formação do Estado moderno despertou nos “fundadores do Direito Internacional” nos séculos XVI-XVII.

Pretendendo-se aqui compreender como é que diversas vertentes marcantes do pensamento sobre o Direito Internacional perspetivam as Nações Unidas, o critério que aqui será mobilizado tem por referência o valor atribuído à normatividade pura do Direito Internacional. Assim, a análise desta questão focar-se-á, por um lado, no pensamento que traduza uma abordagem normativista do Direito Internacional – em que o foco está na vinculatividade jurídica da normatividade e na sua abstração – e, por outro, no pensamento que traduz uma abordagem política do Direito Internacional – que por sua vez centra o foco mais no contexto da normatividade e menos no seu carácter jurídico-vinculativo. As fronteiras que os separam não são rigorosas, havendo situações de sobreposição nos seus fundamentos e no seu discurso. Contudo, é possível encontrar perspetivas distintas em cada uma delas, algumas conflitantes, no que respeita a uma abordagem jurídica às Nações Unidas.

Neste sentido, o que se pretende ilustrar é a diversidade de perspetivas sobre as Nações Unidas que mimetizam a própria diversidade e abrangência da Organização, dos seus membros, dos seus funcionários, e dos

povos e indivíduos a que está ao serviço. Uma diversidade de perspectivas que, por sua vez, tem contribuído para o enriquecimento das Nações Unidas na pluralidade e na abrangência de soluções, numa permanente renovação para dar resposta efetiva aos problemas do mundo em constante e rápida mudança. Neste sentido, não se pretende com este artigo discutir as doutrinas em si, mas antes realçar a riqueza e a diversidade das suas construções jurídicas sobre as Nações Unidas e também a forma como a existência da Organização provoca um estímulo para o desenvolvimento dessas mesmas doutrinas de uma forma concertada e por vezes até harmoniosa. Por isso também, não se pretende com este texto analisar todo o espectro do pensamento sobre Direito Internacional – tarefa, de resto, apenas possível num volume de maior fôlego – mas apenas assinalar os afloramentos doutrinários porventura historicamente mais marcantes ou que, pelo menos, possam servir o propósito central de expor a diversidade do pensamento jurídico sobre as Nações Unidas.

Como mote para esta reflexão, valerá a pena recordar as palavras do diplomata brasileiro Leão Velloso que, na cerimónia de assinatura da Carta das Nações Unidas em S. Francisco, afirmou – em português – que “através da Carta manteremos a paz no mundo e [...] ordenaremos as relações entre todos os povos de acordo com os princípios do Direito e da justiça”² (UN, 1945: 672).

2. *Abordagens Políticas*

As abordagens políticas – aquelas que valorizam mais o contexto da normatividade e menos o seu carácter jurídico-vinculativo – incluem pelo menos três linhas de pensamento, no que respeita à novidade que trazem no âmbito do “modelo da Carta das Nações Unidas”, que interessam analisar³: a continuação de correntes clássicas,

2. Tradução da versão em inglês do discurso de Leão Velloso conforme consta das atas da Conferência de S. Francisco que levou à adoção da Carta das Nações Unidas: “by [the Charter] means we shall maintain peace in the world and [...] we shall order the relations among all peoples in accordance with its principles of law and justice” (UN, 1945: 672). O texto do discurso que consta das atas é uma tradução para inglês do discurso proferido originalmente em português.

3. Segue-se aqui a linha de organização doutrinária proposta por Kowalski (2013) no que respeita às abordagens políticas ao Direito Internacional.

que se traduz na manifestação da subsistência e desenvolvimento de abordagens anteriores, incluindo a abordagem sociológica por Scelle ou Virally; uma nova tendência do que poderá ser apelidado de “ativismo jurídico”, de que são exemplo quer a politização do Direito Internacional, por autores como McDougal, Schwarzenberger ou Tunkin, quer as chamadas “perspetivas de terceiro mundo” das quais Bedjaoui é um dos autores incontornáveis.

2.1. As Nações Unidas como Centro de Solidariedade

O contributo do objetivismo sociológico para o Direito Internacional é inquestionável na medida em que sublinhou a importância da consideração da realidade social na formação do Direito Internacional, conferiu significado à comunidade internacional no Direito positivo e introduziu o indivíduo como um sujeito imediato de Direito Internacional. Esta corrente faz assentar a dinâmica internacional num conceito de solidariedade social própria dos indivíduos, mais do que num mero aglomerado de Estados ou de entidades interestaduais. A sociedade internacional seria, assim, antes de mais uma sociedade de indivíduos.

É, aliás, perceptível que várias das observações de Scelle – um dos seus autores-bandeira –, nomeadamente sobre o “desdobramento funcional”, mantêm hoje ainda a sua validade (Cassese, 1990). Segundo Scelle, os funcionários estaduais podem ter um papel dual: no contexto da ordem jurídica interna, eles agem enquanto agentes dos órgãos de soberania; no plano da ordem jurídica internacional, eles operam enquanto agentes internacionais, nomeadamente participando no processo de deliberação e decisão em organizações internacionais bem como de negociação de tratados, funcionando assim como legisladores internacionais (1932). As Nações Unidas ilustram, até certo ponto, esta abordagem de Scelle. Contudo, o autor assinalava a falta de consistência orgânica das Nações Unidas que, na sua opinião, era devida em grande medida ao facto da paz e segurança depender do acordo dos cinco membros permanentes (1948).

O pensamento incontornável de Scelle foi evoluindo no pós-Segunda Grande Guerra, agora influenciado pela novidade revolucionária que eram as Nações Unidas, sendo desenvolvido também por outros autores, embora com um discurso mais pragmático. Virally foi um dos

autores que mais de perto seguiu a linha do objetivismo sociológico (1985). Na opinião de Virally, a normatividade jurídica é indispensável «*au développement de la coopération nécessaire à la préservation ou au rétablissement de la paix*» (1985: 278). A paz é pois encarada por esta corrente como dependendo do Direito Internacional que seja formado e aplicado por referência ao contexto político em que se situa, que por sua vez se encontra limitado por normas jurídicas que impedem o abuso de poder (Virally, 1966). Na síntese de Virally «*l'ordre juridique internationale fait partie de l'ordre politique [...] Inversement, la politique est aussi incluse dans le droit*» (1985: 32).

As Nações Unidas foram caracterizadas por Virally como um instrumento de universalização, de unificação e desenvolvimento – a “Organização mundial” (1974). Como instrumento de universalização, as Nações Unidas fomentaram e receberam os impactos da descolonização, refletindo atualmente a universalidade da própria sociedade internacional. Depois, as Nações Unidas seriam um instrumento de unificação do sistema internacional, servindo como uma base de aproximação de ideologias, de unificação jurídica, e de unificação funcional no sentido do reforço dos laços de cooperação em áreas que os Estados não têm capacidade para gerir individualmente. Mas, sobretudo, as Nações Unidas seriam um instrumento de desenvolvimento, enquanto emanação do princípio de solidariedade que caracteriza o objetivismo sociológico. Na perspectiva de Virally, a abordagem sociológica elevaria o princípio da solidariedade a estatuto de princípio jurídico sobre o qual se edificam as formas modernas de cooperação (1969). Referindo-se à Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados⁴, Virally (1974) observa que soberania e igualdade são faces da mesma moeda. O autor admite, contudo, uma desigualdade compensatória como manifestação do princípio da solidariedade que assim, tal como a igualdade soberana, teria um fundamento jurídico.

As Nações Unidas sem dúvida que encerram atualmente uma importante dimensão de solidariedade próxima da perspectivada pelo objetivismo sociológico. O auxílio humanitário em situações de crise, como na atual crise dos refugiados em fuga do conflito que consome a Síria,

4. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/3281 (XXIX), de 12 de dezembro de 1974.

a ação para o desenvolvimento, nomeadamente no contexto da execução dos Objetivos de Desenvolvimento do Milénio⁵, ou a proteção do ambiente comum, que teve um momento importante no final de 2015 com a realização da Conferência de Paris sobre as Alterações Climáticas, são apenas alguns exemplos. A noção de solidariedade encontra igualmente expressão na regulação jurídica sob os auspícios das Nações Unidas no que respeita a Área, ao espaço ultraterrestre e à Antártida, que integram o acervo do património comum da humanidade⁶. A própria positivação dos crimes graves de relevância internacional – tais como os previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional –, que traduz por sua vez a tentativa de conferir proteção jurídica a bens e interesses comuns da humanidade, não deixa de ser uma manifestação implícita de uma ideia de solidariedade em torno da dignidade humana que é comum e igual a todos.

Existe ainda um longo caminho a percorrer para que se encontrem reunidas as condições para a plena solidariedade internacional, pelo menos tal como idealizada pelos cultores do objetivismo sociológico. A elevação de um princípio jurídico de solidariedade ao estatuto de eixo principal das relações internacionais não é hoje mais do que uma aspiração. Ainda assim, parece inquestionável que a solidariedade é atualmente uma dimensão relevante no sistema internacional, ao lado das dimensões de coordenação e cooperação, afirmando-se as Nações Unidas como um dos seus maiores intérpretes.

2.2. As Nações Unidas como Centro de Consensos e Equilíbrios

As abordagens políticas ao Direito Internacional defendem que a distinção absoluta entre Direito Internacional e política internacional é ar-

5. Os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milénio foram elaborados na sequência da adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração do Milénio em 2000, com um prazo de implementação até 2015 (Resolução A/RES/55/2, de 8 de setembro de 2000). Em 2015 foi adotada uma nova agenda para o desenvolvimento que vem dar sequência a estratégia iniciada com a Declaração do Milénio (ver secção 2.3. deste artigo).

6. *Vide*, respetivamente, a Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982; o Tratado sobre o Espaço Ultraterrestre de 1966; e o Tratado da Antártida de 1959.

tifical, acrescentando que embora não seja metodologicamente correto confundir política internacional com Direito Internacional, este último não é certamente neutro. Com base nesta premissa, os autores destas abordagens fazem da doutrina do Direito Internacional um instrumento de ação política (Dinh et al., 2003). Este diálogo de perspectivas ideologicamente não coincidentes encontrou nas Nações Unidas um lar. Embora seja um exemplo mais extremo e, felizmente, já superado, as disputas entre as abordagens jurídicas ditas “ocidentais” e “socialistas” durante a Guerra Fria são disso mesmo um exemplo ilustrativo.

A abordagem “ocidental”, de vertentes ideológicas muito diversificadas, colocava o Direito Internacional ao serviço de objetivos da política internacional, demonstrando uma evidente ligação do Direito Internacional às Relações Internacionais. Certos autores, entre os quais se destacam McDougal (1953) e Schwarzenberger (1956), identificavam a finalidade do Direito Internacional com a ação política anticomunista. Daí a necessidade de se escolher politicamente um Direito que melhor promovesse a “sociedade mundial livre”, entre, na opção proposta por McDougal, «*a law promoting human indignity or a law promoting human dignity*» (1953: 140). “Dignidade humana” que está aqui ligada à ética individualista das sociedades democráticas ocidentais. Um Direito que se assumisse apenas como científico e abstrato não seria, pois, adequado para a ação política necessária no momento de crise que se vivia na Guerra Fria. A abordagem política justificava-se, assim, pela urgência e a gravidade da crise política naquele momento da história. Assim, para McDougal e Lasswell, «*for the visible future at least the lead must of course be taken by scholars and public figures physically located in the non-Soviet world*» (1987: 8). Tal não impediria, todavia, que a evolução tecnológica e a crescente interação na sociedade internacional pudessem vir a ligar os porta-estandartes da dignidade humana e os regimes totalitaristas num destino comum (McDougal, 1987).

Embora admitisse que o “antagonismo de Guerra Fria” pudesse possivelmente ser reduzido a um estado de paz por via da aplicação de princípios clássicos de Direito Internacional, Schwarzenberger entendia que tal não seria expectável, até porque «*by itself, international law cannot decree the salvation of humanity*» (1956: 383). Por isso, assinalando o estado caótico em que se encontraria o Direito Internacional,

Schwarzenberger (1947) propôs um método indutivo que seria capaz de traduzir a realidade por oposição a um método idealista baseado na dedução especulativa. Neste sentido, a análise da realidade levaria a concluir que apenas a soberania das duas superpotências da época era real. Logo, na relação entre os dois blocos, a soberania «*which has raised its anarchical head*» (Schwarzenberger, 1956: 378) não era jurídica mas antes política. Uma soberania que obrigaria a uma coexistência sob o medo do extermínio mútuo. Neste contexto intelectual, a paz confundia-se com a ausência de guerra, e não mais do que aquilo que Schwarzenberger define como um «*inter-war period, sometimes called peace*» (1956: 383).

Assim sendo, esta concepção nutria um certo ceticismo relativamente à capacidade das Nações Unidas em cumprirem os objetivos consagrados na Carta das Nações Unidas, tal como por exemplo no que dizia respeito ao desenvolvimento de um sistema eficaz de promoção e proteção de direitos humanos (McDougal, 1964). A bipolarização do mundo, para mais num contexto de iminente violência em larga escala, traduzia-se necessariamente na paralisia das Nações Unidas.

No que respeita à abordagem “socialista”, ela foi desenvolvida essencialmente nas academias do “bloco comunista”. Assumia um valor político contestatário e anticapitalista, sendo atribuído ao Direito Internacional uma função de garante da coexistência pacífica e, assim, de bloqueio ao modelo liberal ocidental. O Direito Internacional de matriz “socialista” reporta-se àquele que era tido como tal pelos Estados governados por partidos comunistas e que se autodenominavam por “Estados socialistas”, o que não inclui os países em desenvolvimento de “orientação socialista”. A doutrina “socialista” tem um cariz histórico-sociológico e assume-se como uma teoria legitimadora da política externa de cada um dos “Estados socialistas” (Schweisfurth, 2000). O Estado, único ator internacional dotado de soberania, era assim o principal sujeito de Direito Internacional. Por outro lado, do ponto de vista jurídico-político, o internacionalismo socialista era entendido como o conjunto de princípios gerais de Direito que regulam as relações entre o proletariado organizado em Estados (Uibopuu, 2000).

Apesar de uma parte dos teóricos da doutrina “socialista” estabelecer uma conexão entre as relações económicas internacionais e o Direito Internacional (Dinh et al., 2003), outros autores relegam este domínio

científico para um papel mais marginal. Tal era, por exemplo, o entendimento seguido por Tunkin ao referir que «*international law is a normative subsystem of the international system which in turn is a component of human society as a whole*» (1978: 9). O Direito Internacional seria um elemento de classe, que expressa os interesses da classe económica e politicamente dominante numa sociedade. Daí a importância da oposição concetual entre o Estado “capitalista” e o Estado “socialista”: se a vontade do primeiro se confundia com a vontade da classe económica e politicamente dominante desse Estado, já a vontade do segundo refletia a vontade do povo guiado pela classe trabalhadora (Tunkin, 1978).

Tunkin (1978) sublinhava que, à época, existiriam duas superestruturas político-económicas antagónicas – o bloco capitalista e o bloco comunista. Segundo Tunkin, as Nações Unidas materializavam os elementos comuns internacionais que existiam entre os dois sistemas (1969). As Nações Unidas teriam como função garantir a coexistência pacífica entre as estruturas económicas opostas. A regra básica do sistema internacional, a da coexistência pacífica, teria a sua expressão máxima na regra da unanimidade das grandes potências no Conselho de Segurança (Tunkin, 1969). Neste sentido, Tunkin mostrava-se contrário a qualquer reequilíbrio de forças orgânico entre a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança que levasse a uma supremacia do primeiro sobre o segundo, na medida em que tal poderia levar a que os pequenos Estados na Assembleia fossem manietados pelas potências ocidentais fora da vigilância e do equilíbrio de poderes mantido pelo Conselho de Segurança. Esta seria, assim, uma paz não-inclusiva e que, na relação entre os dois blocos – a que importava –, se limitaria à preocupação com a manutenção do estado de ausência de guerra.

Com o fim da era bipolar em 1989 acabou também a letargia que se vivia no Conselho de Segurança quase desde a fundação das Nações Unidas. A revitalização do Conselho de Segurança acarretou consigo a própria revitalização das Nações Unidas, em particular no domínio da paz e segurança internacionais. A intervenção no Iraque em 1991 autorizada pelo Conselho de Segurança⁷ foi um dos primeiros sinais

7. A Resolução S/RES/1990/678 de 29 de Novembro de 1990 constitui a base jurídica para a intervenção. Dos cinco membros permanentes, apenas a China se absteve, tendo todos os restantes quatro votado a favor.

concretos de que se iniciara uma nova era nas Nações Unidas. Num sentido mais estrutural, a Agenda para a Paz⁸, uma estratégia de grande folgo elaborada em 1992 pelo Secretariado das Nações Unidas a pedido do Conselho de Segurança e que procurava recentrar nas Nações Unidas as questões da paz e segurança internacionais, resultou das novas oportunidades de consenso e compromisso que então surgiram.

O antagonismo que o mundo e, logo, as Nações Unidas experienciaram durante a Guerra Fria, apesar de ainda representar o maior período histórico da vida da Organização – 44 anos –, é algo que não se antevê que possa voltar a acontecer no futuro. O projeto de sistema de segurança coletivo tal como consagrado na Carta das Nações Unidas não foi posto em prática. Contudo, a Organização foi capaz de funcionar como uma plataforma de consensos e equilíbrios. Ao mesmo tempo, a Organização sofreu um reajustamento orgânico liderado em grande medida pelo Estados do movimento dos não-alinhados surgido na sequência das conferências de Bandung em 1955 e Belgrado em 1961, tendo a Assembleia Geral assumindo protagonismo, incluindo nas questões de paz e segurança, face ao Conselho de Segurança. A resolução conhecida como “Unidos para a Paz”⁹ ou o estabelecimento das operações de paz foram expressões desse reajustamento.

O Direito Internacional tem efetivamente uma importante dimensão política, embora tal não equivale a reduzi-lo a um mero discurso de natureza política ou a um simples instrumento de política conjuntural. Neste sentido, o Direito Internacional é também expressão normativa de um diálogo político que acomoda consensos e gera equilíbrios, orientado por um ideal de justiça. Esta sua condição torna-o necessariamente imperfeito se comparado com um sistema jurídico estadual, da mesma forma que as Nações Unidas serão sempre imperfeitas sempre que comparadas com um sistema político-constitucional estadual. É este tipo de analogia que gera ceticismos relativamente às potencialidades do Direito Internacional e das Nações Unidas na organização da sociedade internacional. Uma analogia que é epistemologicamente incorreta e deve ser afastada.

8. Documento A/47/277 – S/24111 de 17 de Junho de 1992.

9. Resolução A/RES/377(V), de 3 de Novembro de 1950.

2.3. As Nações Unidas como Motor do Desenvolvimento

Ainda no contexto do “ativismo jurídico”, merece igualmente referência a linha das “perspetivas do terceiro mundo”. Desenvolvendo-se essencialmente no decurso dos processos de descolonização com incremento na década 1960 e por autores originários de antigas colónias, colhe influências em várias das doutrinas abordadas neste artigo e diferentes fundamentos ideológicos. Por exemplo, alguns autores do “mundo desenvolvido”, como sejam Falk (1968) ou Chaumont (1970) foram também de grande influência.

A preocupação dos cultores desta abordagem centrava-se essencialmente na construção de uma nova ordem internacional, em particular ao nível económico, que acolhesse democraticamente os Estados novos. O exemplo do debate em torno do regime jurídico da sucessão de Estados é paradigmático (Bedjaoui, 1971), nomeadamente no que respeita à oposição a doutrinas que defendiam o princípio da continuidade por contraponto ao da *tabula rasa*. O ponto de partida era a constatação da injustiça que resultava da divisão entre os países desenvolvidos do norte, muitos dos quais antigos colonizadores, e os países em desenvolvimento do sul. Esta constatação levou a que Bedjaoui observasse que «*the two hemispheres are thus contrasted by poverty and affluence, and this North-South divide bodes ill for peace*» (1979: 34). É neste quadro que surge um discurso sobre a cooperação Sul-Sul (Mahiou, 1983).

Para esta linha de pensamento, o foco centrava-se essencialmente, e de uma forma abrangente, no desenvolvimento socioeconómico. Do ponto de vista normativo, a pedra angular era o “direito ao desenvolvimento”, um direito subjetivo que se situa no edifício dos direitos humanos. Era um direito que traduzia um princípio unificador do dever geral de cooperação a nível internacional e que demonstrava o carácter integrado do Direito Internacional (Abi-Saab, 1996). Neste quadro, a produção e comércio das matérias-primas encontravam-se no centro da divisão Norte-Sul. Assumindo que existe uma repartição injusta, as matérias-primas seriam um elemento de competição de poder quanto ao acesso a este tipo de recursos. Assim, as matérias-primas transformavam-se em “armas” políticas (v.g. a “arma alimentar” ou a “arma petrolífera”) que poderiam ser utilizadas para condicionar

a paz (Bennouna, 1983). Para esta abordagem, o Direito Internacional teria aqui uma importante função reguladora. A problemática jurídica estaria em assegurar as aspirações dos países em desenvolvimento em, simultaneamente, controlarem as suas matérias-primas e comercializá-las nas melhores condições. O “direito ao desenvolvimento” e toda a construção jurídica que daí emanava apresentava-se como fator essencial na sustentação da paz.

As Nações Unidas são o palco maior deste “ativismo jurídico”. É por isso muito acertada a abordagem de Bedjaoui (2008) quando assinala seis méritos às Nações Unidas nesta matéria: o ter colocado os problemas económico-sociais no centro da sua atividade; o ter feito do desenvolvimento uma condição de paz; o ter criado uma estrutura institucional dedicada às questões económicas e sociais, incluindo organismos como a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, ou as comissões económicas regionais, assim como a organização de conferências internacionais sobre a temática; o ter instaurado o diálogo sobre os problemas económicos mundiais; o ter inovado e enriquecido conceptualmente os métodos para realizar o desenvolvimento, introduzindo uma verdadeira “ideologia do desenvolvimento”; e o ter elaborado um quadro normativo destinado a favorecer o desenvolvimento.

Embora a agenda do desenvolvimento tenha sido inicialmente impulsionada pelos novos Estados saídos dos processos de descolonização, ela constitui hoje um eixo central na aglutinação de todos os Estados em torno das Nações Unidas e dos princípios que as informam. Atualmente, as Nações Unidas assumiram um renovado desafio com a recente adoção da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável¹⁰. Esta nova agenda para o desenvolvimento congrega um compromisso em torno de 17 objetivos almejando, nos próximos quinze anos, terminar com a pobreza extrema, combater a iniquidade e a injustiça, e fazer face às alterações climáticas. A importância histórica que constitui a adoção desta Agenda apenas pode ser superada pelo que significará se aqueles 17 objetivos se acharem efetivamente cumpridos em 2030.

10. Resolução A/RES/70/1 de 25 de Setembro de 2015.

3. Abordagens Normativistas

No que respeita à abordagem normativista – a que valoriza a vinculatividade jurídica da normatividade e a sua abstração –, interessará analisar pelo menos três linhas de pensamento, no que respeita à novidade que trazem no âmbito da “era da Carta das Nações Unidas”¹¹: a continuação de vertentes clássicas, que se traduz na subsistência e desenvolvimento de abordagens anteriores, nomeadamente através do positivismo jurídico do pós-Guerra de Kelsen, que acentua o papel das Nações Unidas no quadro da teoria da “Paz pelo Direito”; a novidade do positivismo pragmático de Dupuy, Lachs ou Rousseau, que perspetiva as Nações Unidas como um veículo da humanização no desenvolvimento e aplicação do Direito Internacional; e a reconstrução mais atual do constitucionalismo global ensaiada anteriormente nos anos 1960.

3.1. As Nações Unidas como Mecanismo da Paz pelo Direito

O normativismo inspirado na chamada “Escola de Viena” e explicado na “teoria pura do Direito” foi desenvolvido por Kelsen (2005) o qual procurou depurar a ciência do Direito de elementos de outros domínios científicos (como a filosofia). Separou a norma pura (o dever-ser) do seu contexto histórico e social (o ser). O fundamento da norma pura assentava numa outra norma fundamental situada num nível hierárquico superior que não foi criada por nenhuma fonte formal – a *Grundnorm* (Kowalski e Serpa Soares, 2011). Esta abordagem defendia o primado do Direito Internacional, fundado na razão universal: a sua negação seria a negação do Direito Internacional e consequentemente, nas palavras de Kelsen, «*l'affirmation pure et simple de la force brute*» (1926: 323). O Direito Internacional teria um domínio de validade material universal, podendo as suas normas incidir sobre qualquer facto ou objeto (Kelsen, 1932).

Kelsen é uma das maiores referências da “teoria da paz pelo Direito”. Na sua obra *Peace Through Law* (2008) defendeu que o Direito seria a única via para alcançar a paz universal. Na sua conceção, a paz

11. Segue-se aqui a linha de organização doutrinária proposta por Kowalski (2013) no que respeita às abordagens normativistas ao Direito Internacional.

deveria assentar em instituições internacionais e, em última análise, ser organizada no âmbito de uma confederação de Estados ou mesmo, posteriormente, no âmbito de um Estado Federal Mundial (2008). Neste sentido, o autor defendia a eliminação da ideia de soberania, obstáculo a qualquer tentativa de organizar a ordem internacional e, em última análise, à desejável constituição de um Estado universal (1926).

Escrevendo pouco antes do final da Guerra, em 1944, Kelsen (2008) entendeu que esta hipótese seria de facto viável. E assim propôs a criação de uma “Liga Permanente para a Manutenção da Paz”. A Liga estabeleceria os mecanismos de garantia necessários para a manutenção da paz no seu seio. A instituição proposta por Kelsen, cujo projeto de tratado constitutivo se encontra detalhado no anexo I à obra supracitada, conferia um papel central à função judicial que deveria ser capaz de se impor ao poder executivo. Para garantir a paz seria necessário que existisse um tribunal internacional de justiça que resolvesse os litígios entre os Estados e que fosse dotado de mecanismos realmente eficazes para a execução das suas decisões. Afirmava Kelsen que enquanto tal não se verificasse «*any further progress on the way to the pacification of the world is absolutely excluded*» (2008: 14). Haveria, assim, uma obrigação dos Estados Membros de submeterem as suas disputas à jurisdição compulsória do tribunal da Liga. As suas decisões eram vinculativas, tal como hoje acontece no caso do Tribunal Internacional de Justiça quando aprecia litígios entre Estados. Contudo, ao contrário do projeto de Kelsen, o Tribunal Internacional de Justiça apenas aprecia litígios quando ambas as partes no litígio deem o seu consentimento prévio ou posterior ao litígio. Trata-se de uma manifestação do soberanismo que ainda se encontra fortemente implementado nas relações sociais internacionais.

O positivismo moderno continuado por Kelsen (2003) após a Segunda Grande Guerra continuava a assentar na ideia de uma normatividade pura que decorria de uma norma superior hipotética. Assim, na medida em que no entendimento de Kelsen «*the end of war is the beginning of peace*» (2003: 67), caberia aos tratados estabelecer os termos dessa paz. A entrada em vigor da Carta das Nações Unidas constituía, por isso, um momento fundador da ordem do pós-guerra. A criação das Nações Unidas marcou assim o pensamento de Kelsen, até porque materializava a sua ideia abstrata de construção de uma “Liga Permanente para a

Manutenção da Paz” (Kelsen, 2008), embora, na opinião do autor, de forma imperfeita. Na sua obra de comentário à Carta (1950), embora algo crítico quanto a certas incongruências textuais-normativas da Carta, Kelsen afirmou com não escondida esperança que «*the purpose of the United Nations is world peace*» (1950: 19). A Carta das Nações Unidas seria, assim, a argamassa jurídica na arquitetura da paz mundial.

3.2. *As Nações Unidas como Organização da Humanidade*

Quanto à novidade do positivismo pragmático, marcado naturalmente por uma abordagem normativista formal, os seus cultores preferem socorrer-se do método empírico por via do qual o Direito positivo seria determinado por referência à prática internacional observável, à jurisprudência e às normas emanadas das fontes de Direito reconhecidas. Negando a noção de soberania voluntarista como fundamento sólido e durável do Direito, o positivismo pragmático reconhece contudo que a política tem levado o domínio jurídico para próximo do Estado, o que tem gerado impasses. Esta linha reflete a oposição entre as abordagens normativistas e políticas ao Direito Internacional.

Para esta linha de pensamento, o Direito Internacional é um Direito intersocial de coordenação. Por isso, defendia Rosseau que «*droit intersocial, droit inter-étatique, droit pluraliste, droit de coordination [...] ne sont que variantes pour exprimer la même idée*» (1958: 463). Esta será uma conceção que vai claramente para além das relações interestaduais. As manifestações deste entendimento são várias. Por exemplo, a referência de Dupuy à existência de um património comum da humanidade, juridicamente tutelado, traduz uma perspectiva muito abrangente do Direito Internacional nos planos material, pessoal e temporal, encerrando igualmente uma importante dimensão ética: «*l’humanité se pense au-delà des vivants*» (1985: 500). Ou, como defendia Lachs (1984), a relação jurídica entre o ser humano e a natureza evoluiu da conduta clássica assente nas preposições “o mundo que nos rodeia” e *terra nullius* para um nível que inclui a relevância jurídica dada ao património comum da humanidade entendida como um todo. Por outro lado, ainda, a noção de responsabilidade internacional direta dos Estados, que afasta qualquer conceção voluntarista, é encarada como condição jurídica da independência dos Estados

(Rousseau, 1948). Torna-se, assim, dominante a perspectiva universalista que, reconhecendo a heterogeneidade da sociedade internacional, atribui ao Direito Internacional o papel de evitar o domínio e a exploração de um grupo por outro. Nas palavras de Lachs, «*a legal system embracing the whole of humanity [...] is not a postulate – is a reality*» (1984: 246). As Nações Unidas seriam o principal centro da produção de normatividade para a humanidade e onde a comunidade internacional construiria as normas gerais de conduta que a vinculariam (Lachs, 1984).

As reflexões de Dupuy (1981) são centrais na construção do positivismo pragmático e na análise das Nações Unidas segundo uma perspectiva jurídica. Na conhecida elaboração de Dupuy, o autor distinguiu entre o “Direito relacional” e o “Direito institucional” que coexistem na ordem jurídica internacional (1981). O primeiro reportar-se-ia ao modelo clássico de relações interestaduais horizontais, em que se observa de forma marcada uma relação entre poder e Direito. O segundo respeitaria à tendência para os Estados se agruparem numa coletividade normativa e institucional, onde despontam os poderes supranacionais. Ambos estariam presentes nas Nações Unidas, com objetivos opostos mas que acabariam por se complementar.

No plano institucional, o aumento do número de membros das Nações Unidas no seguimento dos processos de descolonização era encarado como um progresso determinante no sentido fazer das Nações Unidas a “Organização da Humanidade”. Em particular, as Nações Unidas serviam de palco onde os países em desenvolvimento abatidos por séculos de colonização se poderiam afirmar face aos ricos, conferindo ao mesmo tempo à Organização o papel de depurar os traços ainda existentes do colonialismo. Nas palavras de Dupuy, “*l’Organization mondiale [...] offre aux nations démunies une tribune pour clamer leur misère*” (1981: 44).

E neste sentido, as Nações Unidas são hoje uma organização não apenas de composição quase universal, na medida em que compreende quase todos os Estados do mundo entre os seus membros, como também uma organização aberta a outros intervenientes não-estaduais no contexto de um multilateralismo que se estende para além da mera discussão entre governos, e que envolve a sociedade civil e até o sector privado. O Painel de Pessoas Eminentíssimas sobre as Relações entre as Nações Unidas e a Sociedade Civil, presidido pelo antigo Presidente do

Brasil, Fernando Henrique Cardoso, propôs um conjunto de medidas para o desenvolvimento da relação entre as Nações Unidas e a sociedade civil, bem como com o sector privado, com os parlamentos e com as autoridades locais (United Nations, 2004). O Painel defendeu não apenas uma maior legitimação democrática do processo de governação global como também a assunção pelas Nações Unidas da liderança global na coordenação do processo de aproximação do poder à sociedade civil. A possibilidade de organizações não-governamentais participarem nos trabalhos do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, através de um estatuto consultivo, constitui um bom exemplo desta abertura à sociedade civil numa organização que, apesar de tudo, é de composição intergovernamental.

Contudo, Dupuy via o objetivo da coexistência pacífica sobre o qual as Nações Unidas foram construídas como um conceito negativo na medida em que pressupõe uma avaliação das vantagens e das desvantagens da vida em paz. Para Dupuy, a Carta fora concebida sobre a necessidade de coexistência entre as cinco grandes potências com assento permanente no Conselho de Segurança (1981). A coexistência pacífica não teria fundamento na Carta das Nações Unidas na medida em que tal pressuporia o acordo das grandes potências, o que durante a Guerra Fria não se verificou. Neste sentido, os conflitos entre as grandes potências só poderiam ser resolvidos fora da Organização, no plano relacional (Dupuy, 1981).

Ainda assim, as Nações Unidas, no plano institucional, colocavam à disposição dos seus membros meios para a resolução pacífica dos seus conflitos, nomeadamente os elencados no capítulo VI da Carta, essenciais para dar eficácia ao princípio da proibição do uso ou ameaça do uso da força, tal como consagrado no artigo 2.º, n.º 4 da Carta. Dupuy considerava, contudo, que a plena eficácia das Nações Unidas neste domínio requeria a constituição de uma “polícia internacional” (1981).

Na altura em que Dupuy fez estas observações, o *peacekeeping* acontecia numa base consensual e com o objetivo de simples interposição quase passiva e de observação. O facto de nunca terem sido concluídos os Acordos previstos no artigo 45.º da Carta, que se refere à disponibilização às Nações Unidas de contingentes militares em prontidão, causava pois alguma frustração quanto à capacidade da Organização em desempenhar a sua missão de manter a paz e a segurança internacionais.

Atualmente, as intervenções com base no capítulo VII, o estabelecimento de mandatos robustos para operações de paz e o *peacebuilding* são uma expressão clara do fortalecimento da capacidade das Nações Unidas no domínio da paz e segurança. A existência de contingentes militares e de polícia sob comando das Nações Unidas e com mandatos robustos tem-se, pois, vindo paulatinamente a materializar, mesmo se tal ainda não aconteça – e poderá nunca vir a acontecer – nos moldes de uma força verdadeiramente internacional permanentemente ao serviço das Nações Unidas.

3.3. As Nações Unidas como Centro da Governança Global

Um dos dilemas mais complexos das propostas universalistas para a percepção, explicação e progressiva transformação da sociedade internacional prende-se com a legitimidade do Direito Internacional para regular a globalização, ou melhor, os fenómenos globais. A regulação da globalização tem um enorme risco associado de ser um veículo global de expansão de poderes dominantes. Tal será assim quando os processos de produção normativa sejam conformados pelos interesses de algumas potências, e em qualquer dos casos, não tenham uma verdadeira ligação com o substrato humano da ordem pública internacional. A instrumentalização do Direito Internacional pelo poder individual de um Estado ou grupo de Estados, agora à escala global, é pois, uma das potenciais consequências do universalismo de reta razão. Dilema que não passa despercebido às correntes do universalismo na medida em que a legitimidade do Direito Internacional é uma questão de intenso debate teórico.

Sem prejuízo de existirem várias perspetivas quanto à intensidade da integração necessária para a governança global, a verdade é que diversas correntes do universalismo consideram essencial uma autoridade universal capaz de organizar a realidade, proporcionando soluções eficazes para as questões que só podem ser resolvidas ao nível global (Roberts e Kingsbury, 1993; Rensenbrink, 2001). Nessa medida, as Nações Unidas são frequentemente apontadas como uma sede de poder única que reúne condições para, potencialmente, desempenhar um papel central na governança global (Boutros-Ghali, 1995; Falk, 2001).

A governança global, fortemente influenciada pela narrativa liberal das Relações Internacionais (Bogdandy et al., 2008), encontra no

constitucionalismo global um discurso jurídico atrativo que lhe confere sustentabilidade e estruturas de ação. Por seu lado, o constitucionalismo global assume, pelo menos de forma implícita, o projeto da governação global (Senghass, 1993). O ressurgimento atual desta doutrina – já anteriormente ensaiada por autores como Verdross (1963) ou Friedman (1964) – acontece num momento de globalização dos fenómenos humanos e de aceleração da história, bem como da deslocalização do processo governativo para níveis além do Estado. É perante a necessidade de complementar o constitucionalismo nacional, numa adequação à realidade globalizada, que surge a proposta do constitucionalismo global (Kowalski, 2009). A diluição do poder do Estado noutras níveis políticos para além dele, a exigência cada mais forte da globalização da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos direitos humanos, acorrentada à prática da “boa governação”, provocam novas pulsões constituintes, complementado e fazendo infletir as ordens constitucionais nacionais. No fundo, a proposta do constitucionalismo global oferece uma compensação normativa para os défices constitucionais estaduais induzidos pela globalização (Peters, 2009). Neste sentido, o constitucionalismo global é porventura uma das mais importantes alterações estruturais dos últimos tempos no âmbito da teoria do Direito Internacional, tendo vindo a marcar de forma prevalecte o debate na disciplina (Machado, 2006; Schwöbel, 2010).

Apesar de, em última análise, o constitucionalismo global ter como meta a criação de um modelo jurídico de ordenação da realidade globalizada, trata-se contudo de uma construção doutrinal que arranca de enfoques diferentes – e até mesmo contrastantes – no que respeita à globalização e ao conteúdo de quais são os interesses comuns da comunidade global. Os direitos humanos (Gardbaum, 2008) e o comércio livre global (Trachtman, 2009) são exemplos ilustrativos. Apesar de ambos os enfoques poderem contribuir para a leitura constitucional do Direito Internacional, a interação entre direitos humanos e comércio livre global pode ser conflituante (Petersmann, 2006). Por exemplo, conforme salientou o Conselho de Direitos Humanos da Nações Unidas, a promoção do direito à alimentação requer um equilíbrio entre a liberalização do comércio agrícola e a consideração dos direitos dos mais pobres e vulneráveis, designadamente os que habitam em países em desenvolvimento sem condições para competir a nível global (United Nations, 2002).

Objetivos clássicos do constitucionalismo, tais como o respeito pelo primado do Direito, a promoção e proteção dos direitos e liberdades dos membros da comunidade, a separação dos poderes, a solução pacífica de conflitos, ou a adequada criação das normas necessárias à comunidade, são também agora encarados ao nível internacional – trata-se, pois, de um constitucionalismo para além do Estado (Kumm, 2004). Este fenómeno de “replicação” tem evidentes reflexos nalguns dos mais relevantes desenvolvimentos que marcam hoje o Direito Internacional, do ponto de vista do discurso, de institutos jurídicos e da estrutura do *corpus juris*, ou ainda de instituições internacionais.

A tese que refere a Carta das Nações Unidas como a Constituição da comunidade internacional é, neste aspeto, paradigmática (Fassbender, 2009). A Carta das Nações Unidas tem sido referida por alguma doutrina como capaz de assumir o lugar de estatuto jurídico fundamental organizador da comunidade internacional¹². Analisando – da perspectiva do constitucionalismo global – o regime da Carta no contexto da ordem pública universal é, pois, possível encontrar base para cinco elementos constitucionais (Kowalski, 2009): a matriz para o núcleo de Direito imperativo – o *jus cogens*; a supremacia hierárquica no seio do ordenamento jurídico internacional – por via do artigo 103.º da Carta; a garantia dos direitos fundamentais do ser humano; um processo constitucional de modificação – consagrado nos artigos 108.º e 109.º da Carta; e uma estrutura orgânica dirigida à organização da comunidade internacional – as Nações Unidas, dotado de um órgão com poderes supranacionais como o é o Conselho de Segurança quando atua no âmbito do Capítulo VII da Carta.

Trata-se sem dúvida de um exercício excessivamente formalista. A própria expressão “Constituição da comunidade internacional” deve ser sempre entendida como encerrando uma dimensão metafórica (Dupuy, 1997). Em todo o caso, não pode deixar de ser reconhecido que o resultado discursivo deste exercício é a identificação de um instrumento formal que funciona como uma conceção jurídica para a afirmação

12. Todavia, uma parte dos cultores desta doutrina não se sente completamente confortável com este paralelismo. Por exemplo, Peters prefere antes falar na «*emergence of various, fragmentary constitutions which transcend the more and more porous boundaries between domestic and international law and between public and private law*» (2003: 139).

de valores e princípios estruturantes de uma comunidade internacional, tais como a paz, a tolerância, a proteção dos direitos humanos, a justiça, o progresso social ou a igualdade (Fassbender, 2009). Este é um elemento poderoso da narrativa do constitucionalismo global. Por um lado, confere sustentabilidade à doutrina providenciando um referente claro na articulação do discurso. Por outro lado, permite identificar uma sede para a governação global – as Nações Unidas (Kowalski, 2006).

4. Conclusão

As Nações Unidas têm, ao longo da sua história de setenta anos, motivado construções doutrinárias e análises de Direito Internacional muito ricas e diversificadas. Este não é, contudo, um caminho de um só sentido: o conjunto de reflexões jurídicas sobre as Nações Unidas, várias das quais referidas neste artigo, foram, por sua vez, muito importantes no desenvolvimento da Organização, das suas estratégias, mecanismos e ação, ao longo destas últimas sete décadas.

A forma como diferentes abordagens teóricas de Direito Internacional perspetivam de forma diversa e com enfoques variados as Nações Unidas lembram que a Organização é ela própria uma entidade plural e congregadora da diversidade. E, neste sentido, as Nações Unidas são também uma organização de equilíbrios. Só assim é possível congrega os Estados, na sua diversidade histórica, cultural e de interesses, e harmonizar a sua ação em prol da paz e segurança internacionais, do desenvolvimento, e da promoção e proteção dos direitos humanos, como prevê o artigo 1.º, n.º 4 da Carta das Nações Unidas. A procura desses equilíbrios pode muitas vezes redundar em soluções que estão longe de serem as ideais para uma situação concreta. O equilíbrio pode até por vezes tornar-se, erradamente, um fim em si mesmo. Mas isso não significa que as Nações Unidas, e muito em particular o Secretariado que tem uma função eminentemente internacional e independente dos Estados, concedam nos valores e princípios que informam a Organização desde há setenta anos. Nos tempos atribulados que hoje se vivem, as Nações Unidas têm mais do que nunca uma responsabilidade determinante na governação mundial em nome dos “povos das Nações Unidas”.

Os dilemas e desafios com que as Nações Unidas se deparam têm aumentado de complexidade, exigindo ainda mais da Organização.

Situações como as alterações climáticas, as pandemias, os conflitos armados não-convencionais internacionalizados, as crises económicas globalizadas, os fluxos migratórios forçados, o recrudescimento do terrorismo internacional ou a criminalidade organizada transnacional são exemplos desses dilemas e desafios aos quais as Nações Unidas têm incessantemente procurado dar resposta. Esta cada vez maior pressão sobre a Organização não deixa contudo de ser, pelo menos em parte, um sinal positivo: por um lado, cada vez mais aqueles dilemas e desafios são encarados como uma preocupação de todos; por outro lado, tal demonstra a confiança nas Nações Unidas como o centro privilegiado para a sua discussão e resolução. E, de facto, os mecanismos que a Organização tem hoje ao seu dispor têm-se vindo a desenvolver e diversificar com significativo ganho de eficácia. Nunca as Nações Unidas estiveram tão bem preparadas para fazer face aos desafios da história.

Um outro grande desafio que hoje se coloca às Nações Unidas decorre da proliferação e diversificação de centros de poder que nem sempre se encontram coordenados entre si. Não apenas os centros de governação regional e sub-regional, mas também os centros de poder informais como o G7 ou o Grupo Bilderberg. Esta situação gera, por vezes, uma fragmentação da decisão política e da ação subsequente.

Todos estes desafios constituem, por sua vez, um desafio para o Direito Internacional no que respeita à codificação e desenvolvimento de regras que regulem o sistema internacional de forma justa e eficaz, no sentido da globalização da solidariedade, igualdade, liberdade e responsabilidade. As Nações Unidas, apesar de todas as suas insuficiências, em cooperação com outras organizações intergovernamentais e em permanente diálogo com a sociedade civil, são porventura o centro de governação que oferece melhores condições para que tal possa acontecer em democracia e em prol do bem comum universal.

Bibliografia

Abi-Saab, Georges (1996) “Cours Générale de Droit Internationale Public” in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 207 – 1987 (VII). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 9-464.

- Bedjaoui, Mohammed (1971) "Problèmes Récents de Succession d'État dans les Etats Nouveaux" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 130 – 1970 (II). Leiden: A. W. Sijthoff, 456-585.
- Bedjaoui, Mohammed (1979) *Towards a New International Economic Order*. New York: Holmes & Meier.
- Bedjaoui, Mohammed (2008) "L'Humanité en Quête de Paix et de Développement (II)" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 325 – 2006. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 9-542.
- Bennouna, Mohamed (1983) "Le Droit International Relatif aux Matières Premières" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 177 – 1982 (IV). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 103-191.
- Bogdandy, Armin, et al. (2008) "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities" *German Law Journal*. 9(11), 1375-1400.
- Boutros-Ghali, Boutros (1995) "Global Prospects for United Nations" *Aussenpolitik*. 46(2), 107-114.
- Cassese, Antonio (1984) *Il Diritto Internazionale nel Mondo Contemporaneo*. Bologna: Il Mulino.
- Cassese, Antonio (1990) "Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (Dédoublement Fonctionnel) in International Law" *European Journal of International Law*. 1, 210-231.
- Chaumont, Charles (1970) "Cours Général de Droit International Public" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 129 – 1970 (I). Leyden: A. W. Sijthoff, 333-528.
- Cot, Jean-Pierre; Pellet, Alain (1991) "Préambule" in Cot, Jean-Pierre; Pellet, Alain (eds.) *La Charte des Nations Unies: Commentaire Article par Article*. Paris: Economica, 1-22.
- Dinh, Nguyen Quoc et al. (2003) *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Dupuy, Pierre-Marie (1997) "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited" in Bogdandy, Armin von; Wolfrum, Rüdiger (ed.) *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1-33.

- Dupuy, René-Jean (1981) "Communauté Internationale et Disparités de Développement: Cours Général de Droit International Public" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 164 – 1979 (IV). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 379-571.
- Dupuy, René-Jean (1985) "Conclusions du Colloque" in Dupuy, René-Jean (ed.) *L'Avenir du Droit International de L'Environnement*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 497-505.
- Falk, Richard (1968) "The New States and International Legal Order" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 118 – 1966 (II). Leiden: A. W. Sijthoff, 1-103.
- Falk, Richard (1969) "The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order" in Black, Cyril; Falk, Richard (eds.) *The Future of the International Legal Order*, vol. I. Princeton: Princeton University Press, 33-70.
- Falk, Richard (2001) *Globalização Predatória*. Lisboa: Instituto Piaget.
- Fassbender, Bardo (2009) *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Friedmann, Wolfgang (1964) *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press.
- Gardbaum, Stephen (2008) "Human Rights as International Constitutional Rights" *European Journal of International Law*. 19(4), 749-768.
- Kelsen, Hans (1926) "Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit Internationale Public" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 14 – 1926 (IV). Paris: Librairie Hachette, 227-332.
- Kelsen, Hans (1932) "Théorie Générale du Droit International Public: Problèmes Choisis" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 42 – 1932 (IV). Paris: Librairie du Recueil Sirey, 117-352.
- Kelsen, Hans (1950) *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*. New York: Frederick A. Praeger.
- Kelsen, Hans (2003) *Principles of International Law*. Clark: The Lawbook Exchange.
- Kelsen, Hans (2005) *Pure Theory of Law*. Clark: The Lawbook Exchange.
- Kelsen, Hans (2008) *Peace Through Law*. Clark: The Lawbook Exchange.

- Kowalski, Mateus (2005) “ONU: A Reforma para a Paz” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. 46(1), 121-167.
- Kowalski, Mateus (2006) *As Nações Unidas como Centro da Governança Global*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- Kowalski, Mateus (2009) “A Carta das Nações Unidas como ‘Constituição da Comunidade Internacional’”. *Negócios Estrangeiros*, 15, 31 - 57.
- Kowalski, Mateus (2013) *O Direito pela Paz: Contributo para a Superação da Síndrome das Duas Culturas*. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- Kowalski, Mateus; Serpa Soares, Miguel de (2011) “Positivismo” in Almeida Ribeiro, Manuel et al. (eds.) *Enciclopédia de Direito Internacional*. Coimbra: Almedina, 370-371.
- Kumm, Matthias (2004) “The Legitimacy of International Law: A Constitutional Framework of Analysis” *The European Journal of International Law*. 15(5), 907-931.
- Lachs, Manfred (1984) “The Development and General Trends in International Law in Our Time” in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 169 – 1980 (IV). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 9-377.
- Machado, Jónatas (2006) *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-II de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Mahiou, Amed (1983) “La Coopération Sud-Sud: Limites du Discours Unitaire” *Tiers-Monde*. 24(96), 757-761.
- McDougal, Myres (1953) “International Law, Power, and Policy: a Contemporary Conception” in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 82 – 1953 (I). Leiden: A. W. Sijthoff, 133-259.
- McDougal, Myres (1987) “Perspectives for an International Law of Human Dignity” in McDougal, Myres (ed.) *Studies in World Public Order*. New Haven: New Haven Press, 987-1019.
- McDougal, Myres; Bebr, Gerhard (1964) “Human Rights in the United Nations”. *American Journal of International Law*, 58, 603-641.
- McDougal, Myres; Lasswell, Herold (1987) “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order” in McDougal, Myres (ed.) *Studies in World Public Order*. New Haven: New Haven Press, 3-41.

- Peters, Anne (2003) "The Growth of International Law between Globalization and the Great Power" *Austrian Review of International and European Law*. 8, 109-140.
- Peters, Anne (2009) "The Merits of Global Constitutionalism" *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 16(2), 397-411.
- Petersmann, Ernst-Ulrich (2006) "Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society" *Leiden Journal of International Law*. 19(3), 633-667.
- Rensnabrink, John (2001) "Security, Democracy and World Governance" *Dialog and Universalism*. 7-8, 63-75.
- Roberts, Adam; Kingsbury, Benedict (1993) "The UN's Roles in International Society since 1945" in Roberts, Adam; Kingsbury, Benedict (eds.) *United Nations, Divided World*. Oxford: Clarendon Press, 1-62.
- Rousseau, Charles (1948) "L'Indépendance de L'État dans L'Ordre International" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, vol. 73 – 1948 (II)*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 167-253.
- Rousseau, Charles (1958) "Principes de Droit International Public" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, vol. 93 – 1958 (I)*. Laiden: A.W. Sijthoff, 379-571.
- Scelle, George (1948) *Manuel de Droit International Public*. Paris: Domat-Montchrestien.
- Scelle, Georges (1932) *Précis de Droit des Gens: Principes et Systématique, vol. 1*. Paris: Librairie du Recueil Sirey.
- Schwarzenberger, Georg (1947) "The Inductive Approach to International Law" *Harvard Law Review*. 60, 539-560
- Schwarzenberger, Georg (1956) "The Fundamental Principles of International Law" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, vol. 87 – 1955 (I)*. Leiden: A. W. Sijthoff, 191-384.
- Schweisfurth, Theodor (2000) "Socialist Conceptions of International Law" in Bernhardt, Rudolf; MacAlister-Smith, Peter (eds.) *Encyclopedia of Public International Law vol. 4*. Amsterdam: North-Holland, 434-443.
- Schwöbel, Christine (2010) "Organic Global Constitutionalism" *Leiden Journal of International Law*. 23(3), 529-553.

- Senghass, Dieter (1993) "Global Governance: How Could it be Conceived?" *Security Dialogue*. 24(3), 247-256.
- Trachtman, Joel (2009) "Constitutional Economics of the World Trade Organization" in Dunoff, Jeffrey; Trachtman, Joel (eds.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 206-229.
- Tunkin, Grigory (1969) "The Legal Nature of the United Nations" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 119 – 1966 (III). Leiden: A. W. Sijthoff, 1-68.
- Tunkin, Grigory (1978) "International Law in the International System" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 147 – 1975 (IV). Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1-218.
- Uibopuu, Henn-Jüri (2000) "Socialist Internationalism" in Bernhardt, Rudolf; MacAlister-Smith, Peter (eds.) *Encyclopedia of Public International Law* vol. 4. Amsterdam: North-Holland, 443-446.
- United Nations (1945) "Documents of the United Nations Conference on International Organizations, vol. I". New York: UNIO.
- United Nations (2002) "Globalization and its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights" *Report of the High Commissioner for Human Rights, United Nations Economic and Social Council document E/CN.4/2002/54 of 15 January 2002*.
- United Nations (2004) "We the Peoples: Civil Society, the United Nations and Global Governance" *Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations-Civil Society Relations, United Nations General Assembly document A/58/817 of 11 June 2004*.
- United Nations (2015) "Remarks of the secretary-General at Ceremony Commemorating the 70th Anniversary of the Adoption of the Charter of the United Nations" *UN News Center*, www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/statments_full.asp?statID=2665#. VhQ7uvlViko [16 de setembro de 2015].
- Verdross, Alfred (1927) "Le Fondement du Droit International" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 16 – 1927 (I). Paris: Librairie Hachette, 247-329.
- Virally, Michel (1966) "Réflexions sur le 'Jus Cogens'" *Annuaire Français de Droit International*. 12, 5-29.

- Virally, Michel (1969) “Le Principe de Réciprocité dans le Droit International Contemporain” in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye, vol. 122 – 1967 (III)*. Leiden: A. W. Sijthoff, 1-106.
- Virally, Michel (1974) “La Charte des Droits et des Devoirs Economiques des États: Note de Lecture” *Annuaire Français de Droit International*. 20, 57-77.
- Virally, Michel (1985) “Panorama du Droit International Contemporain: Cours Général de Droit International Public” in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye, vol. 183 – 1983 (V)*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 9-382.

CAPÍTULO XLII

THE UN SECURITY COUNCIL, STATE RESPONSIBILITY AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: TOWARDS AN INTEGRATED APPROACH?

*Linos-Alexandre Sicilianos*¹

I. Introduction

The question of the responsibility of States acting in execution of a Security Council resolution has repeatedly arisen in the case-law of the European Court of Human Rights, from the 2005 *Bosphorus* judgment² to the *Al-Dulimi* case³ currently pending before the Grand Chamber, with a number of significant steps along the way, in particular: the *Behrami and Saramati* decision,⁴ concerning the activities of UNMIK and KFOR in Kosovo, the *Al-Skeini*⁵ and *Al-Jedda v. the United Kingdom* judgments,⁶ concerning the activities of the United Kingdom forces in Iraq, the *Nada v. Switzerland* judgment,⁷ concerning Security Council blacklists, and two important cases against the Netherlands, namely the *Stichting Mothers of Srebrenica* decision,⁸ concerning the conflict in Bosnia, and the *Jaloud* judgment,⁹ adopted more recently by the Grand Chamber.

1. Judge of the European Court of Human Rights. Associate Member of the Institute of International Law. Member of the Curatorium of The Hague Academy of International Law

2. *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland* [GC] App no 45036/98 (ECtHR, 30 June 2005).

3. *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v Switzerland* App no 5809/08 (ECtHR, 26 November 2013) (referred to the Grand Chamber, 14 April 2014).

4. *Behrami and Behrami v France and Saramati v France, Germany and Norway* (dec.) [GC] App no 71412/01 and 78155/01, (ECtHR, 2 May 2007).

5. *Al-Skeini and Others v the United Kingdom* [GC] App no 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011).

6. *Al-Jedda v the United Kingdom* [GC] App no 27021/08 (ECtHR, 7 July 2011).

7. *Nada v Switzerland* [GC] App no 10593/08 (ECtHR, 12 September 2012).

8. *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v the Netherlands* (dec.) App no 65542/12 1 (ECtHR, 1 June 2013).

9. *Jaloud v the Netherlands* [GC] App no 47708/08 (ECtHR, 20 November 2014).

Beyond the technical issues arising in these cases, the central question they raise concerns the relationship between the United Nations (UN) system and that of the European Convention on Human Rights (ECHR), and consequently the Court's role in this vast geopolitical framework, and at the same time its function in guaranteeing the fundamental values of European public order.

A retrospective examination of the cases cited above may sometimes give the impression that the Court oscillates between a somewhat reserved, or even self-effacing, attitude, and a significantly more assertive approach, at times showing reverence towards the Security Council and at other times a form of defiance towards it. It is therefore important to take a step back from this often sensitive dispute and to attempt to conceptualise this issue as a whole.

To do so, we need to make a distinction between Security Council resolutions that involve or could potentially involve the use of armed force and those which impose economic or targeted sanctions. First of all, the two types of resolutions have a different legal basis: economic sanctions are imposed on the basis of Article 41 of the UN Charter, whereas military operations are based mainly on Article 42¹⁰ or, better still – at least in the case of authorised operations – on Chapter VII of the Charter as a whole.¹¹ The two series of resolutions also, and above all, differ as regards the means and procedure for their implementation: the former involve the deployment of military troops abroad, while the latter require the establishment of a legal and regulatory framework to enforce the economic sanctions within the territory of the forum State – corresponding to the respondent State before the Court.

II. Execution of resolutions involving use of force

a) Extraterritorial application of the ECHR

The execution of resolutions involving the use of armed force will almost inevitably raise the question of the extraterritorial application

10. See O. Corten, *Le droit contre la guerre*, 2nd ed., Paris, Pedone, 2014, pp. 520 et seq., 531.

11. On this point see L.-A. Sicilianos, "Entre multilatéralisme et unilatéralisme: l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 339 (2008), pp. 9-436, p. 166.

of the ECHR. While the UN member States wishing to contribute to the implementation of Security Council resolutions of this kind may offer logistical support or decide to cover part of the expenses of the operation concerned, such forms of contribution do not, in principle, raise any issues in terms of human rights protection. Problems of this nature normally arise, however, when the participating State contributes military troops – either as part of a multinational force, or as part of a UN peacekeeping operation – to be deployed within the territory of the State in which the crisis calling for resolution by the Security Council is taking place.

Much has been written about the extraterritorial application of the ECHR,¹² and it is not the purpose of this contribution to dwell on this subject in detail. It may simply be observed in this connection that the decision in the *Bankovic* case¹³ was somewhat case-specific and that since then, the Court has reverted to the orthodoxy of its traditional line of case-law. The *Al-Skeini*¹⁴, *Al-Jedda*¹⁵ and *Jaloud* judgments,¹⁶ among others, testify to this development.

The principle established in the Court's case-law in this sphere is that, while being essentially territorial in its application, the ECHR may be applicable outside the territory of the State concerned in a range of specific situations, including – and especially – when that State's armed forces are operating abroad. This position is corroborated by the case law of the International Court of Justice and the practice of the Human Rights Committee and other international human rights protection bodies.¹⁷ It is noteworthy that the approach pursued by these international

12. See, among many other sources, M. Gondek, "Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization", *NILR*, 2005, pp. 349-387, and M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

13. *Bankovic and Others v Belgium and 16 other States* (dec.) [GC] App no 52207/99 (ECtHR, 12 December 2001).

14. *Al-Skeini* (n 4), paras 130 et seq.

15. *Al-Jedda* (n 5), paras 74 et seq.

16. *Jaloud* (n 8), paras 140 et seq.

17. See in particular ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, *ICJ Reports 2004*, p. 136, para 111; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, judgment, 19 December 2005, *ICJ Reports 2005*, p. 168,

bodies is now unequivocal on this point, reflecting the principle of general international law that “[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”,¹⁸ irrespective of where the act was perpetrated or the source of the obligation breached. The distinction – admittedly not always very clear – drawn by the European Court of Human Rights between attribution and jurisdiction¹⁹ cannot call into question this fundamental principle.

It must also be acknowledged that the extraterritorial scope of the ECHR is taking on greater importance nowadays, given that the States Parties to the ECHR are increasingly active in the context of military operations abroad, usually on the basis of Security Council resolutions. To insist on the “regional” nature of the ECHR would sit ill with this significant development for maintaining and restoring international peace and security, while also leaving a “black hole” in human rights protection and double standards in its application.

B) Multinational and UN operations

Another question that needs to be clarified regarding the responsibility of States acting in execution of Security Council resolutions involving the use of force concerns the distinction between multinational military operations – authorised by the Security Council – and the UN’s peacekeeping, peace-making or peace-enforcement operations.

The latter are UN operations in that their name refers to that organisation; they use the UN flag and emblems; they are generally funded from the UN budget; their personnel are treated as UN personnel; and above all, they are placed under UN command. On the basis of these

para 216; *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008, *ICJ Reports 2008*, p. 353, paras 108 et seq.; Human Rights Committee, General Comment no. 31, “Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant”, 29 March 2004, UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13; and Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations on Israel, UN doc. A/62/18, paras 225 et seq.

18. Article 1, International Law Commission (ILC) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 32 and related commentary.

19. *Jaloud* (n 8), paras 154-155.

factors, UN peacekeeping operations constitute subsidiary bodies of the Security Council.

The situation is entirely different for multinational forces. Their designation does not refer to the UN, they do not use UN emblems, their budget is funded by the participating States, their personnel are not treated as UN personnel and, above all, they are placed under the command of either a State or a regional organisation, but not the UN. Unlike UN peacekeeping operations, multinational forces are not subsidiary bodies of the UN.²⁰

That being so, these two types of operations should not be placed on the same footing. To maintain that UN operations (such as UNMIK) and multinational operations (such as KFOR) are both placed under the “ultimate authority and control” of the Security Council – to use the phrase employed by the Court in its *Behrami and Saramati* decision – and that their acts are attributable to the UN²¹ would appear to be an over-simplistic approach.²² It is significant that in the commentary on

20. For a more detailed analysis of the differences between authorised operations and UN peacekeeping operations, see L.-A. Sicilianos, ‘Entre multilatéralisme et unilatéralisme...’, *op. cit.*, 141-162.

21. *Behrami* (n 3), in particular paras 133ff.

22. For a criticism of this approach, see in particular Pierre Klein, ‘Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d’opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme: quelques considérations critiques sur l’arrêt *Behrami et Saramati*’, *Annuaire français de droit international*, vol. 53 (2007), 55; P. Lagrange, ‘Responsabilité des États pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies’, *Revue générale de droit international public*, vol. 112 (2008), 94, 95; C. Laly-Chevalier, ‘Les opérations militaires et civiles des Nations Unies et la Convention européenne des droits de l’homme’, *Revue belge de droit international*, vol. 40 (2007), pp. 642-644; K. M. Larsen, ‘Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test’, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), 521, 522; P. Palchetti, ‘Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo: i casi *Behrami e Saramati*’, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 90 (2007), 689-690; A. Sari, ‘Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The *Behrami* and *Saramati* Cases’, *Human Rights Law Review*, vol. 8 (2008), 164; Linos-Alexandre Sicilianos, ‘L’(ir)responsabilité des forces multilatérales?’, in L. Boisson de Chazournes and M. Kohen (eds), *International Law and the Quest for its Implementation*, Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas (Leiden/Boston: Brill, 2010), pp. 98-106; and ILC, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with com-

its Draft Articles on the Responsibility of International Organizations the ILC made a clear distinction between the two situations by noting that, unlike in the case of UN peacekeeping operations, “conduct of military forces of States or international organizations is not attributable to the United Nations when the Security Council authorizes States or international organizations to take necessary measures outside a chain of command linking those forces to the United Nations”.²³ In such circumstances, the conduct at issue is attributable to the entity that exerts effective control over it, that is, a State participating in the multinational force or the international organisation that assumes command over the operation, or both (in the case of shared responsibility).

In line with this approach, the *Al-Jedda v. the United Kingdom* judgment, adopted by the Grand Chamber, set matters straight by finding that the Security Council had “neither effective control nor ultimate authority and control” over the acts and omissions of troops within the multinational force operating in Iraq under Security Council Resolution 1546 (2004) and that the applicant’s detention was therefore not attributable to the UN²⁴ but to the respondent State. Admittedly, the Court was careful to distinguish the situation in Kosovo in the context of the *Behrami and Saramati* cases from the situation prevailing in Iraq at the time of the facts relating to the *Al-Jedda* case. The geopolitical background to these cases was indeed very different. From a strictly legal viewpoint, however, it must be acknowledged that the Security Council did not have any more control over KFOR, which was set up under Resolution 1244 (1999), than it had over the multinational force authorised to operate in Iraq by Resolution 1546 (2004). Both cases involved multinational forces acting outside the chain of command linking them to the UN. In other words, the Grand Chamber was right to shift its approach as regards the attribution of the acts of multinational forces to the participating States and not the UN.

mentaries, *Report of the International Law Commission*, UN doc. A/66/10 (2011), commentary on Article 7, paragraphs 10 et seq.

23. *Ibid*, Chapter II (Attribution of conduct to an international organization), introduction, para 5. See also Institute of International Law, “L’autorisation du recours à la force par les Nations Unies”, Rapporteur: R.E. Vinuesa, *Yearbook of the IIL*, 2011, pp. 365 et seq., pp. 384-385.

24. *Al-Jedda* (n 5), para 84.

The more recent judgment in *Jaloud v. the Netherlands* confirms this approach. While mentioning the Security Council's authorisation by means of Resolution 1511 (2003), the Court emphasised that the Netherlands had "retained full command over its contingent",²⁵ which was decisive for establishing the Netherlands' "jurisdiction" within the meaning of Article 1 of the ECHR.²⁶

C) Non-applicability of Article 103 of the UN Charter

The *Al-Jedda* judgment also set matters straight on another important point, namely Article 103 of the UN Charter and its applicability to operations authorised by the Security Council. It will be recalled that Article 103 provides: "In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail." Contrary to the *Behrami and Saramati* decision, in which Article 103 was invoked,²⁷ the *Al-Jedda* judgment avoided relying on that provision – for good reason, since Article 103 does not apply to operations that have simply been authorised by the Security Council.²⁸ Authorisations of this kind amount to an invitation or an encouragement for member States to take part in a particular military operation. They do not create any legal obligation to do so.

Furthermore, the wording of a Security Council authorisation is generally fairly flexible – referring to maintaining order and security, for example – and as a result, it always leaves considerable discretion to the States participating in the operation concerned. As the Court noted in the *Al-Jedda* judgment, "the terminology of ... Resolution [1546] appears to leave the choice of the means to achieve this end to the member States

25. *Jaloud* (n 8), para 149.

26. It is significant that the Court left open the question whether the United Kingdom – which was not a party to the proceedings – had "exercised concurrent jurisdiction" as one of the "lead nations" of the operation in question (*ibid*, para 153).

27. *Behrami* (n 3), in particular para 147.

28. See L.-A. Sicilianos, 'Entre multilatéralisme et unilatéralisme...', *op. cit.*, 180, and contrast Robert Kolb, 'Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?', *ZaöRV*, 2004, 21-35, at 26.

within the Multinational Force”.²⁹ In these circumstances, the presumption must be that the Security Council intended States within the Multinational Force to contribute towards maintaining security in Iraq while complying with their obligations under international human rights law.³⁰ This is a strong presumption – or indeed a premise, given that the Security Council is supposed to act in accordance with the purposes of the UN as set forth in Article 1 of the Charter, including “respect for human rights and for fundamental freedoms” (Article 1, para 3).

As the Court observed on the basis of a detailed analysis of the terms used by the Security Council, nothing in Resolution 1546 (2004) or any other subsequent resolutions could be construed as imposing any obligation on the United Kingdom to place an individual whom its authorities considered to constitute a risk to the security of Iraq “in indefinite detention without charge”. On the contrary, both the UN Secretary-General and the United Nations Assistance Mission for Iraq (UNAMI), likewise set up by the Security Council, had criticised this practice of internment. In these circumstances, “in the absence of a binding obligation to use internment, there was no conflict between the United Kingdom’s obligations under the Charter of the United Nations and its obligations under Article 5 § 1 of the Convention”.³¹

Similar considerations apply *mutatis mutandis* to all operations authorised by the Security Council. Since 1990 the Security Council has authorised more than thirty operations, in each case according to the same logic: the Council notes the existence of a threat to peace, gives the go-ahead for the setting up of a multinational force, lays down the general mandate for the operation and the objectives to be achieved and then carries out an extremely limited, or indeed nominal,³² supervision of the conduct of the operations, leaving considerable discretion to the participating States. In these circumstances, the problem of a direct conflict between the obligations flowing from the Charter, and more specifically

29. *Al-Jedda* (n 5), para 105.

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*, para 109.

32. See T. Christakis and K. Bannelier, ‘Acteur vigilant ou spectateur impuissant? Le contrôle exercé par le Conseil de sécurité sur les États autorisés à recourir à la force’, *RBDI*, 2004/2, 498-527, and L.-A. Sicilianos, ‘Entre multilatéralisme et unilatéralisme...’, *op. cit.*, 155ff.

from the resolution authorising the multinational operation concerned, and the respondent State's human rights obligations does not even arise in practice. To maintain the contrary would be to disregard the hybrid legal nature, the particularities and the profile of authorised operations.

D) UN peacekeeping operations

Beyond the question of authorised operations, it is important to consider the further issue of the responsibility of States Parties to the ECHR that supply troops to a UN peacekeeping operation. In the *Behrami and Saramati* decision the Court held that the acts or omissions of UNMIK were attributable to the UN.³³ More recently, in the *Stichting Mothers of Srebrenica* decision the Court found that the Netherlands courts had rightly refused to consider the application on the merits by referring to the UN's immunity from jurisdiction in relation to the activities of the United Nations Protection Force (UNPROFOR) in Bosnia.³⁴

Both solutions are correct in principle. Contrary to authorised operations, peacekeeping operations are – as noted above – subsidiary bodies to the UN, and on that account their actions generally engage the responsibility of that organisation (which in principle enjoys immunity from jurisdiction before the domestic courts). This principle has long been accepted by the UN. As the UN Legal Counsel has observed, “[a]s a subsidiary organ of the United Nations, an act of a peacekeeping force is, in principle, imputable to the Organization, and if committed in violation of an international obligation entails the international responsibility of the Organization and its liability in compensation”.³⁵

However, as the ILC has rightly observed, this position is based on the assumption that the UN has “exclusive control” of the deployment of national contingents in a peacekeeping force.³⁶ It should

33. *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway* (dec.), cited above, paragraphs 142-143.

34. *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands* (dec.), cited above, in particular paragraphs 146 et seq.

35. Letter of 3 February 2004 from the United Nations Legal Counsel to the Director of the Codification Division (A/CN.4/545, sect. II.G).

36. ILC, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, UN doc. A/66/10, commentary on Article 7, paragraph 6.

nevertheless be borne in mind that contributing States retain a certain degree of control over members of their contingents, particularly in disciplinary and criminal matters. Depending on the facts of the case, this aspect may have a bearing on the attribution of the conduct in question to the State concerned.³⁷

There have also been cases where national contingents have continued to seek and receive orders from their national authorities. As was found by the Commission of Inquiry established to investigate armed attacks on the personnel of the United Nations Operation in Somalia (UNOSOM II), the force commander was not in “effective control” of several national contingents which had persisted in seeking orders from their home authorities. There were even operations undertaken under the UN flag and in the context of UNOSOM’s mandate that “were totally outside the command and control of the United Nations”.³⁸ Clearly, in such circumstances it is virtually impossible to attribute the actions of the national contingents concerned to the UN.

There have also been certain cases where a multinational (or regional) force and a UN mission have carried out a joint operation.³⁹ In such cases, international responsibility for the conduct of the troops lies with the entity in which operational command and control is vested according to the terms of the cooperation arrangements between the State or States providing the troops and the UN. In the absence of such arrangements, responsibility will be determined in each case according to the degree of “effective control” exercised by either party in the conduct of the operation.⁴⁰

This reasoning applies *mutatis mutandis* to all UN peacekeeping operations, “insofar as it is possible to distinguish in their regard areas

37. See the example mentioned by the ILC in the commentary cited above, *ibid.*, paragraph 7.

38. S/1994/653, p. 37, paragraphs 243 and 244.

39. The example of KFOR and UNMIK in Kosovo, established pursuant to Resolution S/RES/1244 (1999), adopted on 10 June 1999, is certainly the best known. However, there are a number of others, such as the “hybrid operation” between the UN and the African Union in Darfur, the deployment of which was authorised by Resolution S/RES/1769 (2007), adopted on 31 July 2007. For further examples, see L.-A. Sicilianos, “Entre multilatéralisme et unilatéralisme...”, *op. cit.*, pp. 290-302.

40. According to the UN Secretary-General, UN doc. A/51/389, p. 7, paragraphs 17 and 18.

of effective control respectively pertaining to the United Nations and the contributing State”.⁴¹ In other words, where and to the extent that the State in question retains effective control over the conduct at issue, its responsibility may also be engaged. In other words, the criterion of “effective control” on the ground is a factual element⁴² which is decisive for the purposes of attributing the conduct to the UN or the contributing State, or both simultaneously.⁴³

That being so, instead of simply adopting an abstract or indeed dogmatic approach, it is important for the European Court of Human Rights to look at each case in rather greater depth, by examining whether the respondent State had effective control over the conduct at issue. The Court will have to determine each individual case on the basis of the particular facts.

The issue of the responsibility of the States Parties to the ECHR in enforcing the economic sanctions adopted by the Security Council has certain similarities, but also a number of differences, in relation to the issue discussed above.

II. Execution of resolutions imposing economic sanctions

A) From global to targeted sanctions

In considering the case-law of the European Court of Human Rights against the general background of economic sanctions in international law,⁴⁴ it is important to remember that during the “sanctions decade” (the 1990s), the Security Council generally adopted global economic

41. According to the ILC, *loc. ult. cit.*, paragraph 9.

42. See A. Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 40.

43. As regards the question of attributing conduct to two subjects of international law simultaneously, see F. Messineo, “Attribution of Conduct”, in A. Nollkaemper and I. Plakokefalos, *Principles of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 60-97.

44. With regard to this question, see in particular V. Gowlland-Debbas (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, The Hague/London/Boston, Kluwer, 2001, and L. Picchio Forlati and L.-A. Sicilianos (eds.), *Les sanctions économiques en droit international/Economic Sanctions in International Law*, Leiden/Boston, M. Nijhoff, 2004.

sanctions. These were measures taken against a State, and hence an entire people, such as the economic sanctions against Iraq (following its invasion of Kuwait), the former Yugoslavia or Haiti. The famous *Bosphorus* case related to this generation of sanctions.

In 2000 the then UN Under-Secretary-General for Political Affairs did not hesitate to describe these sanctions as “blunt” instruments⁴⁵ which had a devastating impact on the economy of the State affected, including – above all – on the economic and social rights of its population, without necessarily achieving the aim pursued. Neighbouring States (such as Greece in the case of the sanctions against the former Yugoslavia) suffered significant “side-effects”.⁴⁶ The Interlaken and Bonn/Berlin processes led to a reform of this system and the introduction of “smart” or “targeted” sanctions,⁴⁷ aimed directly at the decision-makers and their immediate or less immediate circles and seeking to spare as far as possible the population of the State concerned. The issue of Security Council (and European Union) “blacklists” relates mainly to this second generation of sanctions.

It should not be forgotten that this reform process led to a significant improvement, or even a certain humanisation, in the Security Council’s power to impose sanctions. However, although the overall effects of this new generation of measures were relatively limited since they affected a more or less specific number of people, targeted sanctions managed to raise a range of other problems, relating in particular to civil rights and traditional freedoms. It was not long before the measures attracted the ire of the Council of Europe’s Parliamentary Assembly, which expressed the view that the procedural and substantive standards applied by the Security Council and the Council of the European Union “violate the fundamental principles of human rights and the rule of law”.⁴⁸ The

45. S/PV. 4128, p. 2.

46. See D. L. Tehindranarivelo, *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires*, Paris, PUF, 2005.

47. For further information about this reform process, see L.-A. Sicilianos, “Sanctions institutionnelles et contre-mesures: tendances récentes”, in L. Picchio Forlati and L.-A. Sicilianos (eds.), *Les sanctions économiques en droit international*, *op. cit.*, pp. 3-98, pp. 61 et seq.

48. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1597 (2008), “United Nations Security Council and European Union blacklists”, paragraph 6.

Kadi I case⁴⁹ and subsequent cases concerning blacklists – including, for example, *Nada v. Switzerland* as far as the ECHR is concerned – are to be seen against this overall background.

Following this brief summary of the historical context, it is important to note that cases concerning economic sanctions do not raise any issues in terms of “jurisdiction” within the meaning of Article 1 of the ECHR. The measures in question are applied in the territory of the respondent State by means of acts at national level, attributable to the organs of that State.⁵⁰ Contrary to the execution of Security Council resolutions involving the use of force, the implementation of resolutions imposing economic sanctions does not raise the issue of the extraterritorial application of the ECHR. However, the questions arising in connection with economic sanctions differ according to whether or not the State enforcing the sanctions is a member of the European Union (EU).

B) Enforcement of sanctions by EU member States

In the first scenario the EU regulation enforcing the economic sanctions imposed by Security Council acts as a kind of screen. Its existence was what caused the Court of Justice of the European Union (CJEU), in the *Kadi I* case,⁵¹ to find that there had been a violation of a series of fundamental rights, without calling into question – at least in formal terms – the legality of the Security Council’s actions. The dispute focused on the procedure for the enforcement of the Council’s resolution, and not the act of imposing sanctions as such.

The same is true, *mutatis mutandis*, in the case-law of the Strasbourg Court. The *Bosphorus* judgment, which constitutes a *locus classicus* in this area, puts forward the well-known “equivalent protection” criterion, according to which if the international organisation concerned provides equivalent protection – that is, comparable to that afforded by the ECHR – the presumption will be that a State satisfies the requirements of the ECHR when it does no more than implement legal

49. CJEC, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, 3 September 2008.

50. *Bosphorus v. Ireland*, cited above, paragraph 137, and *Nada v. Switzerland*, cited above, paragraph 121.

51. Judgment cited above (see note 48 above).

obligations flowing from its membership of the organisation. However, the presumption in question is rebuttable. It can be rebutted if it is considered that the protection of ECHR rights was “manifestly deficient”. In such cases, the Court considers that the ECHR, as a “constitutional instrument of European public order”, should prevail over the interests of international cooperation.⁵²

The facts of the *Bosphorus* case, as summarised in the Strasbourg Court’s judgment, made it clear that the procedure for executing Security Council Resolution 820 (1993) – the relevant resolution in the case – was dictated by the UN Sanctions Committee in New York. However, the Community regulation implementing the UN sanctions formed the legal basis for the impoundment of the aircraft at issue and acted as a shield leaving the Security Council safe from any reproach. The Strasbourg Court’s attention was focused on the guarantees of human rights protection in Community law, which were held to be “equivalent” to those provided by the ECHR. The Court also considered that there was generally a presumption of equivalence – albeit a rebuttable one – between human rights protection within the Community system and the protection afforded under the ECHR.⁵³

Once the Court has found that EU law does afford equivalent protection, the respondent State, where it has correctly applied that law, is likewise safe from criticism and its responsibility cannot be engaged. In other words, if the Court considers that the presumption is applicable in the case before it and has not been rebutted, the conclusion is inevitable: there must be a finding of no violation. Accordingly, caution is required before the “equivalent protection label” can be awarded.

Indeed, it is worth recalling the remarks made in the joint concurring opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky and Garlicki appended to the *Bosphorus* judgment, pointing out the limits of human rights protection within the EU and calling on the Strasbourg Court to apply the equivalent-protection criterion cautiously, on a case-by-case basis. While stating that they were convinced of the growing role of fundamental rights and their integration into the Community legal order – a finding borne out in the light of the Lisbon

52. *Bosphorus v. Ireland*, cited above, paragraph 156.

53. *Ibid.*, paragraphs 159-165.

Treaty, which made the Charter of Fundamental Rights a binding instrument – the aforementioned judges regretted the general and abstract review under the Community system.

In that context, they highlighted in particular the importance of the right of individual application as the keystone of the protection system set forth in the ECHR.⁵⁴ This right is one of the basic obligations assumed by States on ratifying the ECHR. It is therefore difficult to accept that the effectiveness of this remedy could be reduced as a result of the transfer of powers to the EU. However, notwithstanding the existence of a plurality of appeals, individual access to the EU courts remains limited. Despite its value, a reference for a preliminary ruling as an internal means of prior review cannot replace the external, *ex post facto* supervision carried out by the European Court of Human Rights on the basis of an individual application. This is all the more true as a reference to the Luxembourg Court for a preliminary ruling does not constitute an appeal but a request for interpretation. Furthermore, the competent national court retains a certain discretion in applying the CJEU's ruling in the dispute before it. In other words, leaving it to the EU judicial system to ensure "equivalent protection", without retaining a means of verifying on a case-by-case basis that the protection afforded is indeed comparable, would be tantamount to consenting tacitly to substitution, in the field of EU law, of the ECHR standards with the EU's own standards.

The concurring opinion also emphasises the "relatively undefined" nature of the criterion of "manifestly deficient" used, as noted above, to rebut the presumption of "equivalent protection".⁵⁵ It is true that the criterion in question establishes a relatively low threshold, contrasting with the nature and scope of the supervision carried out under the ECHR. It should also be borne in mind that in accordance with Article 53, the ECHR guarantees a minimum level of protection. Admittedly, the EU Charter of Fundamental Rights provides: "In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

54. Joint concurring opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky and Garlicki, appended to the *Bosphorus v. Ireland* judgment, cited above, paragraph 3.

55. *Ibid.*, paragraph 4.

Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention ...” (Article 52, paragraph 3). However, abstract application of the equivalent-protection criterion cannot have the effect of lowering the minimum level of protection afforded by the ECHR. As the authors of the aforementioned concurring opinion noted at the time, “the Union has not yet acceded to the European Convention on Human Rights and ... full protection does not yet exist at European level”.⁵⁶

This reserved attitude is even more appropriate today, it would seem, following opinion 2/13, adopted by the Luxembourg Court in December 2014.⁵⁷ Without wishing to recapitulate the criticisms expressed on this subject by various authors,⁵⁸ it has to be acknowledged that the opinion in question renders the prospect of EU accession to the ECHR more remote. Everyone loses out in this situation, but most of all the citizens of the EU. The European Court of Human Rights, for its part, should apply the equivalent-protection doctrine *vis-à-vis* the EU in the spirit mentioned above. An attentive examination on a case-by-case basis will be needed if the Strasbourg Court is to discharge its duty properly.

However, we still need to address the questions relating to the implementation of Security Council sanctions by the States Parties to the ECHR that are not EU member States.

C) Implementation of sanctions by non-EU member States

1. While the practical difference between this scenario and the one discussed above may appear purely formal, in legal terms the distinction between the two situations is considerable. A non-member State of the EU that adopts measures for the implementation of a Security Council resolution imposing economic sanctions is a direct agent in the

56. *Ibid.*, paragraph 3.

57. CJEU, Opinion 2/13 – Opinion pursuant to Article 218, paragraph 11, TFEU, 18 December 2014.

58. See, among many others, J.-P. Jacqu , “L’avis 2/13 de la CJUE. Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?”, <http://www.droit-union-europeenne.be/412337458>; D. Simon, “Deuxième (ou second et dernier?) coup d’arrêt à l’adhésion de l’Union à la CEDH:  trange avis 2/13”, *Europe*, No. 2 – February 2015, p. 4.

enforcement of the resolution. In such circumstances there is no EU regulation, and hence no screen or shield, between the national legal system and the system of the UN Charter. This means that if we are to apply the equivalent-protection criterion here, we will need to compare the guarantees provided by the ECHR with those afforded by the procedure before the Security Council and its sanctions committees.⁵⁹

It is true that following the virulent criticisms of the blacklisting process, the Security Council set up the Office of the Ombudsperson,⁶⁰ to help the Al-Qaeda Sanctions Committee⁶¹ to examine delisting requests. More recently, this procedure has been extended and reinforced.⁶² It must be acknowledged, however, that despite these developments, the proceedings before the Ombudsperson are essentially diplomatic in nature and lead at most to a recommendation to the appropriate sanctions committee, which accordingly has the final say as to whether the person concerned should be delisted. This being so, the procedure in question clearly does not offer comparable guarantees to those afforded by the judicial system established by the ECHR.

One might therefore wonder whether the equivalent-protection criterion is relevant in this context. Admittedly, the criterion was formulated in general terms in the *Bosphorus* case. In theory, it can be applied in respect of any international organisation to which the States Parties to the ECHR decide to transfer powers potentially touching upon human rights protection. Nevertheless, the criterion in question was invented in relation to the Community system of human rights protection. Although it has occasionally been applied to other organisations – for example, the system for the protection of NATO officials' rights⁶³ – its application in the Court's case-law is normally linked to the EU system. In other words, the equivalent-protection criterion allows for a like-for-like comparison. It does not appear applicable to a juxtaposition of fundamentally incomparable systems. It is also significant that

59. See the Chamber judgment in the case of *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, cited above, paragraphs 115 et seq. (currently pending before the Grand Chamber).

60. S/RES/1904 (2009), 17 December 2009.

61. This committee was set up by Resolution S/RES/1267 (1999), 15 October 1999.

62. See S/RES/1989 (2011), 17 June 2011 and S/RES/2083 (2012), 17 December 2012.

63. See *Gasparini v. Italy and Belgium* (dec.), no. 10750/03, 12 May 2009.

in the *Nada v. Switzerland* case,⁶⁴ concerning the applicant's inclusion on a Security Council blacklist by the Swiss authorities, the Court carefully avoided referring to this criterion.

2. In the same case the Court also skirted around the application of Article 103 of the UN Charter. On the face of it, that provision *is* applicable in this context, because economic sanctions are, in principle, imposed by binding Security Council resolutions based on Article 41 of the Charter. It should be borne in mind, however, that Article 103 does not concern a conflict of norms *in abstracto*. It is aimed at resolving *in concreto* a potential conflict of obligations.⁶⁵ This means that the Court must determine in each individual case whether such a conflict is indeed present.

In so doing, the Court takes as its starting-point a strong presumption, or indeed a premise, that the obligations flowing from the UN Charter should be harmonised as far as possible with those deriving from the ECHR. In other words, in its most recent case-law in this area the Court has adopted an approach that seeks to reconcile States' obligations under the ECHR and the Charter. As the Grand Chamber has aptly noted, "in interpreting its resolutions, there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a United Nations Security Council resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations."⁶⁶

As a rule, although Security Council resolutions are binding, as are resolutions that impose economic sanctions, they leave States a certain degree of latitude as to the procedure for their implementation. This applies in particular to the means to be employed or the possibility of derogations or exceptions on humanitarian grounds, for example. By making use of this latitude – which is "admittedly limited but nevertheless real"⁶⁷ – States must find appropriate solutions in order to harmo-

64. Judgment cited above.

65. See R. Kolb, "L'article 103 de la Charte des Nations Unies", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 367 (2013), pp. 9-252, pp. 145 et seq.

66. *Al-Jedda v. the United Kingdom*, cited above, paragraph 102.

67. *Nada v. Switzerland*, cited above, paragraph 180.

nise their obligations. Only if such harmonisation proves impossible will Article 103 of the Charter be applicable. In other words, according to the Court's approach, this Article applies only as a last resort, once all other possible means of harmonising the States' obligations have been exhausted.

In my opinion, this is a wise approach. It has the merit of avoiding a systemic conflict, or even the fragmentation of the international legal order. Instead, it seeks to promote a coherent view of international law. The Court scrupulously avoids calling into question the Security Council's decisions as such or encouraging States to engage in a form of "disobedience"⁶⁸ towards the body with primary responsibility for maintaining international peace and security. At the same time, the Court assumes its role in guaranteeing the values enshrined in the ECHR and the Protocols thereto.

Final remarks

In conclusion, it will be noted that the Court is in the process of refining its conceptual tools for determining the responsibility of the States Parties to the ECHR acting in execution of a Security Council resolution. Where the implementation of resolutions involving the use of force is concerned, the Court's recent case-law has shown a shift towards systematic acceptance of the extraterritorial scope of the ECHR. The distinction – not always very clear – between the concepts of jurisdiction and attribution cannot call into question the fundamental principle that every internationally wrongful act of a State entails its international responsibility, irrespective of the place where the act was perpetrated.

As to whether the conduct in issue should be attributed to the States Parties or to the UN, the Court now makes a clear distinction between operations authorised by the Security Council and UN peacekeeping operations. The former are placed under the command and control of the national authorities, and consequently the question of the UN's responsibility does not even arise. In the case of UN operations, however, it is important to undertake a more detailed examination of the question of shared responsibility of the States contributing troops.

68. To use the expression employed by A. Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council...*, *op. cit.*

The question of the responsibility of the States Parties to the ECHR in the implementation of resolutions imposing economic sanctions will be addressed differently according to whether or not the respondent State is a member of the EU. The criterion of “equivalent protection” is only applicable in the former scenario. And in any event, it needs to be applied cautiously on a case-by-case basis, bearing in mind that the prospect of EU accession to the ECHR has receded following the CJEU’s opinion 2/13, and that as a result, the protection of human rights is still not complete in Europe.

As regards the enforcement of economic sanctions by non-EU member States, the Court tends to interpret Security Council resolutions in a manner consistent with the obligations deriving from the ECHR. Without ruling out the applicability of Article 103 of the Charter in the circumstances of each individual case, such an approach seeks to avoid a conflict of obligations, and thus tension between the UN and ECHR systems.

The Security Council must also continue to improve the sanctions process through greater observance of the principles of the rule of law. The Court, for its part, can only affirm and consolidate its role in guaranteeing the fundamental values of European public order.

CAPÍTULO XLIII

HUMAN RIGHTS BEYOND BORDERS AT THE WORLD COURT: THE SIGNIFICANCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S JURISPRUDENCE ON THE EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW TREATIES

*Ralph Wilde*¹

I. Introduction

Is there something the ICJ should do in the field [of human rights] that specialised courts cannot do, or that the Hague Court might be able to do better?

*Bruno Simma (writing in a personal capacity)*²

1. The International Court of Justice now has a significant track record of involvement in human rights issues, acting as a body that makes pronouncements on the meaning of the law in this field, and applying the law to particular situations, supplementing the more long-standing and wide-ranging activities of specialist human rights courts and tribunals.³ What is the value of having the plenary general-

1. University College London, University of London. © Ralph Wilde 2016. The work on this piece was funded by the Leverhulme Trust and the European Research Council. This piece is produced in 'open access' format and can be reproduced without permission in any format, provided authorship is indicated. It has been published previously.

2. Bruno Simma, "Mainstream Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice", 3(1) 2012 *Journal of International Dispute Settlement* 7-29 (hereinafter Simma 2012).

3. See the following commentary, and the cases referred to in it: E Schwebel, "The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter", (1972) 66 *AJIL* 337, 348 (hereinafter Schwebel); NS Rodley, "Human Rights and Humanitarian Intervention: The Case Law of the World Court", (1989) 38 *ICLQ* 321 (hereinafter Rodley); SM Schwebel, "Human Rights in the World Court", 24 *Vanderbilt J Transnational L* 945 (1991) (hereinafter Schwebel 1991); SM Schwebel, "Human Rights in the World Court", in R. S. Pathak (ed.) *International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh* (Martinus Nijhoff, 1992), 267-90"; SM

Schwebel, "The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice", in V Lowe and M Fitzmaurice (eds), *Fifty years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge: CUP, 1996) 327 (hereinafter Schwebel 1996); Rosalyn Higgins, "The International Court of Justice and Human Rights", in *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy* (ed. K. Wellens, 1998, Martins Nijhoff), 691-705 (hereinafter Higgins 1998); A Duxbury, "Saving Lives in the International Court of Justice: The Use of Provisional Measures to Protect Human Rights" (2000) 31 *California Western International Law Journal* 141-76; J Grimheden, "The International Court of Justice in Furthering the Justiciability of Human Rights" in G Alfredson and others (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms* (Kluwer, 2001), 469-84; R Goy, *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme* (Bruylant, 2002); A Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v Belgium Case", 13 *EJIL* 853, 867-870 (2002); VS Vereshchetin and CJ Le Mon, "Immunities of Individuals under International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice", 1 *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence* 77, 88 (2004); SRS Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice* (Oxford: Hart, 2007) (hereinafter Bedi); Rosalyn Higgins, "Human Rights in the International Court of Justice" (2007) 20(4) *Leiden JIL* 745-751 (hereinafter Higgins 2007); Gentian Zyberi, "The Development and Interpretation of International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles Through the Case-Law of the International Court of Justice" (2007) 25 *Netherlands QHR* 117-39; Gentian Zyberi, *The humanitarian face of the International Court of Justice: Its contribution to interpreting and developing international human rights and humanitarian law rules and principles* (Intersentia, 2008) (hereinafter Zyberi 2008); J Grimheden, "The International Court of Justice—Monitoring Human Rights" in G Alfredson and others (eds), *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jacob Th Moeller* (2009) 249; Rosalyn Higgins, "A Babel of Judicial Voices? Ruminations From the Bench", (2006) 55 *ICLQ* 791 (2006), and part 10, chapter 1, in *Themes and Theories, Selected Essays, Speeches and Writings in International Law* (OUP, 2009) (hereinafter Higgins 2009a); Rosalyn Higgins, "Anna Lindh Memorial Lecture: Dispersal and Coalescence in International Human Rights Law", in Part 5, Chapter 17 in *Themes and Theories, Selected Essays, Speeches and Writings in International Law* (OUP, 2009) (hereinafter Higgins 2009b); C McCarthy, "Reparation for Gross Violations of Human Rights Law and International Humanitarian Law at the International Court of Justice" in C Ferstman and others (eds.), *Reparations for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes: Systems in Place and Systems in the Making* (2009) 283-311; Gentian Zyberi, "Self-determination through the Lens of the International Court of Justice", (2009) 56 *Netherlands ILR* 429-53 (hereinafter Zyberi 2009); Sandesh Sivakumaran, "The International Court of Justice and Human Rights" In Sarah Joseph & A McBeth (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law* (Edward Elgar

ist body involved alongside specialist bodies as international mechanisms concerned with the interpretation and application of human rights law? Is it simply “more of the same” or, as Bruno Simma asks, is there something qualitatively different to and beneficial in the involvement of the Court?

2. This question has been explored within academic commentary predominantly as part of general reviews of the treatment of the full spectrum of human rights issues within the Court’s jurisprudence.⁴ The issues in question cover a range of different areas of law including, but not limited to, human rights treaty law, for example taking in customary international law on self-determination, the law of immunity, treaty law, United Nations law, international criminal law, international humanitarian law, and occupation law. Such a broad canvas is helpful in capturing the range and scope of the Court’s involvement in human rights issues. However, as a means of considering the particular question of the merits of having an international generalist court, qua its generalist orientation, involved in human rights issues, it is limited because the “other” comparator partly required in the analysis—the judicial or quasi-judicial enforcement body with a specialist competence in the particular area of law in question—varies significantly (e.g. when international criminal tribunals are compared to human rights institutions) or is absent (e.g. in the case of international humanitarian law outside of international criminal law) depending on the area of law under evaluation. Moreover, the value of universalizing comparisons

Press, 2010) 299-325 (hereinafter Sivakumaran); Gentian Zyberi, “The International Court of Justice and applied forms of reparation for international human rights and humanitarian law violations” (2011) 7(1) *Utrecht LR* 204-215 (hereinafter Zyberi 2011); Djamchid Momtaz & Amin Ghanbari Amirhandeh, “The Interaction between International Humanitarian Law and Human Rights Law and the Contribution of the ICJ”, Chapter 16 in Karine Bannelier, Théodore Christakis, Sarah Heathcote (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law, The Enduring Impact of the Corfu Channel Case* (Routledge, 2011) (hereinafter Momtaz & Ghanbari Amirhandeh); Simma 2012, above n.1; Bruno Simma, “The ICJ and Human Rights”, Chapter 10 in Christian J. Tams & James Sloan (eds), *The Development of International Law by the International Court of Justice* (OUP, 2013) (hereinafter Simma 2013); Gentian Zyberi, “The ICJ and Rights of Peoples and Minorities”, Chapter 13 in Christian J. Tams & James Sloan (eds), *The Development of International Law by the International Court of Justice* (OUP, 2013) (hereinafter (Zyberi 2013)).

4. *Ibid.*

between the roles of a range of specialist bodies concerned with different areas of law, on the one hand, and the role of the Court in these areas of law, on the other hand, is further diminished by the scant and piecemeal nature of the Court's jurisprudence in any given area, and the consequent difficulties of drawing meaningful, generalizable conclusions from modest evidence.

3. As a complementary contribution to the existing literature on the general topic of the ICJ and human rights, and offering sustained treatment of a particular area of law that has hitherto not been offered in this literature, the present piece uses the case study of the extraterritorial application of human rights treaty law as a means of exploring the general theme of the value of the ICJ's involvement in human rights. The case study concerns the entry-level question of whether human rights treaties apply extraterritorially at all, a fundamental matter of the very operation of obligations which, as will be explained, has been and remains a contested issue. It focuses on the significance of express pronouncements by the Court on this issue, placed in the wider context of corresponding determinations by specialist courts and tribunals.

4. The Court's pronouncements were made in three cases: the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories Advisory Opinion of 2004 (hereinafter Wall Advisory Opinion), the Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda) judgment of 2005 (hereinafter DRC v. Uganda), and the 2008 Order Indicating Provisional Measures in the Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) case (hereinafter Georgia v Russia Provisional Measures Order).⁵ As will

5. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, 2004 ICJ Reports 163 (9 July) (Wall Advisory Opinion); Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 1 July 2000) [2000] ICJ Reports 111 (DRC v Uganda Provisional Measures); Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (Judgment of 19 December 2005) (DRC v Uganda Judgment), at paras. 216-17; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) Order Indicating Provisional Measures (Georgia v Russia Provisional Measures), 15 October 2008 (www.icj-cij.org/docket/files/140/14801.pdf, paras. 109, 149).

be discussed, the significance of these pronouncements to the law on the extraterritorial application of human rights treaty law builds on a statement in the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion (Namibia Advisory Opinion) from decades earlier, 1971.⁶ Although not about this this area of law as such, that statement can nonetheless be regarded as foundational to how the law is now understood.

5. The piece begins in section II by setting out the broader historical context of the ICJ's involvement in human rights issues. Then in section III it analyses the various different ways in which this involvement can be critically appraised, in the process making the case for the focus adopted herein, on a comparison between the role of the Court and that of specialist human rights tribunals on issues of meaning/interpretation rather than application/enforcement, and, within this, on comparative analysis concerned with the generalist/specialist distinction itself rather than the relative merits of positions taken on the substantive law. Such a focus is then deployed in sections IV-X through the case study of the Court's treatment of the question of the extraterritorial application of human rights treaties in the Wall Advisory Opinion, the DRC v Uganda judgment, and the Georgia v Russia Provisional Measures Order. Finally, section XI summarizes the significance of the Court's determinations on extraterritoriality, and sets out the lessons suggested by these determinations for broader understandings of the role of the ICJ in the field of human rights.

II. Historical developments in human rights law and at the ICJ

6. One of the main developments in the subject-matter covered by international law occurring over the lifespan of the International Court of Justice has been the emergence of and rapid expansion in the coverage of human rights in international treaty law.⁷ Moreover, the establish-

6. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion (Namibia Advisory Opinion), ICJ Reports 1971, p. 16.

7. On this development, see e.g. Higgins 1998, above n.2, 693; Higgins 2007, above n.2, 745; Higgins 2009b, above n.2, passim. For the instruments whose provisions

ment and then operation of the jurisdiction of dedicated mechanisms for the interpretation and application of these human rights instruments constituted one of the main ways in which the ICJ came to share its position as an international judicial body with other international courts and quasi-judicial bodies.⁸

7. It is commonplace to describe the situation during the period in which human rights treaties and their enforcement bodies were established as one where the ICJ's docket predominantly addressed a narrow set of issues, such as boundary disputes, commonly characterized as inter-state in character.⁹ The international supervision of the human

will be addressed in the present piece, see American Declaration of the Rights and Duties of Man, adopted by the Ninth International Conference of American States, Bogotá, Colombia, 1948, OAS Res. XXX (1948) (American Declaration) [not a treaty]; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 UNTS. 221 (ECHR); ECHR Protocol No. 1 (ECHR Protocol 1); ECHR Protocol No. 6 (ECHR Protocol 6); ECHR Protocol No. 13 (ECHR Protocol 13); Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, New York, 9 December 1948, UNTS, vol. 78, p. 277 (Genocide Convention); Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, Supplementary to the International Convention signed at Geneva on 25 September 1926, Geneva, 7 September 1956 (1956 Supplemental Slavery Convention); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, U.N.T.S. 993, p. 3 (ICESCR); International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A/XXI, 16 December 1966, U.N. Doc. A/6316 (19 December 1966), 999 UNTS. 171 (ICCPR); American Convention on Human Rights, 22 November 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, O.A.S. Off. Rec. OEA/Ser. L/V/II.23, Doc. 21, Rev. 6 (22 November 1969) (ACHR); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD or CERD) Adopted by General Assembly Resolution 2106 (XX), 21 December 1965, 660 UNTS 195; International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, New York, 18 December 1979, 1249 UNTS 13 (CEDAW); The African Charter on Human and Peoples' Rights (OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 27 June 1981) (ACHPR); Convention on the Rights of the Child, G.A. Res. 44/25, Annex, 44 U.N. GAOR Supp. No. 49, U.N. Doc. A/44/49 (20 November 1989), 1577 U.N.T.S. 3 (CRC); Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict of 2000 (CRC Optional Protocol); Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. Res. 46, U.N. GAOR, 39th Sess., Supp. No. 51, U.N. Doc. A/39/51, 10 December 1984, 1465 U.N.T.S. 85 (CAT).

8. On this, see e.g. Higgins 2007, above n.2, 745.

9. See, e.g., the discussions in Simma 2012, above n.1, and Zyberi 2013, above n.2, and Rosalyn Higgins, "Legal Disputes and Political Realities: The Current Role of the

rights situation within states, as far as compatibility with the provisions of human rights treaties was concerned, was the exclusive preserve of human rights-specific bodies, if it occurred at all. The right to self-determination came before the Court in the decisions about South West Africa/Namibia and the Western Sahara, but only in its ‘colonial’ manifestation, and as a matter of the entitlements of people vis-à-vis states who did not enjoy title over the territory in which those people resided, rather than the rights of people within their own state.¹⁰

8. The end of Cold War led to interrelated trends that substantially altered the character of the Court’s work: an increased willingness of states, of a more diverse geographic, economic and military character, to have their disputes submitted to the Court, and the Court’s docket expanding in both quantum and the range of areas of international law being addressed.¹¹ As the increase in the types of disputes and applicable law occurred, so human rights matters outside the field of self-determination came into the frame.

9. The Court’s jurisprudence on human rights issues, including international criminal law, is now significant.¹² Although the Court is not a “human rights court”, it has nonetheless become a court that makes decisions in the human rights field, rather like a domestic generalist court with plenary jurisdiction with respect to a legal system which includes human rights norms.¹³

International Court of Justice”, Sydney Bailey Memorial Lecture, 3 March 2000, http://website.lineone.net/~ccadd/3mar00_sbml.htm (hereinafter Higgins 2000), section II.

10. South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, 21 Dec. 1962, (1962) ICJ Rep. 319; South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, 18 July 1966, (1966) ICJ Rep. 6; Namibia Advisory Opinion, above n.5; Western Sahara, Advisory Opinion, (1975) ICJ Rep. 12.

11. Zyberi 2010, above n.2, 29.

12. See the commentary listed above, n.2, and sources cited therein.

13. Writing in a personal capacity in 1998, having reviewed the Court’s jurisprudence up to that point, Rosalyn Higgins observed that “notwithstanding that the International Court of Justice is not a human rights court as such, it is fully engaged in the judicial protection of human rights.” Higgins 1998, above n.2, 703. Almost a decade later, she observed, again in a personal capacity, that “We may be sure that the International Court of Justice, while not a “human rights court” as such, will continue to play a major role in the protection of human rights.” Higgins 2009b, above n.2, 19. See also Sivakumaran, above n.2, 325.

10. Human rights matters addressed by the Court have included, in addition to self-determination, the following: the law on genocide including the definition of the crime (the *actus reus* and *mens rea* elements and which groups come within its protection) and the applicability of the prohibition of genocide to states; certain aspects of treaty law in the context of human rights treaties, notably on reservations and succession/accession issues; the interplay between the law of state immunity and the law of universal criminal jurisdiction in the context of serious crimes; the law of diplomatic protection; the application of human rights law in situations of war and occupation where the law of armed conflict/humanitarian law/occupation law are also applicable; and the protection of individuals under humanitarian law.¹⁴

11. This involvement by the ICJ in human rights matters has been linked by commentators to the broader trend within the United Nations of “mainstreaming” human rights at the Organization (of which the ICJ is of course the “principal judicial organ”¹⁵): complementing the treatment of human rights issues within dedicated mechanisms, hitherto the predominant or even exclusive forum for such treatment, with treatment in other, “generalist”, non-human-rights-specific bodies.¹⁶ Put from the perspective of international law, Rosalyn Higgins (writing in a personal capacity) observes that the Court has played a major role the “embedding” of the “protection of human rights” within the “broader setting of international law.”¹⁷ Bruno Simma (also writing in a personal capacity) makes a similar point using the UN language of “mainstreaming”, with an additional, striking characterization of the ICJ and general international law, on the one hand, and human rights bodies and human rights law, on the other, as, respectively, the “old” and the “new”:

If we wanted to find a short-term description for our topic of the International Court of Justice and human rights, we could call it an

14. The sources cited above, n.2, provide an extensive coverage of this, including citations to the relevant caselaw. For an overview of the relevant case law, see e.g. Zyberi 2010, above n. 2, 195 and Zyberi 2013, above n.2, *passim*; Sivakumaran, above n.2, *passim* and in particular 319-20 (on genocide), 310 (on treaty law), 214 (on humanitarian law).

15. UN Charter, art. 92.

16. Zyberi 2010, above n.2, *passim*; Simma 2012, above n.1, 29.

17. Higgins 2009b, above n. 2, 19.

instance of international legal discourse in which old international law (represented for our purpose by the Court) encounters the new. What we can observe already is that the Court has become a major player in a process in which human rights and general international law mutually impact upon one another: human rights “modernize” international law, while international law “mainstreams”, or “domesticates”, human rights”.¹⁸

12. As the judicial careers of Rosalyn Higgins and Bruno Simma demonstrate, this expansion from the specialist to the generalist is symbolized by the movement of a number of jurists with experience in human rights law (though usually as part of a generalist professional expertise) onto the bench of the Court. Considering membership on the bench during the period when one or more of the three decisions under present evaluation were issued, some judges had previously served on international human rights enforcement bodies: Judge Higgins was a former member of the UN Human Rights Committee¹⁹; Judge Pieter Kooijmans was a former UN Special Rapporteur on Torture and President of the UN Commission on Human Rights²⁰; Judge Thomas Buergenthal was a former President of the Inter-American Court of Human Rights and member of the UN Human Rights Committee²¹; and Judge Simma was a former member of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights.²² Other members had previous experience of diplomatic service for their countries of nationality that involved par-

18. Simma 2012, above n.1, 29.

19. Judge Higgins was a member of the Court from 1995 to 2009 (www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=2). On her membership of the UN Human Rights Committee, see e.g. www.balzan.org/en/prizewinners/rosalyn-higgins.

20. Judge Kooijmans was a member of the Court from 1997 to 2006 (www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=2). On his tenure as UN Special Rapporteur on Torture and Chairman of the UN Commission on Human rights, see, see www.peacepalacelibrary.nl/2013/02/in-memoriam-pieter-hendrik-kooijmans-1933-2013-former-judge-of-the-international-court-of-justice/ and www.ohchr.org/EN/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx.

21. Judge Buergenthal was a member of the Court from 2000 to 2010 (www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=2). On his position at the Inter-American Court of Human Rights and on the UN Human Rights Committee, see www.law.gwu.edu/faculty/profile.aspx?id=1758.

22. Judge Simma was a member of the Court from 2003 to 2012 (www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=2). On his membership of the UN Committee

ticipation in human rights bodies (Judge Leonid Slotnikov²³ and Judge Peter Tomka²⁴); previous experience of practice in human rights law (Judge Ronny Abraham²⁵); previous publications on human rights law (Judge Bernardo Sepulveda-Amor²⁶); and previous such publications and involvement in human rights issues as a component of the applicable law on the senior national courts on which he sat (Judge Kenneth Keith²⁷). Rosalyn Higgins, writing in a personal capacity about the membership of herself and Judges Kooijmans, Buergenthal and Simma on the Court, observed that

The presence of these judges on the bench, providing a “critical mass” of persons particularly versed in human rights law, has contributed, I believe, to human rights being viewed as in the centre of what the Court does, not at the margin.²⁸

13. The effect of the expansion in the range of international law topics addressed by the Court is that in many areas of international law, the ICJ now a source of potentially persuasive and authoritative interpretation to a greater extent and across a broader spectrum of the international legal field than was the case previously. This is an especially significant development in the area of international human rights law, where the Court’s pronouncements do not sit largely alone as judicial determinations of the area of law at issue (unlike, it might be said, in

on Economic, Social and Cultural Rights, see www.law.umich.edu/FacultyBio/Pages/FacultyBio.aspx?FacID=simmab.

23. Judge Slotnikov was previously a member of the Russian delegation to UN human rights Commission; he has been on the Court since 2006 (www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1&judge=159).

24. Judge Tomka was in 1996 Chairman of the Meeting of the States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights; he has been on the Court since 2003 (www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1&judge=15).

25. Member of the Court from 2005 (www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1&judge=136).

26. Member of the court since 2006 (www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1&judge=158).

27. Judge Keith was a member of the Court of Appeal and the Supreme Court of New Zealand; he has been on the Court since 2006 (www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1&judge=157).

28. Higgins 2007, above n.2, 746.

the field of the use of force). On human rights matters, the Court's jurisprudence has to be situated in, and compared with, the more long-standing jurisprudence of specialist human rights bodies.

III. Appraising the ICJ's treatment of human rights law

As Article 38 of the Statute of the International Court envisages the Court's jurisdiction extending to disputes arising from treaties, all of this vast explosion of human rights conventions could, it might have been thought, lead to a heavy human rights component in the Court's work. The reality, however, is different. Only a few of the human rights treaties contain a specific compromissory clause referring to the CourtFurther, some of the great human rights instruments have their own judicial settlement procedures.

*Rosalyn Higgins (writing in a personal capacity in 1998)*²⁹

14. What role has the Court had, and should it have, on human rights matters, given that it co-habits with other specialist bodies, its contentious jurisdiction is open only to states, not also to individuals, and only few of the wide range of human rights treaties contain compromissory clauses that enable states to refer disputes to it?³⁰

15. On a basic level the ICJ's entry into the judicial application and enforcement of human rights law adds to the sum total of such treatment by international expert bodies. So it could be said that although for the foregoing reasons the ICJ may not be involved in many human rights cases, the involvement which does happen should be regarded as beneficial (if the quality of the Court's reasoning is sound, a matter which has been disputed in some of its human rights cases, as explored further below), in that it adds, albeit modestly, to the quantum of international institutional application and enforcement of human rights law (assuming, of course, the merit of such application and enforcement in the first place).³¹

29. Higgins 1998, above n.2, 693-4.

30. An example of such a compromissory clause would be CERD, above n.6, art. 22.

31. For Rosalyn Higgins, writing in a personal capacity about the Court's involvement in human rights law, "the promotion of effective guarantees of human rights

16. Clearly, however, more can be said about the merits of the Court's involvement than simply the observation that it is "more of the same" (and the cognate normative assumption that the "same" is of merit). One way into the possible avenues of enquiry here is via the distinction that can be made in the role of any expert body addressing human rights law between, on the one hand, being engaged in pronouncing on the substance of the law itself—clarifying its meaning e.g. through interpreting treaty provisions—and, on the other hand, applying this law to the particular facts before it, leading to a result that potentially "enforces" this law with respect to a given situation, including through the provision of remedies.³²

17. In the context of human rights, this distinction takes on a particular significance at the ICJ given that individuals do not have direct standing before the Court. As far as enforcement/remedies are concerned, the Court is structurally deficient on this key standing matter when compared to human rights bodies to which individuals have direct access.

18. Thus the Court is unable to provide remedies directly to individuals; moreover, the exclusion of access the Court of those whose interests are directly at stake in human rights cases also, of course, reduces the likelihood that such cases will go before the Court in the first place, compared to human rights tribunals where individuals have direct standing. More fundamentally, the inter-state character of the Court's jurisdiction (in the sense that its contentious jurisdiction is only

requires a common endeavour across a broad front." Higgins 1998, above n.2, 703. For Sandesh Sivakumaran,

the Court has not always covered itself in glory and the position is too nuanced to say that the Court has consistently developed human rights law

but it

...can certainly stand alongside other bodies that are tasked to uphold the protection of human rights. For one that is not a human rights court, it has done much to further their protection.

Sivakumaran, above n.2, 325.

32. On this distinction in the context of the ICJ's decisions on human rights matters, see also Sivakumaran, above n.2, 325.

for states, and its advisory jurisdiction, as far as general legal questions are concerned, requires states members of the General Assembly or the Security Council to agree on requests), means that even when human rights matters come before the Court, there is still potentially a state-centric orientation to the treatment of such matters. In explaining the modest number of human rights cases before the Court, Bruno Simma (writing in a personal capacity) argues that

...we are looking at the “wrong relationship” here: approaching human rights problems, above all the issue of violations, from an inter-State perspective can only bring to the fore, and solve, certain limited aspects of these problems. The ICJ will deal with violations of human rights as matters of State responsibility, and State responsibility is typically [in the words of Robert McCorquodale] “law by states for states”.³³

19. How might the “inter-State” perspective lead to only “limited” aspects of human rights problems being addressed? One potential area is in the level of detail that the Court is willing and able to go into when applying the law to the facts in human rights cases and making determinations on compliance, when compared to such willingness and ability by human-rights-specific bodies. In her Separate Opinion to the Court’s Wall Advisory Opinion, Judge Higgins, while agreeing with the Court’s finding on what she termed the “relevance of human rights law in occupied territories”³⁴ – what will be discussed below as matter of whether or not human rights law applies extraterritorially on the basis of effective territorial control—expressed reservations about the quality of the Court’s substantive determination in applying this law to the facts. For Judge Higgins,

.....it has to be noted that there are established treaty bodies whose function it is to examine in detail the conduct of States parties to each of the Covenants. Indeed, the Court’s response as regards

33. Simma 2012, above n.1, 15, quoting Robert McCorquodale, ‘Impact on State Responsibility’ in MT Kamminga and M Scheinin (eds), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (2009) 235, 236.

34. Wall Advisory Opinion, above n.4, Separate Opinion of Judge Higgins, para. 25.

the ... [ICCPR] notes both the pertinent jurisprudence of the Human Rights Committee and also the concluding observations of the Committee on Israel's duties in the occupied territories.

So far as the...[ICESCR] is concerned, the situation is even stranger, given the programmatic requirements for the fulfilment of this category of rights. The Court has been able to do no more than observe, in a single phrase, that the wall and its associated regime

“impede the exercise by the persons concerned of the right to work, to health, to education and to an adequate standard of living as proclaimed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...” (para. 134).

For both Covenants, one may wonder about the appropriateness of asking for advisory opinions from the Court on compliance by States parties with such obligations, which are monitored, in much greater detail, by a treaty body established for that purpose. It could hardly be an answer that the General Assembly is not setting any more general precedent, because while many, many States are not in compliance with their obligations under the two Covenants, the Court is being asked to look only at the conduct of Israel in this regard.³⁵

Drawing on some of the ideas in these comments it might be argued that the value of the Court in applying human rights law to any given situation is questionable when a specialist body already performs this function (cf. the initial comment about the ICCPR), given the Court's decision to make a pronouncement on compliance with rights of a programmatic character that is so generalized as to be, one might say, of questionable worth (cf. the comment on the ICESCR) and bearing in mind the relatively greater detail that human rights-specific enforcement bodies go into (cf. the comment on both Covenants).

20. However, the potential role of the Court on the issue of the meaning/interpretation of the law, as distinct from its application of the law

35. *Ibid*, paras. 25 & 26.

to the facts—in the Wall case, the initial issue, to be addressed later, that Judge Higgins agreed with, of whether the two Covenants even applied extraterritorially in the first place—is of a different character.

21. Questions of the meaning/interpretation of the law require, to be sure, considerable intellectual deliberation, but not detailed factual and evidential assessment. The Court is in no worse a position to engage in such a deliberation when compared to human rights tribunals, as a simple matter of practicality and detail (the question of expertise will be addressed momentarily). If, however, this negative aspect is absent, what of the question of the positive case? The more essential question raised by Judge Higgins in the context of application/enforcement remains as far as interpretation is concerned: what does it add to have the Court doing this in addition to the specialist bodies? It is just, as asked earlier, “more of the same”?

22. Obviously, the ICJ differs from specialist tribunals in the potential breadth of law that can be applied by it.³⁶ An aspect of this wide-ranging role is that for the Court, dealing with the fundamental contested aspects of particular areas of law is commonplace. It might be said, by contrast, that in the jurisprudence of human rights tribunals, the balance in the quantum of cases is tilted further towards matters of detailed application to the facts as distinct from fundamental contests over the meaning of the legal norms themselves. Just as it might be argued, as reviewed earlier, that human rights tribunals are better suited to matters of enforcement and remedies because of their detailed focus and extensive experience, so it could also be said that the ICJ might be more self-assured and capable on matters of interpretation, including on fundamental matters, because of the frequency with which it must engage in judicial determinations of this type (all other things being equal).

23. One basis for assessing the merit of the Court’s pronouncements on human rights law is a consideration of how these pronouncements

36. In the words of Gentian Zyberi,

Having no limitations over its subject matter jurisdiction, the ICJ offers a judicial forum in which much interpretation and progressive development of different branches of international law can take place.

Zyberi 2010, above n.2, 297.

compare to the treatment of the same issues by specialist bodies. Within this question a distinction needs to be made between the related questions of whether the Court fits within/departs from approaches taken by other bodies, and whether the approach taken by the Court is regarded to be meritorious.

24. A significant body of commentary this topic links these two issues in the sense that consistency is regarded as beneficial. For Sandesh Sivakumaran, for example,

The protection of international human rights by courts and tribunals is aided by the consistency of their jurisprudence. The extent to which the Court has adopted or departed from the jurisprudence of other human rights bodies thus merits consideration...[the] interlocking network of adjudicatory bodies and their consistence of jurisprudence can only be of benefit to the protection of human rights.³⁷

Sometimes this linked concept of consistency as a good appears to be tied to the idea of relative expertise of the specialist bodies: thus the emphasis seems to be placed more on the Court following the specialist bodies than vice versa. Bruno Simma, writing in a personal capacity, observes that

The court has been increasingly supportive of human right claims and it has demonstrated that it can handle human rights in a way considered respectable also by the “droits de l’hommeistes.” In this regard, it has caught up with the existing human rights courts.³⁸

Rosalyn Higgins, also writing in a personal capacity, observes that

The acknowledged expertise of these specialist human rights courts and bodies, and the desire to avoid fragmentation, provide an impetus for all concerned to seek common solutions on evol-

37. Sivakumaran, above n.2, 303 and 305.

38. Simma 2012, above n.1, 25.

ving points of law. If the Court would seem to be acting cautiously in this regard, it is certainly not acting negatively.³⁹

Before, the very involvement of the Court in matters of application/enforcement was questioned by Judge Higgins in the light of the more “detailed” existing role of the enforcement bodies. Here, a somewhat equivalent relative merit appears to be ascribed to the latter, in this case because of expertise, and with the consequence not of questioning the involvement of the Court in and of itself, as before, but, rather, accepting (or, at least, not challenging) such involvement but perhaps suggesting something akin to respect, even deference, on the part of the Court to the specialist bodies. Of course, the tenure of Rosalyn Higgins, Bruno Simma and their fellow “human rights” judges on the Court indicates that questions of relative expertise in human rights law of members of the bench at the ICJ as compared to human rights tribunals are not straightforward.

25. Beyond issues of consistency in the light of the Court’s co-existence with human rights bodies, further approaches to the substantive merits of the Court’s treatment of human rights law are more focused on this treatment on its own terms, not with reference to other treatment elsewhere, although some of the ideas generated in this context are clearly transferrable to comparative analysis. Two approaches can be identified here. Under the first approach, the Court has been engaged in the “clarification” of human rights law, and that this has been beneficial.⁴⁰ The second approach distinguishes between “progressive” and “conservative” approaches which encapsulate similarly vague notions of being “pro” or “anti” human rights, corresponding to positions that are typically regarded (often implicitly) as respectively meritorious and to be criticised.⁴¹ The potential link between such approaches and the earlier focus on consistency with human rights tribunals

39. Higgins 2007, above n. 2, 749.

40. For Gentian Zyberi, the court has “clarified how certain human rights rules and principles were to be understood and applied”. Zyberi 2010, above n.2, 294. Sandesh Sivakumaran describes the Court’s role as “clarifying the normative status of particular instruments and specific rights”. Sivakumaran, above n.2, 307.

41. For example, Gentian Zyberi takes the position that “the court has generally taken a firm position in favour of human rights”. Zyberi 2010, above n.2, 294.

is illustrated by the previous quote from Bruno Simma that links the Court's consistency with human rights tribunals to being "supportive of human rights".

26. The notion of clarification as a good implicitly, and assessments of being "pro" or "anti" human rights explicitly, presuppose more fundamental positions on contested matters in the field of human rights. Clarification as a good is at best thin and at worst ignoring a more fundamental matter if not allied to a notion that the particular position being clarified is of merit, thereby requiring a position to be taken on the more fundamental "pro" or "anti" human rights issue. And one does not have to be a relativist to accept that reasonable people can disagree on what is and is not "pro" or "anti" human rights. In any case, such analysis is a matter of general human rights theory and case law, capable of application to the jurisprudence of all judicial bodies, specialist tribunals and the generalist court alike. It is, to be sure, a fundamentally important question, but ultimately not directly about the topic of the relative merits and capabilities of specialist versus generalist courts.⁴²

42. Although some seem to worry that the ICJ may be more likely to be "conservative" on human rights issues than the specialist tribunals. Bruno Simma observes that specialist bodies have been behind the

...great advances of international human rights law...have developed doctrines and rules custom-made for human rights...which might go too far for more conservative circles of the legal mainstream. This *acquis* must not be levelled by the participation in the discourse of a generalist court such as the ICJ.

Simma 2010, above n.1, 26. Simma's concerns are tied to his focus on the "inter-state" character of the Court. He asks:

...could we exclude that at least part of its clientele might be somewhat less than enthusiastic if the ICJ assumed (more pronounced) features of a human rights court?

Ibid. Simma states that

...the development of international human rights will not infrequently upset sovereignty-based rules of international law with which most States will have been, and still are, quite comfortable.

Ibid., 27.

27. To establish a link between the underlying question and the topic at hand, one would appraise the substantive merit of the position taken by the Court on the question of extraterritoriality according to some general theory about human rights relevant to that question, and then use this as a basis for comparing the Court's position with that of specialist tribunals, and drawing conclusions about the relative merits of the two types of forums in terms of the substantive positions they take. Ultimately, the key contest would be on the underlying question: this would determine the outcome on the relative merits issue.

28. As this piece is not an effort to provide a theory to address the underlying question of whether human rights law should apply extraterritorially—a topic that is worthy of lengthy treatment in and of itself⁴³—it is

43. N. XX For academic commentary on this topic, see, e.g. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Fons Coomans & Menno Kamminga eds., 2004); Silvia Borelli, *Casting Light on the Legal Black Hole: International Law and Detentions Abroad in the "War on Terror,"* 87 *IRRC* 39 (2005); Michael J. Dennis, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation,* 99 *AJIL* 119 (2005) (Dennis); Ralph Wilde, *Legal "Black Hole"?: Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights,* 26 *MJIL* 739 (2005) (Wilde 2005); Sigrun Skogly, *Beyond National Borders: States' Human Rights Obligations in International Cooperation* (Intersentia, 2006); Ralph Wilde, *Case N., R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence (The Redress Trust intervening),* 102(3) *AJIL* 628 (2008); Michał Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia, 2009); Ralph Wilde, "From Trusteeship to Self-Determination and Back Again: the Role of the Hague Regulations in the Evolution of International Trusteeship, and the Framework of Rights and Duties of Occupying Powers," (2009) 31 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 75-132; Mark Gibney & Sigrun Skogly (eds), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* (University of Pennsylvania Press, 2010); Ralph Wilde, "Compliance with human rights norms extraterritorially: "human rights imperialism"?", Chapter 16 in *International Law and the Quest for its Implementation, Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas* (Laurence Boisson de Chazournes & Marcelo Kohen, eds., Brill/Martinus Nijhoff, 2010) (Wilde 2010); Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (OUP, 2011); Various authors, *Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights*, adopted 28 September 2011; Fons Coomans & Rolf Künnemann, *Cases and Concepts on Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights* (Intersentia, 2012); K da Costa, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties* (Brill, 2012); Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin and Willem van Genugten (eds), *Global*

not concerned with the ultimate merit of the positions taken by the Court on this question.⁴⁴

29. Rather, it is concerned with the second order issue of what a comparison between the pronouncements of the Court and the position taken by specialist bodies on this issue might say about relationship between the two and the role of the Court in human rights jurisprudence qua generalist Court. In other words, what can be said on the generalist/specialist issue as distinct from the substantive-merits-of-the-position-taken issue?

30. The focus will be placed on the significance, as discussed above, of the Court's involvement in questions of meaning/interpretation rather than application/enforcement, when compared to such involvement by specialist bodies. The case study of the question of whether human rights law applies extraterritorially will be used to test whether there is merit in what has been suggested in the foregoing analysis: Does the Court have the potential, in some instances, to make a positive difference on questions of interpretation in the field of human rights when compared to specialist bodies, and, if so, what factors might be relevant in determining when this possibility might arise?

IV. The contested issue and treaty law framework on extraterritoriality

31. The Court's determinations on the question of the extraterritorial application of human rights treaty law obligations were made at the

Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law (CUP, 2013)

44. Others have pronounced on this issue. Shiv Bedi states that, by determining that ICCPR, the ICESCR and the CRC apply extraterritorially, the ICJ has

...universalised the territorial application of human rights law and circumvented the traditional sovereign power of States in depriving individuals, irrespective of their nationality, of their human rights and respect for human dignity. This is a step forward for the cause of human dignity and a step backward for the traditional narrow meaning of State sovereignty.

Bedi, above n.2, 344.

time when this question was highly contested.⁴⁵ The entry-level matter of the very applicability of the obligations themselves—as distinct from consequential questions, such as what they would mean were they to apply, how this meaning would be mediated by the interplay with other applicable law, etc.—was disputed.⁴⁶ Such a situation was possible in part because the relevant provisions of the treaties contain terminology on applicability that lack a clear indication of spatial scope.

32. Some of the main treaties addressing civil and political rights, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the American Convention on Human Rights (ACHR) and the European Convention on Human Rights (ECHR) and their Protocols, the Convention Against Torture (CAT), as well as the Convention on the Rights of the Child (CRC), which also covers economic, social and cultural rights, conceive obligations as operating in the State's "jurisdiction". Under the ECHR and some of its Protocols and the ACHR, the state is obliged to "secure" the rights contained in the treaty within its "jurisdiction".⁴⁷ Under the CAT, the State is obliged to take measures to prevent acts of torture "in any territory under its jurisdiction".⁴⁸ Under the CRC, states parties are obliged to "respect and ensure" the rights in the treaty to "each child within their jurisdiction".⁴⁹ The ICCPR formulation is slightly different from the others in that applicability operates in relation to those "within [the State's] territory and subject to its jurisdiction".⁵⁰

33. Thus a nexus to the State—termed "jurisdiction"—has to be established before the state's obligations are in play (the significance of the separate reference to "territory" in the ICCPR will be addressed below). As the Grand Chamber of the European Court of Human Rights stated in the *Al-Skeini* decision about the applicability of the ECHR to the activities of UK forces in Iraq,

45. See generally the sources cited above, n. 42, and, for example, Wilde 2005, above n.42, 776-8.. Sandesh Sivakumaran highlights this significance in the Court's intervention on the topic. See Sivakumaran, above n.2, 307.

46. See the sources cited *ibid*.

47. See ECHR, art. 1; ACHR, art.1; above n.6.

48. CAT, above n. 6, art. 2.

49. CRC, above n. 6, art. 2.1.

50. ICCPR, above n.6, Art. 2.

“Jurisdiction” under Article 1 is a threshold criterion. The exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention.⁵¹

34. Certain other international human rights instruments do not contain a general provision, whether using the term “jurisdiction” or some other equivalent expression, stipulating the scope of applicability of the obligations they contain: the 1948 (Inter-) American Declaration of the Rights and Duties of Man (not a treaty), the 1981 African Charter on Human and Peoples’ Rights, the 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), the 1979 International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict of 2000.⁵²

35. What might be called a “free-standing” model of applicability echoes the position under certain other treaties concerned with warfare which include provisions concerned with the treatment of individuals, such as Common article 1 of the Geneva Conventions of 1949, according to which contracting parties undertake “to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.”⁵³

36. In the case of the CERD, a sub-set of obligations are conceived in the context of the State’s “jurisdiction”. The obligation concerning racial segregation and apartheid applies to parties with respect to “territories under their jurisdiction.”⁵⁴ Similarly, the provision of remedies

51. Al-Skeini (ECtHR), below n. INSERT 60 para 130.

52. American Declaration; ACHPR; CEDAW; CERD; CRC Optional Protocol; all above n.6.

53. Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 Aug. 1949, 75 UNTS. 31, art. 1; Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 Aug. 1949, 75 UNTS. 85, art. 1; Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 Aug. 1949, 75 UNTS. 135, art. 1; Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Aug. 1949, 75 UNTS 287, Art. 1.

54. CERD, above n.6, art. 3.

operates with respect to people in the state's "jurisdiction", in terms of both the obligation borne by the state to provide such remedies itself, and the jurisdiction of the international Committee on the Elimination of Racial Discrimination, if it has been accepted, to hear complaints against parties.⁵⁵ Moreover, as far as the Inter-American Declaration is concerned, the Inter-American Commission on Human Rights has treated the instrument as if it does contain the "jurisdiction" trigger, without an explanation for this assumption.⁵⁶

37. The obligation to secure the economic, social and cultural rights contained in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) does not include a dedicated stipulation concerning spatial applicability. The relevant provision obliges parties

to take steps, individually and through international assistance and co-operation...with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant.⁵⁷

38. The vagueness of the provisions in the instruments reviewed enables the scope of the spatial applicability of these instruments to be easily disputed. "Jurisdiction" could be regarded as a synonym for presence in sovereign territory only, thereby ruling out extraterritorial applicability. Alternatively, it could be defined in some way that includes, but is not limited to, a state's presence in its sovereign territory, but is defined in a manner that only covers a sub-set of extraterritorial activities (e.g. requiring a certain level of control), thereby creating the possibility for disagreements over which activities are covered. "Free-standing" obligations could be regarded as operating in any spatial zone in which the state is present, or, alternatively, a claim could be made that a limitation to sovereign territory should be read into them.

V. Decisions by other bodies and the ICJ

39. By the time the ICJ came to pronounce upon the extraterritorial applicability of certain of the aforementioned human rights treaties,

55. CERD, above n.6, arts. 6 (domestic remedies), 14.1 (jurisdiction of the Committee).

56. Coard, para. 37, below n.59.

57. ICESCR, above n.6, art. 2.

there were already other decisions (judicial, quasi-judicial, advisory) on the topic, and the process of overlapping deliberations continued during the period in which the Court became seized of the topic. Prominent were decisions of the United Nations Human Rights Committee (expressed through Views and General Comments),⁵⁸ the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights,⁵⁹ the Inter-American Commission of Human Rights,⁶⁰ the European Commission and Court of Human Rights,⁶¹ the United Nations Committee Against

58. General Comment No. 31, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004) (HRC General Comment No. 31); para. 10; Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Comm. No. 56/1979, UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979 (29 July 1981) (Celiberti de Casariego), Para. 10.3; Lopez Burgos v. Uruguay, Communication No. R.12/52, Supp. No. 40, at 176, U.N. Doc. A/36/40 (1981) (Lopez Burgos), para. 12.3; Mabel Perreira Montero v Uruguay (Montero), Comm. No. 106/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 136 (1990) (31 March 1983), para. 5.

59. General Comment No. 2, “International technical assistance measures” (Article 22), Fourth session (1990), in *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), at 12 (ESCR Committee General Comment 2), paras. 6, 7(d), 9; General Comment No. 3, “The Nature of States Parties’ Obligations” (Article 2(1)), Fifth session (1990), in *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), at 15 (ESCR Committee General Comment 3), paras. 13, 14; General Comment No. 8, “The Relationship between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights”, Seventeenth session (1997), in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004) (ESCR Committee General Comment 8), at 51; General Comment No. 12, “The Right to Adequate Food” (Article 11), Twentieth session (1999), in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), at 63 (ESCR Committee General Comment 12), paras. 36, 37; General Comment No. 14: “The Right to the Highest Attainable Standard of Health” (Article 12), Twenty-second session (2000), in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), at 86, (ESCR Committee General Comment 14), para. 39.

60. *Coard v. U.S.*, Case 10.951, Report No.109/99, OEA/Ser.L./V/II.85, doc. 9 rev. (1999), (Coard), paras. 37, 39, 41.

61. *Hess v. United Kingdom*, ECtHR, Application. No. 6231/73, 2 Eur. Commission H.R. Dec. & Rep. 72 (1975) (Hess); *Gillow v United Kingdom*, ECtHR, Application No. 13/1984/85/132, Judgment of 23 October 1986, (Gillow), para. 62; *Bui Van Thanh v. United Kingdom*, ECtHR, Application No. 16137/90, European Commission of Human Rights, Judgment of 12 March 1990 (Bui Van Thanh); *WM. v.*

Torture,⁶² the United Nations Committee on the Rights of the Child,⁶³ and judgments of domestic courts such as in the United Kingdom.⁶⁴

Denmark, Application. No. 17392/90, 73 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 193 (1992), 196, Section "The Law", para. 1 (WM); Drozd and Janousek v. France and Spain, 14 Eur. Ct. H.R. 745 (1992) (Drozd and Janousek); Loizidou v. Turkey, 310 ECtHR (ser. A) (1995) (Preliminary Objections) (Loizidou (Preliminary Objections)), Para. 62; Loizidou v. Turkey, 1996-VI, ECtHR, (ser. A) 2216, (GC) (Merits), (Loizidou (Merits)), Paras. 52-6; Illich Sanchez Ramirez v. France, Application. No. 28780/95, 86 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 155 (1996); Yonghong v Portugal, case number 50887/99, ECtHR, Judgment of 25 November 1999 (Yonghong); Öcalan v. Turkey, Application No. 46221/99, ECtHR, Admissibility Decision, (14 December 2000), section entitled The Facts (Öcalan Admissibility Decision), Section "The Facts", Para. 1, and 2005-IV ECtHR (GC) (Öcalan GC), para 91; Cyprus v. Turkey, 2001-IV ECtHR, 1 (GC), at Para. 77 (Cyprus v Turkey); Issa and Others v. Turkey, ECtHR, Admissibility Decision of 30 May 2000 (Issa (Admissibility)) and 41 Eur. Ct. H.R. 27 (2004) (Merits) (Issa (Merits)), Para. 71; Banković v. Belgium, 2001–XII ECtHR, 333 (GC), at paras. 70-71 (Banković); Ilascu and Others v. Moldova and Russia, ECtHR, Application No. 48787/99 [Grand Chamber], Reports 2004-VII (8 July 2004) (Ilascu); Solomou v. Turkey, ECtHR, Application No. 36832/97, Judgment of 24 June 2008, (Solomou), paras. 43-52; Isaak v Turkey, ECtHR, Application No. 44587/98, Judgment of 28 Sept 2006, Admissibility, page 21 (Isaak); Behrami and Behrami v. France & Saramati v. France, Germany and Norway [GC], ECtHR, Application Nos. 71412/01 and 78166/01, Admissibility Decision, 31 May 2007 (Behrami and Saramati); Pad and Others v Turkey, ECtHR, Application No. 60167/00, 28 June 2007 (Pad); Andreou v Turkey, ECtHR, Application No. 45653/99, Admissibility decision, 3 June 2008 (Andreou (Admissibility)), Page 11, and Merits, 27 October 2009, (Andreou (Merits)) Para 25; Al-Saadoon and Mufdhi v United Kingdom, ECtHR, Application No. 61498/08, Chamber decision, 2 March 2010, (Al-Saadoon); Al Skeini v United Kingdom, ECtHR, Application No. 55721/07, Judgment of 7 July 2011, (Al-Skeini (ECtHR)); Medvedyev and Others v. France, Application No. 3394/03, ECtHR, Grand Chamber decision, 29 March 2010 (Medveydev); Hirsi Jamaa and Others v. Italy, ECtHR, Application No. 27765/09, Grand Chamber decision, 19 January 2012 (Hirsi Jamaa); Catan and Others v. Moldova and Russia, ECtHR, Applications Nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06 Grand Chamber, (19 October 2012) (Catan).

62. Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention, Conclusions and Recommendations: United States of America, U.N. Doc. CAT/C/USA/CO/2 (25 July 2006), para. 15; General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties, 23 November 2007, U.N. doc. CAT/C/GC/2 (24 January 2008), para. 16.

63. Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Israel, UN Doc. CRC/C/15/Add.195, 4 October 2002, paras. 2, 5, 57-8.

64. R v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants) [2004] UKHL 55, 9 December

40. The question of the extraterritorial applicability of human rights law treaties raised in the ICJ cases concerned the applicability of these treaties to Israel in the Palestinian Territories in the context of the occupation in general and the construction of the separation barrier in particular, to Uganda in the DRC in the context of the military action by the latter in the territory of the former, and to Russia in Georgia in the context of Russia's support for the breakaway Republics of Abkhazia and South Ossetia, including through military action in 2008. The treaties at issue were the ICCPR (Wall and DRC v Uganda), the CRC (DRC v Uganda), the CRC Optional Protocol (DRC v Uganda), the African Charter (DRC v Uganda), the ICESCR (Wall Advisory Opinion), and the CERD (Georgia v Russia).

41. Just as in general many of the states who act extraterritorially—and whose legal position is, therefore, directly at stake—refute applicability in this context, so the three states whose obligations were being determined in these cases—Israel, Uganda and Russia—advanced the view that the treaties at issue did not apply to them in the territories under consideration.

42. The way the Court rejected these positions, and affirmed extraterritorial applicability, involved a series of assertions with a more general significance for the debates on applicability. Moreover, as will be explained, the Court's contribution to understandings of what obligations should mean in the extraterritorial context builds upon what it had said decades previously in the Namibia Advisory Opinion concerning South Africa's obligations to the people of that Territory. The Court's contribution in this field can be divided up into five distinct elements. These elements will be set out in the following sections.

43. In the first place, in the Namibia Advisory Opinion, the Court established the principle that territorial control also, rather than the

2004 (Roma Rights); R. (Quark Fishing Ltd) v. Secretary of State for the Foreign & Commonwealth Affairs [2005] UKHL 57, 13 October 2005; R (on the application of Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence (The Redress Trust intervening) [2007] UKHL 26; [2007] 3 WLR 33 (Al-Skeini (HL)); R (on the application of Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence [2005] EWCA (Civ) 1609 (21 December 2005) (Al-Skeini (CA)) ; R (on the application of Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence [2004] EWHC 2911 (Admin), 14 December 2004, (Al-Skeini (DC)).

enjoyment of territorial sovereignty, (that is, title), only, should be the basis for the operation of state obligations in general. Although not a determination specifically about international human rights treaty obligations, this broad proposition paved the way for later decisions about human rights law by both human rights bodies and subsequently the Court itself.

44. In the second place, for treaties containing the “jurisdiction” trigger for applicability, the Court both supported prior affirmations by other bodies that this trigger has an extraterritorial dimension, and offered original affirmations of its own.

45. In the third place, for treaties that have a “free standing” model of applicability, the Court has for some instruments treated them as if they did contain a “jurisdiction” clause, which operates extraterritorially, and for other instruments affirmed extraterritorial application in a simpler fashion.

46. In the fourth place, the Court’s pronouncement upon the “exceptional” nature of extraterritorial activities is potentially significant for the regulation of these activities by human rights law when compared to similar pronouncements by certain other bodies.

47. Similarly, in the fifth place the Court’s approach to the application of human rights treaty obligations to a state acting in territory not forming part of the territory of another state also party to the same treaty is highly significant given what has been suggested by certain other decisions on this matter.

VI. The Court’s contribution (1): Significance of control versus sovereignty; effective control as a trigger

48. In the Namibia Advisory Opinion the ICJ stated that South Africa, which at the time was unlawfully occupying Namibia, was

...accountable for any violations ... of the rights of the people of Namibia. The fact that South Africa no longer has any title to administer the Territory does not release it from its obligations and responsibilities under international law towards other States in respect of the exercise of its powers in relation to this Territory. Physical control of a territory, and not sovereignty or

legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States.⁶⁵

This Opinion was issued before the main decisions by human rights bodies on the extraterritorial application of human rights treaties.⁶⁶ It is not, of course, a decision about human rights-specific treaty law as such, although it concerns the “rights of the people of Namibia”. The reference to “obligations and responsibilities under international law towards other States” and “liability for acts affecting other States” adopts an inter-state focus, although such a focus can include human rights given that obligations of this type are contained in treaties between States, and that certain such obligations (including those at issue here, the prohibition of racial discrimination and the right of self-determination) are regarded as operating *erga omnes*, implicating a generalized community interest on the part of all States.

49. Whatever the intended meaning in the case of South Africa and the people of Namibia, and significance for rules concerning applicable law in general, and human rights law in particular, as a general proposition the echo of this statement can be traced through later decisions on the applicability of human rights treaty law, in two related but distinct respects.

50. In the first place, the fundamental point that State responsibility should not be limited to situations where a State enjoys title is the basic underpinning of extraterritorial applicability. In the second place, the particular concept of “physical control over territory” as a basis for determining where obligations should subsist has been adopted in later human rights decisions, notably those made in interpreting the meaning of “jurisdiction” in the European Convention on Human Rights, as one of the two main triggers for extraterritorial applicability, the second being a concept of control exercised over individuals.⁶⁷ The extraterritorial applicability of human rights treaties based on the exercise of control over territory—the “spatial” or “territorial” trigger—finds its origin in this more general concept from the ICJ.⁶⁸

65. Namibia Advisory Opinion, above n.2, p. 54, para. 118

66. See the sources cited above, nn. 57, 58, 59, 60, 61, 63.

67. INSERT REFERENCE, TO THE NOTE BELOW

68. See *ibid.*

51. It would be no exaggeration to say, then, that the ideas first judicially affirmed by the ICJ are the underpinning of both the notion of the extraterritorial application of human rights law itself, and also one of the two main ways in which the trigger for such application has been defined. They foreground subsequent approaches taken on these issues by human rights bodies and the Court itself.⁶⁹ In retrospect, it can be said that the ground breaking decision on the extraterritorial application of human rights law came from the ICJ, not from a human rights tribunal, and well before the canonical decisions were issued on the topic by human rights tribunals.

52. Just as the Court paved the way for later approaches taken on extraterritorial applicability that were directly concerned with human rights treaty law, so too the Court later became involved in offering approaches of its own to the topic. Bearing in mind Bruno Simma's "old" versus "new" distinction mentioned earlier, we see, on this topic, the "old" Court applying "old" general international law, not "new" human rights law, to craft an idea which then re-appears in that "new" law, and then later returns to the "old" body, to be re-determined there, now in its manifestation as part of the "new" field of law. The distinctions between old/new, general international law/international human rights law, and the ICJ/specialist tribunals, helpful for certain purposes, must not obscure the provenance and journey of an underlying idea.

53. The Court's contribution on the extraterritorial application of human rights treaty law can be split into different elements, beginning with the question of the extraterritorial meaning of the term "jurisdiction" as used in human rights treaties.

VII. The Court's contribution (2): Affirming the extraterritorial meaning of "jurisdiction"

54. The general refutation of the extraterritorial application of human rights law mentioned earlier, made by many of the States which would be subject to the obligations were they to apply, including Israel,

69. Sandesh Sivakumaran observes that the Court's later decisions on the extraterritorial application of the ICCPR, ICESCR and CRC (addressed herein below) are "timely and important" but also "no more than the specific application to human rights treaties of" this earlier idea. Sivakumaran, above n.2, 309.

Uganda and Russia with respect to the three ICJ decisions in this field, has been primarily concerned with the term “jurisdiction” in some of the main human rights treaties. This term, it is argued, means the State’s presence in its sovereign territory only, and so in circumstances where it serves as the trigger for applicability, the relevant obligations do not apply extraterritorially.⁷⁰ In the particular case of the ICCPR provision on applicability, which as mentioned earlier addresses those “within [the state’s] territory and subject to its jurisdiction”, the argument is made that the inclusion of the word “territory” in addition to “jurisdiction” should be read to suggest that jurisdiction is limited to territory, thereby ruling out extraterritorial applicability.⁷¹ Arguments have also been made against the extraterritorial application of the ICESCR, for example by Israel in the context of the situation in the Palestinian territories.⁷²

55. Even before the Wall Advisory Opinion and the *DRC v Uganda and Russia v Georgia* decisions were issued by the ICJ, the consistent position adopted in relation to international human rights instruments by international review bodies was the opposite of the rejectionist position. The term “jurisdiction” in the ECHR, ACHR, CAT and CRC has been interpreted to operate extraterritorially in certain circumstances.⁷³ The aforementioned treatment of the applicability of the (Inter-) American Declaration by the Inter-American Commission on Human Rights in terms of the exercise of “jurisdiction” was in the context of extraterritorial activity, which it regarded as capable of constituting the exercise of jurisdiction and thereby falling under the scope of the obligations in the Declaration.⁷⁴ The ICCPR was interpreted as applying extraterritorially by the UN Human Rights Committee in Views issued in 1981 and General Comment 31 of 2004.⁷⁵ In general, the

70. See e.g. the discussion in Wilde 2005, above n.42, 776-8, and sources cited therein.

71. See the discussions in the literature cited above, n.42; for one example of a commentator who advocates this position, see Dennis, above 42. For Israel’s position with respect to the ICCPR, see e.g. Wall Advisory Opinion, above n.4, para. 110, and sources cited therein.

72. See the Wall Advisory Opinion, above n.4, para. 112.

73. See decisions cited above nn., 59, 60 61, 62

74. Coard, above n. 59, para. 37.

75. General Comment No. 31; Lopez Burgos; above n. 57.

term “jurisdiction” has been defined extraterritorially as the exercise of control over either territory—the concept, indicated earlier, which has its origins in the Namibia Advisory Opinion, sometimes referred to as the “spatial” or “territorial” definition⁷⁶—or individuals, sometimes referred to as the “individual”, “personal” or, because of the identity of the foreign state actor involved, “state agent authority” definition.⁷⁷

56. The significance of the ICJ’s determinations on this issue was to bolster some of the affirmations of extraterritorial applicability that had already been made by expert bodies in relation to the ICCPR and the CRC

57. In the Wall Advisory Opinion and the DRC v Uganda judgment the Court affirmed that the ICCPR is capable of extraterritorial application.⁷⁸ This bolsters the credibility of the Human Rights Committee’s position on this question, and, by the same token, the credibility of the rejectionist view is weakened. It is also significant more broadly within the Court’s jurisprudence because the Human Rights Committee’s position is expressly cited by the Court in its reasoning on the issue in the Wall Advisory Opinion, both as a general matter, and as far as the position of Israel in the Palestinian territories in particular is concerned (the reasoning in DRC v Uganda merely invokes the Court’s earlier reasoning in the Wall Advisory Opinion in summary form).⁷⁹ Just as its decisions on extraterritorial applicability constitute some of the main decisions by the Court on human rights law generally, so here a decision in this category is a landmark in the broader theme of the Court’s express use of the decisions of other courts and tribunals.

76. See, e.g. *Cyprus v Turkey*, above n.60; *Loizidou (Preliminary Objections) (Merits)*, above n.60; *Banković*, above n.60; *Al-Skeini (DC)*, (CA), (HL), (ECtHR), above nn.60, 63; *Issa*, above n.60.

77. *Celiberti de Casariego*, para. 10.3, above n.57; *Lopez Burgos*, para. 12.3, above n.57; *Öcalan (GC)*, para. 91 above n.60; *Isaak*, ‘Admissibility’, page 21, n.60; *Coard*, paras. 1-4, 37, 39-41, above n.59; *Al-Skeini (DC) (COA) (HL)*, passim, nn.60, 63; *Al-Saadoon*, passim, above n.60; *WM*, p. 196, section ‘The Law’, para. 1, above n.60; *Montero* para. 5, above n.57.

78. *Wall Advisory Opinion*, above n.4, paras 107-11; *DRC v. Uganda*, above n.4, paras. 216-7.

79. *Wall Advisory Opinion*, above n.4, para. 109 (on the Committee’s general position on extraterritorial applicability) para 110 (on the Committee’s position on Israel in the Palestinian territories in particular); *DRC v. Uganda*, above n.4, para. 216.

58. In a similar fashion, in the same two decisions the Court provided authority for the extraterritorial application of the CRC, as with the Human Rights Committee and the ICCPR earlier, bolstering the position of the Committee on the Rights of the Child on this issue (although, in contrast, without referring to the latter Committee's position on the issue).⁸⁰

59. Before the ICJ became involved, the position on the extraterritorial applicability of the term "jurisdiction" when used in human rights treaties was limited to affirmation by the UN Human Rights Committee and the Committee on the Rights of the Child, whose decisions, although important and influential, are formally non-judicial and non-binding, and the European Commission and Court of Human Rights, whose decisions are necessarily specific to the ECHR and its Protocols even if often containing logic that is clearly transferrable to equivalent provisions in other treaties. The extraterritorial applicability of the ICCPR and the CRC could be rejected on the grounds that it had not been affirmed by a body other than the Committees associated with the two instruments, that the positions of those Committees were non-binding, and that decisions made with respect to the European Convention on Human Rights were irrelevant.⁸¹

60. After these ICJ cases, the positions of the Human Rights Committee and the Committee on the Rights of the Child with respect to the CRC and the ICCPR were no longer isolated, and, moreover, had been endorsed by a body with formal judicial status, and in a multifaceted fashion that both affirmed the position as general proposition and applied it to the facts of two separate situations, Israel in Palestine and the DRC in Uganda, in the latter case in a binding judgment.

61. More broadly, the quantum of authoritative interpretation on the question of the extraterritorial applicability of the term jurisdiction across international human rights treaties generally had become

80. Wall Advisory Opinion, above n.4, para. 113; DRC v Uganda Judgment, above n.4, paras. 216-7. On the decisions of the Committee on the Rights of the Child, see above, n.62.

81. See the discussions in the literature cited above, n.42; for one example of a commentator who advocates this position, see Dennis, above 42. For Israel's position with respect to the ICCPR, see e.g. Wall Advisory Opinion, above n.4, para. 110, and sources cited therein.

significantly greater, in that jurisprudence from specialist human rights bodies was joined by the preeminent, generalist court.

VIII. The Court's contribution (3): Affirming the extraterritorial applicability of other treaties with free-standing obligations

62. As mentioned above, some treaties operate in a free-standing sense, in that they do not contain express provisions stipulating their general spatial field of application. Debates about this spatial field are concerned not with the meaning of an ambiguous term (as in the earlier contest over the meaning of “jurisdiction”) but, rather, on whether, as mentioned, the lack of an express provision renders the treaties always applicable to States Parties anywhere in the world, or whether some sort of spatial test for applicability should be read into them and, if so, what constitutes the limits of that test.

63. The Court has made an important contribution to these debates, through adopting two distinct approaches to extraterritorial applicability. In the first place, the Court in effect read in to treaties a concept of jurisdiction, which it then determined to apply extraterritorially. In the second place, the Court offered a more simple affirmation of extraterritorial applicability, without explaining the basis for this.

64. As indicated above, the Inter-American Commission on Human Rights had read a concept of “jurisdiction” into the American Declaration on Human Rights (not a treaty), which did not contain an express reference to this word, as a way into affirming its extraterritorial applicability. This approach was taken up (without acknowledgment of its origins, as an idea, in the Commission’s decision about the Declaration) and applied by the ICJ in relation to the ICESCR in the Wall Advisory Opinion and the African Charter and the CRC Optional Protocol in *DRC v. Uganda*. All of these instruments were treated as if they contained the “jurisdiction” trigger, as a way in to affirming that they were capable of extraterritorial application on the basis of the performance of activity by the state which fell within the scope of this concept.⁸² In

82. On the ICESCR, see Wall Advisory Opinion, above n.4, para. 111-2; on the ACHPR and the CRC Optional Protocol, see *DRC v Uganda Judgment*, above n.4, paras. 216-7.

the Wall Advisory Opinion, the Court mentions the positions of Israel and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the question of the applicability of the ICESCR to Israel in the Palestinian territories.⁸³ Whereas it rejects Israel's advocacy of inapplicability, in contrast to its discussion of the position of the Human Rights Committee in relation to the ICCPR, it does not expressly associate the position of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights advocating applicability (either generally or in relation to Israel in the Palestinian territories in particular) with its own affirmation of this view.⁸⁴

65. Here, it is a matter not, as earlier, of interpreting a treaty provision termed "jurisdiction" as having an extraterritorial meaning, but, rather, of affirming the extraterritorial applicability of the obligations in the instrument by reading into it a concept for applicability called "jurisdiction" which has an extraterritorial component. This takes (without acknowledgment) an approach adopted in one decision by a regional body in relation to one instrument, not at issue in the case before it, and treats it as relevant more generally, to certain other human rights treaties that do not have an explicit concept of "jurisdiction" triggering applicability.

66. A second approach to the extraterritorial scope of treaties with a free-standing conception of applicability provisions is simpler. It was adopted by the UK House of Lords (as it was then) in the Roma Rights case of 2004 concerning the posting of UK immigration officials at Prague airport.⁸⁵ Lady Hale and Lord Steyn both assumed that the prohibition of discrimination on grounds of race in CERD applied extraterritorially, without recourse to a particular factual doctrine such as the exercise of "jurisdiction" which had to be met in order for the obligations to be in play.⁸⁶

67. The effect of the ICJ's 1998 Order for provisional measures in the Georgia v Russia case is to offer further support to this "free-standing" approach to applicability. The Court stated that it:

83. Wall Advisory Opinion, above n.4, para. 112.

84. *Ibid.*

85. See Opinion of Lord Bingham, Roma Rights case, above n. 63, para. 4.

86. See Opinion of Lady Hale, Roma Rights case, above n. 63, paras. 97 – 102; Opinion of Lord Steyn, Roma Rights case, above n. 63, paras. 44 & 46

...observes that there is no restriction of a general nature in CERD relating to its territorial application; whereas it further notes that, in particular, neither Article 2 nor Article 5 of CERD, alleged violations of which [by Russia in Georgia] are invoked by Georgia, contain a specific territorial limitation... the Court consequently finds that these provisions of CERD generally appear to apply, like other provisions of instruments of that nature, to the actions of a State party when it acts beyond its territory[....]⁸⁷

The Court's Order called upon "[b]oth Parties, within South Ossetia and Abkhazia and adjacent areas in Georgia" to take certain acts to comply with the Convention, a determination that assumed the extra-territorial application of CERD to Russian forces in Georgia.⁸⁸

68. This decision offers a particular approach to understanding the extraterritorial application of those treaties such as the CERD with free-standing models of applicability not expressly qualified by jurisdiction: the absence of a restriction on applicability, whether of a general character, or specific to the particular obligations in the treaty at issue, should be taken to suggest that the provisions should apply. In other words, as far as the significance of treaty provisions is concerned, the enquiry on extraterritorial applicability depends on not establishing this in a positive sense, but, rather, establishing whether it has been ruled out negatively though restrictive provisions. Such an approach to treaties with free-standing provisions can be seen as offering a potential explanation for the approach adopted by the UK House of Lords in *Roma Rights*, and a general doctrine to be followed in relation to such treaties, as an alternative to the approach of reading a concept of 'jurisdiction' into them.

IX. The Court's contribution (4): On the "exceptional" nature of extraterritorial activity and its regulation by human rights law

69. However controversial and important extraterritorial State actions are, and however fundamental to the interests of the relevant

87. *Georgia v Russia (Provisional Measures)*, above n.4, para. 109.

88. *Ibid* at para. 149.

States and those in the territories affected they may be in certain cases, taken as a whole they are exceptional when compared with the presence and activities of State authorities within their sovereign territories. Thus in the Wall Advisory Opinion the ICJ stated, in relation to the ICCPR, that,

...while the exercise of jurisdiction is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the State territory.⁸⁹

The Court went on:

Considering the object and purpose of the ... Covenant ... it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound by its provisions.⁹⁰

Similarly, in relation to the ICESCR, the Court stated that

...this Covenant guarantees rights which are essentially territorial. However, it is not to be excluded that it applies both to territories over which a State party has sovereignty and to those over which that State exercises territorial jurisdiction.⁹¹

70. Here, then, the Court is being descriptive about the exercise of jurisdiction in the sense of a State presence (the particular activity performed by Israel at issue before it) reflecting the fact that States Parties to the Covenant (taken as a whole) do not normally engage in this activity as a matter of fact outside their territory. These observations are significant because of how they echo an earlier statement made by the European Court of Human Rights, and how they have potentially a significantly different import, in terms of the implications for the scope of extraterritorial applicability, from an earlier statement by the Strasbourg Court.

71. In the *Banković* decision concerning the NATO bombing of Serbia in 1999, the European Court of Human Rights stated that that

89. Wall Advisory Opinion, above n.4, para. 109.

90. *Ibid.*

91. Wall Advisory Opinion, above n.4, p 180 para. 112.

jurisdiction is “essentially” territorial, with extraterritorial jurisdiction subsisting only in “exceptional” circumstances.⁹² However, in this observation the Court seemed to suggest that somehow the “exceptional” character of extraterritorial jurisdiction should be understood not only in a factual sense. Also, it should also be the basis for attenuating the scope of the meaning of “jurisdiction” in international human rights law, and should perform this function in an autonomous manner from the factual exceptionalism. The autonomous nature of this exceptionalism creates the possibility that even if a state is acting “exceptionally” as a matter of fact outside its territory, such a situation might not fall within its “jurisdiction” for the purposes of human rights law. In other words, only a sub-set of extraterritorial activity will be regulated by human rights law.

72. The dictum from *Banković* was affirmed at certain stages in the English courts of the *Al-Skeini* case concerning the UK’s military presence in Iraq, although by way of simple recitation only.⁹³ In the *Strasbourg* judgment in that case, the European Court of Human Rights stated:

A State’s jurisdictional competence under Article 1 is primarily territorial... Jurisdiction is presumed to be exercised normally throughout the State’s territory... Conversely, acts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 only in exceptional cases...

To date, the Court in its case-law has recognised a number of exceptional circumstances capable of giving rise to the exercise of jurisdiction by a Contracting State outside its own territorial boundaries. In each case, the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the State was exercising jurisdiction extra-territorially must be determined with reference to the particular facts.⁹⁴

92. *Banković*, above n. 60, para. 67.

93. See *Al-Skeini* (HC), above n. 63, paras. 245 and 269; *Al-Skeini* (CA), above n. 63, paras. 75-76.

94. *Al-Skeini* (ECtHR), above n. 60, paras. 131-2.

This statement seems to suggest that, necessarily, human rights law does not apply to all the extraterritorial actions of States—even if States perform “acts...outside their territories”, such acts can only “constitute an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1”, that is to be regulated by the obligations in the treaty, “in exceptional cases”.

73. This doctrine of the “exceptional” extraterritorial application of human rights obligations has only ever been affirmed in the context of the ECHR. Moreover, even in relation to that instrument it was absent from the case law before the *Banković* decision of 2001. Nonetheless, it appears to suggest a significantly different approach to “exceptionalism” from that articulated by the ICJ in the *Wall Advisory Opinion*, which was issued after *Banković*. For the ICJ, exceptionalism was only an issue in terms of the frequency of extraterritorial state action; it was not also a doctrine to limit the circumstances when this action would be regulated by human rights law when it occurred.

74. The absence of an affirmation of the latter doctrine places the *Wall Advisory Opinion* alongside the decisions of other bodies such as the Inter-American Commission of Human Rights and the Human Rights Committee, supporting the absence of such a doctrine from human rights law generally and further marginalizing the apparent affirmation of the doctrine in the context of the ECHR.

X. The Court's contribution (5): Whether human rights treaty obligations should apply to a state acting in territory not falling within the sovereign territory of another contracting party to the treaty

75. An idea has become associated with the ECHR, based on an interpretation of a dictum from the European Court of Human Rights in the aforementioned *Banković* decision about the “legal space” or “*espace juridique*” of the Convention, which has fundamental consequences for the question of extraterritorial applicability. Although advanced and affirmed only with respect to the European Convention, as an idea it is transferrable to other human rights treaties.

76. This idea is as follows: a particular action taken by one State in the territory of another State would not be governed by the Convention obligations of the first State, if the second State is not also a party to the

Convention, even if in other respects the act in question meets the test for extraterritorial jurisdiction under the Convention (for instance the State exercises effective territorial control). Under this view, although the concept of “jurisdiction” under the ECHR is not limited to a State’s own territory, the applicability of the treaty as a whole is limited to the overall territory of contracting States. In consequence, States acting outside the “territorial space” of the ECHR are not bound by their obligations in that instrument, even if they are exercising effective control over territory and/or individuals. This is a severe limitation as far as the ECHR is concerned, since most of the world’s States, including some of the key sites of extraterritorial action by certain European States, fall outside the “legal space” of the ECHR.

77. This concept, although articulated in relation to the ECHR, is of significance more broadly to situations where States act in territory in respect of which they lack title, and which does not form part of another State that is also bound by the same human rights obligations as they are. This would cover territory of a State that is not a party to the same human rights treaty, and non-state territory that, necessarily, does not fall within the territory of any state bound by any human rights treaties at all. It would also cover territory of a state that is party to the same treaty but subject to different obligations under it, whether through reservations, declarations or a divergent position as far as additional instruments such as optional protocols to the treaty are concerned. This is not, then, a rejection of the extraterritorial application of human rights law in toto; it is a rejection of human rights norms that have not yet been universally accepted/accepted at least by a State with sovereignty (as title) over the territory concerned, even if they have been accepted by the foreign State acting in that territory.

78. The significance of this idea is illustrated by the following three examples of exclusions that would be effected by this limitation. In the first place, no European State acting in Afghanistan, or taking action in the territorial waters of States and/or the high seas off the Horn of Africa with respect to so-called “piracy”, or taking migration-related action in the territorial waters of North African States and/or the high seas in the Mediterranean, would be bound by the ECHR. In the second place, no action by any State on the high seas, or off the coast of the Western Sahara (a non-state territory), whether piracy or migration-related, is

covered by any human rights treaty obligations whatsoever. In the third place, Israel would not be bound by any of its international human rights treaty obligations with respect to the Palestinian territories.

79. This sets up a two-tier system of human rights protection: States may act abroad in a manner that impacts on human rights, but such action is only regulated by human rights obligations if these had already been in operation in the territories in question. Such a system echoes legal distinctions operating in the colonial era in levels of civilization and as between the metropolis and the colony as far as the level of rights protection is concerned. Indeed, with the ECHR the distinction in rights protection necessarily operates according to a European/non-European axis—Turkey in northern Cyprus: yes; that State and other European States in Iraq: no.

80. Whether or not such an exclusion actually operates with respect to the ECHR and its Protocols has been addressed in both caselaw and academic commentary.⁹⁵ Such discussion has included coverage of broader normative issues concerning whether the absence of such a limitation, and the consequent application of human rights standards that were not previously applicable in the territory, would constitute “human rights imperialism” and also potentially risk, where it is co-applicable, adherence to certain norms of occupation law.⁹⁶

81. In *DRC v Uganda*, the Court held that the nature of the extraterritorial action by the State at issue, Uganda, met the test for triggering the law of occupation. Applying Uganda’s human rights obligations was not capable of raising a “legal space” problem as set out above, however, because the DRC was also a party to the treaties at issue. Similarly, in *Georgia v Russia*, the Court was concerned with the extraterritorial application of a human rights treaty that was binding on both the State acting extraterritorially, and the State in whose territory the former State was acting. These two cases were equivalent, then, to the Strasbourg cases about Turkey in northern Cyprus: one State being bound by its obligations when acting in the territory of another State also a party to the treaty or treaties containing

95. See Banković, above n.60; Al-Skeini (DC), (CA), (HL), (ECtHR), above nn.60, 63; Wilde 2010, above n.4.

96. See Wilde 2010, above n.42.

the obligations at issue. Everything was happening within the “legal space” of the treaty or treaties.

82. In the Wall Advisory Opinion, however, the Court was considering the applicability of human rights treaties that were not already in operation in the particular sense that the Territory—Palestine—did not itself constitute a State party to human rights treaties, nor was it regarded as forming part of the territory of another State party to such treaties. The situation was, therefore, in this sense outside the “legal space” of these instruments. It might have been said, then, that to apply the treaty obligations to Israel in the Palestinian territories would fall foul of a limitation on applicability to the “legal space” of the treaties at issue. However, such a view was not expressed by the Court, and the treaties were regarded as applicable to Israel, thereby necessarily rejecting the “legal space” limitation idea in its entirety.

XI. Significance of the decisions on extraterritoriality

XI.A. Significance for the law on extraterritoriality

83. When the ICJ issued the Namibia Advisory Opinion in 1971, the development of international human rights treaty law, and its expert-body interpretation, was at a very early stage—the two global human rights Covenants, for example, had been adopted (in 1966) but were not yet in force (that happened in 1976).⁹⁷ The question of the extra-territorial application of this law had not been subject to any general expert determination.⁹⁸ When that happened later, the ideas expressed by the Court can be clearly identified. Although, then, the Court did not itself pronounce upon international human rights treaty law for some time after Namibia, that decision nonetheless deserves a central place in the canon of international human rights law jurisprudence not only for the commonly acknowledged significance it has for UN law and the law of self-determination,⁹⁹ but also because of this link with later

97. See ICCPR, ICESCR, above n.6.

98. See the decisions cited above, nn. 57, 58.

99. For that common acknowledgement, see the sources cited above, n.2, and Simma 2012, n.1.

expert-body determinations on the extraterritorial application of human rights law.

84. Moreover, when the Court then offered its own contribution on the latter subject to sit alongside the expert-body determinations, this had an important role in consolidating and supplementing a critical mass of authoritative interpretation on what was and remains the highly contested and fundamentally important question of whether human rights treaty obligations apply extraterritorially.

85. The ICJ's findings on the extraterritorial application of human rights law are contained in a few passages, offering brief rationales (if any), and forming part of decisions covering a much broader set of issues. The other case law on this topic, by contrast, in some instances includes lengthy treatment with significant reasoning and engagement with background and underlying matters.¹⁰⁰ Yet in a few brief statements in three decisions, the Court bolstered the case for an affirmative answer to this question, and in a manner that widened the scope of the judicial and quasi-judicial conversation from an isolated, treaty-specific treatment by dedicated interpretation bodies on what is a common matter across the human rights treaty framework.

86. The case law in this field is still somewhat sparse, and so the Court's contributions are significant, in reinforcing existing positions already articulated by expert bodies (and further marginalizing the respective contrary positions affirmed by some states) and bringing its own view to bear in relation to certain instruments that had not previously been subject to expert determination on the extraterritoriality issue. It might be said that the three decisions, covering as they do six human rights treaties (including both the UN Covenants), in consistently affirming extraterritorial applicability suggest a general orientation on this topic that favours human rights law operating beyond borders. Such an approach reinforces the case for applicability made in decisions by other bodies, and enhances the future prospects for such a case to continue to prevail when it is subject to determination in the future, whether at the Court or elsewhere.

100. See the cases cited above, nn.57, 59, 60, 63

XI.B. The special fit between the Court and the extraterritoriality issue

87. Earlier it was observed that the relative balance in frequency between addressing fundamental matters of law and applying the law to the facts is tilted more towards the former in the case of the ICJ and the latter in the case of human rights tribunals. It was speculated that this might make the Court relatively more confident and expert in matters of interpretation. The significance of this general point is acute when it comes to the question of extraterritorial applicability, because here interpretation bodies have to determine the fundamental question of whether the law is even in operation to begin with. Not only, moreover, is there a significant link between the topic of extraterritorial applicability, as a fundamental question, and the relative experience of the ICJ in addressing questions of this type. Also, more specifically, the particular way in which the question is fundamental—being about what law applies—is also significant to the Court’s work, where cases often involve determinations of applicable law, as compared to human rights bodies, where questions of interpretation are more commonly limited to what the law means, not also what law is to be interpreted in the first place.

88. Indeed, in two of the three cases under present evaluation—the Wall Advisory Opinion and DRC v. Uganda, human rights law was one of multiple areas of international law that were potentially applicable, and so determinations on applicability had to be made across multiple legal regimes. Before a human rights expert body, the question of the applicability of the relevant treaty is effectively determinative as far as the jurisdiction of the tribunal is concerned: if the law is not applicable, then, necessarily, the tribunal has no jurisdiction over the situation at issue. An equivalent situation prevailed only in the Georgia v. Russia case; in the other two decisions, a finding on the applicability of human rights law was not essential for there to be a case. Moreover, it might be speculated that the frequency of jurisdictional disputes before the ICJ, regarded by commentators in the context of the functioning of international mechanisms of dispute settlement as a deficiency in the system,¹⁰¹ does at least

101. For example, writing in 2000, in a personal capacity, Rosalyn Higgins observed:

have the advantage of making the Court very familiar with contests which determine whether or not cases will be heard in the first place.

89. As discussed earlier, involvement in extraterritorial activity, although significant and often controversial, is unusual when considered in the broader context of all the things that a state normally does and how this impacts on human rights. In the main, therefore, international human rights bodies considering the extent to which state activities comply with human rights obligations spend most of their time addressing what is happening within any given state, as far as that state's obligations are concerned, and relatively little time on extraterritorial activity. In consequence, their treatment of extraterritorial issues, including the entry-level question of applicability, constitutes but a small fraction of their jurisprudence. At the ICJ, by contrast, no doubt largely determined by the inter-state character of its jurisdiction, most jurisprudence on human rights law has been about the extraterritorial context. The partial nature of the ICJ's jurisdiction, then, has led to the dominance of extraterritorial human rights issues within the corpus of its human rights jurisprudence generally, when compared to the jurisprudence of the specialist bodies.

90. Not only does the inter-state character of the Court's jurisdiction mean that human rights issues in the extraterritorial context are more likely to come up. Also, the Court's relative familiarity with extraterritorial issues more generally means that its treatment of the human rights aspects falls within the broader sphere of inter-state activity with

There is scarcely a case based on the optional Clause in which the defendant State does not insist that the Court does not, in the particular event, have jurisdiction – usually because a reservation is said to apply to the matters at hand. So the Court has first to hold hearings to determine its own jurisdiction. This delays the coming to the merits. In the hands of competent counsel the prospects for delay and challenge as to jurisdiction may be very extended indeed.

The net result is that, even where the challenges have not much strength, the coming on of the merits is long delayed. And a further result is that too large a percentage of the Court's time is spent on resolving its own jurisdiction. It is really not satisfactory that it should be thus after fifty years of this Courts existence, and eighty years have passed since the Permanent Court was established. This state of affairs reflects a depressing immaturity in international relations.

Higgins 2000, above n.8, Section V (emphasis in original).

which it is comfortable and experienced. Although its movement into the human rights field is relatively recent when compared to the activity of human rights bodies, paradoxically it is the Court, not human rights bodies, that has had a long-standing role in adjudicating international legal matters that concern the transnational or cross-border context. A related point is that the extreme, controversial and sometimes, for the populations and states involved, existential nature of the subject-matter at issue—war, occupation etc.—is, for the Court, if not the norm, certainly more familiar, in terms of the frequency with which it comes up, than it is to human rights bodies. Determining the question of extraterritorial applicability is the gateway, potentially, to adjudicating, for example, on the aspects of the hugely contested matter of the conduct of an armed conflict and/or occupation. The ICJ is much more used to crossing such thresholds (albeit usually applying other areas of law) than human rights bodies are.

*XI.C. Broader lessons for debates on the role of the
ICJ in human rights*

91. Although, then, the Court has had a significant role in the development of authoritative jurisprudence on the extraterritorial application of international human rights treaty law, the foregoing analysis indicates that there are special factors suggesting an exceptional fit between the Court's broader role and this particular issue, as distinct from human rights matters more generally. What, then, if anything, can be drawn from the extraterritoriality case study for the broader question of the role of the Court compared to that of specialist tribunals on human rights issues generally, as distinct from extraterritorial human rights issues in particular?

92. At the very least, it suggests that the view that the Court, as a generalist and inter-state body, is somehow always to be assumed to be in an inferior position when it comes to making pronouncements upon human rights issues when compared to specialist bodies is incorrect. Within this general insight, it suggests that one of the explanations given for such an assumption, the inter-state character of the Court's jurisdiction, may sometimes not only fail to support the assumption, but also push things in the opposite direction, leading if anything to

comparative advantage on the part of the Court. More generally, indeed, for this reason and/or others it suggests that the Court might be if anything in a better position to adjudicate on human rights matters in some instances.

93. The question, then, is whether this lesson from extraterritoriality is transferable to other situations, and, if so, in which circumstances. The foregoing analysis suggests that the following features of the Court's role and character need to be considered, in terms of their significance to the particular human rights topic at hand: its inter-state character; its familiarity with fundamental legal questions; its long-standing practice of and experience in ranging across all areas of law and applying multiple fields of law simultaneously, in terms of more than one area of human rights law (e.g. multiple human rights treaties) and other areas of law in addition to human rights law.

94. It will be for work on other areas of human rights law to test whether not one or more of these factors might sometimes push towards an appreciation that the ICJ might "add value" when compared to treatment by a specialist tribunal. But one example might be offered in overview.

95. Most states are bound by multiple human rights treaties, but international scrutiny bodies are typically treaty-specific. In the absence of a "World Court of Human Rights" and/or an effort to harmonize/consolidate the international reporting mechanisms beyond the general reviews performed by the Human Rights Council, the ICJ is in a unique position, in principle, to be able to address a particular situation with reference to the entire applicable normative framework as a matter of human rights (and also consider, and in a potentially more even-handed way, not being especially tied to one particular instrument as its starting point, how the meaning of this framework is mediated by the interplay with other applicable law). Just as on the question of whether human rights obligations apply extraterritorially the Court was, when the terms of its jurisdiction permitted it, able to look at the entire legal picture rather than a sub-set of it (viz. in *DRC v. Uganda and the Wall Advisory Opinion*, but not in *Georgia v. Russia*) so more generally, in any context, it may sometimes be in a position to offer a more complete treatment of compliance with the applicable law (assuming, of course, that in the particular circumstances this is desirable).

96. Finally, the case study on extraterritoriality suggests that there is merit in what was said earlier about the utility of disaggregating appraisals of the Court's potential role in terms of meaning/interpretation issues, on the one hand, and application/enforcement issues, on the other. The Court's role on former issues is different, and certain matters cut differently when compared to a consideration of them in the context of latter issues. For example, the "state centric" nature of the Court does not, on matters of interpretation, degrade its potential in the field of human rights interpretation in the same way as it might in the realm of enforcement. Clearly, this nature may render the Court's contributions limited in quantum and scope overall (few cases, no direct remedies for individuals) but when one focuses on interpretation in particular, the limitations appear different, given that a few decisions on key questions can have a ripple effect in influencing how these questions are then addressed across human rights bodies generally. Making general determinations which have the potential to be followed in any individual case where the same legal principles come to be applied by specialist bodies is a significant, not limited, function. It would be fanciful to expect the ICJ to become a major player in the enforcement of human rights to rival specialist tribunals in this respect. But the Court's jurisprudence on the question of whether human rights treaties apply extraterritoriality suggests, by contrast, the potential for a much more significant role when it comes to interpretation matters on fundamental issues.



CAPÍTULO XLIV
INTERNATIONAL ECONOMIC LAW
IN AN AGE OF GLOBALIZATION

*Hisashi Owada*¹

I. Introduction

This article intends to address the growingly apparent discrepancy between the emerging realities of cross-border socio-economic activities in the contemporary world and the existing regulatory regime of contemporary international law that governs these activities. I wish to pinpoint my argument on one narrow aspect of the problem of public policy in the global community. The field of competition policy (also referred to as antitrust, anti-monopoly, or fair trade policy) is of particular interest and importance in this respect, as economic activities crossing national borders conspicuously lack any formal regulatory framework (multilateral agreement or central global institution) for formulating and enforcing a regulatory regime that reflects a global public policy to control these economic activities in the globalized market. (This marks a remarkable contrast to the case of the WTO regime in the area of trade or the regulatory regime in the area of international investment). It is true that attempts have been made to introduce public policy considerations relating to undesirable anti-competitive behaviour that should play a role in the regulatory regime set by domestic public authorities (legislative, judiciary, and executive) in their processes of decision-making. However, these public policy considerations have generally been formulated, applied and enforced primarily from the viewpoint of the public policy considerations prevailing in national society rather than the public policy considerations of the international society as a whole.

As a starting point, we are clearly witnessing an ongoing process of globalization of the international system. However, the existing

1. Judge and former President, International Court of Justice. The views expressed in this paper are the personal views of the writer and do not reflect in any way the position of any institution that the author belongs to or is associated with.

normative framework regulating economic activities of the present-day world is based on the existing regime of international law founded on the principle of the partition of competence among sovereign States. Thus, its current relationship to public policy is also founded upon this principle of the partition of competence of national markets, rather than that of the globalizing community of the world. For this reason, the consideration of an emerging global public policy relating to competition will be used as a lens for illustrating why it is both difficult, though important, for domestic public authorities to approximate their decision-making in the area of competition policy on the basis of an emerging public policy of the global community as a whole in the area of competition law. It is important to demonstrate that the limited attempts by domestic authorities to follow something akin to a global public policy relating to competition have been inadequate. In this state of affairs, what is required seems to be a growing institutionalization of a global public policy in the field of competition. The article will therefore suggest appropriate strategies for advancing towards the realization of the international rule of law in the context of competition policy in the future.

II. The On-Going Process of Globalisation

Today's world is one marked by a far-reaching, process of "globalisation" of the international system. The scholarly and political debate concerning the phenomenon of globalisation and its history is intricate and raises many difficult theoretical and methodological issues. For the identification of the problem inherent in the concept itself, Harvard historian David Armitage has highlighted the variety of historical processes of what he perceives to be globalisation and emphasized the uncertainty about where the current process of globalisation might take us.² However, my view is that, for the purposes of the consideration of

2. David Armitage, *Foundations of Modern International Thought* (CUP, 2013), p. 45 (He notes as follows: "To live in an age of globalisation is not the same thing as living in a globalised age: after all, there have been processes of globalisation before, for example, in the late fifteenth, late eighteenth and mid nineteenth centuries, none of which produced a lasting condition of globalisation. The historians' contribution to the study of globalisation should therefore be to remind us that we may be living amid

the problem at issue, the current process of globalization should be recognized as qualitatively distinct from earlier instances of “internationalization”, which many authors, including Armitage, tend to assimilate to “globalization”. In earlier writing, I sought to define globalization in the context of an investigation into the two factors that seem to be leading the wave of the transformation of international society today: globalization of the society *qua* society and humanization as the two component elements of this society. As I noted in that article:

“[globalization] [...] is transforming international society *qua* society. This process of societal integration, which [to me] is the essence of ‘globalization,’ has to be clearly distinguished from the traditional process of growing interstate interdependence known as ‘internationalization’ that has been going on since the latter half of the nineteenth century. This new reality of societal integration of the world seems to be novel; it is a movement that creates activities that defy national borders and operate on a global scale, irrespective of the system of governance based on a network of national regulatory frameworks. This new phenomenon of globalization has come to create increasing challenge to the institutional framework for the management of the international system built on the principle of national partition of competence within the Westphalian legal order.”³

For the purposes of the analysis that follows, I take the liberty of choosing my own definition of “globalization” as the point of departure. In

only the latest (but probably not the last) of globalisation’s diverse and disconnected pre-histories.”).

3. Hisashi Owada, “Some Reflections on Justice in a Globalizing World”, *ASIL Proceedings, 2003*, pp. 182-183 (The article also notes that “[a]n indication of the problem [posed by globalization] can be found in the growingly apparent inadequacy of the present system to control the activities of the so-called megamultinationals operating in a global market subject primarily to their national regulatory frameworks. These frameworks are exclusively devised in terms of ‘national public policy’ as distinct from an ‘international public policy’ for this globalized market. This problem is not limited to economic activities. The bleak prospect for the future of the Kyoto Protocol is an indication of the same phenomenon in the field of social problems. The devastating experience of September 11, 2001, dramatically revealed the political impact of globalization and the total inadequacy of the present system to cope with it.”).

this sense there can be no question that we are today witnessing a phenomenon which goes far beyond the “gradual thickening of connections across national boundaries”⁴; it in fact heralds the emergence of a truly “global community of mankind” as a matter of socio-economic reality. We have to proceed from the postulate that, ideally, we should recast the whole system of international regimes that governs human activities carried out in this age of “globalization”. Global public order should play a large role in promoting certain basic values that affect human security, including economic security, by individuals, who are the ultimate beneficiaries of this global community.

It cannot be denied that “globalization” as defined above is with us today. It may be true that the precise definition and the measurement of the scope of globalisation could pose a challenging task. Many scholars and international institutions have proposed different ways of measuring the scope of this process of globalisation. Some focus on economic interactions (e.g. the level of trade and investment, the extent of mergers and acquisitions by large Multi-National Corporations),⁵ others focus on State activities (the extent of diplomatic contacts, patterns of international regulation or treaty-making),⁶ whereas yet others concentrate directly on individuals (e.g. the levels of migration and its patterns across countries, the extent of global communication as well as disseminated knowledge).⁷ Finally, some observers try to integrate all of these approaches to develop comprehensive measurements of the globalisation process. Despite these ambitious attempts by scholars to capture the entire process of globalization comprehensively, recent studies take a more modest sector-specific approach to the measurement of the globalisation process.⁸

4. David Armitage, *Foundations of Modern International Thought* (CUP, 2013), p. 33.

5. See Timothy J. Sturgeon (MIT), *Global Value Chains and Economic Globalization – Towards a New Measurement Framework* (Report to Eurostat) (May 2013), p. 11.

6. See the Methodological Appendix in David Held et al., *Global Transformations: Politics, Economics and Culture* (Stanford University Press, 1999), p. 453.

7. See, e.g., International Organization for Migration, *World Migration Report 2013: Migrant Well-Being and Development* (2013), p. 23 (the Report notes that it “draws upon the findings of the Gallup World Poll, using data collected in 2009–2011 from 25,000 first-generation migrants and over 440,000 native-born individuals in over 150 countries, to assess, for the first time, the well-being of migrants worldwide.”).

8. At an earlier phase of what was called “globalisation studies”, scholars tried to develop comprehensive theories or models of globalisation. Thus, in 1999, one group of

However, I personally believe that what is more important for the purposes of this analysis is to capture the essential characteristics of the process of globalization which inevitably impacts upon the existing legal framework of international law that governs the activities taking place on a global basis.

III. Globalisation in the Economic Sphere

I wish to take up by way of illustration an examination of the impacts of globalization on activities in the economic sphere, especially in relation to trade and investment, before addressing how the issue of competition policy fits into this context.

widely-cited scholars of globalisation had suggested that globalisation processes should be measured by “five sets of indicators of enmeshment [...] in respect of key areas of state activity and the degree to which these are implicated in global or regional networks of interaction”. The five sets of indicators were divided by the authors into “politico-legal indicators”, “military indicators”, “economic indicators”, “socio-cultural indicators”, and “environmental indicators” (see the Methodological Appendix in David Held et al., *Global Transformations: Politics, Economics and Culture* (Stanford University Press, 1999), p. 453) A more recent study begins by examining what the value chains within Multinational Corporations (henceforth MNCs) can tell us about globalization. The Report defines “value chains” as follows: “The [...] full range of activities required to bring a product or service from conception through the different phases of production, delivery to final consumers, and final disposal after use.” (see Timothy J. Sturgeon (MIT), *Global Value Chains and Economic Globalization – Towards a New Measurement Framework (Report to Eurostat)* (May 2013), p. 11). The study, a report prepared for Eurostat and published by the OECD, focuses on globalisation processes in the “economic” sphere, especially focusing on the activities of the MNCs with reference to the value chains of MNCs. The report describes the challenges of measuring globalization in various spheres (politics, culture, the economy) but proposes a novel approach that it claims is better suited to “the new patterns and structures that are taking shape”. As the Report notes “There is broad agreement that the world economy is becoming more deeply integrated and interdependent along multiple dimensions: economic, cultural and political. While one might expect cultural or political integration to be difficult to measure with precision, global economic integration has also proven resistant to detailed quantification and empirical characterization. We have a strong sense of profound changes in the world economy, and see signs of it everywhere, but cannot fully describe the new patterns and structures that are taking shape, not least because the official statistics at our easy disposal were created for other purposes and in simpler times.” (*ibidem*, p. i). All these factors are relevant to the discussion that follows, but may describe only a part of the bigger picture and constitute the background of what I intend to say.

As can easily be surmised, the process of globalisation is most conspicuous in the economic sphere. However, its depth and intensity in different fields of economic activities are not uniform.

In the area of the flow of goods, the realisation of a level playing field in the global market has become the norm in many industries; in the area of the flow of money, financial markets are becoming largely global;⁹ in the area of the flow of people, economic migration is increasingly an emerging feature of growth in the globalizing economy¹⁰ of the future. Nevertheless, if you take the mobility of the labour market, rigidity still remains symptomatic of economic nationalism in an environment of social structural rigidity of society at the national level. This in turn exacerbates the rise of protectionist policies in the trade of goods and services in recent years, thus prompting States to continue to jealously guard their borders from a large number of migrants¹¹ who could easily disturb the stability of the local community. Moreover, with regard to persons living in an environment with largely non-functional or non-existent structures of national governance (e.g., in Somalia, Iraq and Syria today),¹² it can sound like a hollow promise to be told that the world they inhabit is globalizing as a whole. This disparity in globalization caused by social and economic inequality makes “globalization” as a generalization an empty word. It demonstrates that the process of globalization has not been taking place evenly through the world and across different sectors of

9. See, e.g., McKinsey Global Institute, Financial Globalization: Retreat or Reset? (March 2013).

10. See The Economist, Border Follies: Liberalising Migration could deliver a Huge Boost to Global Output (17 November 2012).

11. See e.g. The Economist, Go For It: Europe needs more Immigrants (4 May 2000), noting that “[a]t present, Europe errs on the side of mean-mindedness. Since the 1970s, it has more or less shut its doors to primary immigration: that is, to economic migrants who might later bring their relations too.”

12. For instance, with respect to Syria, the HRC’s Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic noted as follows: “The Syrian State has manifestly failed to protect its citizens from mass atrocities. War crimes and crimes against humanity have been committed on a massive scale. Many Syrians have suffered multiple violations and abuses from different actors. The scale of human suffering has grown as the conflict has escalated.” (HRC, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, UN Doc. A/HRC/28/69, 5 February 2015, para. 47).

economic activity. In this situation, the process of globalization does not automatically translate into equality in terms of economic opportunities for all on a level playing field and on a global basis.

Setting aside for the moment such exceptions to the general trend of globalization, and even limiting our analysis to those areas where the process of economic globalisation is so advanced that the interaction between domestic and global forces at work tends to induce a high degree of stability and predictability – at the global market level, where, for example, important multinational corporations are active and setting the rules of the game of economic activities – we still observe a discord between the socio-economic reality of the process of economic globalisation and the institutional framework that governs this process. And it is this discord that I wish to point to in this analysis.

For this purpose, I wish to pick out the area of competition policy precisely because it is this area that will give us a typical clue for identifying the fault-lines between global and domestic institutions and policies, and will highlight the inadequacies of the present institutional framework. It is no coincidence in my view that competition policy is an area that has been left out of the current WTO Doha Round¹³ negotiations, as competition policy obviously plays such a significant role as the key to ensuring the realization of the international free flow of goods and services on the global market level. For this reason I wish to take up the case of competition policy as a lens for illustrating the general problem globalization as highlighted above.

IV. The relevance of Globalization to The International Trade and Investment

The current international legal framework for governing activities of trade and investment is in many ways the historical product of the

13. According to the WTO, the Doha Round is “the latest round of trade negotiations among the WTO membership. Its aim is to achieve major reform of the international trading system through the introduction of lower trade barriers and revised trade rules. The work programme covers about 20 areas of trade. The Round is also known semi-officially as the Doha Development Agenda as a fundamental objective is to improve the trading prospects of developing countries.” (see WTO website, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm, retrieved in June 2015).

development of international law more generally. It may not be necessary here to examine this history in depth. Abundant literature exists on this important topic.¹⁴ It is useful, however, to briefly chart the key areas of contemporary international economic law – trade and investment – to which our inquiry into the impact of competition law is directly related.

1. Globalization and Trade Law

As a starting point, it should be noted that the current multilateral trade system can be traced to the post-Second World War economic system conceived at the 1944 Bretton Woods Conference, whose purpose was to create the economic environment throughout the world in which the free flow of goods and services should be maximized. Although initially conceived as the International Trade Organization (“ITO”), which was never realised, the General Agreement on Tariffs and Trade (“GATT”), originally intended to be part of the ITO, entered into force on 1 January 1948 through a Protocol of Provisional Application to achieve this same goal. Thus the 1947 GATT had remained the basis for multilateral trade integration for nearly half a century until the WTO Agreement (and the various agreements that it integrates) entered into force on 1 January 1995. During the period from 1947 to 1995 which saw eight successive negotiating rounds, the international free trading regime progressively expanded, both in substance and scope. The number of participating parties increased from 19 in the Geneva Round to 128 in the Uruguay Round thus achieving the status of the dominant regulating system for the flow of goods. With the shift from the GATT to the WTO, the new international trade law regime integrated the accumulated law and practice governing the international flow of goods and services since 1947, incorporating the common denominator accepted by the international community as reflecting the public policy of the global economic community in this field and adding some further innovations to the international law governing trade and services, including in particular the Dispute Settlement Understanding¹⁵.

14. See, e.g., with many further references and a bibliographic essay, Stephen C. Neff, *Justice among Nations: A History of International Law* (HUP, 2014).

15. Petros C. Mavroidis and Mark Wu, *The Law of the World Trade Organization (WTO): Documents, Cases and Analysis* (2nd edition, 2013, West), p. 930.

While international trade law is strongly influenced by a range of sources beyond WTO law (domestic and international), WTO law remains the nucleus of the multilateral regulatory system for achieving global public goods, and has thus been described as “a complex, wide-ranging body of law” in the field.¹⁶ WTO law, held together by a relatively effective dispute settlement mechanism, is in essence an amalgamation of several agreements on separate subject areas, as well as decisions and understandings adopted by WTO members, covering wide-ranging legal fields, including goods, services and intellectual property.¹⁷

What is essential in this respect is that the multilateral framework of WTO law mirrors the result of a multilateral effort to establish and consolidate the essential minimum elements of basic rules that reflects the public policy governing trade all over the world.

2. International Investment Law

With respect to the law governing international investment (Foreign Direct Investment, “FDI”), the current system of investment protection originates in the conclusion of a multitude of bilateral investment agreements (in particular since the 1990s), the conclusion of multilateral treaties such as the ICSID Convention of 1966 and the Energy Charter Treaty of 1991 and other sources of both domestic and international law. Recently, there have been renewed¹⁸ efforts towards a possible multilateralization of the international investment regime, though it could be too early – and unnecessary for present purposes – to try to predict its future shape.

Here again, it might be argued that these bilateral and multilateral networks of transactions would reflect the essential minimum of elements

16. *Ibidem*, pp. 32-33 (the authors note that “Compared to other bodies of international law, WTO law is a complex, wide-ranging body of law. The law is not contained within a single treaty, but rather a series of agreements that cover different subject areas. These treaties are supplemented by a series of annexes as well as decisions and understandings passed by the WTO membership.”).

17. *Ibidem*.

18. See on the failed MIA, e.g., Peter T. Muchlinski, *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?*, 34 *The International Lawyer* (1999), pp. 1033-1053.

of public policy agreed and accepted at the global level dealing with investment activities in the globalized community. However, in this field there still remain public policy issues for which no consensus has yet crystallized. It could be added that in the discussion concerning the competing claims of rights of the investor and the country receiving investment, a recent discussion at the Institut de Droit International resulted in a clash of opinions; a conflict of views that concerned the concrete implementation of a public policy reflecting the general interest of the global community that could balance the interests of the opposing sides.¹⁹

3. An Emerging International Competition Law?

How should public policy considerations of antitrust or competition policy of the global community impact this field of economic law and policy, which so far has essentially been developed in relation to the law in the domestic context? My tentative conclusion as set out in the following section is that in this field of economic activities, the regulatory framework based on the consideration of its public policy impacts on a global basis is yet to develop.

V. Antitrust/Competition Policy: Between Domestic Policy and Global Public Policy

It is important to analyse why there is a need for global public policy perspective when addressing anti-competitive private²⁰ economic be-

19. In relation to this discussion, see Resolution of the IDI adopted at its Tokyo Session (Institute of International Law/Institut de Droit International, Resolution: "Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties", Tokyo Session, 13 September 2015 (available at: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2013_tokyo_en.pdf, retrieved on 28 August 2015)).

20. We leave out the difficult issue of State-owned enterprises and their relationship to competition policy and law, even if similar considerations to the ones presented here may be relevant also in that context. Indeed, recent negotiations, for example between the US and the EU on trade and investment issues, have also touched upon the negative impacts on competition from State-Owned Enterprises (see e.g. European Union, "Textual Proposal: Possible Provisions on State Enterprises and Enterprises Granted Special or Exclusive Rights or Privileges (7 January 2015) (available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153030.pdf, retrieved on 28 August 2015)).

haviour. Traditionally, competition policy and law has raised two types of issues of special interest to international lawyers.

First, competition law frequently raises the question as to whether and when States should be entitled to exercise jurisdiction to prescribe, adjudicate, and enforce their competition laws in relation to situations occurring beyond their domestic territories, but affecting their public policy perspective relating to the activities taking place beyond their national borders. It is this debate that has traditionally been at the core of the discussion about the relationship between international law and competition law and policy. Some have argued that such extraterritorial applications of this national anti-competition law has been contrary to the basic tenets of traditional international law built on the principle of the partition of national competence,²¹ whereas others have argued that such extraterritorial application of national jurisdiction is needed in order to safeguard the public policy consideration contained in such national legislation.²²

Second, even if the permissibility of the exercise by a State of its extraterritorial jurisdiction in the area of competition law is accepted on the ground of the consideration of the public policy involved, the question of the appropriate substance of competition law remains to be addressed.²³ It should be clear from these arguments that these two types of

21. See, e.g., IBA, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction (2009), p. 49 (providing an overview of various national approaches in the area of antitrust).

22. Ibidem. See also with further references Joanne Scott, "Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law" 62 American Journal of Comparative Law (2014), pp. 87-125.

23. This point is highlighted also by Kojima, who notes as follows: "The causes for international conflicts over extraterritorial application of competition law has two aspects: jurisdictional conflicts and conflicts over substantive law and policy. [...] [With respect to] conflicts [that] may arise over differences with respect to substantive law and policy in the field of competition, unlike in the criminal field where little substantive difference exists concerning law and policy. For instance, in competition law, certain conducts are lawful in one state while the same conduct can be unlawful in another state. In most jurisdictions, certain categories of conduct, such as export cartels, are exempted from the application of competition law. In the case of multi-jurisdictional merger review, even if the substantive law is no different, it would not be so exceptional to reach different conclusions on the same merger case from one jurisdiction to another when the respective merger rules are applied to different markets. The increased interaction between competition policy and trade policy tends to make

issues are in fact interrelated and reflect two sides of the same coin. For instance, States wish, in certain circumstances, to apply their competition law to anti-competitive behaviour abroad which produces certain “effects” in their domestic economies (i.e. apply the “effects principle” to jurisdiction) precisely because these States want to have their national jurisdictions expanded extra-territorially in order to safeguard their public policy consideration for regulating activities taking place beyond the limits of their national jurisdictions. However, if such a justification were to be allowed to prevail, it could lead to a situation where the relevant substantive law will govern the economic activities targeted by such an application in such a way that only specific States would have the power, capacity and resources to effectively enforce their own jurisdiction in this area, so that their concept of public policy of competition could prevail to enlobe these activities. This will, for all practical purposes, mean that the public policy considerations embodied in the substantive competition law of particular and powerful States will dominate. Indeed, we see this situation occurring today – the leading appliers and enforcers of competition law tend to apply and disseminate standards which reflect their national public policy elements as contained in their own national legislation relating to competition.

1. Case-Studies of the Emerging Global Competition Law and Policy

At this stage, it seems useful to examine some historical as well as more recent case studies that illustrate the difficulties on the road towards a truly global competition law and policy. The following brief case studies are drawn from four particular areas that help illustrate the tension that exists between national approaches to competition law and global public policy considerations in the context of competition law. The examples relate to four key areas of contemporary competition law and policy. First, situations involving mergers having effects on the global market in a particular economic field. Second, situations involving an allegation of the abuse by a company of its dominant

conflicts more serious, which may bring about political repercussions.” See Takaaki Kojima, International Conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy (2012, Paper published by the Weatherhead Center for International Affairs at Harvard University), pp. 23-24.

position in a global market. Third, situations involving international cartels. Fourth, situations relating to the intersection between competition law and policy and the global regime governing Intellectual Property (henceforth: “IP”) rights.

GE/Honeywell

GE/Honeywell is a widely-cited case study illustrating the clash between divergent approaches to the enforcement of merger control legislation across jurisdictions.²⁴ When General Electric (“GE”) and Honeywell decided to merge in October of 2000, GE was the largest producer of aircraft jet engines in the world and also controlled a major aircraft leasing company.²⁵ At the same time, Honeywell was a major producer of aerospace products, and dominated the market for engine starters.²⁶ The merger was notified by the two companies to the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice (the “DoJ”), and four months later, to the Merger Task Force of the Competition Directorate of the European Commission (the “E.C.”). On substantive matters of competition law and policy, the U.S. and E.U. authorities exhibited a significant divergence. In May of 2001, the DoJ decided to approve the GE/Honeywell merger, albeit “subject to divestitures” in certain fields. In contrast, following the required procedure (such as the filing of a “Statement of Objections”), the E.C. finally prohibited the merger in July of 2001. Given that the combined company would have significant business interests in Europe, this decision had the effect of ending the planned merger. Subsequently, the Court of First Instance of the European jurisdiction, on an appeal against the E.C.’s decision brought by GE, decided to affirm the merger’s prohibition. However, as close observers of the situation noted, although the Court confirmed the E.C.’s

24. A vivid description of the background of this incident is offered in various books and articles, in particular in Eleanor M. Fox, “GE/Honeywell: The U.S. Merger that Europe Stopped- the Story of the Politics of Convergence”, Eleanor M. Fox and Daniel A. Crane (eds.), *Antitrust Stories* (Foundation Press 2007), pp. 331-360. See also the auto-biography of then CEO of GE, Jack Welch (Jack Welch with John A. Byrne, *Jack: Straight from the Gut* (2001).

25. Fox, *supra* note 24, p. 336.

26. Fox, *supra* note 24, p. 336.

decision as a whole, parts of its Judgment and its reasoning were not an unequivocal endorsement of the reasoning of the E.C. In fact, some have concluded that the GE/Honeywell merger, while certainly a prominent case study of international divergence, should also be read as a case study of eventual convergence in the field of competition law.²⁷

When one interprets the case as a whole, however, GE/Honeywell encapsulates the reality of contemporary competition law and policy, characterized as it is by decentralized enforcement, divergent substantive rules, and a dialectical process of divergence and convergence among different jurisdictions. The case thus brings into relief both the realities of the current regime governing competition in an increasingly global market and points to possible solutions, such as the idea that “international transactions should be governed by one set of rules.”²⁸ However, the case also points to the possible reasons for the decentralized nature of competition law and policy today, which is, at least to a significant extent due to different approaches to analysing the economic effects of mergers,²⁹ as well as divergences in national priorities and values.³⁰ It is

27. As Eleanor M. Fox notes: “The controversy died. The officials proclaimed the clash exceptional; a thing of the past; and they resumed the tasks of coordination of national law in a globalized world. Eventually, the court ruling came down in *GE/Honeywell*, and, although the Court upheld the prohibition, it did so on innocuous (horizontal) grounds. Besides, the merger was moot. [...] Still, clashes happen. They tend to recur in the area of conduct that forecloses rivals. The EU continues to value market access, and the U.S. continues to value freedom of action of even dominant firms.” Fox, *supra* note 24, p. 355.

28. As Fox notes: “[T]here is much to be said for the proposition that international transactions should be governed by one set of rules. Often, the market is the world. A universal rule would treat the whole world community seamlessly and the market actors therein non-discriminatorily, with no place for nationalism. On the other hand, a single standard-whether achieved through soft harmonization or world rules-has its costs. Uniform rules, if too specific, would constrain the adaptation of law to a changing world. Moreover, they would frustrate localities’ efforts to frame their own law according to their specific, contextual needs.” Fox, *supra* note 24, p. 357.

29. See Charles A. James (Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice), “International Antitrust in the 21st Century: Cooperation and Convergence”, OECD Global Forum on Competition, Paris, France (17 October 2001).

30. See Dabbah, who summarizes the critiques that have been levied against the approach of the European Commission in cases such as Microsoft, GE/Honeywell and Boeing/McDonnell Douglas (Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition law* (CUP, 2010), p. 89).

suggested that what is most important in this kind of situation is not as such that “international transactions should be governed by one set of rules” as that international transactions should be guided by the consideration of public policy elements that are involved in that case.

The Google Cases

Varied approaches to competition matters by authorities in the E.U., the U.S., and other major economies, continue to this day. For example, one of the largest Information Technology (henceforth “IT”) companies in the world, Google, Inc. (which was recently renamed “Alphabet, Inc.”, a holding company), was targeted by the European Commission in April of 2015. Investigations into Google’s activities had been ongoing in several countries for years, including in the U.S., India and Russia.³¹ For instance, in January of 2013, the F.T.C. of the United States had decided not to bring charges against Google relating to allegations that its business practices did not conform to the relevant antitrust rules of the United States.³² While the investigations leading up to the F.T.C.’s decision were marked by transatlantic cooperation,³³ the respective decisions of the F.T.C. and the E.C. were not congruent as a general matter (as a matter of detail, a comparison is hardly possible given the difference in the underlying facts). Nevertheless, in April of 2015, in one of the cases brought against Google by the E.C., the latter noted that “Google has a dominant position in providing general online search services throughout the EEA, with market shares above 90% in most EEA countries.” Given Google’s dominant position in one market, the E.C. investigated Google’s activities in markets other than “general search services”, and finally issued a ‘Statement of Objections’ in which it argued that the company had been

31. Financial Times (R. Waters), “Google faces life under regulators’ gaze” (15 April 2015); Financial Times (J. Crabtree), “Google under fire for India market abuse” (31 August 2015); Financial Times (R. Waters), “Google under antitrust fire in Russia” (15 September 2015).

32. FTC, “Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search” (3 January 2013).

33. Federal Trade Commission, “Memorandum: Google, Inc.” (8 August 2012) (a redacted version of this document was published by the Wall Street Journal in 2015).

“abusing [its] dominant position [in general search services], in breach of EU antitrust rules, by systematically favouring its own comparison shopping product in its general search results [web-pages] [...] to the detriment of consumers and rival comparison shopping services, as well as stifling innovation.”³⁴

While the Google case has not yet resulted in a final E.C. decision, and while no official reactions by the U.S. authorities have been reported in response to the E.C.’s Statement of Objections, the seeming divergence in how and when the U.S. and the E.U. addressed a similar competition issue in a key area of global economic activity caused considerable tension and public debate in both the United States and the E.U. Thus, in early 2015, as the E.C.’s investigations were ongoing, U.S. President Obama was reported to have noted that “[i]n defence of Google and Facebook, sometimes the European response here is more commercially driven than anything else”.³⁵

Without wishing to make any substantive conclusions, it can be noted that all this points to the continuing relevance of the lessons learned from the GE/Honeywell case – the application and enforcement of competition law to international economic activities today remains decentralized and continues to be based on divergent substantive rules across jurisdictions, emanating from the often divergent public policy considerations of different societies, not generally reflective of the public policy elements of the global community.

The Vitamins Cartel

Another well-known case study that illustrates the developing regime of global competition law and policy is offered by the case of the so-called vitamins cartel, an internationally operating cartel under which members fixed the prices of vitamins and engaged in market segmentation around the world.³⁶ This wide-ranging cartel, which operated during

34. European Commission, “Fact Sheet: Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service” (Brussels, 15 April 2015).

35. Financial Times (M. Ahmed, D. Robinson and R. Waters), “Obama attacks Europe over technology protectionism” (16 February 2015).

36. As Professors Alvin K. Klevorick and Alan O. Sykes note, the “global vitamins cartel [...] comprised a set of overlapping cartels, each fixing prices and allocating

the 1990s in particular, had members in several E.U. countries, Japan, and the U.S., among others. It has been estimated that the vitamin cartel “affected over \$34 billion of commerce” and produced monopoly profits for its members in the range of up to \$13 billion.³⁷ The most far-reaching investigation into the vitamins cartel had been prompted by an application for amnesty by one of the cartel members before the F.T.C. of the United States. Eventually, fines in excess of \$900 million were imposed by the F.T.C., and a number of individuals were sentenced and imprisoned. Competition authorities in the E.U., Canada, Australia, and Korea also imposed significant fines against the cartel’s corporate members, estimated to have been in excess of \$855 million.³⁸

Two general conclusions can be drawn from this incident. On the one hand, it must be admitted that the case study of the demise of the vitamin cartel, the fining of its members and the punishment of many of its individual protagonists, is the story of a highly successful anti-cartel enforcement effort that was “facilitated by the cooperation of authorities across national boundaries”.³⁹ On the other hand, however, the case study also serves to illustrate the limits and problems that come with the parcelled nature of anti-cartel enforcement. It highlights the links between the jurisdictional and substantive side of global competition law and policy and the discrepancy that can arise between a global and a national approach to the promotion of public welfare through competition law.

The implications of all these issues can be learnt well in relation to the Hoffmann-La Roche v. Empagran⁴⁰ case which came before the

markets for one or more vitamins. It [...] included multinational corporations located in Belgium, France, Germany, Japan, the Netherlands, Switzerland, and the United States. The cartel thrived during the 1990s and encompassed at least 16 products manufactured by at least 20 parent companies. [...]” Alvin K. Klevorick and Alan O. Sykes, “United States Courts and the Optimal Deterrence of International Cartels: A Welfarist Perspective on *Empagran*”, Eleanor M. Fox and Daniel A. Crane (eds.), Antitrust Stories (Foundation Press 2007), pp. 331-360.

37. Klevorick and Sykes, supra note 36, p. 363

38. See F. Hoffmann-La Roche Ltd., et al., Petitioners v. Empagran, S.A., et al., Supreme Court of the United States, Brief for the United States as Amicus Curiae supporting Petitioners (3 February 2004).

39. Klevorick and Sykes, supra note 36, p. 363.

40. F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran, S.A. (03-724) 542 U.S. 155 (2004)315 F.3d 338, vacated and remanded.

U.S. Supreme Court in 2003. Empagran concerned an exception to the application of the Sherman Antitrust Act (the principal U.S. statute dealing with antitrust matters). The exception, included in the Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 (FTAIA), provided that the Sherman Act “shall not apply to conduct involving trade or commerce [...] with foreign nations.” The underlying facts in the Empagran case involved issues relating to the vitamin cartel and concerned actions by “vitamin sellers around the world that agreed to fix prices, leading to higher vitamin prices in the United States and independently leading to higher vitamin prices in other countries”.⁴¹ The U.S. Supreme Court had to determine whether a purchaser based abroad could bring a claim under the Sherman Antitrust Act based on harm in foreign territory in such circumstances. The Court held that it could not, pointing out that the relevant exception to the application of the Sherman Act. In the words of the Supreme Court, it:

“[...] seeks to make clear to American exporters (and to firms doing business abroad) that the Sherman Act does not prevent them from entering into business arrangements (say, joint-selling arrangements), however anticompetitive, as long as those arrangements adversely affect only foreign markets.”⁴²

It is submitted that, while this is an accurate statement of the Law as far as the Sherman Act is concerned, as a law reflecting the national public policy consideration, it also revealingly points to the absence of a public policy consideration on competition at the global level.

As has been noted by close observers of the economic context of the Empagran case, regardless of whether or not one agrees with the U.S. Supreme Court’s approach of not extending the application of U.S. antitrust law to conduct abroad, purely national approaches, even if coordinated, will not necessarily lead to ideal enforcement or deterrence of global cartels, such as those of the vitamin producers in the 1990s at the global level that would reflect global public policy considerations. As Professors Klevorick and Sykes noted, the Empagran case implies that

41. *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran, S.A.* (03-724) 542 U.S. 155 (2004) 315 F.3d 338, p. 159.

42. *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran, S.A.* (03-724) 542 U.S. 155 (2004) 315 F.3d 338, p. 159.

“the United States is largely free to shape its policy toward international cartels to promote the national interest. The question then becomes, what is the ‘national interest,’ and to what extent does it deviate from a policy aimed at global welfare maximization?”⁴³

Thus, the *Empagran* case highlights the dilemmas and the limits that are associated with a parcelled application and enforcement of competition law in the context of globally operating cartels in globalized markets. Without entering into the intricate economic aspects of these difficulties, the case suggest that what is needed is a global institutionalization of competition law and policy that could in fact ensure the promotion of “global welfare maximization”.⁴⁴

Intellectual Property and Competition Law and Policy

Another example highlighting the divergence that can exist between an approach to competition law and policy that is animated by national interests versus a holistic and global approach is presented by the policies of many emerging economies to the relationship between intellectual property law and competition law.⁴⁵ It has long been recognized that there are important connections and indeed tensions between

43. Klevorick and Sykes, *supra* note 36, p. 378.

44. For example, Professors Klevorick and Sykes respond to the question in the previous citation as follows: “[...] To answer this question, it is helpful to begin by considering what global welfare maximization would imply for policy toward cartels. We know that cartels are economically undesirable in a closed economy, and the global economy is assuredly closed. Thus, a global welfare-maximizing policy would be indifferent to the location of a cartel and its activities and to the identity of those who are harmed. The policy would seek to deter any cartel regardless of whose firms benefit from participation in the cartel and whose consumers suffer from it, subject only to the requirement that the costs of deterring cartels must also be considered.” Klevorick and Sykes, *supra* note 36, p. 378.

45. For example, the Director-General of China’s Anti-Monopoly Bureau, when outlining the evolution of antitrust law in China, noted that [The Chinese “Anti-Monopoly Law”] not only fully draws on the internationally recognised antitrust practices, but also takes into consideration China’s current situation and the state of its economic development. Certain agreements that display benefits for the economic development and public interest without significantly impairing competition are exempted from the prohibition.” Shang Ming (Director General of the Anti-Monopoly Bureau at the Ministry of Com-

competition law and intellectual property law. While the former generally seeks to promote overall welfare by addressing anti-competitive behaviour, the latter provides holders of intellectual property rights with what are effectively time-limited monopolies. The tension between these two fields becomes even more acute in the global economic environment where, as a general matter, countries with technologically advanced industries commonly export IP rights (or products based on those IP rights) while importing primary materials and semi-manufactured goods from developing and emerging countries.

Under these circumstances, it is the inequality in access to IP rights which has led many countries, such as China, to seek to promote national competition policies that take into account those countries' "current situation and the state of its economic development."⁴⁶ Of course, such an approach is not limited to emerging economies or developing countries. The use or abuse of intellectual property rights can raise questions of distributive justice that are fundamental from the perspective of the value of human dignity – for instance, in the case of life-saving medicines, as against the right to private property. When it comes to the access to life-saving medicines by individuals in least developed countries, for example, it has been recognized that (public) health concerns should be prioritized over the rights of IP rights holders.⁴⁷ Indeed, under WTO law, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights⁴⁸ (henceforth "TRIPS Agreement") provides for the possibility of compulsory licensing in this context.⁴⁹ Furthermore

merce of the People's Republic of China), "Antitrust in China – a constantly evolving subject" *Competition Law International* (February 2009), p. 7.

46. For instance, China's Anti-Monopoly Law, in Article 55, provides that while it "does not govern the conduct of business operators to exercise their intellectual property rights under laws and relevant administrative regulations on intellectual property rights; [...] business operators' conduct to eliminate or restrict market competition by abusing their intellectual property rights shall be governed by this Law." (underlining added).

47. WTO, Fact Sheet: TRIPS and pharmaceutical patents (September 2006). See Commission on Human Security, *Final Report: Human Security Now* (New York, 2003), pp. 103-104. See also generally Amartya Sen, *Development as Freedom* (Knopf 1999).

48. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (15 April 1994) 1869 UNTS 299.

49. Doha WTO Ministerial 2001 (TRIPS), "Declaration on the TRIPS agreement and public health", WT/MIN(01)/DEC/2 (adopted on 14 November 2001)

and more generally, the TRIPS Agreement allows Members to specify “in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market [and to] adopt, consistently with the other provisions of [the TRIPS Agreement] appropriate measures to prevent or control such practices” (Article 40(2) of the TRIPS Agreement).⁵⁰

Despite this link between IP rights and competition law established under the TRIPS Agreement, when it comes to the global economic sphere and integrated markets, considerations of national public policy will often conflict with a global public policy on competition. In such cases, it should be queried whether national authorities can and indeed are willing to promote a global public policy effectively, or whether a global institution would be more amenable to this goal.⁵¹

2. The Exclusion of Competition Policy from the WTO’s Doha Round

At the 5th WTO Ministerial Conference in Cancún, Mexico, the inter-relationship between competition law and policy and the WTO regime was on the agenda of discussion and the EU in particular had proposed a WTO Agreement on Competition.⁵² A Briefing Note of the Ministerial Conference in 2003 noted that many WTO members had introduced some form of competition legislation.⁵³ In other words, a trend

50. See, e.g., Robert D. Anderson, “Competition Policy and Intellectual Property in the WTO: More Guidance Needed?” in Josef Drexler (ed.), Handbook on Intellectual Property and Competition Policy (Edward Elgar: 2008).

51. Without at all prejudicing the merits of this case, it is to be noted that in February of 2015, the Chinese National Development and Reform Commission ordered the U.S. microchip producer Qualcomm to pay what was reported as a record penalty approximately \$975 million as well as remedies concerning Qualcomm’s licensing fees, requiring it to lower its royalties on patent licenses offered in the Chinese market. See F. Zhou, X. Liao, C. Barth, *Antitrust Enforcement with Respect to Intellectual Property in China* (28 May 2015).

52. Maher M. Dabbah, International and Comparative Competition Law (2010), pp. 225 et seq.

53. WTO, 5th Ministerial Conference: Briefing Notes (Press Pack) (9 September 2003), p. 28 (“Approximately 80 WTO member countries, including some 50 developing and transition countries, have adopted competition laws, also known as ‘anti-trust’ or ‘anti-monopoly’ laws.”).

was clearly recognized among the WTO members showing that many of them deal with “a range of anti-competitive practices” in accordance with their national priorities of public policy considerations in this field.⁵⁴

However, despite the recognition that there exists a close interrelationship between international trade and competition policy,⁵⁵ in 2004, the WTO General Council decided to take the question of competition policy out of the current Doha Round work programme.⁵⁶ How could one explain the reluctance of States to integrate competition considerations as part of the WTO regime that should govern economic activities throughout the globe? In a study of the chronology and background of the negotiations on this issue, one author has noted that “[t]he main reason behind the failure of the EU proposal for the adoption of a competition agreement within the WTO context was the opposition of the United States and a number of developing countries”.⁵⁷ This opposition can be explained by the fact that although competition law and policy has become a global concern, and although the global effects of anti-competitive behaviour are recognized, wide gaps remain among the

54. *Ibidem*. The Briefing Note states that “competition laws” generally “provide remedies to deal with a range of anti-competitive practices, including price fixing and other cartel arrangements, abuses of a dominant position or monopolization, mergers that limit competition, and agreements between suppliers and distributors (‘vertical agreements’) that foreclose markets to new competitors. The concept of competition ‘policy’ includes competition laws in addition to other measures aimed at promoting competition in the national economy, such as regulations within specific economic sectors, and privatization policies.”).

55. The interesting historical development of the understanding of the relationship between free trade and antitrust policy is discussed in Tim Büthe, “The Politics of Market Competition: Trade and Antitrust in a Global Economy”, in: Lisa L. Martin (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade* (OUP, 2015), pp. 213-232, p. 215 (noting that “[n]ewer theoretical models tend to emphasize the possibility that competition law might - through selective, discriminatory enforcement - be abused as a trade barrier.”).

56. Decision adopted by the General Council on 1 August 2004, WTO Doc. WT/L/579, 2 August 2004, p. 3 (The decision noted as follows: “[T]he Council agrees that [the issue of the Relationship between Trade and Investment, and the Interaction between Trade and Competition Policy and Transparency in Government Procurement], will not form part of the Work Programme set out in that Declaration and therefore no work towards negotiations on any of these issues will take place within the WTO during the Doha Round.”).

57. Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law* (2010), pp. 225 et seq.

major players in this area (in particular the EU, Japan, the US, China, India, Brazil, and many developing countries) concerning the most appropriate approach to global competition policy and law.⁵⁸

Whether or not the issue of competition law and policy has been excluded from the WTO's Doha Round of trade negotiations, however, the fact remains that competition on the one hand and trade as well as investment, on the other, are closely interconnected and need a more holistic approach from the viewpoint of realizing the public policy impact of the commercial activities on the global level. The public policy perspective on the flow of goods and services and ways to promote the public goods of the global community cannot be achieved unless pursued in the overall context of the question of how to maximize the public goods of the global community as a whole. Competition within the global community forms an integral part of it, in exactly the same way as the mutual regulatory system of economic activities cannot achieve its purpose without its competition policy component. Indeed, the exclusion of this issue from the ambit of WTO law will reveal the essential inadequacy, for the purposes of this article, of these lacunae, thus bringing more clearly to light the argument concerning the discrepancy between the socio-economic reality of globalization and the existing law and institutions available to address it.

3. The Interrelationship between Competition Policy and International Trade and Investment Law

As indicated above, as a matter of economic theory, the need for an interlinkage between the globalization of the trade regime and anticompetitive practices, such as cartel arrangements and monopolization, has

58. Takaaki Kojima, *International Conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy* (2012, Paper published by the Weatherhead Center for International Affairs at Harvard University), pp. 32-33 (“[C]ompetition law and policy has become more and more a global issue that affects the world market in general and that the need for a multilateral approach including the framework of the WTO should be sought in solving international conflicts. With regard to the modality of a multilateral approach, there are wide gaps between the United States, on the one hand, and the European Union as well as Japan on the other hand, especially concerning the role to be played by the WTO.”).

long been recognized as a matter of economic theory (even if the precise nature of the link is complex).⁵⁹

For this reason, it would seem reasonable to argue that, if the public policy considerations of the global community should come into play in the regulatory system of world trade, so should the public policy considerations of the global community come into play in the form of a regulatory system of anti-competitive activities. The basic problem of leaving the regulatory regime of anti-competitive activities to the national legal systems of independent sovereign States is that the public policy elements that are implemented in particular national legal systems are not necessarily coincidental with the public policy considerations and the societal concerns of the global community. Since the global economic effects of domestic competition policies reflect the latter's national priorities, they are not necessarily the same as the economic effects of the competition policy of the global community as a whole. For instance, States may have an incentive to externalize the costs of domestic anti-competitive behaviour. If a domestic industry of a country relies heavily on exports, anti-competitive behaviour can be conducted by national enterprises at the cost of consumers in the global community through higher prices while benefiting enterprises, employment, and government revenue in the domestic context. This could motivate the home government to under-enforce its domestic competition law in particular situations. As a reaction to such a domestic policy, the State condoning (or encouraging) anti-competitive behaviour could in turn be met with the extraterritorial application by another State's competition law which again reflect its own national priorities.

Faced with the complex political economy of competition policy and its relationship to the global economy, we can conclude that, to the extent that competition is a crucial feature of economic activity, governmental regulation at the national level could negatively affect the competitive environment of the global market (for example, by not enforcing competition law and policy, or by applying competition law

59. *Ibidem*, p. 14 (For instance, one author notes as follows: "There is a commonly shared concern that the benefits of trade liberalization could be denied by anticompetitive business practices in the private sector distorting trade. Through expanding trans-border trade and investment, anticompetitive behavior such as hard-core cartels have come to dominate more international dimensions.").

in a discriminatory fashion),⁶⁰ distort trade, negatively affect FDI, and lead to overall losses in welfare for the global economy as a whole.⁶¹

4. Is Global Public Policy on Competition Emerging?

It can thus be seen that competition policy around the world is an exemplary field of economic activities, where we can demonstrate the discrepancy that we noted at the outset of this article. In the area of competition policy, States (more concretely, various governmental authorities of individual States) are often faced with the choice between pursuing a policy based on short-term domestic public policy considerations or priorities on the one hand, and giving high priority to global public policy considerations on competition in the global arena as a whole on the other.

Before we pursue this practical dilemma further, however, we should examine how the existence of some emergent global public policy is in sight in the area of competition law at present. In the present situation where there is no “World Competition Organization” law to prescribe the regulatory regime on competition that reflects the global public policy, it is important to see how this problem is dealt with in reality.

Global public policy in the area of economic activities can be considered essentially in the context of two factors: First, that ideally, global public order requires all policies to promote certain basic values, in

60. See Bütte, supra note 55, p. 215 (noting that “[n]ewer theoretical models tend to emphasize the possibility that competition law might - through selective, discriminatory enforcement - be abused as a trade barrier.”).

61. As one author notes, “with an increasing degree of globalisation and trade liberalisation, markets have become even more easy to access and as a result easier to monopolise and commit anticompetitive practices within them. With such cross-border economic activities in a global climate any resulting anticompetitive behaviour, conduct or transactions increasingly have significant regional and international consequences or implications. Through regional cooperation, such anticompetitive situations will be easier to confront and address (and where relevant regulate) more effectively. Indeed, in relation to some of these situations – most notably the regulation of cross-border merger operations – regional cooperation in this instance can have enormous benefits for firms whether in terms of harmonisation of substantive and procedural rules, reducing costs or enhancing legal certainty and minimising the risk of inconsistent findings by more than one competition authority.” (Maher M. Dabbah, International and Comparative Competition Law (2010), p. 368).

particular human dignity. It is important to note that this factor is a normative one and does not immediately imply the existence of an effective global public policy as such. Second, that global public policy relating to competition in economic activities conducted in the global context should be the reflection of an emerging consensus in the global community that certain anti-competition activities would go counter to the promotion of some basic values of the global community. Such an emerging consensus might very often be the result of a multitude of existing practices, cooperative arrangements, and alignments in domestic approaches of numerous governments in the area of competition. It may well be that the totality of this practice can serve as a yardstick for determining the substantive standards that should guide domestic decisions on competition policy from a global perspective. However, this outcome is not necessarily guaranteed, although one author has somewhat wishfully argued as follows:

“a system of international competition law is already evolving, even without the formal adoption of legal principles and without the establishment of any new enforcement mechanism. This system is based on implicit consensus and explicit, effective (and virtually unilateral) enforcement.”⁶²

As noted, in my view such a conclusion is not always warranted, in as much as what is important for safeguarding the public economic interest of a nation in its national context (national public policy consideration on competition) is not necessarily the same as, and often runs counter to, what is most important for safeguarding the public interest in promoting trade and investment in the global context for the benefit of the global community as a whole which signifies the whole of mankind on this planet.

The argument that there exists a global competition law and policy in the making through the convergence in the national legislation of different countries, despite the absence of centralized international institutions to administer or enforce, has been highlighted by one author,

62. Harry First, *The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and the Coming of International Competition Law*, 68 *Antitrust L.J.* (2001), pp. 711-712.

who describes three forms of cooperative strategies on international competition policy. He notes as follows:

“Cooperative strategies on international competition policy come in essentially three forms, from lowest to highest levels of cooperation: voluntary information sharing and consultation (the system that currently exists); procedural cooperation on choice-of-law rules, with an eye toward restricting the number of legal systems claiming jurisdiction; and substantive cooperation, which imposes on states more or less demanding requirements in terms of their domestic substantive rules. A review of these options shows that effective regulation of antitrust requires at least some cooperation with respect to substantive laws. Although such a strategy has drawbacks, including the fact that it may be difficult to reach any agreement, it represents the only way for states to address the externalities associated with international competition policy.”⁶³

This to me however, would appear to be an oversimplification of the existing situation if one looks at the prevailing situation in the world. The current reality is that national public policy priorities on competition can easily come into conflict with the global public policy priorities on competition, though there may be elements of overlap between the two.

Another indication as to whether a global policy on competition matters is developing in the current situation is claimed by the OECD and the practice of its member States. The OECD, described often a “rich-country club”,⁶⁴ has noted in a recent report that international cooperation in the area of competition enforcement among its members dates back to as early as 1964. This OECD report highlights the “time and resources [that had been devoted] to enhancing international co-operation between competition authorities” since 1964 and notes that “international co-operation is the area in which the

63. Andrew Guzman, *The Case for International Antitrust*, 22 *Berkeley J. Int'l Law* (2004), pp. 368-369. He notes as follows:

64. *The Economist*, *The OECD and Corruption: The Tents of the Righteous* (17 September 2011).

Committee has developed the greatest number of best practices and recommendations.”⁶⁵

It is my view, however, that these *ad hoc* measures are no more than stopgap measures to cope with the emerging crossborder anti-competition activities that are beyond the control of a single sovereign State acting on the basis of its own national priorities and within its jurisdictional limits based on the principle of partition of competence. It can be a temporary mechanism of cooperation and coordination, but not necessarily an effective prescription for unifying and realizing public policy perspectives from a global point of view in relation to economic activities that are going on in the context of a global market. As Professors Klevorick and Sykes note:

“For the most part [...] substantive antitrust rules remain outside the domain of international agreements, in part because much disagreement exists on what constitutes an ‘optimal’ antitrust policy. Even in the area of cartel practices, where substantial consensus exists on the evils of cartels, international cooperation has been limited. The international legal system’s approach to competition policy remains highly decentralized.”⁶⁶

The extent of the limit of the current framework of public policy considerations dealing with competition can be illustrated by the case of Japan. Japan’s most recent (2013) Annual Report to the OECD on competition policy developments briefly discusses the “[i]nternational efforts to strengthen the cooperation and coordination of competition law and competition policy”. The description offered distinguishes between bilateral and multilateral efforts. With respect to “bilateral efforts”, Japan’s

65. OECD, *Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement* (2014), p. 11 (“The need to address the challenges that competition authorities face in cross-border competition cases is not new for the OECD Competition Committee and for the competition enforcement community overall. The Competition Committee has devoted significant time and resources to enhancing international co-operation between competition authorities since the establishment of its Working Party No. 3 (WP3) on Enforcement, in 1964. To date, international co-operation is the area in which the Committee has developed the greatest number of best practices and recommendations.”).

66. Klevorick and Sykes, *supra* note 36, p. 378.

report emphasizes “an increasing need to strengthen the cooperation and coordination among competition authorities [of member States] given the globalization of corporate activities.” Japan’s report highlights the efforts being made by the Japan Fair Trade Commission (“J.F.T.C.”) in concluding bilateral anticompetitive cooperation agreements and emphasizes that competition policy has been an “important element [during the negotiations] of economic partnership agreements”.⁶⁷ With respect to “multilateral efforts”, the report of Japan stresses the international orientation of Japan’s competition authorities, noting that the JFTC “proactively participates in the activities of [multilateral] organizations” such as the International Competition Network (ICN).⁶⁸ It should be noted that this evaluation is based on the policy perspectives of Japan.

Despite certain weaknesses and a lack of strong institutionalization as in the case of international trade law, Japan argues that an emerging global public policy in the area of competition is in sight. On this basis it can

67. 2012 Annual Report on Competition Policy Developments in Japan, OECD Doc. DAF/COMP/AR(2013)30 (17 October 2013) p. 17 (“In recent years, there has been an increasing need to strengthen the cooperation and coordination among competition authorities given the globalization of corporate activities. In response to this situation, the JFTC [Japan Fair Trade Commission] is making efforts to strengthen its cooperative relationship with foreign competition authorities through bilateral anticompetitive cooperation agreements and other initiatives. In addition, the JFTC is participating in negotiations related to competition policy, which is an important element of economic partnership agreements, and working with various government ministries and agencies. [...] While there was not any economic partnership agreements newly signed between Japan and other countries in 2012, Japan conducted negotiations respectively with Canada, Australia and Mongolia for concluding new economic partnership agreements and the JFTC participated in negotiations regarding the part of competition policy.”).

68. Ibidem (“The JFTC proactively participates in the activities of organizations such as the International Competition Network (ICN), the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) and the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). In addition to these activities, the JFTC plays a leadership role in the East Asia Conference on Competition Law and Policy and the East Asia Top Level Official’s Meeting on Competition Policy. [...] Especially, the ‘International Competition Network’s Framework for Merger Review Cooperation’ was established at the ICN’s 11th Annual Conference in April 2012. This framework was proposed by the chairman of the JFTC at the time and is overseen by the JFTC for the purpose of promoting effective and efficient multijurisdictional merger review among ICN members.”).

be concluded that both from the general consideration of global public order as identified above and from the more specific consideration of a range of congruent and international cooperative practices by States in the area of competition law and policy, certain progress has been achieved through such international efforts for cooperation and coordination. Nevertheless, the basic question remains as to whether this is a sufficient response to the situation in light of the nature of this problem.

5. Efforts for Aligning Domestic Approaches with a Global Public Policy on Competition

As indicated above, it cannot be denied that domestic authorities regularly decide on competition matters that have important bearings on the globalizing socio-economic reality that characterizes the present-day world. Nonetheless, the fact that there is currently no multilateral treaty on the topic of competition based on a global perspective of public policy in the field in the interest of the public good of the global community, as against the interests of individual member States of this community, is indicative of the present day situation where the sum total of national public policy in the area of competition cannot be identical to the global public policy considerations as perceived from the viewpoint of the global community as a whole, even when its implementation and enforcement is extended in the context of the global market.

It is important to recognize why the case of competition law or antitrust law is particularly interesting for the present argument. As mentioned earlier, it is accepted that a significant degree of cooperation and coordination based on some common denominators acceptable to a number of member States of this community has been achieved on the issue of competition policy. However, it is also clear that this is not sufficient. We search in vain for a central authority with a mandate to prescribe unified rules on competition, based on the consideration of the public good of this global community as a whole as against coordinated rules which reflect the common denominators acceptable to member States. Thus, unlike in the case of WTO law, it is still the case in the area of competition law that national authorities (courts, prosecutors, etc.) are playing the leading role. While their roles as domestic agents of the international rule of law through the application of their

national competition laws should not be minimized in determining the competition policy of the globalized market, there is clearly a limit.⁶⁹

In earlier writing,⁷⁰ I addressed this broader topic when discussing the concept of the rule of law at the domestic and international level.⁷¹ I noted there that “the concept of the rule of law, when applied at the international level, requires a holistic reconceptualization of the principle that incorporates both its process and its substance, taking account of the systemic differences between the domestic and

69. See in this context the concept of *dédoublement fonctionnel* first used by Georges Scelle, *Précis de droit de gens. Principes et systématique, Première partie* (Paris, 1932), *Deuxième partie* (1934).

70. Hisashi Owada, *The Rule of Law in a Globalizing World—An Asian Perspective*, 8 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* (2009), pp. 193-194 (“[T]he conception of the rule of law, when transposed to the international level, should include not only the process of how law is made, applied, and enforced, but also the substantive aspect of what law represents. This is particularly true in the context of norms that cast the fundamental value of human dignity as the basic norm of today’s international community. It is thus my submission that the concept of the rule of law, when applied at the international level, requires a holistic reconceptualization of the principle that incorporates both its process and its substance, taking account of the systemic differences between the domestic and international legal order. [...] What international regime specialists describe as ‘the process of legalization’ is in full swing. Moreover, the effects of globalization have contributed to the birth of an impressive number of legal frameworks, either global or regional, for economic and social activities among states that transgress national borders. This makes it ‘impossible for States to be wholly unaffected by the consequences, either political or economic, of actions by or confrontations between other States.’ The result has been a dramatic expansion of the scope and reach of international law through the legalization of these activities among states by numerous treaties and agreements, as well as a remarkable growth of international institutions charged with the task of implementing substantive rules of international law in the name of the public interest of the international community. Through the legalization of the conduct of states in their international relations, these substantive rules of law contribute to the consolidation of the international public order by balancing the national interests of individual states against the public interests of the international community. This legalization thus restricts the freedom of sovereign states to act arbitrarily on the basis of ‘asymmetries in [state] power and the potential for political abuse that such asymmetries entail.’ Building and strengthening the rule-based framework for the conduct of states makes their interactions more predictable and deters unilateral or arbitrary conduct by states.”).

71. A useful discussion of the topic is also provided in Mattias Kumm, *International Law in National Courts: The International Rule of Law And The Limits of the Internationalist Model*, 44 *Va. J. Int’l L.* (2003), pp. 19-32.

international legal order.”⁷² My emphasis on the substantive aspect of what law represents is particularly relevant in the present context, because what appears to be needed in the context of the global public policy on competition is precisely greater momentum in the drive towards international institutions able to formulate and enforce the substantive rules that reflect the public interest of the international community in the area of competition.

VI. Conclusions

I have tried to show in this article that globalization in the international system is an undeniable reality. Although its precise definition and likely end-point may still be debatable, evidence of globalization, particularly in the economic sphere, is omnipresent. The new reality requires a new framework for regulating those economic activities which are particularly present in this globalized field (i.e. the global market) in an holistic way. This comprises not only the regime for ensuring the free flow of goods (trade), services (professional) as well as intellectual property but also the regime for addressing anti-competitive activities as part of the same framework to regulate these activities reflecting the public policy considerations of this globalized community.

In this picture, the area of competition policy should not be left out of the integrated area of activities embracing the free flow of goods and services that the global economic system of the world is promoting. As we noted earlier, however, this issue has sadly been left out of the ongoing WTO Doha Round negotiations. As demonstrated earlier, competition policy has an integrated substantive link to international trade and investment law and policy. In the present situation, where a multilateral treaty on the topic of competition law and a centralized institution to develop and enforce competition law and policy is sadly absent, it is important that we try to promote the emergence of a new regulatory regime on competition that reflects global public policy in the area of competition. This new regime should reflect the public policy consideration of the global market as a unified market emerging

72. Hisashi Owada, *The Rule of Law in a Globalizing World—An Asian Perspective*, 8 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* (2009), pp. 193-194.

as a consequence of “globalization”. This new regulatory regime for a global scheme may differ in significant ways from the sum total of the national public policy considerations of respective sovereign States acting to protect their national interests. (A comparable analogy could be drawn, although in a totally different field, relating to the case of the current discrepancy between the national priorities and global priorities on the issue of how to cope with global climate control.)

It is my conclusion that the area of competition policy demonstrates the reality of today’s world, which is characterized by a discrepancy between the reality of socio-economic activities at the level of globalisation, on the one hand, and the equally stark reality of the judicio- and institutional framework in which we have to struggle to address and regulate such activities on the other. In this situation of discrepancy, domestic authorities face the daunting task of playing the indispensable role of promoting and enforcing an emerging global public policy on competition in the absence of centralized institutions and legal instruments at the global level. This is indeed an area exemplifying what Professor Georges Scelle so prophetically emphasized when he described the duality of functions of sovereign States in his famous theory of dédoublement fonctionnel of the sovereign States in the contemporary legal structure of the international legal order.

In a long term perspective, it is hoped that a more effective centralized system for the realization of the international rule of law in this field will be achieved. Without the emergence of a Super-State mechanism for regulatory purposes, however, such a system could only be realized by promoting more strategically coordinated interactions between international and domestic institutions, greater and more structured international cooperation among various national institutions, as well as multilateral agreements on substantive (as well as jurisdictional) standards in the area of competition policy. Until then, domestic authorities will continue to bear the greatest burden of responsibility for ensuring that global public policy considerations on competition can be accorded a place of priority in the legislative, executive and judicial exercise of competence in this field. This competence should be exercised for the benefit of people in the whole world rather than for the exclusive benefit and welfare of their nationals in the traditional framework, where sovereign States have to play the role of dédoublement fonctionnel in the true sense of the word.



CAPÍTULO XLV

AMAZON REGION AND INTERNATIONAL LAW

Adherbal Meira Mattos¹

In accordance to International Law, in the New World Order, the Amazon Region deals with Development, Environment, Cooperation and, of course, Sovereignty, in political, economic and social issues, like health, trade, research and natural resources. It is hoped that this compilation of international (and national) instruments contribute to a wilder and increased knowledge of the Region as a whole – the Green and the Blue Amazon Region – bearing always in mind its problems, pressures and claims.

The Amazonian Cooperation Treaty (Amazonian Pact), today Amazonian Cooperation Treaty Organization, signed and ratified by Brazil, Bolivia, Colombia, Venezuela, Ecuador, Guyana and Surinam, defends the Development and the Environment of the Area, based in the respect to the member countries Sovereignty, in a line of economic-social Cooperation. The Amazonian Pact presents material, organizational and formal aspects, of huge importance to the Amazon Region. To the GREEN AMAZON REGION.

A – The material aspects include the study of the territory and the natural resources of the Pan – Amazonia, rivers, research, transportations, communications, health, trade, tourism, and ethnological and archaeocological resource conservation.

B – The organizational aspects include its principal Bodies: Assembly of the Ministers of External Affairs, Amazonian Cooperation Council, Secretariat, Permanent National Commissions and Special Commissions.

C – In the formal aspects we have the possibility of veto, the prohibition of reservations and adhesions, and the admittance of ratification, denouncement and deposit.

1. Professor of International Law

There was an unilateral reaction from Brazil, for defense of the Area, “The Calha Norte Project”, that occupies 14 % of the national territory and 24 % of the Brazilian Amazonia, dating from the year 1985.

In synthesis, includes Adverse Factors and Fundamental Necessities.

1- The Adverse Factors include extensive non vivified border, allied with the great demographic emptiness of all the Area to the north of the Amazonas – Solimoes Rivers; an underground rich in mineral resources; indigenous reservations in areas rich in minerals, difficulty for military operations, drug traffic, conflicts of lands; and ecological preservation.

2- The fundamental needs demand a preferential attention as regarding to the furtherance of the bilateral relations among the countries of the Area, to the increase of the Brazilian military presence; to the intensification of recovery of the limitrophe marks; and the definition of an appropriate policy to the Region, having the border strip in view.

In defiance of the Amazonian Cooperation Treaty, the hypotheses of illegal international pressures to the Sovereignty are innumerable, as occurred, in the forties, with the Amazon Hileia Institute, in the sixties, with the Great Lakes Project. And more recently, with relations of the WB and IMF, with the notion of the common humanity patrimony; with the non-utilization of financial resources from Japan for the BR-369, legitimate means of the Country to reach the Pacific and further its trade with Asia; the atomic garbage problem (Basileia/69); the absurd nine million hectares of the lanomamis Indians; the Right (Duty) of Intervation of the Pentagon; the Colombia Plan; the patent matter; economic-ecological zoning; bio-piraty; water resources; environmental diplomacy; etc.

That’s the reason of a Brazilian Strategic Plan which includes:

A - Further development of the Bilateral Relations through measures to revitalize Amazonian commercial relations, to reinforce the international cooperation against drug traffic and to improve the consular border net.

B – Increase of the Military Presence in the Area, through the Army (border platoons in critical points), of the Aeronautics (construction

and improvement of support aerodromes) and of the Navy (intensification of the fluvial patrols and improvement of navigation safety conditions).

C – Definition of an Indigenous Policy Appropriate to the Region, including the Ianomani Area (Venezuela), The Roraima Area (Venezuela and Guyana), “The Alto Rio Negro” – “Cabeça do Cachorro Area” (Venezuela and Colombia); Alto Solimoes Area (Colombia), the Amapa Area (French Guiana); and the Tumucumaque Area (Surinam).

D – Water (Integrated management of watersheds and resources hydrobiological – Agreement on measures to prevent contamination).

E – Forestry, Lands and Natural Protected Areas (the Amazon Sustainability Standing – Forest Management – Ecotourism).

F – Biodiversity and Biotechnology (Amazon Biodiversity Regional Strategy).

G – Planning, Human Settlements and Indigenous Affairs (Macro-Economic and Ecological Zoning – Planning and building Local Capacity).

H – Social Infrastructure: Health and Education Network (Intercultural Bilingual Education – Virtual Education).

All these involve the conservation and sustainable use of renewable natural resources of the Region, knowledge management, technological exchanges, cooperation, integration, competitiveness and regional institution building action, plans, geospatial information networks, composition and strength of Commissions, etc. There is always the risk of international pressures, such as NAWAPO (North American Water and Power Alliance) and the problem of technology transfer, which is usually much more of production than projects.

So, an ostensible control and supervision are necessary to ensure respect for the Sovereignty, as with the PPG – 7 (Pilot Program for Protection of Tropical Forests) which comprises also the PDBFF (Project on Biological Dynamics of Forest Fragments) and LBA (Large-Scale Biosphere- Atmosphere Experiment in Amazon), because the PPG-7 leads with policy of natural resources, science and technology, forest management, etc.

The PPG-7 is a serious program, involving strategic areas of the Region, but, obviously, it must be object of control, in order to safeguard

national Sovereignty. This applies, for example, the PDBFE, composed of 60% foreigners and only 40% of Brazilians, led by WWF at the beginning and today by the Smithsonian Institute or LBA, which includes Brazil, U.S and European Union, led by NASA.

There are several areas in which there is room for international Amazonian Cooperation, respecting Environmental preservation and Sovereignty. The most significant consensus that has been reached in the field of cooperation among States is to be found in the United Nations Stockholm on the Human Environment Declaration principle 21:

“States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of International Law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environment policies, and the responsibility to ensure that activities within jurisdiction or control do not cause damage, to environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction”.

There is, also, the orderly work of the areas of the United Nations Resolution 44/228 (1989), with several Strategies to be defended in a underdeveloped region like the Amazon – such as:

- Strategies to address major government actions in the processes of social-economic development.
- Strategies to be taken in the national and international levels, to protect and improve the environment.
- Strategies for national and international actions to clear-cut agreements by the government, to restore the global ecological balance.
- Strategies for national and international actions to set specific agreements by governments and intergovernmental organizations, for activities that promote a supportive international economic environment leading to sustainable development.
- Strategies to provide financial resources for solving major problems, of global nature, specifically to support developing countries.

The 1992 United Nations Rio Conference on Environment and Development, created two important Conventions: The UN Framework Convention on Climate Changes, complementary by the Kioto Proto-

col, with flexibility mechanisms, assessments and challenges and the UN Convention on Biodiversity, with its Commission on Sustainable Development, both, enforcing environmental standards, defending the principle of common but differentiated responsibility. The Johannesburg Summit/92 adopted the same principles, found in several COPs, such as investments, funds against degradation, by foreign institutions, financial corporations, including the REDD Group. The same occurred in the Rio Plus Twenty Summit.

In the specific case of the Brazilian Amazon, despite programs, plans and Strategies, we should also discuss the impact of climate change on the Region as a whole. The following examples: impact on biodiversity, that is, on the fauna and flora; physiology impact on life, which includes plant photosyntheses and ecological balance of the animals, the spread of insect disease vectors hematofogos; incidence on biomass decomposed on the surface of clay soil (litter) of the Region, the caisson including poverty and deprivation to cultural changes. Other examples could be added, but these are enough to demonstrate the negative influence of Climate Change in the Area.

As we see it involves, recalling the relevant provisions of the Amazonian Pact, financial, scientific and technological assistance among State Parties, in order to participate effectively in the sustainable use of the their Region, exploring and exploiting with their own policies and strategies – regionally and nationally – such as natural resources, environment, energy, roads, ports, air transport, telecommunication, trade, agriculture, industry, mining, services and employment, creating conditions for production, distribution and consumption, forming the link between the international economy and the Region.

The establishment of an Amazonian Court of Justice, into the OTCA, would facilitate the regional economic and social development of the Area, in order to regulate people behavior in the normal interface with one another, because the Amazon Region is not a territory with international trusteeship system – a trust territory – with its own political, economical, social and educational advancement, territorial integrity and independence.

Talking about economic and social issues, Brazil kicks off, now, the largest cycle of the works in the past thirty years, with investments in hydroelectric plants, railways, highways and ports, as we see below:

A – In the middle of the Amazon, two huge Hydroelectric Plants on Madeira River.

B – Jirau Hydroelectric Plant under construction on the same Madeira River.

C – Santo Antonio Hydroelectric Plant, under construction on the same river.

D – Tucuruí Locks, with the reestablishment of navigability on the Tocantins River, interrupted by the Tucuruí dam.

E – Belo Monte Hydroelectric Plant, projected for the Xingu River, the second largest in the country, with 11.200 megawatts of power.

As we see, all those economic and social considerations about the GREEN AMAZON REGION deals directly with DEVELOPMENT, ENVIRONMENT, COOPERATION and SOVEREIGNTY.

The same occurs with another Amazon Region, called by the Brazilian Government the BLUE AMAZON REGION, after the establishment of the Montego Bay Convention/82 – signed and ratified only by four permanent members of UN Security Council, Russia, France, China and UK - concerning Territorial Sea, Exclusive Economic Zone and chiefly Continental Shelf, in terms of SOVEREIGNTY, according to its jurisdiction and in terms of DEVELOPMENT, COOPERATION and ENVIRONMENTAL preservation – considering “Pré-Sal” – in a new project which requires responsibility, liability, respect, complicity and a lot of dedication.

Many years ago, talking about the Brazilian Law of the Sea, Vicente Marotta Rangel wrote that our country occupies almost one half of the whole South American Continent and is the fourth

largest country in the world in terms of non-interrupted land surface. The Brazilian coastline is divided into five regions, from north to south, from the Amazonian coast to the Southern coast, as far as Chui Creek, being the adjacent sea an integral element of the Brazilian patrimony and source of natural wealth.

The rules of the delimitation of adjacent maritime areas enacted in Brazilian laws reveals – before the Montego Bay Convention – successive periods since the political independence of the country. The earliest period is of the cannon-shot rule. The second corresponds to the three-mile rule. The third was the twelve-mile period. The fourth,

the two-hundred miles zone. Today, in accordance to the Montego Bay Convention, we have a Territorial Sea of 12 miles, an Exclusive Economic Zone of 200 miles and a Continental Shelf also of 200 miles.

That's the reason Convention's article 76.1 says that the Continental Shelf of a Coastal State comprises the seabed and subsoil of the submarine areas that extend beyond its Territorial Sea throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin, or to a distance of 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the Territorial Sea is measured where the outer edge of the continental margin does not extend up to that distance.

Convention's article 76.5, however, says that fixed points comprising the line of the outer limits of the Continental Shelf on the seabed shall not exceed 350 nautical miles from the baselines from which the breadth of the Territorial Sea is measured or shall not exceed 100 nautical miles from the 2.500 metre isobaths, which is a line connecting the depth of 2.500 metres.

The limit beyond 200 miles shall be submitted by a coastal State to the "Commission on the Limits of the Continental Shelf", which shall make recommendations on matters related to the establishment of the final and binding outer limits of its Continental Shelf. Coastal States shall deposit charts and informations before the United Nations Secretary General, describing the outer limits of their continental shelves.

The Brazilian 350 miles claim before the United Nations – involving "Pré-Sal" – has the purpose of exploring and exploiting its natural resources, without other States interference, because Convention's article 77 specifies the rights of the Coastal State over the Continental Shelf as follows:

- The Coastal State exercises over the Continental Shelf sovereign rights for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources.
- These rights are exclusive in the sense that if Coastal State does not explore the Continental Shelf or exploit its natural resources, no one may undertake these activities without the express consent of the Coastal State.
- The rights of the Coastal State over the Continental Shelf do not depend on occupation or on any national express proclamation.

- The natural resources referred to in the seabed and subsoil together with living organisms belonging to sedentary species, that is to say, organisms which, at the harvestable stage, either are immobile on or under the seabed or are unable to move except in constant physical contact with the seabed or the subsoil.

The importance of protecting the Continental Shelf and its natural resources was taken into consideration by the Convention (and by the Brazilian Law), following the work of the United Nations International Law Commission, since its first Session, in 1949, about the Law of the Sea, respecting the international seabed and the ocean floor beyond the limits of national jurisdictions (the “Area” or the “Zone”, according to Montego Bay Convention).

Brazilian Continental Shelf is variable, with a significant breadth in the Equatorial Region (Cape Orange). Between Cape North and Punta de Mangoaru it is still broader. From there, decreases towards the West. In Cape San Roque it is very narrow. On the coast of Espírito Santo has a significant breadth with irregularities. Decreasing in the “Fluminense” coast, it broadens again at Itapemirim, Santo Tomé, S. Paulo, Laguna, Cape Santa Marta, Rio Grande and Chui Creek.

xxx

The New Millennium has marked the beginning of a new era, creating a complex and dynamic New World Order. Today, the State-Nation coexists with the Transnational Financial Corporations in a globalized world supporting rights in economic, financial, political, strategic and juridical terms. In a world with progressive international pressures, an example of what occurs with the Amazon Region, that demands investments, control of biodiversity, research centers and education.

In dealing with Amazon prospects for the future, one must bear in mind the necessity to respect Sovereignty, the supreme legal authority of the Nation (Morgenthau), the supreme order, above which no other legal order exists (Hans Kelsen). This is true in the network of material and formal institutions, from National Law to International (Transnational – Supranational) Law, from Private to Public Law, from Hard to

Soft Law – while it may embody Justice – reflecting the community from which it derives, chiefly in the actual Globalized World.

What are the factors that make for the power of Nation, vis-à-vis other Nation? What are the components of what we call National Power? There are elements as geography, population, industrial capacity, technology, natural resources including oil (as a source of wealth and energy), iron, copper, manganese, aluminium – all of them present in the Amazon Region as a whole – being the control over them an important factor in the distribution of power.

In the Amazon Region a competent Diplomacy among States Parties is important, as it is also important, their Scientific and Technical Development, chiefly, in the New World Order, where the Global Economy is becoming so powerful, that it has swallowed most Transnational Corporations and made traditional nation borders almost disappear. In consequence, the changes of the international economy are moving towards creating one World Market – a Single Global Market. That's what we call Globalization.

Last, but not the least, we must remember that the New Global Order – as every legal system – has fundamental principles, such as self-determination, non-intervention, juridical equality, good faith, cooperation, integration, legality, precaution, prevention, etc, establishing conditions to promote – or not – social progress and better standards of life in larger freedom of all people. So, it is of paramount importance that the future development of Amazon Region in the New World, should be concerned with those fundamental principles and moulded by a continuing partnership, by grasping its own Scientific and Technical factors.

Therefore, the problem of the Amazon Region – as a whole – must be tackled and mastered within the general framework – inter alia – of the Amazonian Cooperation Treaty, the UN Convention on Biodiversity, the UN Framework Convention on Climate Changes and the Montego Bay Convention, establishing equality of trade conditions among the members of the Region, associating themselves to the rest of the World.

The impartial adjustment of the Amazon Region's claims is based upon a strict observance of these questions, to safeguard the opportunity of Development, in order to promote International Cooperation and further Integration, to achieve Peace and Security. Regarding, of course, the World System (United Nations Organization) and the

Inter-American System (American States Organization), because the Amazon Region (as a whole) is not a problem, but a solution. A COMMUNITY, a SOCIAL CIRCLE, a SOCIETY and a PARTNERSHIP – says Edmund Burke – in all science, in all art, in every virtue and in all perfection “between those who are living, those who are dead, and those who are to be born”.

Bibliography

- **BERGER**, Suzanne and the MIT Industrial Performances Center – How We Compete, Currency and Doubleday, USA, 2006.
- **BRAZIL**, The Country of the Present – Exame – Special Edition in English, S. Paulo, 2010.
- **KELSEN**, Hans – Principles os International Law, Rinechart & Company, New York, 1956.
- **MAROTTA RANGEL**, Vicente – Brazilian Law of The Sea, in Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. LXVIII, RT, S. Paulo, 1963.
- **MORGENTHAU**, Hans J – Politics Among Nations, Alfred Knopf, New York, 1961.
- **POUND**, Roscoe – The Task of the Law in the Atomic Age, in Law, State and International Legal Order – Essays in Honor of Hans Kelsen, University of Tennessee Press, Knoxville, 1964.

CAPÍTULO XLVI

ANCESTRALIDAD Y DERECHO: EL SISTEMA JURÍDICO EN LA INDIA

Arturo Oropeza García¹

I. Introducción

El Derecho Indio, a pesar de sus antecedentes de cerca de 3500 años, como indican David y Spinosi, "...tal cual se presenta hoy en día, es difícil de ser catalogado. Por el contrario, está en plena evolución" (David & Spinosi-Jauffret, 2010, pág. 383). Como parte inherente a su amplio acervo cultural, el Derecho Indio se presenta diferente, ancestral y difuso a la primera mirada que intenta resumirlo bajo una óptica de cultura jurídica occidental. Como parte de un todo, responde en primer lugar a las fuentes religiosas védicas que desde antes de nuestra era le dieron su primera sistematización. De igual modo que refleja claramente las influencias normativas que a través de su historia le dejaron sus diversas invasiones, como la del imperio mogol en el siglo XVI; al propio tiempo que su cuerpo legal se ve

desbordado en los siglos XIX y XX por la "certidumbre" de un derecho inglés que le fue impuesto en diferentes grados durante cerca de 350 años; influencias todas que al final derivan en la concepción de un Derecho Anglo-Indio.

Todo ello está lejos de ser tan sólo la referencia histórica del Derecho de la India. A diferencia de otras naciones, los antecedentes jurídicos del país asiático siguen siendo una parte importante tanto de su Derecho Positivo como de su Derecho Vigente; pero más aún, fundamentos sociales y religiosos que antecedieron a su derecho original, siguen formando parte de una cultura que explica a un país con más de 1200 millones de habitantes, donde los derechos personales (civiles)

1. Doctor en Derecho e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Arbitro No-Nacional por parte de Brasil dentro del Mecanismo de Solución de Controversias del MERCOSUR. Autor de diversas obras sobre Derecho Económico e Integración Económica

del 80% de la población, continúan respetando su derecho religioso hinduista; el 14% el derecho religioso musulmán, y el resto se complementa bajo el mismo criterio con los miembros de las religiones sijhs, budistas, jainistas, cristianos, etc.. De ahí la importancia de tener una visión integral del estamento jurídico de la India-BRIC del siglo XXI.

II. Periodo Hindú (XVI a.C. a siglo XVI d.C.)

Dice S. S. Dhavan que la India tiene el Sistema Judicial más antiguo del mundo; incluso V. Rao apunta que “Sería una experiencia fascinante viajar a través del linaje de 6000 años del Sistema de Justicia de la India” (Rao, 2015). Más allá de la discusión sobre lo asertivo de las fechas, lo cierto es que la filosofía original que dio vida a la idea del “deber ser” hindú sigue teniendo una enorme influencia en la regulación de su vida jurídica-social, en la medida que su fundamento religioso continúa siendo parte fundamental del ser y actuar del pueblo indio.

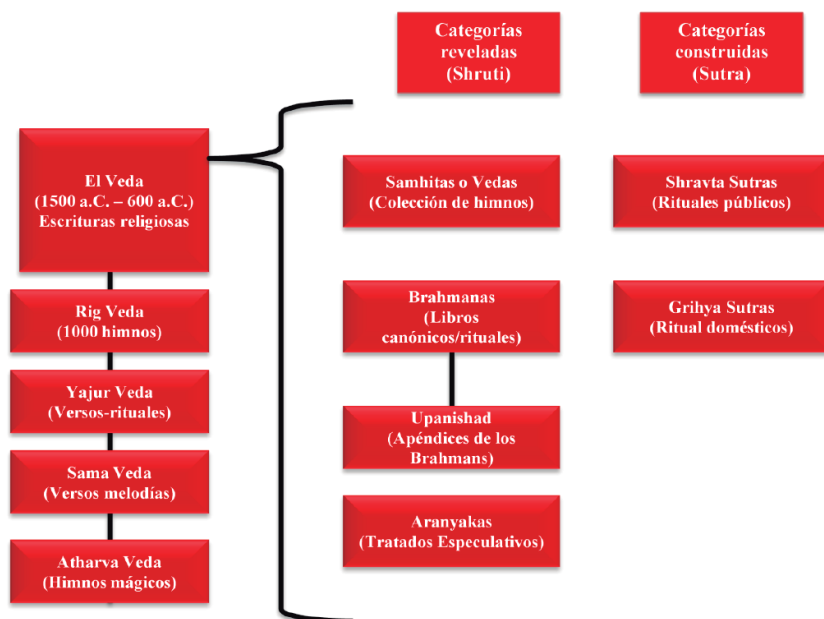
“A mediados del segundo milenio antes de nuestra era –comentan Lorenzen y Preciado- llegaron al noroeste de la India, en el territorio del actual Pakistán, varias tribus de pastores nómadas que se denominaban a sí mismos arios (arya). Llegaron a la India procedentes de Afganistán y el norte de Irán, pero se cree que muchos siglos antes sus antepasados habrían iniciado su largo peregrinar desde algún punto entre Asia Central y la Europa Oriental”. “Al llegar los indoeuropeos a la India, ya traen consigo una religión formada cuyas características no es posible conocer plenamente. Es probable que fuera una religión donde se divinizaron las fuerzas y los fenómenos de la naturaleza. Traen consigo también algunos himnos religiosos que con el tiempo, llegarán a formar la base del corpus de literatura sagrada de los indoarios: el Veda” (Lorenzen & Preciado Solís, 2003, págs. 23-24).

La cuenca del río Indo continua siendo una fuente abierta al debate histórico, sobre todo para esa población hinduista que sigue enfrentando el cuestionamiento de su identidad nacional sobre la premisa de los fundamentos de su origen. En cuanto a estos prolegómenos, a pesar de los vestigios en Mehrogarh (6000 a.C.) o Harappa (2500-1700 a.C.),

los hechos trascendentes de la cultura Hindú, como señalan Lorenzen, Preciado, Embree, Wilhelm, Spear, entre otros, comienzan aproximadamente en 1500 a.C. con la llegada de las culturas indoeuropeas que se asientan en el valle del Indo y se corren con el tiempo, cultural y geográficamente, hacia las partes septentrionales y sureñas del subcontinente indio. Lo anterior resulta relevante para el entendimiento de la cultura jurídica de la India, en la medida de que a partir de esta fecha comienza a codificarse el ser y el deber ser de lo que con el tiempo se ha venido entendiendo como “hindú”, lo cual define a más del 80% del pueblo indio.

A partir de la llegada de esta importante migración cultural, empiezan a generarse las escrituras sagradas sobre las cuales se fincaría el andamiaje de la exuberante cultura hindú en todas sus vertientes. El Veda, como el corpus central de su pensamiento religioso, además de ser en sí mismo un monumento literario, es el punto de partida de toda una literatura sagrada que sigue siendo respetada por más de 1000 millones de indios que profesan la doctrina hindú.

Cuadro 1. El Veda



Elaboración propia con datos de Lorenzen, Preciado (2003), Pániker (2014) (Su sistematización tiene únicamente un objetivo ilustrativo.)

Los libros que tienen un origen directo con el Veda, se consideran como “revelaciones divinas”, de ahí su carácter sagrado y primigenio. Las siguientes categorías se estiman como libros preceptivos o contruidos a la luz de los primeros. De los libros de los Vedas trasciende en importancia el Rig Veda, el cual está compuesto por más de 1000 himnos dedicados a sus dioses, a su forma de vida, orden social, etc. A partir de estas “sagradas escrituras”, la construcción de la “escolástica hindú” siguió creciendo a través de las diferentes sociedades teocráticas-militares que se sucedían unas a otras, pero que tomaban como punto de partida de su origen, comportamiento, normativa, religiosidad, lo preceptuado por el Veda. La producción normativa que se fue escribiendo después de los Vedas es enorme y se construye durante el periodo que abarca del siglo V a. C. al XI d. C. (Pániker, 2014); periodo en el que destacan por su importancia, entre otros, los Dharma-sutras o Dharma-sastras, como textos explicativos de las escrituras védicas. De manera especial del siglo VI a. C. al VI d. C., aparecen las epopeyas como el Ramayana y el Mahabarata, del cual se desprende el famoso texto del Bhagavad-guita o Canción del Señor que tanto cautivó a Octavio Paz, o las crónicas mitológicas llamadas Puranas.

El Veda, que es el documento religioso literario más antiguo de la cultura indoeuropea, en su inicio es una cosmología argumentativa que se pregunta y trata de explicar desde el origen del todo hasta su posible fin, sobre el que sostiene un profundo debate. En el Rig Veda, por ejemplo, en una de sus secciones más reconocidas el sacerdote argumenta:

*“No había nada, ni siquiera la nada,
no había aire, ni, más allá, cielo.
¿Qué cubría el cosmos, dónde estaba?
¿Quién lo regía? ¿Había sólo agua y abismo?
No había muerte ni inmortalidad, no se encendía ni apagaba la
antorcha del día y la noche.
El uno respiraba sin aire, se sostenía sin apoyo.
Sólo había el uno y no había nadie”
(Rig Veda, Himno de la Creación (10:129))*

Pero el Veda no sólo transita por el origen. Partiendo de él, se desborda por todo el ser y el quehacer humano y genera toda una filosofía

de vida y de muerte que da orientación y sentido al ethos hindú; no sólo en el transcurso de su existencia física, sino yendo más allá, dibuja una dialéctica espiritual que sólo concluye con la perfección. De ahí ese entramado de vida-muerte-vida que define y explica al ser hindú como parte de una rueda sin fin que presenta siempre la posibilidad de mejora tanto espiritual como social.

Esta muerte sin fin, o su término sólo a través de la perfección y la pureza, no sólo es parte de una creencia espiritual destinada a practicarse en la intimidad o el templo, sino que en una proyección integral, este mismo pensamiento da origen y destino a una organización social bajo la cual la India ha edificado su quehacer diario en la política, la familia, la sociedad y la persona, los últimos 3500 años, bajo una constancia y diferenciación que no han registrado otros pueblos o civilizaciones y que hoy, después de tantos milenios, sigue siendo parte de una cotidianidad que la influencia occidental no ha cooptado. Para el Derecho Indio esta realidad social-religiosa es relevante, ante su vigencia en la conducta de la persona y la casta hindú.

El núcleo social de la India no es la familia. El origen y destino de la persona hindú lo fija la “casta”, que es una organización sui generis que si bien parte de un concepto de organización adoptado por la mayoría de los pueblos antiguos, la India lo convierte en “mandamientos de vida” a través de los Vedas, los preceptos y los ritos, con una contundencia no registrada en ninguna otra cultura tanto por su práctica como su sostenimiento histórico. Muchas de las sociedades antiguas, por diferentes concepciones, compartían la idea de una organización estructurada en tres pilares que eran el teocrático, el político, militar y el comercio, lo cual fue compartido incluso por las sociedades mesoamericanas. La diferencia con India, es que desde su origen la “idea” de su organización social nace como parte de un concepto religioso, de una concepción de orden cósmico más allá de la orden de un rey o la exigencia de un Dios; como una pieza más de un engranaje que siempre ha existido y existirá; por lo que la pieza debe mantener su posición para no romper ese orden y sólo puede modificarlo bajo la lógica que establece ese mismo orden.

La casta (denominación adoptada por los portugueses en su entrada a la India en el siglo XVI) o célula original de la estructura hindú, se desprende de toda una filosofía de comportamiento y dominio que fue

perfeccionándose con el tiempo a través de los diversos escritos sagrados. En el caso del Rig Veda, por ejemplo, en sus diferentes himnos se predibuja a la casta como una entidad derivada del origen del universo; como resultado de un sacrificio de un ser mágico de cuyo cuerpo desmembrado nacieron las cuatro clases de la sociedad. “Su boca era el brahmán. De los brazos el guerrero se hizo. Sus muslos el vaishya. De los pies el shudra nació”. (Lorenzen & Preciado, pag. 44).

Desde esta visión antigua nace la vida social en India, la cual se fue perfeccionando con los demás libros sagrados, como el caso del Manu-Smriti, mejor conocido como las “Leyes de Manu”, compuesto en el siglo I d. C., el cual explicaba que “para proteger la creación, el Resplandeciente asignó actividades distintas a cada uno de los que emanaron de la boca, brazos, muslos y pies”. O el Visnu-Smriti, otro importante texto religioso, que describe la misión de cada clase social:

“Los deberes son: para el brahmana enseñar (el Veda); para el Katriya, la práctica de las armas; para el Vaisya, el trabajo con el ganado; para el sudra, servir a los “dos-veces-nacidos”. Para todos los “dos-veces-nacidos”, sacrificar y estudiar (el Veda)” (Pániker, 2014, p 167).

Bajo esta filosofía o mandamiento central, la India se construyó bajo la hegemonía de los brahmanes como cabeza de la sociedad, al haber sido creados primero, por haber nacido por lo menos dos veces y tener un grado de pureza espiritual superior que las otras categorías. En segundo término aparecen los chatrias o katriyas, que son los que dominan la fuerza, el poder, la política, la administración. En tercer lugar se registra al vaisha o vaisya, al cual se le delegan los negocios, la producción, el comercio. Estas tres clases sostienen un nivel de privilegio bajo el fundamento de ser personas más puras por su ciclo de reencarnación. El cuarto nivel, o los pies, lo constituyen los sudras o shudras, que son los destinados a servir a las clases superiores por ser una vez nacidos o impuros. Existe un quinto estamento, una casta inferior a los sudras, compuesto de aquellas personas que son discriminadas por haber nacido en castas particulares y a los cuales se les conoce como “los intocables”, a los que se les asignan las actividades más humillantes y excluyentes como el retiro de carroña, limpieza de letrinas, etc.;

y a los cuales no se permite el acceso a templos, restaurantes, hoteles, asambleas municipales, escuelas, carreteras, pasos públicos; a los que por su condición de impureza no se les debe tocar. Esta última categoría, como las otras estratificaciones, está muy lejos de ser una página negra de la sociedad hindú. Su práctica en la vida social obligó a los constituyentes de 1950 a abolir a través del art. 17 constitucional la intocabilidad y su práctica en cualquiera de sus formas, pero como señala Pániker “tendrán que pasar décadas hasta que los prejuicios sobre el intocable desaparezcan”; presentando como evidencia que todavía en el terremoto de Gujarat en el 2001 y en el de Tamil Nadu de 2004, el gobierno tuvo que organizar en la reconstrucción de las ciudades residencias separadas para los intocables, lo cual nos da una idea clara de la vigencia de esta organización social en la vida política, económica y jurídica de la India-BRIC.

Lo relevante de los antecedentes históricos antes señalados, es su vigencia en el siglo XXI en el pensar y actuar indio en el terreno jurídico; sobre todo en lo que se refiere a los derechos personales o civiles, penales, políticos (derechos humanos) y sociales; de igual modo que la composición de castas en la que hoy se estructura la sociedad india, donde a la fecha existen un número aproximado de 5000 de ellas que se multiplican en millones, que si bien ya no responden a su concepción original por el transcurso del tiempo, todavía definen y orquestan el acontecer social del pueblo indio tanto con sus fortalezas culturales como con sus enormes debilidades en términos de adaptación a una sociedad moderna, unida, impulsada por un solo sentimiento de integración nacional. Si bien el sistema de castas es parte de la explicación de la milenaria sustentabilidad de la civilización india, actualmente es uno de sus principales obstáculos para lograr una sociedad más justa e igualitaria.

Como ya se indicó, la organización de castas no es sólo una organización social, es un orden de la creación y un reflejo del curso armonioso del universo (Pániker, 2014), determinado desde siempre y hasta hoy por el “varna” y por el “jati”, donde el varna, que significa color, representa el equivalente a clase, dividiéndose en las cinco categorías ya vistas. Y el término jati vendría siendo la casta en sí misma, donde cada una vive su propio universo, maneja sus reglas, celebra a sus dioses, decide su dieta, desarrolla su actividad; donde el hindú que nace en ella

tiene por obligación que crecer, casarse, desarrollarse y morir dentro de ella, sin que haya la oportunidad de romper este candado, salvo con la muerte; para ascender de clase, si uno cumplió con lo ordenado en la búsqueda de la perfección (sadhúe).

Hay un concepto central dentro de esta importante organización religiosa social que corresponde a la esfera del deber ser, que es el “Dharma”, el cual es un concepto que forma parte de la escuela de vida que se desprende de los textos sagrados que tratan de normar en su integridad, lo que es correcto y lo que es incorrecto en la vida del ser humano, destacando dentro de esta escatología el propio dharma (dominio de la ley y la religión), artha (dominio de la política y el poder), kama (dominio del placer) y moksha (el dominio de la eternidad, beatitud, etc).

Dharma, refieren Lorenzen y Preciado:

“... se refiere al orden de la ley y de la justicia: tanto la ley civil como la ley penal y la religiosa, sobre todo esta última que tiende a incluir a las otras dos y todos los aspectos de la ética y la moralidad. Dharma abarca entonces todo lo que nosotros clasificamos bajo el orden jurídico, ético, moral, religioso y aún social. Los Dharma-Shustras o códigos del Dharma, compendios legales de la antigua India,, incluyen en su materia desde prescripciones sobre la higiene personal hasta la legislación de contratos de compra-venta. El Dharma abarca todos los aspectos de la vida humana, desde la procreación hasta la muerte del individuo, pasando por su nacimiento, crianza, educación, matrimonio y vida productiva. El orden social basado en el sistema de castas, está fundado sobre el Dharma; por tanto, cualquier perturbación al orden social es también un atentado contra el orden universal establecido” (Lorenzen & Preciado, pag. 92).

El Dharma es un concepto polifónico, complejo, que se aleja de la visión moderna occidental en la medida que si bien tiene una naturaleza normativa, su origen religioso, sagrado, sustentado en los santos libros del hinduismo, ligado a un orden y mecanismo universal, lo inhiben del deber ser occidental determinado en la mayoría de los casos por un imperativo coercitivo basado en una lógica normativa que cuida el interés de la persona y de la sociedad en un momento dado. Esta diferencia ha

sido una de las principales razones de porque en la actualidad no existe en la India un Código Civil que sea común a los más de 1200 millones de indios y por el contrario, sean todavía vigentes los códigos personales de las variadas religiones, en especial los que corresponden a los grupos hinduistas y musulmanes.

También sobre el Dharma subraya Pániker (2014):

“El concepto central de la práctica “ortodoxa” o brahamánica del hinduismo, tanto a nivel personal como social, es dharma. La palabra puede traducirse por ley, deber, conducta apropiada, moralidad, religión, virtud, orden, enseñanza, etc. De hecho, es todas esas cosas a la vez. Porque si algo caracteriza al dharma es su condición polisémica”. “Dharma como principio que ordena y sostiene el buen curso del universo. El mundo tal y como debería funcionar para conformarse a su verdadera naturaleza”. “Dice Patrick Olivelle que el dharma remitía al orden social y a las leyes de la sociedad que el rey estaba obligado a hacer cumplir” -y concluye el mismo Pániker que- “Acabaría por ser una fuerza cósmica que se alza por encima del rey al convertirse en la ideología que mantiene unidas a todas las castas y comunidades en un todo. Porque es el dharma el que asigna a cada casta su lugar, la forma de relacionarse con los demás, su dependencia (o repulsa), etcétera. Ahí radica la fuerza del Dharma. Gracias a esta superestructura ideológica, el sistema de castas posee semejante cohesión interna y ha sido capaz de desarrollarse durante siglos” (Pániker, 2014, 175).

Esta es la fortaleza social y normativa de la India, la que la sostuvo durante los quince siglos de su bonanza económica en la era moderna; de igual modo que es la que la ha tenido postrada en una profunda miseria desde el siglo XVIII hasta la actualidad. En términos jurídicos, el dharma fue la barrera principal contra el culturalismo inglés que llegó a la India desde el siglo XVII y que a la fecha no ha logrado aplicar su Derecho Común de corte occidental en todo el territorio, a pesar de los importantes avances en cuanto a la homogeneización de la vida normativa del pueblo indio.

La religión y la cosmogonía que sustentan al sistema de castas, y el dharma o el orden normativo del pueblo hindú que todavía es respetado

por millones de habitantes, representan al día de hoy un sistema vigente a través de la cual se explica la vida social, jurídica, cultural y política, de la mayoría de la población de la India. El dharma en su identidad polifónica también guarda diferentes naturalezas. Por un lado es un cuerpo jurídico escrito (dharma-sutras o códigos shustras del dharma) donde se previene todo tipo de conductas que van desde la enseñanza de los ritos; los sacrificios; las relaciones entre los hombres y mujeres; entre padres e hijos; maestros y alumnos; de los delitos penales y sus sanciones; de la herencia, de la propiedad y sus modalidades; de los deberes y estudios de cada clase; de las modalidades de las parejas y el matrimonio; hasta temas muy menores como la manera de lavarse la boca o la dirección a que debe mirarse al orinar; lo cual brinda una primera impresión de la rigidez que conlleva la normativa del dharma. Sin embargo, ante el reconocimiento de su incapacidad para plasmar en uno o varios textos la interminable diversidad de miles de miles de castas y subcastas a las cuales les corresponde una cosmogonía particular de acuerdo a su “jati” o a su “varna”, el dharma también se abre, después de la lectura védica, a la costumbre como otra fuente de creación de la norma. De este modo, la aplicación de la norma en materia de los derechos personales de los mil millones de hindúes gira alrededor de los dharma-sutras como norma aplicable, pero reconoce al mismo tiempo que la valoración de cada caso obedece a su naturaleza única e irrepetible, lo cual no acepta interpretaciones o antecedentes, lo que ha sido un choque y un obstáculo frente a la universalidad de la noma jurídica occidental en general y en especial respecto al *Common Law* inglés basado en un criterio de precedentes.

El dharma, la piedra filosofal de la cual parte la idea normativa del pueblo Hindú, ha sido un concepto de difícil apreciación para la normativa occidental. No obstante, su papel en el tiempo ha sido el de ser un derecho vigente total o parcial hasta el siglo XIX, donde el Código de Manú todavía tenía vigencia en los tribunales anglosajones; y a la fecha, como un derecho vigente a través de la amplia codificación de los Derechos Personales; al propio tiempo que como un Derecho Positivo en la medida que más allá de lo preceptuado por el cuerpo constitucional, como ya se vio con el ejemplo de los “intocables”, la costumbre sigue imperando a pesar de lo ordenado por la ley.

Los Vedas, el varna, el jati y el dharma constituyen, entre otros, los diferentes andamios con los que se construye el concepto actual del hinduismo, a través del cual los partidos políticos hinduistas como el Bharatiya Janata Party (BJP) intentan edificar una identidad nacional común. En materia jurídica, a pesar que a partir de 1950 la India trabaja fuertemente en la sistematización de un sistema jurídico moderno, en materia de derechos personales (civiles), penales, políticos (derechos humanos), religiosos, entre otros, el corpus dharmico sigue determinando la cotidianidad de la mayoría del pueblo indio. La “lógica cósmica”, la fuerza de las creencias religiosas, la costumbre, los intereses creados y las inercias, seguirán regulando el ser (castas) y el deber ser (Sva-dharma) hinduista, el cual continuará motivando a las castas inferiores a no romper el statu quo de su situación social y económica, a fin de conseguir a su muerte un ascenso a una casta superior y sólo así, a través de la pureza y el segundo nacimiento, acercarse a la santidad y a la mejora económica y social, en ese orden. Si cumplen con lo prescrito por la ley hace más de 3000 años, podrán aspirar a lo preceptuado por los Vedas (Upanishad), que dice que “quienes sean de conducta pura en este mundo tienen gran probabilidad de entrar en un vientre puro, el vientre de un brahamani...”, mas quienes sean de conducta impura tendrán muchas probabilidades de entrar en “...el vientre de un perro, el vientre de un cerdo o el vientre de un descastado chandala”. Al final, como señala Kinsley, “la doctrina del Karma-samsara explica y otorga coherencia racional a las desigualdades del sistema social hindú”. (Pá-niker, 2014, 188-189).

III. Periodo Mogol (XVI d.C. a siglo XVIII d.C.)

La segunda etapa del Derecho Indio se caracteriza por la aparición del Derecho Musulmán en una buena parte del territorio y de la población hindú, como consecuencia de la conquista de la India a manos de los reyes mogoles, los cuales si bien registran antecedentes durante el primer milenio de la era moderna, es a partir de los triunfos del rey Babur en 1526, en la parte Noroeste del país, cuando la cultura mogola y el Derecho Musulmán adquieren su carta de naturalización, la cual se fue extendiendo bajo la hegemonía y conquista de los descendientes de Babur: con su hijo Humayun; su nieto Akbar (1556-1605), en cuyo

reinado el imperio mogol y la India con él, adquirió su mayor dominio y magnificencia; declinando posteriormente su influencia con Jahagir, Shahjahan y Aurangzeb (1658-1707); para que a partir de este último rey iniciara una decadencia que se finiquitaría en 1858 ante la declaración inglesa del Virreinato de la India.

La influencia musulmana en la India (800 d.C. - 1858 d.C.) es de largo alcance, aunque su presencia directa, como ya se dijo, se despliega a principios del siglo XVI a mediados del siglo XIX, o sea que por más de 300 años imperó en los territorios mogoles un Derecho Musulmán que desde su inicio rivalizó con el Derecho Hindú. De manera violenta con Babur y Aurangzeb o de manera conciliatoria con Akbar, los mogoles intentaron durante su periodo imponer una normativa jurídica derivada de una religión diferente a la hindú, que en lo único que coincidían era en su naturaleza religiosa, pero que a partir de su propio origen se bifurcaban de manera irreconciliable como sucede hasta la fecha. Las diferencias de ambos derechos iniciaban desde sus orígenes; desde el monoteísmo islámico al politeísmo exuberante del hinduismo, donde los vedas registran tres milenios de antigüedad mientras el Corán, el libro sagrado de los musulmanes tenía como antecedente el siglo VII de nuestra era. De igual modo, a lo largo de esos milenios los vedas ya habían construido todo un sistema cósmico social con su marco jurídico, que operó como una capa repelente respecto a otras concepciones religioso-jurídicas que intentaron comprometerlo con otro ser y deber social que pasaba en primera instancia por lo religioso. Si bien la literatura jurídica musulmana preveía ya una sistematización en el Corán en temas de derechos personales, civiles, penales, de procedimientos jurídicos, “constitucionales”, sobre economía y finanzas, internacionales, entre otros, a través de cientos de versículos del Corán y de la Sunnah o Hadiz (manera de ser y de comportarse del Profeta), su influencia en la India no pudo generalizarse durante el imperio mogol pero quedó como una práctica de una “minoría” que aún resuelve sus problemas familiares y personales (civiles), penales; bajo la tutela de las leyes musulmanas.

Las imposiciones violentas de la religión y el Derecho Musulmán de los reyes mogoles a través de su obligatoriedad, cobro de impuestos o destrucción de templos, no fue suficiente para la transformación cultural entre el pueblo dominante y el pueblo dominado. Tampoco lo

fue la actitud madura y conciliadora de Akbar, que se distinguió por inaugurar una era de secularismo y respeto en términos de religión y Estado no sólo en la India sino en el mundo de su época.

Bajo una postura de conciliación y respeto que partía de la cancelación de los impuestos a los no musulmanes y la tolerancia de los diversos credos, Akbar dio prioridad a la razón sobre la prevalencia de dogmas o normas sostenidas únicamente por el tiempo y la tradición. “La búsqueda de la razón -decía Akbar- y el rechazo del tradicionalismo brillan con tanta luz propia que no es necesario apelar a argumento alguno. Si lo adecuado fuera el tradicionalismo, los profetas se habrían limitado a seguir a sus mayores (y no hubieran aparecido con nuevos mensajes)” (Sen, 2007, 344). Sobre esta preeminencia de la razón sobre el dogma, Akbar se opuso al matrimonio entre niños por una posibilidad inmediata de daño. De igual modo que se opuso a que la viuda, en Derecho Hindú, no pudiera volver a casarse por ser una penuria mayor. En cuanto a la división de los bienes apoyaba que en la religión musulmana la hija recibiera una parte mayor. Tampoco desdeño los rituales de ambas religiones y motivaba la práctica de la virtud “simplemente porque es buena” (Sen, 2007, 347).

La influencia del Derecho Musulmán en la India, a pesar de que el reino mogol fue uno de los intentos políticos militares más exitosos para unir al pueblo indio, nunca pudo avanzar de manera significativa en la población hindú. No obstante, dado su tiempo de

permanencia y la fuerza de la cultura mogol, su vigencia y participación actual involucran a más de 170 millones de indios de ascendencia musulmana que practican y se rigen en su vida personal por el Derecho Musulmán, en especial por la escuela hanefita fundada por Abon Hanifa en el siglo VII d.C., y en menor medida por la escuela Chafeita inspirada por El Chafei en el siglo IX d.C.; que junto con las escuelas Malikí y Hambalí, dan cuerpo al sistema jurídico islámico.

IV. Periodo Inglés (siglo XVII a siglo XX)

La tercera etapa jurídica de la India corresponde al periodo en el que Inglaterra tuvo presencia dentro de su territorio, por eso es que en primer lugar se traslapa con la etapa del Imperio Mogol, porque ambos coincidieron en territorio indio desde la llegada inglesa en 1600, fecha

en que se emitió el Decreto de Autorización de la Compañía Británica de las Indias Orientales (CBIO), hasta la declaración del Virreinato de la India en 1858, en la que Inglaterra toma el dominio político, militar y jurídico del país a costa de la hegemonía mogola, por lo que durante este periodo las dos influencias jurídicas y culturales convergen y compiten de diversos modos y en diferentes intensidades.

La presencia inglesa en la India, que se prolonga por 347 años (1600-1947), tiene la característica de ser segmentada de acuerdo al criterio del autor en turno, el cual a veces toma en cuenta la presencia de la Compañía de las Indias Orientales; las diferentes facultades económico-jurídicas que tuvo a lo largo de su estancia en el país; sus formas de gobierno; el momento en que Inglaterra toma política y militarmente el control total de la India, entre otros. Por eso no es extraño leer que la presencia inglesa en India se remonta a 100, 200 o 300 años, según el punto de vista aceptado. Para los efectos de este trabajo se toman los casi tres siglos y medio que median entre la Promulgación del Decreto de la Constitución de la CBIO (1600) y la Declaración de Independencia de la India (1947), porque desde el primer punto de referencia se parte de un acto jurídico que se prolonga en el tiempo, con una intención de hegemonía y dominio; lo mismo que se cierra con otro acto legal que fue el Acta de Independencia del 15 de agosto de 1947.

Inglaterra, junto con las potencias marítimas occidentales de los siglos XV al XIX, desde la llegada portuguesa de Vasco de Gama a la India en 1498, siempre tuvieron dentro de sus objetivos el dominio económico, político y militar de las diferentes naciones de Asia del Este, en especial de aquellas que desde siempre habían tenido noticias de su riqueza como India y China. Si bien Inglaterra no fue la primera hegemonía en llegar a la India, después de Portugal se convirtió en la segunda potencia en desembarcar con ánimo de dominio casi junto con Holanda. Después del Acta constitutiva que creó la CBIO, en 1601 salieron los primeros barcos ingleses para comerciar con el país asiático y ya en 1607 el emperador mogol Jehangir les autorizó una base comercial en la Cd. de Surat (Crespo, 2012), autorización que se formalizó en 1612 y fue el punto de partida para que el imperio inglés se fuera expandiendo hasta adueñarse de casi la totalidad de la India en el siglo XIX. A partir de estas victorias y logros, los actos jurídicos y la

influencia del Derecho Inglés fueron impregnando la realidad jurídico-social del pueblo indio.

Como lo apunta Rao, en 1601 el otorgamiento a la CBIO de poderes para regular su negocio, fue la primera manifestación jurídica anglo-india. El edicto real del emperador Jehangir que autorizó la sede inglesa en Surat en 1612 fue la segunda; siguiendo después de éstas toda una orquestación legal por parte de los ingleses a fin de avanzar en su intento de normar su trato con el poder y la sociedad hindú a través del derecho inglés; escenificando una lucha entre las culturas anglosajona, hindú y musulmana que se fue decidiendo a favor de los ingleses, en la medida del avance de su situación de fuerza en el país, en contraposición a la decadencia del imperio mogol y la desarticulación de los diversos reinos de naturaleza hindú.

Al principio Inglaterra tuvo que aceptar que el Derecho Inglés sólo se aplicara en aquellas ciudades donde tenía un permiso para establecerse (Presidency Towns) como Bombay (Mumbai) Calcuta y Madras, y en aquellos casos en que el tema jurídico le correspondiera a actores ingleses o que por mutuo acuerdo se hubiera aceptado la competencia del Derecho Inglés, con la salvedad de que en el caso de existir derechos personales indios, estos estarían regulados en todo momento por lo preceptuado por la costumbre y las leyes indias, ya fueran hindúes, musulmanas u otras. Esta modalidad, aunque fue una implementación limitada, se realizó a través de tribunales previamente establecidos y cubrió un periodo aproximado de 1612 a 1765, fecha en la que Inglaterra, después de haber vencido a Francia por la hegemonía India en la batalla de Plassey (1757) consiguió que el emperador Shah-Alam le otorgara una concesión para cobrar tributos y desplegar una administración civil en la mayor parte del imperio mogol a cambio de una renta anual, lo cual permitió un mayor crecimiento del poder inglés y del sistema legal anglosajón. Esta etapa de adaptación también tuvo otro cambio en su favor con la expedición del Reglamento de 1781, a través del cual se instalaron dos Tribunales Superiores de Apelación, uno en materia civil y otro en materia penal, lo cual definió en términos generales el ámbito de aplicación del Derecho Inglés hasta 1858; etapa que también se ve fortalecida en 1773 bajo la Ley de Regulación del Parlamento sobre la CBIO, que la desplaza políticamente a través de la figura política del Gobernador

General de Bengala, lo que significó la toma de control desde Londres de las decisiones políticas de la Compañía.

Durante el periodo de convivencia del dominio inglés con los reinos hindúes y musulmanes predominó mayormente un interés por lo económico que por lo jurídico o social. Sin embargo, en la medida que su estrategia de poder desplazó poco a poco a los intereses portugueses, holandeses y franceses que le competían en territorio indio, su hegemonía fue expandiéndose en más ciudades y territorios en una alianza pasiva con el imperio mogol, y en un aprovechamiento de la falta de organización y debilidad permanente de los reinos hindúes. No obstante, durante estos tres siglos y medio se escenifica un choque de culturas donde el positivismo del derecho inglés se enfrenta a dos propuestas jurídicas de naturaleza religiosa que obedecían más a designios divinos y ordenes cósmicos que a la aplicación de un orden legal autónomo; donde por un lado el Derecho Hindú era respetado por la mayoría de la población y el Derecho Musulmán era impuesto por el imperio dominante. En cuanto al reto de aplicación de la norma hinduista, el juzgador inglés nunca pudo entender cabalmente su contenido y su aplicación, en primer lugar, por lo extenso de su codificación a través de toda una literatura sagrada y en segundo, porque más del 50% de esa normativa sólo se encontraba disponible en el lenguaje sánscrito. Al propio tiempo, como se señaló anteriormente, la aplicación del Derecho Hindú requiere del conocimiento de todos los preceptos escritos consignados en los Vedas y sus textos secundarios, para que a partir de ahí pueda aplicarse un criterio de justicia sobre la naturaleza y condiciones del caso concreto, el cual se estima diferente a todos los demás. Estas condicionantes, en el caso de las cortes inglesas, fueron verdaderos obstáculos que llevaron a una aplicación deficiente y limitada de las sentencias en que participaba una parte hindú. Era evidente que más allá de la eficiencia de cada orden legal, un juez inglés cuya memoria apenas evocaba la turbulenta época medieval inglesa y el inicio del renacimiento; en el que en el año de 1500 en el Reino Unido apenas había cuatro millones de habitantes, no podía entender a una cultura milenaria que en el mismo año sumaba 110 millones de personas (Ontiveros, Guillén, 2012). El Dharma, los Dharma-Sutras, los varnas, los jatis, el Veda, el lenguaje, eran parte de una exuberancia jurídica-cultural que al jurista inglés no le interesó entender y mucho

menos aplicar dentro de la problemática jurídica que se le presentaba. Como señalan David y Spinosi (2010):

“Cuando interactúan dos derechos, es el más desarrollado el que prevalece, a menos que una intervención gubernamental eficaz, pudiera llegar a impedirlo. Esta intervención, como era de esperarse, no sucedió en la India. El reemplazo de los derechos hindú e islámico, por el derecho inglés, se produjo por la vía de la competencia.” (David, Spinosi, 2010, 365).

A pesar de su crecimiento hegemónico, nunca fue fácil para Inglaterra hacer un desplazamiento automático del *heritage* jurídico de la India. A lo largo de esta convivencia legal se llegó a afirmar “...que pocos son los países en los que priva tanta incertidumbre sobre la ley aplicable. Algunos jueces aplicaban a los cristianos al derecho canónico”. “Otros jueces invocaban su sentimiento de justicia y otros aplicaban el derecho inglés” (David y Spinosi; 372). Era evidente que en la convivencia de culturas, de verdaderas civilizaciones como la india, la musulmana y la europea, la confrontación del tema jurídico no fuera una asignatura dúctil y amable. A pesar de ello, en el avance de esta convivencia se dio inicio a una etapa de codificación a fin de dar un principio de orden al caos legal imperante a través de la propuesta de elaborar un Código Hindú, uno Musulmán y otro Inglés, que funcionara como una Ley Loci o territorial, como un código secular autónomo alejado de la religión o de la casta. Este primer intento fracasó en su visión integral y produjo tan sólo un Código Penal en 1860, dos años después de la conquista total de la India por parte de Inglaterra. En un segundo intento de codificación, bajo la idea inglesa de:

“...poner por escrito bajo una forma ordenada, sistemática y oficial, un conjunto de reglas de derecho: aquellas reglas de derecho no escritas que figuran en un texto determinado, las que provienen de las decisiones de justicia; y aquellas reglas de derecho que figuran en los manuales de derecho y que se adquieren una autoridad específica” (David, Spinosi, pag. 373).

Derivó en un resultado más concreto, en los Anglo Indian Codes (1887); entre los cuales destacan un Código de Procedimientos Civiles,

un Código Penal, otro de Instrucción Criminal y una serie de Leyes importantes referentes a temas civiles y mercantiles.

Esta codificación hecha por ingleses, muchas veces desde Londres, fue rechazada y criticada en su momento por una India en donde empezaban a circular aires libertarios, pero ante la falta de una sistematización más eficaz y útil para una modernidad que agradecía la velocidad y la certeza de los fallos, constituyó el inicio de una adaptación del Derecho Inglés como columna vertebral de un Derecho Indio que poco a poco iba alejándose de sus raíces universales y se enfocaba en una herramienta de *Common Law* que daba certeza a la operaciones de una economía india dominada por la era de la globalización del Atlántico. De este modo, las etapas subsiguientes hasta 1947 se significaron por la implantación de una cultura de Derecho Común en que se capacitaba a los nuevos juristas indios en el manejo de las nociones del Derecho Inglés; en las técnicas del manejo del *Common Law*; en la aceptación de la regla del precedente sobre el caso único; respecto a los juicios orales y la preparación judicial; sobre la importancia del Estado de Derecho, etc.

Si bien el avance del *Common Law* y la influencia del Derecho Inglés como base central del nuevo Derecho de la India del siglo XX y XXI esta fuera de duda; el tema de los Derechos Personales, el gran universo de la vida personal, familiar y social hindú sigue siendo una realidad que se niega a claudicar frente a los criterios occidentales. La administración inglesa lo intentó con sensibilidad en 1856 con la propuesta de una ley aplicable a las viudas a fin de que recuperaran su derecho a volverse a casar. En 1929, subiendo la edad para los menores de edad a fin de evitar matrimonios infantiles. En 1930, rescatando el salario para el trabajador y no para la familia o la casta. En 1937, para dotar a las viudas de un derecho económico sobre el esposo fallecido. A partir de 1950, por medio de los diversos criterios jurídicos constitucionales que intentan la aprobación de un solo

Derecho Civil. No obstante lo anterior, en la mayoría de los casos el derecho vigente no se ha vuelto positivo por la fuerza de una cultura de castas que se niega a su aceptación.

V. Etapa Moderna (de 1947 a la fecha)

China entra a la época moderna en 1949 a través de un rompimiento previo con su pasado: en 1911, cuando cae la última dinastía de los

Quing. En esos momentos relevantes de su historia política en el siglo XX, China se olvida de su heritage jurídico y se introduce directo a través de la Constitución de 1954 a un régimen jurídico socialista que retoma su transformación después de la muerte de Mao a un modelo de Derecho Romanista a partir de 1978. Rusia por su parte no tuvo problemas con su pasado jurídico porque en una primera etapa que va del 862 a 1917, prevaleció un derecho tradicional que partiendo de raíces propias basadas en la convivencia y la costumbre (Ruskaia Pravda), se enriqueció con la cultura jurídica del Derecho Romano Germánico, cuando la Rus de Kiev decidió salir más allá de sus primeras fronteras feudales y se acercó a Bizancio durante el alta edad media (862). A partir de ese encuentro se generó un mestizaje profundo en los ámbitos religioso y político, del cual se derivó toda una filosofía hacia el culto ortodoxo bizantino y a la normativa jurídica de Derecho Canónico y Civil. El paréntesis legal que vivió la ex Unión Soviética de 1917, fecha de su entrada al comunismo, a 1993, año de la promulgación de la nueva Constitución que rige a la Rusia del siglo XXI, sólo confirmó su vocación románica germánica en la que se suma una herencia jurídica de más de 1000 años (Oropeza, 2013, 21-23). A diferencia de China y Rusia, donde la primera renuncia a su herencia jurídica y a partir de 1978 inicia un camino jurídico mayormente civilista; y la segunda, que mantiene una vocación romanista “con características rusas” que la motivan a actualizar bajo esa línea su entorno jurídico actual, la India en ningún momento renuncia a su bagaje jurídico-religioso y la línea de modernización legal impuesta por el *Common Law* inglés, en más de tres siglos de vida en común, lejos de ser un traspaso automático de un sistema legal a otro, ha sido un encuentro de culturas jurídicas que ha dado por resultado un nuevo derecho anglo-indio. Se comenta sobre este punto que “cuando se habla del *Common Law* en India, se parte de la amplia visión que se tiene sobre este Derecho Inglés, pero al mismo tiempo se piensa en las tradiciones de la India, en los principios generales de los estatutos del Derecho Inglés, en los métodos y los procesos del Sistema Británico de Administración de Justicia” (Setalvad & Vibhufhan, 1960, págs. 3-4).

El encuentro o choque de civilizaciones que se presenta entre Inglaterra y la India a partir del siglo XVII, se da entre una hegemonía pre-industrial en ascenso con la potencia económica más sustentable de la

era moderna, con más de 4000 años de historia. Cuando India escribía sus primeros códigos jurídicos-religiosos de los Vedas, Inglaterra apenas construía monumentos megalíticos y no terminaba de concluir su edad de bronce. Por ello el encuentro de culturas jurídicas entre estas dos civilizaciones nunca ha sido fácil, y aunque al final se impone bajo un criterio de dominio y de eficiencia el Derecho Inglés, su mestizaje continua siendo un proceso abierto donde siguen presentes los derechos personales o religiosos (hindúes, musulmanes, cristianos, parsis), el Derecho Común inglés, la nueva visión social del derecho indio, la cultura milenaria de India; en síntesis, la construcción de un nuevo derecho anglo-indio que deberá definirse en las próximas décadas.

El proceso de independencia de la India no fue un evento fácil. No sólo se daba la reivindicación de una nueva nación libre respecto a su hegemonía dominante, sino que por primera vez intentaba caminar sola frente al mundo como una nación unida; algo que no había hecho nunca en toda su historia. Además, ante su liberación, el país acusaba el inveterado problema de su falta de integración, lo cual a pesar de su demografía y su riqueza, había facilitado su dominación por parte del imperio británico. El costo que pagó la India durante el proceso de su independencia fue muy alto en vidas (cerca de un millón de personas); en desplazados (más de 14 millones de personas); en pérdida de población ante la división con Pakistán (70 millones de habitantes), y de superficie por la misma razón (cerca de 800 mil km²).

La independencia de la India, sus años previos y posteriores, fueron todo menos un cambio de terciopelo, más por su problemática interna que por la salida inglesa. No obstante, a diferencia de China que en 1949 retomó el camino de la reintegración acudiendo a la herencia de su identidad nacional; al igual que en 1991 lo opera Rusia sobre las mismas bases, la India tuvo que recurrir a sus antecedentes jurídicos, al derecho, para iniciar su camino como nación. Por eso desde el comienzo de la década de los cuarenta hasta el 26 de enero de 1950 en que se promulga la Constitución de la India, la construcción de la misma fue un intenso debate político, social, religioso y jurídico respecto a la estructura de su contenido, al cual le apostó como la columna vertebral del nuevo diálogo nacional, lo cual no sucedió en el caso de China, por ejemplo, ante el triunfo de la revolución del Partido Comunista Chino y el peso de la figura de Mao.

En el caso de India, su independencia, se propicia ante el fin de la etapa hegemónica occidental que se desprende del colapso económico y militar de las Guerras Mundiales, las cuales redibujaron la geopolítica de la época. Inglaterra en 1945, después del fin del conflicto armado lucía cansada, desconcertada; sin el ánimo ni la fortaleza de continuar su presencia en la India. Por otro lado, de manera interna la nación India venía de una toma de conciencia hacia su libertad desde fines del siglo XIX, por lo que en la década de los cuarenta del siglo XX su presión política, en el marco de la guerra, aumentó fuertemente para lograrlo. El problema es que esta efervescencia de libertad y nueva autonomía desencadenó las pasiones de los diferentes protagonistas del momento. El Partido del Congreso, que representaba a la mayor fuerza política organizada, étnicamente plural aunque mayoritariamente hindú. La Liga Musulmana, en defensa de su población creyente. Las corrientes leales a la corona o viejo régimen; comunistas; los representantes de la línea Hindú Mahasabha, entre otros. En este marco pluriétnico y multireligioso, el 9 de diciembre de 1946, antes de la formalización independentista se instaló la Asamblea Constituyente encabezada por el Doctor B.R. Ambed Kar, la cual dio como resultado la Constitución de la India de 1950, después de cuatro años de intensos trabajos y negociaciones. Bajo la influencia del gobierno inglés y de su estancia por más de tres siglos en suelo indio, el proyecto inicial partió de la experiencia alcanzada por esa vecindad política forzada, que en materia jurídica había generado un sin número de leyes, de igual modo que ya había enfrentado y dado un principio de solución al choque de las culturas jurídicas. Por ello si bien el mestizaje legal anglo-indio no fue un tema resuelto a esa fecha, como no lo es del todo en la época actual, los alcances logrados ya representaban una propuesta razonable de solución para conciliar los diferentes intereses de las partes, sobre todo los de naturaleza religiosa. Derivado de lo anterior, la Asamblea partió de los antecedentes legales de 1919 y 1935 principalmente, donde se aprobó la Ley de Gobierno de la India, en el primer caso, y su mejoría y actualización en el segundo, donde a través de 321 secciones y 10 anexos se intentó un orden jurídico integral para toda la India, estableciéndose la estructura y líneas generales de gobierno.

Sobre lo anterior comenta Spear “La realización final del periodo de transición fue la Constitución. Fue redactada por la existente Asamblea

Constituyente con notable tersura y puesta en práctica a partir de 1950. La ley de 1935 se utilizó principalmente como modelo de trabajo y su influencia la testimonian los largos pasajes de su texto insertados en la nueva Constitución. En esencia, la nueva Constitución describe un Estado federal de acuerdo con el modelo occidental, con un gobierno democrático de tipo parlamentario”. Al propio tiempo “La nueva Constitución ha determinado el desarrollo del Tribunal Federal, cuya independencia y perspicacia han dado dignidad a su funcionamiento. También existen ciertos rasgos que no se encuentran en la antigua Constitución. Uno de ellos es la difusión de derechos fundamentales de acuerdo con el modelo norteamericano, y otro la inserción de directivas constitucionales o metas de actividad constitucionales, las cuales se han tomado de Irlanda. Toda la Constitución tiene un fuerte sabor occidental, que sólo aumenta con sus referencias a las instituciones indias tradicionales” (Spear, 2001, 349).

Resulta evidente en la nueva Constitución India, la cual rige hasta la fecha, el predominio del Derecho Inglés-occidental en su ingeniería estructural. A pesar de ello, en su propio artículo 372 dispuso la conservación del orden jurídico anterior, o sea, el de todas las leyes promulgadas con anterioridad, las cuales, bajo aclaración resolutoria de la Suprema Corte de la India de 1954, no podían ser incompatibles en su contenido con la propia Constitución. Derivado de lo anterior, a través de la *British Statutes Repeal Act* de 1960, se inventarió un número de 150 leyes vigentes anteriores al orden constitucional de 1950, lo cual representa una parte muy considerable del nuevo orden legal establecido. Es conveniente resaltar que entre ese heritage jurídico preservado, aparecen todas las leyes anteriores que contienen la regulación de los derechos personales en la India, o sea los derechos civiles y familiares vinculados con la religión. Dentro de estas leyes destacan la Ley de Matrimonio Hindú de 1955, que es una actualización de su inmediata anterior a la Constitución y que regula los derechos personales de los creyentes hinduistas, budistas, Jainistas y Sijhs. También se incluye la Ley de Sucesión Hindú de 1956. La Ley Parsi de 1988 con su antecedente inmediato en 1936. La Ley familiar cristiana de 2001 que modifica la ley de 1872. La Ley Especial de Matrimonios para los creyentes musulmanes de 1954 (Shariat) que modificó la de 1937. La Ley Personal Musulmana de 1937. La Ley Musulmana de Divorcio de 1939, entre otros.

VI. Consideraciones finales

El “nuevo” derecho indio emanado de la Constitución de 1950, es un derecho soberano, “secular”, “moderno”, republicano, democrático, que originó entre otras consecuencias que en octubre de 1951 India comenzara a organizar sus primeras elecciones nacionales en las que participaron 176 millones de votantes (85% de los cuales eran analfabetos) y 17,000 candidatos de 75 partidos políticos, las cuales se desarrollaron en orden con la participación del 60% del padrón (Tharoor, 2009, págs. 176-177). También estableció su división de poderes en un solo territorio, la creación de una estructura judicial y un Tribunal Supremo, juicios orales, su sistema parlamentario, su organización administrativa, impartición de justicia, etc. Pero al propio tiempo, a la fecha no le ha sido posible contar con un solo texto civil para más de 1200 millones de indios, a los cuales se les regula de manera dividida, en diversos cuerpos legales que llevan a reconocer que “Ordenar las leyes personales de todas las religiones bajo un solo código es una tarea cuesta arriba que todavía tomará tiempo” (Malhotra & Malhotra, pág. 23). Para luego, retomando una exhortación que hizo Asoká hace 2000 años y Akbar hace 500 años, recomendar que “La religión tendrá que marchar al ritmo con la ley”. “Los tiempos han cambiado, pero las leyes personales no lo han hecho al mismo ritmo” (Malhotra & Malhotra, pág. 23). Sobre este importante tema de la vigencia de la religión en el derecho y en general en la vida política y social de la India de hoy, Tharoor agrega que:

“No puede haber una indicación más clara del fin del modelo nehruniano que el hecho de que, 55 años después de la partición y la independencia, la religión sea de nuevo un factor determinante de la identidad política en India”. “La división entre hindúes y musulmanes es el enfrentamiento más visible, pero el que existe dentro del hinduismo, entre los hindúes de casta y los antiguos “intocables”, y entre las castas superiores y las castas intermedias más bajas, conocidas como las “clases atrasadas”, está transformando la sociedad india de maneras que Nehru no había previsto. Nehru aborrecía el sistema de castas y creía que desaparecería de la matriz social de la India moderna.

Sin embargo, no sólo ha conseguido sobrevivir y prosperar, sino que se ha convertido en un instrumento de movilización política”. (Tharoor, 2003, 237).

Así como no hay una sola India, sino muchas Indias; de igual modo no hay un solo derecho, sino que conviven en una matriz constitucional un Derecho Moderno que sigue las mejores prácticas occidentales, junto con un Derecho Personal y Familiar que se niega a renunciar a sus costumbres milenarias. El primero rige a la democracia más grande del mundo, da orden y administración a su vida política y económica y le permite dialogar con fluidez en un mundo global. El segundo sigue oficiando los ritos ancestrales y acudiendo a tribunales “especiales”, así como volviendo derecho no positivo a lo preceptuado en el orden legal. Los dos son corrientes jurídicas poderosas que parten de la misma India y que siguen evolucionando conforme a la visión del mismo pueblo indio.

Las culturas, en este caso las normativas, son expresiones de los pueblos que echan fuertes raíces con el paso del tiempo. India, una de las civilizaciones más antiguas de la humanidad, seguramente requerirá de un tiempo mayor para terminar de definir el perfil de su nuevo derecho anglo-indio.

Bibliografía

- David, R., & Spinosi-Jauffret, C. (2010). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Lorenzen, D. N., & Preciado Solís, B. (2003). *Atadura y liberación: las religiones de la India*. COLMEX.
- Malhotra, A., & Malhotra, R. *Family Law and Religion: Indian Experience*.
- Oropeza García, A. (2013). *México-Rusia: culturas y sistemas jurídicos comparados*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Pániker, A. (2014). *La sociedad de castas*. Barcelona, España: Kairós.
- Sen, A. (2007). *India Contemporánea: entre la modernidad y la tradición*. Barcelona, España: Gedisa.

Spear, Percival, *Historia de la India II*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001

Setalvad, M., & Vibhufhan, P. (1960). *The Common Law in India*. Stevens and Sons United.

Tharoor, S. (2009). *Nehru: la invención de la India*. Barcelona España: Tusquets.



CAPÍTULO XLVII

A CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DO BRASIL A PARTIR DOS PARECERES DOS CONSULTORES JURÍDICOS DO ITAMARATY: DO IMPÉRIO À REPÚBLICA

Paulo Roberto de Almeida¹

Estou persuadido de que o Brasil do futuro há de continuar invariavelmente a confiar acima de tudo na força do Direito e, como hoje, pela sua cordura, desinteresse e amor da justiça, a conquistar a consideração e o afeto de todos os povos vizinhos em cuja vida interna se absterá de intervir.

Barão do Rio Branco, chanceler do Brasil (1902-1912)

O direito internacional **do** Brasil, se ele existe – parece que sim – não deve tanto ao próprio corpo diplomático do Itamaraty, quanto aos juristas colocados a seu serviço, desde os tempos de ministério dos Negócios Estrangeiros, no Segundo Império, embora formalmente apenas a partir de 1861, com interrupções posteriores. Anteriormente aos juristas exclusivos da Secretaria de Estado desempenhavam essa função, a partir de 1842, uma das seções especializadas do Conselho de Estado, a dos Negócios da Justiça e dos Estrangeiros, que fazia companhia às seções dedicadas aos Negócios do Império, da Fazenda e da Guerra e Marinha, cada uma com três membros. Ainda que adjunta aos temas da Justiça, os dos Negócios Estrangeiros eram tratados separadamente, inclusive porque as sessões eram presididas, mas sem voto, pelo ministro de cada uma das duas pastas, segundo o assunto em pauta. Mas cabe ressaltar, desde já, que se o Consultor Jurídico do Itamaraty correspondia exatamente à natureza do cargo, os consultores do Conselho de Estado, nessa seção, tinham uma função bem mais político-diplomática do que propriamente fundada no direito internacional, ainda que não estranha a ele.

1. Diretor do Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, IPRI-Funag. (www.pralmeida.org; <http://diplomatizzando.blogspot.com>)

Com todos os defeitos de que possa ter sido acusado o velho Itamaraty – como tendo sido elitista, refúgio de aristocratas e de privilegiados infensos à atividade empresarial ou até mesmo às lides cartoriais do serviço público, aqueles amantes das boas capitais europeias, da vida mais fácil no exterior, longe dos mosquitos e de outras pestilências tropicais –, o serviço diplomático brasileiro, reputado por suas boas qualidades, não teria essa imagem de excelência de que desfruta hoje se não tivesse sempre contado, justamente, com bons juristas, os seus “contratados”, ou os consultados externamente. Foram esses juristas (e suspeito que, até agora, nenhuma mulher) que, numa longeva história de construção da excelência diplomática do Itamaraty, souberam sustentar, com sólidos argumentos jurídicos, as posições de um país que, relativamente frágil, econômica ou militarmente (para nada dizer do ponto de vista educacional), só podia dispor, precisamente, desse tipo de defesa, até mesmo preventiva, com a qual apoiar suas demandas políticas e suas posturas diplomáticas nos planos bilateral, regional ou internacional. Foram esses homens que construíram o direito internacional **no** Brasil, agregando, aqui e ali, algum conteúdo próprio, o que talvez lhes valesse um *copyright* moral por algumas boas contribuições a esse campo relevante das relações internacionais, que é o do fortalecimento institucional da interdependência global.

O Itamaraty sempre foi mais caracteristicamente jurídico do que qualquer outra orientação doutrinal que tenha marcado sua existência quase bissecular, ainda que sua “ideologia” oficial, desde longas décadas, seja a diplomacia do desenvolvimento. Mas, curiosamente, sua Consultoria Jurídica foi criada por um não jurista, mais exatamente por um matemático e homem de ciências, ele mesmo um grande aconselhador da Casa, extremamente prolífico em seus pareceres sobre os mais variados assuntos. José Maria da Silva Paranhos, mais tarde Visconde do Rio Branco, pai do Barão, foi esse “parteiro” providencial de um rebento que acumula 157 anos de existência (com poucas lacunas).

A maioria dos diplomatas do “ancien régime” imperial tinha excelente formação acadêmica, ou dispunha, mesmo quando eles eram formados em outras áreas, de bons conhecimentos em direito internacional, senão doutrinal, pelo menos aquele adquirido na prática da chancelaria e no contato com outros serviços de relações exteriores, sobretudo nos países europeus (e gradativamente nos Estados Unidos

também). Todavia, a maior parte dos consultores jurídicos, uma função intermitente no Império, e retomada já adentrada a República, vinha desse campo profissional, especialistas com os quais o Itamaraty interagiu, dos quais dependeu, e aos quais deve grandes serviços nos quase duzentos anos de uma história de projeção e ação externa relativamente bem sucedidas, quase nunca envolvido em guerras, quase sempre esgrimindo as armas do direito, da solução pacífica das controvérsias, do entendimento contratual por meio de acordos bilaterais, regionais ou multilaterais. Se o direito é a arma dos fracos, como dizem, o Brasil se fortaleceu muito, no plano externo, por uma adesão impecável aos princípios do direito, podendo até ter oferecido contribuições ou inovações ao direito internacional em geral, quando de conferências internacionais ou regionais.

Este pequeno ensaio de cunho essencialmente bibliográfico, elaborado a partir de obras e coleções editadas pelo Itamaraty ou pelo Senado Federal, tem o objetivo de resumir um pouco dessa história de quase 160 anos (com interrupções) de suporte jurídico à atividade diplomática, um elemento crucial na fundamentação adequada da política exterior do Brasil. O autor não pertence ao campo do Direito, nem pretende aspirar a um conhecimento técnico dos meandros do direito internacional público e privado, mas ao iniciar-se no comando de um dos braços “intelectuais” do Itamaraty, o seu Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, órgão da Fundação Alexandre de Gusmão, decidiu dedicar-se a uma apresentação de uma já importante coleção de publicações que se situam no âmbito das atividades intelectuais do Itamaraty: o direito internacional.

As obras citadas ao longo do ensaio, editadas e publicadas pela Funag, quase todas concebidas e montadas pelo seu Centro de História e Documentação Diplomática, encontram-se livremente disponíveis em diversos formatos na **Biblioteca Digital da Fundação** (<http://www.funag.gov.br/loja/>), podendo igualmente ser encomendadas em sua versão impressa. Elas são oportunamente complementadas por remissões a outras obras, que também tocam nas áreas do direito e da diplomacia aqui abordadas. O Senado Federal, por sua vez, também mantém uma biblioteca digital, na qual constam os pareceres (em compilação seletiva) dos consultores jurídicos do Itamaraty na era republicana, em coleção de nove volumes organizada pelo Professor e consultor do ministé-

rio Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, alguns em edição fac-similar (ver: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1044>).

1. A emergência do cargo de consultor jurídico do Itamaraty

O cargo de consultor jurídico da Secretaria dos Negócios Estrangeiros foi criado pelo Decreto n. 2.358, de 19 de fevereiro de 1859, na reforma empreendida pelo então ministro da pasta, José Maria da Silva Paranhos, futuro Visconde do Rio Branco, grande estadista do Segundo Império e promotor de importantes reformas em todas as pastas que ocupou.² Esse regulamento ficou conhecido como “Regulamento Paranhos para a Secretaria de Estado”.³ Aparentemente o cargo não foi mais ocupado depois de 1865, e regimentos posteriores sob o Império não o mencionam, só tendo sido restabelecido numa segunda fase do período republicano, a partir de 1903.

Embora não levasse o título de consultor jurídico, as atribuições do consultor eram eminentemente jurídicas, pela natureza das funções. A Consultoria Jurídica estava encarregada de “dar parecer sobre as negociações de quaisquer ajustes internacionais, os atos internacionais submetidos à aprovação ou ratificação, a inteligência e execução de quaisquer obrigações internacionais, as indenizações reclamadas por via diplomática, as contestações de Direito Internacional Público ou Privado e as propostas legislativas e regulamentos apresentados ou expedidos pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros”.⁴

Teve início, assim, pelo pai do Barão, que também tinha grande apreço pelo direito internacional, a longa tradição demonstrada pelo Itamaraty na elaboração de pareceres jurídicos, no aconselhamento dos agentes diplomáticos e na construção de posições no campo da

2. Apresentação de Álvaro da Costa Franco, in: *Pareceres dos Consultores do Ministério dos Negócios Estrangeiros (1859-1864)*. Rio de Janeiro: CHDD; Brasília: Funag, 2006, p. 11.

3. Cf. Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. I (1903-1912). Edição Fac-similar; Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000, p. xi.

4. Cf. Castro, Flavio Mendes de Oliveira, *História da Organização do Ministério das Relações Exteriores*. Brasília: Editora da UnB, 1983, p. 105; existe edição recente da Funag (2009).

política exterior solidamente ancoradas no respeito ao direito internacional. Pelo artigo 12 do Regulamento, o consultor “não [era] obrigado a comparecer diariamente na secretaria [de Estado]”,⁵ e ele deveria corresponder-se “diretamente com o ministro ou com o diretor-geral, a quem incumbe prestar-lhe todos os dados e esclarecimentos de que careça para o desempenho do seu cargo”.

O primeiro consultor jurídico do Itamaraty foi o conselheiro José Antônio Pimenta Bueno, depois visconde e marquês de São Vicente, mas que se exerceu apenas de fevereiro a abril de 1859, por ter sido designado para o Conselho de Estado, “onde participaria da seção dos Negócios Estrangeiros”. Pimenta Bueno pediu exoneração em 1º de maio do mesmo ano, segundo registrado num opúsculo impresso em plena gestão do Barão do Rio Branco, em 1910: *Ministros e altos funcionários da antiga repartição dos Negócios Estrangeiros depois repartição das Relações Exteriores do Brasil e membros do extinto Conselho de Estado*.⁶

De sua lavra emergiram apenas dois pareceres, o primeiro sobre a legalidade dos impostos sobre estrangeiros previstos na lei provincial da Bahia, de 15 de março daquele ano, e o segundo sobre a cidadania dos libertos nascidos fora do Brasil, elaborado em data anterior a 25 de abril, quando foi apenso a uma consulta da Seção dos Negócios Estrangeiros do Conselho de Estado. Interessante observar, em relação à primeira disposição, que não era a primeira vez, nem seria a última, que as províncias do Império, depois os estados na República, sempre tiveram esse péssimo costume de discriminar contra estrangeiros nas regras fiscais, ao adotar leis manifestamente inconstitucionais, deixando de respeitar “os princípios internacionais firmados pelo geral”, como registrou Pimenta Bueno em seu parecer. Os cônsules estrangeiros não deixavam de apresentar reclamações a esse respeito por meio de suas legações no Rio de Janeiro, como detectei em pesquisa sobre a formação da diplomacia econômica no Brasil.⁷ Esse tipo de prática persistiu

5. Cf. Franco, Apresentação, in: *Pareceres (1859-1864)*, op. cit., p. 12.

6. Cf. Franco, Apresentação ao “Conselheiro José Antônio Pimenta Bueno”, in *Pareceres (1859-1864)*, op. cit., p. 17.

7. Ver Almeida, Paulo Roberto de, *Formação da diplomacia econômica no Brasil: as relações econômicas internacionais no Império*. 2ª ed.; São Paulo: Editora Senac; Brasília: Funag, 2005.

pelo menos até a introdução do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio, em 1947, por vezes pelo próprio governo federal.

2. *O Visconde do Rio Branco, um jurista matemático,
e um grande orador*

O segundo consultor foi o próprio Paranhos, nomeado em 20 de fevereiro de 1861; mas, como foi nomeado “ministro da Fazenda no gabinete Caxias (até maio de 1862), não exerceu, até meados do mesmo ano, a função de consultor, sendo substituído interinamente, no período de 15 de novembro de 1861 até 3 de maio do ano seguinte, pelo dr. Sérgio Teixeira de Macedo.”⁸ A despeito das interrupções, Paranhos assina não menos do que 37 pareceres entre 1862 e 1865, dos quais quatro no primeiro ano e 29 em 1863; o número é surpreendente para quem tivera formação nas ciências exatas, mais intensamente em matemática. No final de 1864, depois de completar outros quatro pareceres, ele partiu em missão diplomática no Prata, visitando a Argentina, o Paraguai e o Uruguai. Exonerado abruptamente do cargo em março de 1865, Paranhos volta ao Brasil incompatibilizado com o governo e pede demissão do cargo de consultor em 19 de abril.⁹ Pouco depois, o cargo era extinto numa das reformas posteriores.

Volumes como esses, compilando documentos originais e guias documentais sobre algumas das fontes que esclarecem elementos históricos negligenciados ou praticamente desconhecidos dos pesquisadores contemporâneos constituem valiosas contribuições aos atuais “garimpeiros” da história diplomática do Brasil. Eles trazem, geralmente, os carimbos dos arquivos do Itamaraty, papéis de uma outra época, quando o velho ministério dos Negócios Estrangeiros do Império ainda não levava o nome pelo qual é hoje conhecido e sequer existia no palácio desse nome no Rio de Janeiro. Deve-se a maior parte desse magnífico trabalho ao Embaixador Álvaro da Costa Franco, diretor por alguns anos do Centro de História e Documentação Diplomática, da Fundação Alexandre de Gusmão, vinculada ao Ministério das Relações Exteriores, mas situado no Rio de Janeiro. Ao longo dos anos em que presidiu

8. Franco, Apresentação, in: *Pareceres (1859-1864)*, op. cit., p. 12.

9. Franco, Apresentação ao “Conselheiro José Maria da Silva Paranhos”, in: *Pareceres (1859-1864)*, op. cit., p. 29.

o CHDD, com a colaboração da então editora executiva dos *Cadernos do CHDD*, Maria do Carmo Strozzi Coutinho, e a ajuda de pesquisadores acadêmicos, Costa Franco mostrou-se incansável na identificação e divulgação de velhos papéis quase esquecidos na poeira dos arquivos diplomáticos brasileiros, reconhecidamente os mais completos da América Latina (pois que recuperando muito do que já tinha sido produzido pela secular, e exemplar, diplomacia portuguesa, trazido pela família real, em 1808).

Esse excepcional trabalho de garimpo e lapidação deve ser ressaltado, pois é dele que podem resultar, agora e nos anos à frente, novas interpretações do processo diplomático brasileiro durante o Império e no início da República, pois que fornecendo a documentação de base indispensável à revisão fundamentada de análises já clássicas sobre esses períodos, assim como para corrigir visões acadêmicas por vezes simplistas ou até enviesadas das realidades da nossa diplomacia d'antanho. Foi também Álvaro da Costa Franco quem coligiu, organizou e publicou outros materiais históricos relativos ao fundador da Consultoria Jurídica do Itamaraty, garimpados em outras fontes, no caso nos anais da Assembleia Geral e do Senado, para um volume exclusivamente dedicado ao Visconde do Rio Branco, focando na intensíssima política exterior do Império no terceiro quarto do século XIX.¹⁰

A coleção dos discursos do Visconde do Rio Branco nas duas casas do Parlamento, num longo espaço de vinte anos, entre 1855 e 1875, é precedida de uma brilhante, embora curta, introdução do diplomata e mestre em história Fernando Figueira de Mello, que contextualiza sua vida e seu papel nas relações exteriores do Brasil: cinco vezes ministro dos negócios estrangeiros, antes jornalista voltado para os temas internacionais, em especial os do Prata, e consultor do MNE, mesmo não tendo formação em direito (ele vinha de escolas militares e era matemático de primeira linha). Um ponto interessante a destacar nessa introdução é a observação de que conceitos como “interesses vitais” do Brasil, “interesses essenciais” ou “concretos” são constantes nos discursos do Visconde no Parlamento, “preocupação, aliás, presente

10. Ver Franco, Álvaro da Costa (org.). *Com a palavra, o Visconde do Rio Branco: A política exterior no Parlamento imperial (1855-1875)*. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Funag, 2005.

desde as *Cartas ao Amigo Ausente*, em que o jovem Paranhos, em diferentes ocasiões, defendera uma política externa isenta de discussões partidárias” (p. 16).

Figura neste volume, entre as páginas 299 e 405, o célebre discurso sobre os eventos platinos que conduziram à celebração do tratado de Tríplice Aliança, em 1865, enaltecido em crônica de Machado de Assis sobre “O velho Senado”, discurso no qual Paranhos defendeu, durante sete horas seguidas, as motivações da política imperial para a região. Nessa rememoração publicada na *Revista Brasileira* em 1898, o fundador da Academia Brasileira de Letras registra o clima e o impacto da alocação de Paranhos:

Galerias e tribunas estavam cheias de gente; ao salão do Senado foram admitidos muitos homens políticos ou simplesmente curiosos. Era uma hora da tarde quando o presidente deu a palavra ao senador por Mato Grosso; começava a discussão do voto de graças. Paranhos costumava falar com moderação e pausa; firmava os dedos, erguia-os para o gesto lento e sóbrio, ou então para chamar os punhos da camisa, e a voz ia saindo meditada e colorida. Naquele dia, porém, a ânsia de produzir a defesa era tal, que as primeiras palavras foram antes bradadas que ditas: “Não a vaidade, Sr. presidente...” Daí a um instante, a voz tornava ao diapasão habitual, e o discurso continuou como nos outros dias. Eram nove horas da noite, quando ele acabou; estava como no princípio, nenhum sinal de fadiga nele, nem no auditório, que o aplaudiu. Foi uma das mais fundas impressões que me deixou a eloquência parlamentar. A agitação passara com os sucessos, a defesa estava feita. Anos depois do ataque, esta mesma cidade aclamava o autor da lei de 28 de setembro de 1871 [Lei do Ventre Livre], como uma glória nacional; e ainda depois, quando ele tornou da Europa, foi recebe-lo e conduzi-lo até a casa. Ao clarão de um belo sol, rubro de comoção, levado pelo entusiasmo público, Paranhos seguia as mesmas ruas que, anos antes, voltando do Sul, pisara sozinho e condenado.¹¹

11. Cf. Machado de Assis, “O Velho Senado”, In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, vol. II; o discurso completo do Visconde do Rio Branco figura no livro organizado por Álvaro da Costa Franco, *Com a palavra, o Visconde do Rio Branco*, op. cit., p. 299-406.

Não foi, portanto, sem razão que D. Pedro II disse sobre Paranhos que ainda não tinha conhecido “pessoa mais inteligente e perspicaz”.¹² Tampouco seria preciso dizer que o Parlamento brasileiro jamais voltou a conhecer qualquer outra manifestação dessa estatura.

3. De que se ocupavam os consultores e conselheiros imperiais?

Com exceção de algumas poucas questões que poderiam ser classificadas como propriamente de diplomáticas, como os limites com Estados vizinhos ou propostas de acordos internacionais, a maior parte dos problemas levados ao consultor jurídico dos Negócios Estrangeiros ou à seção dos Estrangeiros do Conselho de Estado se referiam a problemas de direito internacional privado, como heranças e espólios, sucessão de ativos entre brasileiros e estrangeiros ou pessoas dotadas de dupla nacionalidade, conflitos de jurisdição ou casos de extradição. No caso de Paranhos pai é de veras surpreendente que ele tenha transitado com tanta facilidade – mais exatamente ao cabo de um notável esforço de aprendizado prático, sobretudo no Parlamento e nos livros disponíveis – das ciências exatas para as doutrinas jurídicas. O embaixador Costa Franco destaca uma vez mais suas excepcionais qualidades:

Sua conversão às ciências sociais e jurídicas se confirma, aliás, pelo fato de que, no mesmo ano de 1863, aquele em que mais tempo dedicou à atividade de consultor da Secretaria dos Negócios Estrangeiros, deixa a docência de Mecânica na Escola Central para assumir, na mesma escola, a cátedra de Economia Política, Estatística e Direito Administrativo. O primeiro Rio Branco, ex-aluno da Academia Militar, formado na área das ciências, era uma exceção entre a elite política do Segundo Reinado. Esta passagem para o campo das ciências jurídicas e sociais não foi uma condição para seu acesso ao poder, mas, ao assumir responsabilidades como docente e como consultor, ostenta sua capacidade de dominar disciplinas que eram privilégio

12. Citado por Fernando Figueira de Mello, “O Visconde do Rio Branco: entre a biografia estabelecida e a reconstrução da biografia”, in: Franco (org.), *Com a palavra*, p. 11-22.

dos bacharéis egressos das academias de São Paulo e Recife, que não lhe fora dado frequentar.¹³

Na compilação dos pareceres efetuados por Paranhos, abundam as reclamações e pendências de súditos e cidadãos estrangeiros e sobre espólios de particulares, hoje de importância relativamente menor no trabalho diplomático e consular, inclusive devido à promulgação do Código Civil, em 1916, aliás obra de um dos consultores jurídicos do Itamaraty, o longevo Clóvis Beviláqua (1906-1934). Em contrapartida são bem mais interessantes os textos relativos a tratados de limites, nos quais estão expostas posições da diplomacia imperial que serão mantidas durante longos anos, até a sua completa resolução, já na República, a cargo de Paranhos Júnior.

Mesmo tratando de uma maioria de casos de direito internacional privado, esses pareceres aprofundam o conhecimento disponível sobre a construção jurídica da nossa diplomacia imperial, legatária de uma tradição de respeito ao direito internacional que foi seguida até hoje na política externa brasileira. Aliás, já o primeiro parecer desse mesmo volume, da lavra de Pimenta Bueno, trata do que passou a ser chamado, na linguagem do Gatt, de “tratamento nacional”, bem como, indiretamente, da questão sempre difícil do monopólio do governo nacional em matéria de relações internacionais, contra a tendência sempre presente de poderes subnacionais legislarem sobre o assunto. Depois de condenar a ilegalidade dos impostos sobre estrangeiros previstos em lei provincial da Bahia, de 1858, Pimenta Bueno pedia que as medidas fossem revogadas, por “impolíticas e antieconômicas” (p. 22).

Pimenta Bueno, o marquês de São Vicente, tinha sido escolhido por Paranhos para ser o primeiro consultor jurídico dos Negócios Estrangeiros, mas logo em seguida passa ao Conselho de Estado, cujos pareceres formam o conteúdo de outros volumes, onde também figuram os mais diversos materiais históricos relevantes para o estudo da construção da diplomacia brasileira do ponto de vista jurídico; eles recolhem algumas peças importantes para o estudo de questões da

13. Franco, Apresentação ao “Conselheiro José Maria da Silva Paranhos”, in: *Pareceres (1859-1864)*, op. cit., p. 31.

nossa diplomacia imperial, geralmente no que toca aos tratados de limites, às relações consulares e contenciosos bilaterais sobre pedidos de indenizações de particulares.¹⁴ Nesse primeiro volume, alguns documentos tratam da organização do próprio ministério dos Negócios Estrangeiros, numa época em que ele não chegava a ter mais de duas dúzias de funcionários permanentes (incluindo alguns correios a cavalo) e quando o Secretário Geral – figura importante em gabinetes que se sucediam em notável rotatividade – era chamado de Oficial Maior. As maiores pendências com os vizinhos eram relativas aos direitos de navegação, terreno no qual a diplomacia imperial mantinha, como se sabe, posturas diversas no Prata e no Amazonas, em virtude da situação completamente oposta do acesso por essas vias fluviais de importância internacional.

Nesse volume relativo às consultas da seção dos Negócios Estrangeiros do Conselho de Estado entre 1858 e 1862 é curioso ler, por exemplo, numa consulta relativa aos tratados de comércio, navegação e limites com a Venezuela, de 1852 (que o país andino pretendia rever), um parecer do visconde do Uruguai, com ensinamentos talvez válidos para tempos posteriores, até, quem sabe?, lições para os dias atuais:

Nos governos semelhantes ao de Venezuela, o governo não é, de fato, um ente moral, que se perpetua sem atenção às pessoas. As pessoas são tudo. A administração seguinte rejeita o que fez a anterior, sua antagonista, pela razão de que foi esta que o fez. Não é, por certo, justificável semelhante razão, mas é por ela que se faz obra e, se é por ela que se faz obra e a não podemos anular, cumpre ou ir com ela, ou não negociar um revés. (...). Um governo dificilmente concede hoje o que negou ontem.¹⁵

14. Ver Brasil, Secretaria de Estado dos Negócios do Império e Estrangeiros. *O Conselho de Estado e a política externa do Império: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros, 1858-1862*. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Funag, 2005; este é o primeiro de uma série de cinco, para períodos subsequentes, publicados até 2009.

15. Idem, p. 16-17. Sobre o Visconde do Uruguai (Paulino José Soares de Souza), ver a tese do Curso de Altos Estudos de Miguel Gustavo de Paiva Torres: *O Visconde do Uruguai e sua atuação diplomática para a consolidação da política externa do Império*. Brasília: Funag, 2011.

Os cinco volumes organizados pelo Centro de História e Documentação Diplomática da Funag, enfeixados sob título comum de *O Conselho de Estado e a política externa do Império: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros*, cobrem, respectivamente, os períodos seguintes: 1858-1862 (publicado em 2005), 1863-1867 (2007), 1868-1870 (2008), 1871-1874 (2009) e 1875-1889 (2009). Cada um deles segue a mesma estrutura organizativa, qual seja, uma ordem cronológica das consultas, ano a ano, e, em cada um deles, os casos havidos bilateralmente com cada um dos países com os quais o Brasil mantinha relações diplomáticas ou consulares, agregando-se, quando é o caso, consultas internas ao próprio Brasil, seja sobre temas de alcance geral (como os próprios regulamentos da Secretaria dos Negócios Estrangeiros, por exemplo, em 1858), ou questões de cunho administrativo ou de caráter funcional (como emolumentos dos cônsules, aposentação e disponibilidade de diplomatas, etc.). Alguns casos na categoria genérica do próprio Brasil eram especialmente sensíveis, como por exemplo a abertura do rio Amazonas à navegação comercial, ou a livre navegação nos rios platinos, Paraná e Paraguai, assunto que atravessou décadas, senão séculos.

Os casos bilaterais são obviamente mais numerosos e eles comportam tanto questões de direito internacional privado (heranças, espólios, reclamações de súditos ou cidadãos estrangeiros, residentes ou não no Brasil), estas recorrentes, quanto problemas políticos de alto significado para o país (tratados de limites com os vizinhos, acordos de comércio e navegação com todos os demais, indenizações de guerra, etc.). Havia também reclamações de brasileiros no exterior que se convertiam em pendências bilaterais, como por exemplo a consulta elaborada em 31/12/1869 por duas seções, a dos Negócios Estrangeiros e a da Fazenda, relativa ao tratamento injusto alegado pelo Barão de Mauá alegava contra o seu estabelecimento bancário na praça de Montevideu, perguntando o Barão de Cotegipe ao Conselheiro Nabuco de Araújo se “dever-se-á considerar o procedimento havido relativamente ao Banco Mauá & Cia. como caso de denegação de justiça?” (p. 209).

Algumas questões tratadas numa rubrica bilateral – Brasil-Peru, por exemplo – mereceriam, na verdade, um tratamento multilateral, como é o caso do convite feito pelo vizinho país (com o qual o Brasil tinha pendências limítrofes), em 5 de abril de 1864, para que o Brasil participasse de um congresso americano na capital peruana. Um parecer de 7

de maio, assinado pelos Viscondes do Uruguai e de Maranguape, estima ser viável a participação do Império, em que pesem as “formas governativas diversas” (p. 88), agregando considerações sobre a “escolha de um plenipotenciário hábil e conhecedor das coisas da América” (p. 90), além de alguns outros argumentos que também talvez continuem a aplicar-se na atualidade:

As nações americanas de raça espanhola, como nações novas, não práticas, são naturalmente inclinadas a ideias grandiosas e a pretender realizar o que, com outro elemento, nações mais adiantadas não puderam conseguir. Se se trata de organização política, vão buscar a mais filosófica, a – teórica e absolutamente – mais perfeita, embora a tenham que construir com os mais imperfeitos e piores materiais. Se trata de relações internacionais, são fáceis em regulá-las por tratados, que logo cavilam e não cumprem, ou por congressos que não chegam a reunir-se. Obstat a instabilidade de suas instituições e governos, a falta de plano, de uniformidade, de seguimento de vistas; as lutas de caudilhos que disputam o poder e que, trazendo continuadas mudanças, concentram a atenção sobre questões pessoais e intestinas; as rivalidades, encontro de interesses, malquerenças entre esses Estados.

Os subscritores eram, todavia, pela participação no dito congresso, para que o Brasil não se deixasse isolar, “dando, assim, mais alimento a ciúmes e ódios”; ao concluir, demonstravam desconfiança quanto aos eventuais resultados, pensando mais exatamente na imagem do Brasil junto à comunidade internacional:

É mais provável que o congresso de que se trata se não reúna, ou que, se se reunir, não chegue a fazer obra.

Se assim for, uma recusa do governo de V.M.I. não poderá ser apresentada como uma das causas que contribuíram para não se levar a efeito a ideia e como um exemplo de má vontade aos nossos conterrâneos, mostrando-nos, assim, à Europa isolada deles?¹⁶

16. Cf. Brasil, Secretaria de Estado dos Negócios do Império e Estrangeiros. *O Conselho de Estado e a política externa do Império: Consultas da Seção dos Negó-*

Nesse mesmo volume, que cobre o início da guerra da Tríplice Aliança contra o Paraguai, consta unicamente um único parecer, de grande importância porém, pois que a seção dos Negócios Estrangeiros do Conselho de Estado, em consulta exarada em 30 de novembro de 1865 por Pimenta Bueno, relator, e o visconde do Uruguai, se pronuncia negativamente em relação a uma proposta da Argentina de tratado de paz entre os três aliados e a República do Paraguai, na qual estavam assegurados grandes interesses argentinos, ao passo que “os do Brasil ou ficaram precários ou prejudicados” (p. 179). Os conselheiros estimavam que a Confederação Argentina “procure precipitar a paz ou, fugindo aos sacrifícios, deixe pesar a guerra quase exclusivamente sobre o Brasil”. Eles perguntavam logo em seguida: “Tanta prevenção no projeto de paz não suscita suspeitas?” (idem). As razões dessas suspeitas são explicitadas mais adiante:

A Confederação, qualquer que fosse o seu governo, nunca desistiu da ideia de incorporar a si o Paraguai, ou por federação, ou aliança, ou por qualquer outro modo.

O pensamento tradicional, constante, previdente, valioso do Brasil foi sempre de evitar isso, de manter não só a independência do Paraguai, mas o território deste, necessário para separar nossa fronteira ocidental do imediato contato argentino; foi sempre de evitar a preponderância decidida que a Confederação, aliás exerceria, dominando as relações dessa parte da América do Sul, ameaçando de absorção o Paraguai...¹⁷

O parecer se estende por vinte densas páginas, todas dotadas de um cerrado exame das intenções argentinas contra a soberania do Paraguai e os interesses do Brasil, sendo ainda complementado, em outras quatro páginas, por um voto em separado do visconde de Jequitinhonha

cios Estrangeiros, 1863-1867. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Funag, 2007, p. 90.

17. Idem, p. 180. Sobre o papel do Brasil na manutenção da independência do Paraguai, ver o livro do historiador paraguaio R. Antonio Ramos, *La independencia del Paraguay y el Imperio del Brasil*. Brasília: Funag, 2016. A obra se ocupa, porém, apenas do reconhecimento da independência do Paraguai na primeira metade do século XIX, não tratando, portanto, da guerra da Tríplice Aliança.

(Francisco Gê Acaiaba de Montezuma), no qual considera igualmente que a Argentina “é nossa rival natural” (p. 192), e que, ao se negociar um tratado de paz, quando as circunstâncias o permitissem, se deveria “ter em vista primeiro o futuro, depois, o presente” (p. 193); Montezuma também alertava, ao final, que “[o] Governo Imperial não poderia sustentar as disposições daqueles tratados [os da Tríplice Aliança] sem despertar o ciúme das repúblicas do sul e a má vontade das nações europeias que têm interesse no Rio da Prata” (p. 193-194). A guerra, como é sabido, se prolongaria por outros quatro longos anos e o Brasil teve, finalmente, de proteger o Paraguai contra novas e recorrentes investidas argentinas.

4. Uma importantíssima fonte para o estudo de nossa política exterior

No conjunto, os cinco volumes de consultas à seção dos Estrangeiros do Conselho de Estado do Império compilam importantes documentos históricos que constituem subsídios primários relevantes ao pesquisador acadêmico ou ao simples curioso de nossa história diplomática. Mas eles são igualmente indispensáveis aos estudiosos de nossas tradições jurídicas, na sua interface com o trabalho diplomático e consular, ao tratarem os pareceres de praticamente toda a gama de questões que ocupam uma chancelaria, um amplo espectro de temas que cobrem todas as facetas do direito internacional, público e privado. Antes mesmo dessas edições recentes, eles tinham sido objeto de cuidadosa atenção por parte dos maiores estadistas das relações exteriores do Brasil, com destaque para o Visconde do Uruguai – que os subtraiu à “desordem e confusão” que reinavam nos demais papéis do Conselho de Estado – e para o Visconde do Rio Branco, que os fez encadernar, junto com resenhas e opiniões dos funcionários da chancelaria, no período em que foi consultor jurídico do ministério. Sobre esses papéis e o próprio Conselho pronunciou-se assim o embaixador Álvaro da Costa Franco, apresentador do primeiro volume da série:

Constituem importantíssima fonte para o estudo de nossa política exterior, em cuja formulação desempenhou o Conselho de Estado

notável papel, atuando não somente como instância técnico-administrativa, mas, pelo menos em certo período, como verdadeiro “think tank”, dedicado à reflexão sobre as principais questões de nosso relacionamento internacional.¹⁸

Os demais quatro volumes, a partir do ano de 1863, trazem, ademais da sempre erudita apresentação do então Diretor do CHDD, uma análise do ponto de vista jurídico do seu conteúdo pelo diplomata-jurista Luiz Dilermando de Castello Cruz, que procedeu a uma competente revisão do conteúdo de cada série de consultas, separando as de cunho obviamente político das que apresentavam-se fundamentadas na metodologia da ciência do direito, com base nas fontes disponíveis em cada época, assinalando inclusive contribuições precoces do governo brasileiro ao direito consuetudinário a regras que só surgiriam no século XX (naturalização, por exemplo). No segundo volume da série, o primeiro com seus comentários introdutórios, relativo ao período 1863-1867, ele louva, ao final, a autonomia do Conselho em face do governo que o consultava, nestes termos: “Cumpre, por derradeiro, realçar a independência com que a seção aconselha o governo a abandonar posições que adotava...” (p. xxvii).

No terceiro volume da série, relativo aos anos 1871-1874, o ex-chanceler do governo Collor, ministro do STF e juiz da Corte da Haia, Francisco Rezek, iniciador, anos antes, da publicação dessas atas do Conselho de Estado, realça o significado dessas consultas para a construção de um direito internacional brasileiro:

Os pareceres do Conselho encerram marca precoce dos primeiros passos de um Direito brasileiro autêntico, e têm importância decisiva para a compreensão da história do Brasil. (...)

As reflexões e ensinamentos do Conselho de Estado tiveram, nesse longo período da história constitucional do Brasil, um peso cívico e jurídico não alcançado por nenhuma outra instituição da época. A construção do nosso Direito e o desenho de nosso perfil político se fez em grande parte graças ao produto do Conselho de

18. Cf. *O Conselho de Estado e a política externa do Império: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros, 1858-1862*, op. cit., p. xi.

Estado e essa dívida, sobrevivendo à queda do Império, foi herdada em toda a sua dimensão pelo Brasil republicano.¹⁹

A publicação de todas essas consultas interessando à diplomacia brasileira foi intermitente ao longo dos anos, e objeto de várias iniciativas. No início da República, em 1896, o chanceler Carlos de Carvalho encarregou o então cônsul em disponibilidade José Manoel Cardoso de Oliveira de elaborar um índice desses pareceres, trabalho ampliado em 1942 pelo secretário Sérgio Correia da Costa, então encarregado dos arquivos, que fez um levantamento completo, mas apenas publicando as ementas, sem transcrição dos pareceres. A íntegra dos textos começou a ser publicada apenas em 1978, por iniciativa conjunta do Itamaraty e da Câmara dos Deputados, mas apenas quatro volumes foram então publicados, os dois primeiros, relativos aos anos 1842-45 e 1846-48, e mais dois, os III e IV, em 1981, relativos aos anos de 1849-53 e 1854-57.

Depois disso, como ainda informa Álvaro da Costa Franco, a publicação foi interrompida. Mais de vinte anos depois, a Fundação Alexandre de Gusmão do Itamaraty, em especial seu Centro de História e Documentação Diplomática, com seus responsáveis e pesquisadores associados, decidiu reiniciar a série, onde ela tinha parado, elaborando as novas edições a partir do ano de 1858. Todos eles merecem os devidos encômios pela iniciativa tomada de divulgação desses materiais relevantes, por meio das publicações referidas, uma vez que, na ausência temporária de um consultor jurídico do ministério dos Negócios Estrangeiros nesse último terço do Império, não se poderia acompanhar, senão por essas consultas do Conselho de Estado o debate jurídico-político ocorrido em torno de algumas das principais questões tratadas pela chancelaria imperial no campo do direito internacional, ou da própria diplomacia prática.

5. A República, sob o Barão, retoma a tradição iniciada pelo Visconde, seu pai

Os Negócios Estrangeiros, nos últimos gabinetes do estressado Império, tinham se desempenhado sem qualquer consultor jurídico

19. Cf. Rezek, Francisco, “Sobre a edição das consultas da seção dos Negócios Estrangeiros do Conselho de Estado”, In: *O Conselho de Estado..., 1871-1874*, p. xiv-xv.

formalmente designado para o cargo. A jovem República, iniciada sob tremores políticos, continuados durante praticamente toda a sua primeira década, vai continuar sem consultor jurídico no renovado ministério das Relações Exteriores. O corpo diplomático e a própria Casa sofrem cortes de verbas, supressão de cargos no exterior, sem mencionar a humilhação moral, sob os golpes dos republicanos jacobinos que passam a tratar mal aqueles que eram considerados arautos do ancien régime e defensores da monarquia. Ecoavam na imprensa, naquele momento, as críticas que se faziam na Câmara de deputados aos “bacharéis presunçosos” da diplomacia: “O ser bacharel em direito, como quase toda gente o é hoje em dia, constitui presunção legal de saber: daí vem que, livres da obrigação dos exames, muita gente penetra na diplomacia, vazia de conhecimentos e abarrotada de presunção. Em regra, a diplomacia é procurada pelos indivíduos de alguma fortuna e infelizmente no Brasil os ricos não são os mais estudiosos”.²⁰

Não obstante, o Itamaraty – como passou a ser chamado numa fase ulterior, quando foi transferido para o casarão da rua Larga que tinha sido ocupado durante algum tempo pelo vice-presidente da República – nunca dispensou uma boa organização de seus papéis relativos às relações internacionais, tanto os pareceres de seus antigos consultores e as consultas do Conselho de Estado, quanto os tratados e acordos internacionais que obrigavam o Brasil, ou mesmo aqueles subscritos pela antiga potência colonial. A chancelaria brasileira herdou, certamente, muitas boas tradições da velha experiência lusitana em diplomacia, inclusive mapas, arquivos, livros e papéis diversos que acabaram ficando no Rio de Janeiro quando D. João VI retornou à metrópole em 1821. Esses materiais forneceram uma alavanca inicial para que os “founding fathers” passassem a defender os interesses do país, regionalmente e em face das grandes potências, apoiados em uma boa base documental. Mas, depois dos *Apontamentos para o Direito Internacional*, que Antonio Pereira Pinto tinha publicado entre 1864 e 1869,²¹ nenhuma outra

20. Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 2/09/1891, apud Bueno, Clodoaldo, *A República e sua Política Exterior, 1889-1902*. São Paulo: Editora da UNESP; Brasília: Funag, 1995, p. 56.

21. Ver Pereira Pinto, A. *Apontamentos para o direito internacional, ou, Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brazil com diferentes nações es-*

relação completa tinha sido feita a propósito dos atos internacionais, vigentes ou peremptos, que marcaram, historicamente, a trajetória “internacional” da nação brasileira, seja sob a dominação portuguesa ou já na era independente. Sem referências precisas, ou um domínio fundamentado nos precedentes históricos, mesmo os melhores diplomatas não conseguem ir muito longe.

O trabalho de compilação da imensa gama de tratados internacionais vinculados, de uma ou outra forma à história das relações internacionais do Brasil começou a ser feito pelo jovem cônsul do Império José Manoel Cardoso de Oliveira, colocado em disponibilidade por medidas de economia tomadas no início da República, quando ele penosamente começou a transcrever toda a coleção desses atos, desde Tordesilhas até a última década do século XIX. Em fevereiro de 1907, Cardoso de Oliveira, então com 42 anos, já diplomata, é promovido a Conselheiro da Legação em Londres, mas, chamado a serviço ao Rio de Janeiro em maio desse ano, ele viaja em julho para o Brasil, para não mais retornar à capital britânica. Os registros não revelam em que consistiu esse trabalho em comissão, mas o fato é que, nesse mesmo ano, redigiu, “por ordem do Ministro Rio-Branco”, uma *Noticia pormenorizada sobre a reunião e trabalhos do 3º Congresso Científico Latino-Americano*, realizado no Rio de Janeiro em agosto de 1905. É de se presumir que o chanceler Rio Branco, conhecedor de seu trabalho anterior, publicado no *Relatório* de 1895 do MRE, em torno das consultas do Conselho de Estado e dos pareceres dos Consultores jurídicos – em temas relevantes, nos quais tinha atuado intensamente seu pai, o Visconde – buscasse aproveitar-se de sua reconhecida capacidade como compilador e sistematizador dos diversos instrumentos jurídicos e dos atos internacionais das relações exteriores do Brasil.

trangeiras, acompanhada de uma noticia historica, e documentada sobre as convenções mais importantes. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C.^a Livreiros-Editores, 1864-1869. Ao longo dos anos, a coleção recebeu outros títulos, como: *Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brazil com diferentes nações estrangeiras acompanhada de uma noticia historica, e documentada sobre as convenções mais importantes.* O autor advertia na sua apresentação de 1864: “Em alguns tratados conservamos a lingua estrangeira em que forão primitivamente elaborados, por não acharmos uma tradução official delles, deixando-lhes, dessa forma toda a sua authenticidade; e bem assim em nenhum delles alteramos a orthographia, e maneira por que são escriptos”.

Esse trabalho culminou numa compilação vasta e grandiosa: a monumental coleção dos “tratados, convenções, accordos, ajustes e protocolos” que, sob a denominação de *Pactos Internacionais do Brasil*, Cardoso de Oliveira organizou por expressa orientação do chanceler Rio Branco, entre 1908 e 1911. Ao permanecer inédita essa coletânea extraordinária de mais de 6 mil páginas — cobrindo, aliás, apenas os atos internacionais contraídos depois de 1808 —, o sucessor do Barão, ministro Lauro Müller, decidiu, em 1912, ordenar a publicação de uma edição mais modesta. Cardoso de Oliveira procedeu então a uma revisão-abreviada de seu enorme trabalho de prospecção e garimpagem de todos os atos internacionais do Brasil desde a abertura dos portos — dos quais passou a transcrever apenas a ficha resumida e não mais o texto de cada um — retrocedendo, porém, sua minuciosa e cuidadosa pesquisa até as próprias origens do País, uma vez que ele dá a partida de sua coletânea pela *Bulla Intercætera*, de 1493.²²

Vem assim a público, ainda no próprio ano da morte do Barão, os *Actos Diplomáticos do Brasil*, que tinham permanecido sem reedição até os anos finais do século. Em 1997, a convite do Senador Lúcio Alcântara, o autor deste ensaio retomou o trabalho de Cardoso de Oliveira, atualizando a coleção dos atos multilaterais até aquele ano, discutindo a importância do trabalho daquele pioneiro.²³ Como registrei em minha introdução a essa reedição:

Parece evidente, antes de mais nada, que a obra constitui, ainda hoje [1997], instrumento bastante útil, enquanto referência documental, a várias categorias de pesquisadores ou aos simples leitores interessados no conhecimento dos instrumentos

22. Cardoso de Oliveira, José Manoel. *Actos Diplomáticos do Brasil: tratados do período colonial e varios documentos desde 1492*, coordenados e anotados por J. M. C. de O., Enviado Extraordinario e Ministro Plenipotenciario, socio correspondente do Instituto Historico e Geographico Brasileiro e do Instituto Geographico e Historico da Bahia. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1912; 2 volumes; Tomo I: 1493 a 1870; Tomo II: 1871 a 1912.

23. Ver Cardoso de Oliveira, José Manoel. *Actos Diplomáticos do Brasil: tratados do período colonial e varios documentos desde 1492*, Edição fac-similar; Brasília: Senado Federal, 1997; coleção “Memória Brasileira”. Introdução (Tomo I, pp. iii-xxxix) e Addendum (“Relação dos principais instrumentos multilaterais vinculando o Brasil a partir de 1912”, Tomo II, p. i-iv), por Paulo Roberto de Almeida.

que balizaram, entre o final do século XV e princípios do XX, as relações internacionais do Brasil: ao diplomata contemporâneo como ao historiador das fronteiras, ao jurista motivado pela “etymología” de algumas das obrigações internacionais do Brasil como ao geógrafo curioso da formação progressiva do território, ao “guardião”, responsável na chancelaria nacional, do registro, ratificação e manutenção dos atos diplomáticos do passado colonial ou monárquico como aos legisladores encarregados constitucionalmente de sua aprovação no Congresso, em suma, a consulta é esclarecedora tanto aos “garimpeiros” do passado como aos “planejadores” do futuro. A obra de Cardoso de Oliveira oferece, a todos esses leitores, uma visão verdadeiramente panorâmica, no sentido instrumental da palavra, do conjunto dos instrumentos constitutivos das relações internacionais do País, antes mesmo que o Estado brasileiro pudesse adquirir autonomia nacional e passasse a firmar, pelas mãos de seus próprios dirigentes e representantes diplomáticos, os atos e compromissos que deveriam moldar e pautar sua conduta no campo das relações exteriores e da política internacional.²⁴

Essa obra de Cardoso de Oliveira, publicada numa época em que o Ministério das Relações Exteriores, sob a gestão do Barão, voltava a dispor de um consultor jurídico, sintetiza, efetivamente, um “cartório” diplomático – num contexto relacional extremamente dinâmico de superposições e de anulações sucessivas – das políticas exteriores portuguesa e brasileira, nos seus mínimos atos e manifestações respectivas: figuram ali, além, é óbvio, das convenções de paz e dos tratados de amizade, comércio e navegação, cartas de escribas, notas de chancelaria, assim como, por exemplo, declarações unilaterais de dirigentes políticos. A leitura sequencial ou ao acaso desses atos permite ao pesquisador orientado confirmar – e ao observador minimamente desatento constatar – a extrema densidade política e a grande variedade geográfica das relações externas de duas nações, Portugal e Brasil, que

24. Cf. Almeida, Paulo Roberto de. “Um roteiro de quatro séculos das relações internacionais do Brasil”, in: Cardoso de Oliveira, José Manoel. *Actos Diplomáticos do Brasil*, edição de 1997, p. xiii.

foram, ao longo dos séculos, basicamente periféricas do ponto de vista da política internacional – a *Machtpolitik*, como gostava dizer Raymond Aron – e, afinal de contas, essencialmente marginais do ponto de vista da *Weltwirtschaft*, a economia mundial.

Ao colocar em perspectiva histórica, e segundo uma linearidade diacrônica, essas perspectiva “instrumental” das relações diplomáticas do Brasil – cuja própria política internacional ocupa, finalmente, apenas um terço do período, mas, de fato, oito décimos do volume de atos coberto por esta compilação – Cardoso de Oliveira realizou uma obra de grande valia em benefício de todos aqueles que necessitam “enquadrar” as relações exteriores do Brasil num sistema mais vasto, juridicamente reconhecido, de atos bilaterais, plurilaterais ou “multilaterais” (para empregar um conceito alheio à sua própria época) que conformaram o universo geográfico, econômico e político do relacionamento externo da Nação, inclusive na fase anterior à independência.

Seu trabalho de compilação também era indicativo de um certo “estado de espírito” de uma etapa específica da diplomacia brasileira – a “era do Barão” – que marcou a historiografia brasileira assim como a própria história e a geografia do País. Tratou-se de uma fase de brilhantes vitórias, por negociação direta ou arbitramento, todas apontadas para a consolidação do território e das fronteiras da Pátria, empreendimento realizado pelo próprio Barão – ajudado eventualmente por jovens diplomatas como Cardoso de Oliveira – com base numa recapitulação histórica meticulosa, fruto de anos de pesquisa ingente, de todos os tratados, acordos e atos bilaterais – alguns plurilaterais – que gradualmente presidiram à formação da nacionalidade brasileira. A obra do discípulo e colega Cardoso de Oliveira, ao levantar a miríade de atos demarcatórios de limites (e retificadores de Tordesilhas), de tratados de “aliança”, de convenções de “paz perpétua” e de acordos bilaterais de “amizade, comércio e navegação” contraídos pela diplomacia portuguesa ao longo dos séculos, ilustra amplamente a complexidade da obra do Barão, ao tecer argumento sobre argumento em torno da justeza das reivindicações lindeiras do território nacional.

A *rationale* do compêndio parece ser a das relações internacionais do Brasil no sentido lato, muito embora sua interpretação seja restrita. Não são incluídos, por exemplo, os inúmeros contratos de empréstimos

externos, pela simples e compreensível razão de que se tratava de atos contraídos com particulares – os famosos banqueiros ingleses da Casa Rothschild –, quando o critério de inclusividade retido por Cardoso de Oliveira é o das relações entre Estados soberanos. Os contratos passados com companhias de colonização, para facilitar a entrada e instalação no Brasil de imigrantes estrangeiros, ou aqueles estabelecendo concessões públicas para a exploração de determinados serviços gerais (iluminação urbana), de transportes ou de comunicações também ficam de fora do compêndio, o que reduz mais uma vez alguns outros aspectos essenciais das relações internacionais do País, aqui em sua vertente econômica, no século XIX. O Brasil da época de Cardoso de Oliveira ainda era um grande importador de braços, capitais e serviços especializados estrangeiros, mas isso quase não transparece, ou emerge de forma muito tênue, em seu compêndio.

Em todo caso, *Actos Diplomáticos do Brasil* constituiu uma primeira tentativa de repetir no Brasil os esforços que estavam sendo conduzidos, nessa época, por várias chancelarias de países mais avançados, no sentido de compilar em *Digests* ou *Repertoires* os principais atos diplomáticos que enquadravam juridicamente as relações exteriores desses países. Justamente, na categoria dos compêndios de atos internacionais do Brasil, caberia mencionar a existência de mais dois, feitos ainda com base em critérios relativamente simples, de simples transcrição linear; foram eles o do jurista Hildebrando Accioly, *Actos Internacionais Vigentes no Brasil*, do período de entre-guerras, e o de Rubens Ferreira de Mello, *Textos de Direito Internacional e de História Diplomática, de 1815 a 1949*, publicado no segundo pós-guerra.²⁵

Mais recentemente, destaca-se, já em 14ª. edição, o *Vade Mecum Internacional* organizado por Valerio de Oliveira Mazzuoli, que realiza uma compilação exaustiva dos textos mais importantes em direito internacional público e privado, contando ainda com um acompanhamento legislativo online e um índice cronológico geral dos textos. Como diz o organizador, a obra cumpre um dos objetivos da ONU,

25. Ver Hildebrando Pompeu Pinto Accioly, *Actos Internacionais Vigentes no Brasil: coligidos, resumidos e anotados*. 2ª ed.; Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 2 volumes, 1936-1937; Rubens Ferreira de Mello, *Textos de Direito Internacional e de História Diplomática, de 1815 a 1949*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1950.

qual seja, o de “incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação”.²⁶

Foi nesse contexto de retomada das tradições bem assentadas da diplomacia portuguesa, consolidada e aperfeiçoada pelas gerações de grandes estadistas do Império, inclusive seu próprio pai, que Paranhos Júnior recriou o cargo que Paranhos pai havia criado em 1859. A função não tinha sido prevista no decreto de 1890 que reorganizou o ministério e alterou o organograma da Secretaria de Estado das Relações Exteriores. O Barão, sempre atento à boa fundamentação documental da ação diplomática, tratou, logo de início, de organizar arquivos, mapoteca, biblioteca e todos os demais instrumentos úteis à tomada de decisão. O cargo foi então restabelecido em 1905, e seu primeiro designado, Carlos Augusto de Carvalho, ex-chanceler na década anterior (presidência Floriano Peixoto), não o exerceu senão por dois meses, tendo falecido aos 54 anos, em 5 de setembro desse ano.

Curiosamente, no entanto, o primeiro compêndio de pareceres dos consultores jurídicos da República, já registra um primeiro assinado por Carlos de Carvalho, com data de 3 de abril de 1903, e um segundo parecer, também assinado por ele, em 6 de junho de 1904.²⁷ Para compor a primeira edição dessa obra, o jurista Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, tomou como base inicial a relação detalhada efetuada em 1942 pelo secretário Sérgio Correia da Costa,²⁸ mas alertou que o primeiro volume era:

... uma coletânea, e não uma coleção completa dos Pareceres do período de 1903 a 1912. *A reprodução de alguns não foi considerada conveniente, por razões políticas* ou porque o parecer carece de interesse, quer por versar sobre problema meramente

26. Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). *Vade Método Internacional*. 14ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2016, p. vii.

27. Cf. Cachapuz de Medeiros (org.), *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty, volume I (1903-1912)*, op. cit., p. 3-7; ver a apresentação de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, elaborada em 1955, para a edição original: *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (tomo I: 1903-1912)*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, Seção de Publicações, 1956.

28. Costa, Sérgio Correia da. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1943.

administrativa, quer por se sucinta resposta a uma questão formulada [ênfase agregada: PRA].²⁹

Essa primeira coletânea, como lembra Geraldo Eulálio, é deveras importante, uma vez que durante os anos em que o Barão foi chanceler, o ministério só publicou um único *Relatório*, o de 1902-1903 (quase que por inércia, poder-se-ia dizer, uma vez que o Barão só toma posse no último mês de 1902), de forma que os pareceres podem cobrir algumas importantes lacunas em anos (1902-1912) nos quais o Itamaraty teve intensa atuação nas mais diversas áreas de interesse relevante para a interface externa do Brasil, mas durante os quais Rio Branco foi comedido ao extremo na publicidade de seus atos, ao simplesmente deixar de compor os relatórios anuais que, desde 1831, registravam meticulosamente a atividade internacional do Brasil.³⁰ Como ainda argumenta Geraldo Eulálio:

A coletânea dos *Pareceres* dos Consultores do Ministério das Relações Exteriores constitui, indiscutivelmente, um importante repositório do Direito Internacional Consuetudinário brasileiro. Mas, não obstante a importância da publicação em apreço, não devemos perder de vista que o valor dos Pareceres é relativo, pois *nem sempre correspondem à orientação seguida pelo Itamaraty*

29. Cf. Apresentação de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva à edição de 1956, in: Cachapuz de Medeiros: *Pareceres 1903-1912*, p. xi. Nota PRA: A supressão de pareceres jurídicos, por razões de ordem política, talvez válida em 1955, não se justificaria mais sessenta anos depois, o que justificaria, provavelmente, um novo trabalho de garimpagem nos arquivos de originais. Entretanto, em “Nota explicativa” ao seu *Repertório da prática brasileira do direito internacional público*, período 1889-1898, o professor Cançado Trindade argumenta que a exclusão dos documentos de natureza confidencial não afeta a validade dos volumes de pareceres publicados, “uma vez que a documentação confidencial, dele [Repertório] excluída, está bem mais voltada à *policy* do Estado do que a suas posições em matéria propriamente de Direito Internacional.” Cf. *Repertório*, período 1889-1898, edição 2012, p. 42.

30. Para paliar a inexistência de relatórios oficiais do ministério durante a gestão Rio Branco, entre 1903 e 1912, os pareceres dos consultores oferecem, contudo, uma aproximação muito relativa à atividade desses anos. Pode-se complementar a informação por meio da obra de Fernando Saboia de Medeiros, *Precedentes Diplomáticos, de 1889 a 1932*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional; Ministério das Relações Exteriores, 1940.

em determinada questão. Às vezes, a Chancelaria, por considerações políticas, julga conveniente seguir orientação distinta daquela sugerida pelo Consultor Jurídico [ênfase agregada: PRA].³¹

O sucessor de Carlos de Carvalho, e segundo Consultor Jurídico do Itamaraty na era republicana, foi Amaro Cavalcanti Soares de Brito, fundador e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, mas que permaneceu igualmente pouco tempo no cargo por ter sido nomeado para o Supremo Tribunal Federal em 11 de maio de 1906. Depois dos cinco pareceres assinados por Carlos de Carvalho (três dos quais como efetivo no cargo), esse primeiro volume, até esse último ano, comporta outros cinco de Amaro Cavalcanti, e nos dois períodos, os casos são eminentemente de direito internacional privado (nacionalidade, indenizações, reclamações de estrangeiros).

O terceiro, e provavelmente mais longo, consultor jurídico do Itamaraty foi o jurista Clóvis Beviláqua que, nomeado em 1906, permaneceu no cargo até 1934, quando foi aposentado compulsoriamente, por disposição constitucional, tendo sido sucedido pelo jurista Gilberto Amado. Beviláqua é talvez mais conhecido como autor, em 1916, do Código Civil brasileiro (que na verdade tinha sido iniciado por Epiácio Pessoa), do que como o consultor de uma das fases mais dramáticas das relações internacionais, a da Grande Guerra, que George Kennan considerava a maior catástrofe seminal do século XX, uma guerra europeia que logo se tornou global, e que criou as condições para uma conflagração mundial ainda mais terrível, como muitos temiam.

Em outubro de 1913, praticamente um ano antes do deslançar do mais terrível enfrentamento bélico até então conhecido, não mais uma guerra entre exércitos, mas uma confrontação entre sociedades inteiras, entre poderes econômicos, armados das mais formidáveis máquinas de

31. Idem, Apresentação de Nascimento e Silva à edição de 1956, in: Cachapuz de Medeiros: *Pareceres 1903-1912*, p. iv. Parece interessante, assim, como trabalho de pesquisa em história diplomática, ou mais especificamente na área da história do direito internacional brasileiro, verificar os casos nos quais a posição do Itamaraty, enquanto órgão político, discrepou das recomendações dos seus consultores, eventualmente compulsando as respectivas informações ao Presidente da República sobre os assuntos sensíveis da diplomacia brasileira (PRA).

matar, Clóvis Beviláqua alertava quanto à necessidade de se prevenir o mal extremo:

Tudo quanto se tentar, no sentido de encaminhar a humanidade para um estado de paz, em que melhor se possam desenvolver as suas energias e comunicar e realizar os seus fins éticos, deve merecer o apoio do Brasil, cuja população é de índole pacífica e ordeira, cuja Constituição veda as guerras de conquista e proclama a necessidade de arbitramento, deixando ver que as declarações de guerra são uma dura contingência possível somente, entre nós, quando irrealizável ou malgrado o recurso do arbitramento. Por isso mesmo, já um grande número de tratados de arbitramento celebramos com outras nações. Assim procedemos, em parte, por obedecer ao impulso pacifista que domina, atualmente, a consciência dos povos cultos e, em parte, para realizar uma das mais nobres prescrições de nossa Constituição.³²

Em fevereiro de 1915, já com a guerra em curso, ele equipara o terrível conflito a um retorno a uma condição de barbárie:

De tudo isso somente se conclui que a guerra atual destrói os preceitos jurídicos, que significavam uma grande conquista da civilização sobre a barbárie; que, no anseio de se destruírem, os povos que se pretendem cultos não se detêm na escolha dos meios. (idem, p. 6)

Pouco depois (março do mesmo ano), ante às pressões de França e Grã-Bretanha para que o Brasil e os demais países neutros cessassem suas relações comerciais com a Alemanha, Beviláqua volta a se posicionar resolutamente do lado do direito:

... naturalmente, os governos desses países [F e G-B] não estão dispostos a ouvir a voz da razão, quando ela tem por órgão um Estado da América do Sul, ainda novo, e sem o prestígio que dá

32. Cf. Apresentação de Zuleika Lintz à edição de 1961, in: Cachapuz de Medeiros: *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. II (1913-1934), p. 7.

a força que, nos tempos que correm, é somente o poder que tem voto. (...)

... deveríamos mostrar os danos que aos neutros causam essas medidas violentas, que o direito não sanciona, e, ainda, que fora do direito nenhuma sociedade se mantém, muito menos a sociedade internacional. (idem, p. 6)

Esse mesmo espírito pacifista e de total aderência e respeito pelo direito continua a marcar o seu pensamento, como novamente refletido em um parecer exarado em setembro de 1932 a propósito de uma proposta argentina de Tratado antibélico, provavelmente suscitado pelas ameaças latentes de novos conflitos entre Peru e Equador, e entre Paraguai e Bolívia em torno da região do Chaco, dois episódios que mobilizaram nossa diplomacia e até nossas Forças Armadas):

Todo o esforço empregado para evitar a guerra e manter a harmonia entre os povos deve considerar-se bem-vindo. A guerra é persistência da animalidade primitiva, que a civilização ainda não conseguiu erradicar... (...) A civilização moderna... está na obrigação de eliminar a possibilidade da guerra... (...) O domínio pleno do direito exclui a guerra. (idem, p. 10-11)

*6. Rui Barbosa, o arauto da soberania,
contra a prepotência e o militarismo*

A mesma postura de defesa da neutralidade, mas de defesa ainda mais enfática do direito caracterizou a atitude do grande jurista Rui Barbosa, não como Consultor do Itamaraty, mas como seu representante em diversas conferências internacionais. Rui não foi um diplomata profissional, mas ele poderia, tranquilamente, ser considerado o “pai intelectual” da moderna diplomacia brasileira, inclusive e principalmente no terreno no direito: ele legou à diplomacia brasileira um conjunto de posições que fazem parte do corpo jurídico nacional e que integram a tradição de política internacional do Brasil.

Rui Barbosa foi muito maior do que o registrado na literatura da política externa brasileira, mesmo sem ter deixado uma obra centrada nas relações internacionais. Sua obra de ativo “internacionalista”

está dispersa em centenas de artigos, pareceres, discursos, orações e preleções jurídicas, sobretudo nas declarações que fez, muitas vezes de improviso, na II Conferência da Paz da Haia (1907), cuja chefia lhe tinha sido atribuída pelo próprio Rio Branco, mesmo depois que os dois tinham se desentendido a propósito do Tratado de Petrópolis (1903), a propósito da compra, pelo Brasil, do território boliviano que veio a constituir o território do Acre.³³ Sua intenção de conquistar para o Brasil, com base na retórica e na força de sua argumentação, uma cadeira permanente na Corte Internacional de Justiça – então em discussão naquela segunda conferência da Haia – logo chocou-se com a proposta “oligárquica” que defendiam as grandes potências imperiais, inclusive os Estados Unidos.

Sem qualquer consideração diplomática, as grandes potências entre elas a Grã-Bretanha, Alemanha e mesmo os Estados Unidos, relegaram o Brasil a uma terceira categoria (a de membros não-permanentes), ainda inferior a pequenos países europeus.³⁴ Nessa conferência da Haia, que o embaixador Carlos Henrique Cardim, ex-Diretor do Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais da Fundação Alexandre de Gusmão, considera como sendo a “estreia do Brasil no mundo”, Rui defendeu, nas palavras de Rio Branco, a “dignidade da nação”, ou seja, a defesa intransigente da igualdade soberana das nações, entrando por isso em choque com as posições das nações mais poderosas.³⁵

33. Ver o ensaio de Rubens Ricupero, “Acre: o momento decisivo de Rio Branco”, in: Manoel Gomes Pereira (org.), *Barão do Rio Branco: 100 anos de memória*. Brasília: Funag, 2012, p. 119-161.

34. Sobre a interação entre Rio Branco e Rui Barbosa por ocasião da conferência da paz da Haia de 1907, ver Centro de História e Documentação Diplomática: *II Conferência da Paz, Haia, 1907: a correspondência telegráfica entre o Barão do Rio Branco e Rui Barbosa*. Brasília: Funag, 2014. Nessa conferência, Rui Barbosa fez uma “dobradinha” de alta qualidade com o Barão, que trocava frequentes impressões com ele, em telegramas cifrados, sobre os rumos dessa conferência e as posições que o Brasil deveria mais convenientemente adotar, em face do verdadeiro monopólio que as grandes potências exerciam sobre a agenda internacional. O livro comporta 240 páginas de telegramas entre os dois homens, desde 13 de março de 2007, ainda no Brasil, até 26 de dezembro, no Recife, a caminho do Rio, depois dos meses passados em Scheveningen, com trocas diárias de mensagens, informações e impressões de ambos sobre as posições dos demais participantes e sobre a que convinha ao país adotar.

35. Ver Carlos Henrique Cardim, *A Raiz das Coisas: Rui Barbosa, o Brasil no Mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. Nesta monografia Cardim sele-

O Barão, tentando de diversas maneiras salvar o prestígio e a honra do Brasil, sugeriu várias fórmulas alternativas (indicação de um juiz por cada país membro, para seleção ulterior em função dos casos; designação de representantes permanentes para cada um dos três maiores países sul-americanos, Argentina, Brasil e Chile, e um quarto, rotativo entre os demais; constituição de um tribunal com 21 membros, sendo 15 permanentes para os países com mais de dez milhões de habitantes), sem lograr contudo nenhum avanço. Rui Barbosa deixou sua marca no debate eminentemente político em torno de princípios do direito internacional, logrando convencer o Barão. Atendendo então à tese igualitária, desde o princípio defendida por Rui, Rio Branco assume uma posição de rejeição a compromissos que implicassem a existência de nações de terceira, quarta ou quinta ordem:

Agora que não mais podemos ocultar a nossa divergência [com as potências europeias e com os Estados Unidos], cumpre-nos tomar francamente a defesa do nosso direito e do das demais nações americanas. Estamos certos de que Vossência [Rui] o há de fazer..., atraindo para o nosso país a simpatia dos povos fracos e o respeito dos fortes.³⁶

Assim, a despeito de uma tentativa inicial do Barão do Rio Branco de tentar uma posição de colaboração e de entendimento com os Estados Unidos nessa conferência, Rubens Ricupero não deixa de registrar, em obra dedicada a Paranhos Jr., que o “choque com a posição americana tornou-se frontal e o Brasil assumiu a liderança dos países latino-americanos e de países menores europeus na luta pela igualdade”. Rio Branco teve de constatar os limites da política de cooperação, a primazia da diplomacia do poder e a própria “opção preferencial” dos norte-americanos pelas grandes potências europeias.

cionou os melhores expedientes “diplomáticos” de Rui e organizou um dossiê abrangente sobre a atividade e o pensamento de Rui em temas internacionais, comprovando assim que o defensor da igualdade soberana das nações merece ocupar um lugar de destaque nos anais da diplomacia brasileira.

36. Ver o ensaio de Rubens Ricupero, “Um personagem da República”, In: Pereira de Araújo, João Hermes (org. e legendas): *José Maria da Silva Paranhos, Barão do Rio Branco: Uma Biografia Fotográfica, 1845-1995*. Brasília: Funag, 1995.

Quase dez anos depois de ter defendido, em nome do Brasil, a igualdade soberana das nações na conferência da paz da Haia, Rui Barbosa, designado embaixador especial do Brasil nas comemorações do primeiro centenário da independência da Argentina, pronunciou, em 14 de julho de 1916, na Faculdade de Direito e Ciências Sociais, na qual recebeu o título de Doutor Honoris Causa, uma conferência sobre “Los Conceptos Modernos del Derecho Internacional”, na qual se referiu não apenas ao patrimônio jurídico e político do país platino, mas também aos problemas causados pela invasão da Bélgica pela Alemanha, em total desrespeito aos princípios da neutralidade. Naquela ocasião, a propósito deste último ato, Rui Barbosa, ao defender o princípio de que neutralidade não pode ser confundida com indiferença e impassibilidade, disse:

Entre os que destroem a lei e os que a observam não há neutralidade admissível. Neutralidade não quer dizer impassibilidade; quer dizer imparcialidade; e não há imparcialidade entre o direito e a injustiça. Quando entre ela e ele existem normas escritas, que os definem e diferenciam, pugnar pela observância dessas normas não é quebrar a neutralidade, é praticá-la. Desde que a violência calca aos pés, arrogantemente, o código escrito, cruzar os braços é servi-la. Os tribunais, a opinião pública, a consciência não são neutros entre a lei e o crime. Em presença da insurreição armada contra o direito positivo, a neutralidade não pode ser a abstenção, não pode ser a indiferença, não pode ser a insensibilidade, não pode ser o silêncio. (...) O direito não se impõe somente com o peso dos exércitos. Também se impõe, e melhor, com a pressão dos povos.³⁷

A conferência – que ficou mais conhecida como “O dever dos neutros” – foi publicada no mês seguinte nos *Anales* da Faculdade, mas largos extratos foram divulgados em jornais argentinos e brasileiros imediatamente após ter sido pronunciada. Seu impacto, tanto na Argentina

37. Cf. Barbosa, Rui, *Os Conceitos Modernos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Babosa, 1983, p. 54; estabelecimento do texto castelhano, tradução, notas, apêndices e introdução de Sérgio Pachá.

quanto no Brasil, foi imenso e os “conceitos modernos” enunciados por Rui também conheceram repercussão fora dos dois países, alcançando prestígio internacional, e passando, de certa forma, a integrar o patrimônio jurídico e doutrinário da diplomacia brasileira.

Oswaldo Aranha, que como jovem estudante de Direito tinha recebido Rui Barbosa no cais do porto do Rio de Janeiro, quando do seu retorno de Buenos Aires, retomou, já como chanceler, um quarto de século depois, os principais conceitos dessa conferência nas horas mais sombrias das hostilidades bélicas na Europa e que também passaram a engolfar o hemisfério americano depois do ataque japonês a Pearl Harbor e da declaração de guerra contra os Estados Unidos pela Alemanha nazista. Logo após a invasão da Bélgica, em longa carta a Getúlio Vargas (11/05/1940), Oswaldo Aranha ecoou alguns dos argumentos de Rui Barbosa, feitos naquela conferência em Buenos Aires, dizendo que **não** poderia haver impassibilidade entre o direito e a injustiça, e que não se poderia ser imparcial entre a lei e o crime.³⁸ Sua firme posição foi decisiva para que, ao contrário da vizinha Argentina, o Brasil adotasse uma postura compatível com a construção doutrinária ancorada na tradição de Rio Branco e de Rui Barbosa, plenamente identificada a seus interesses nacionais, nos contextos hemisférico e global, em face do desrespeito brutal ao direito internacional cometido pelas potências nazifascistas na Europa e fora dela. Muitos outros diplomatas, assim como juristas que desempenharam funções diplomáticas, entre eles San Tiago Dantas e Afonso Arinos, nunca deixaram de reconhecer, no século decorrido desde a famosa conferência de Rui Barbosa em Buenos Aires, a poderosa influência de seus argumentos para apoiar posições diplomáticas do país nos contextos regional e internacional.

7. Uma longa continuidade de consultores jurídicos na história do Itamaraty

Os dois volumes subsequentes da grande coleção editada pelo Professor e Consultor Jurídico do Itamaraty, Antônio Paulo Cachapuz de

38. Ver Pereira de Araújo, João Hermes: “Oswaldo Aranha e a diplomacia”. In: Camargo, Aspásia; Pereira de Araújo, João Hermes; Simonsen, Mário Henrique. *Oswaldo Aranha: a estrela da revolução*. São Paulo: Mandarim, 1996, p. 105-379.

Medeiros, publicada pelo Senado Federal, respectivamente III e IV, para os anos 1935-1945 e 1946-51, trazem uma imensa variedade de pareceres assinados por juristas conhecidos, como Gilberto Amado e Sebastião do Rego Barros, este durante todo o período da Segunda Guerra Mundial. A maior parte dos pareceres se refere a questões de direito internacional privado (nacionalidade, casamento, impostos, etc.), embora vários deles toquem em questões sensíveis de direito internacional público, a exemplo das imunidades diplomáticas em tempo de guerra, alguns inclusive de caráter reservado ou confidencial que deixaram de ser incluídos na seleção, como referido pela apresentadora Zuleika Lintz no volume relativo ao período da guerra.

Em 22 de janeiro de 1935, por exemplo, bem antes, portanto, da criação do Instituto Rio Branco, e do próprio DASP (1938), Gilberto Amado assinava um parecer sobre o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo inicial da carreira diplomática, até então com investidura no posto inicial de cônsul de terceira classe (o primeiro da carreira). Com a Constituição de 1934 dois sistemas passaram a vigorar: o concurso de provas (para o qual um decreto de Afrânio de Melo Franco, de 1931, já tinha estabelecido os parâmetros) e o de títulos (definido por cada área da administração pública, em função das suas necessidades específicas). Nessa última categoria, talvez aberta a interpretações subjetivas, Gilberto Amado recomendava que a Administração, ou seja, a Secretaria Geral do Itamaraty,

... deve reagir contra o nominalismo dos títulos oficiais obtidos na facilidade dos costumes didáticos contemporâneos. Diploma não é título; sê-lo-á o diploma acompanhado de outros elementos capazes de habilitar a administração na averiguação do mérito real do candidato.

Vossa Excelência [o ministro] poderá, com a utilização do concurso de títulos ao lado do concurso de provas, operar a seleção do pessoa do Itamaraty e concorrer para elevar o nível intelectual e moral da função pública nesta grande casa das tradições, da dignidade e do futuro do Brasil.³⁹

39. Cf. “Concurso de provas e títulos...”, in: Cachapuz de Medeiros (org.), *Pareceres dos Consultores Jurídicos*, vol. III (1935-1945), p. 11-12.

No total, Gilberto Amado proferiu 17 pareceres entre janeiro e outubro de 1935, a maior parte de direito internacional privado ou questões de cunho administrativo, sucedendo-se um período de um ano e meio durante o qual o Itamaraty permaneceu sem consultor, uma vez que o consultor seguinte, James Darcy só assina seu primeiro parecer em abril de 1937, sobre conflito jurídico de nacionalidade no âmbito de casamento entre dois estrangeiros num consulado brasileiro. O caso imediatamente seguinte é mais interessante no plano diplomático e econômico, pois se referia a uma demanda de arresto de bens e contas do estado de São Paulo em Nova York por inadimplemento em dívida contraída oficialmente, arguindo o consultor quanto à imunidade de jurisdição desse ente federado, uma simples “divisão política” interna ao Estado brasileiro, “podendo apenas aparecer, nas relações internacionais, através da soberania nacional” (p. 80-81 do vol. III).

O mesmo jurista, em maio daquele ano, se pronunciava sobre a Lei Orgânica do MRE, cujos servidores, segundo a lei n. 284, de 28/10/1936, compunham um quadro único dividido em três carreiras: a da Secretaria de Estado, a do Serviço Diplomático e a do Serviço Consular (elas seriam unificadas, pouco depois, pelo chanceler Oswaldo Aranha). Ao proferir parecer em 8/09/1938, já sob o império da nova Constituição, a do Estado Novo, James Darcy proclama os novos princípios políticos numa consideração sobre os direitos das empresas estrangeiras na exploração de recursos hídricos e fornecimento de energia elétrica ao abrigo do Código de Águas, promulgado no quadro da Constituição de 1934, mas tendo de reconhecer doravante a “subordinação necessária dos interesses dos indivíduos, grupos, empresas, consórcios, ao ritmo imposto pelas considerações do bem geral”, isto é ao Estado:

É imperiosa, irresistível, essa evolução da vida jurídica, concretizada nas leis que atendem à subordinação dos objetivos particulares à grande finalidade sociais.

O *laissez passer, laissez faire* não se coaduna com os perigos da hora presente.

A novos tempos, novas leis. (vol. III, p. 190).

Adensando-se os sinais de um futuro conflito bélico, com o comportamento agressivo dos fascismos militarizados – Alemanha hitlerista,

Itália mussoliniana, Japão expansionista – é realizada, em 1938, a VIII Conferência Internacional Americana, para a qual James Darcy prepara um parecer (19/09/1938) sobre um dos pontos da agenda, justamente sobre os princípios legais relativos ao reconhecimento da beligerância no qual ele reconhece a imensa complexidade do tema – bloqueio, busca e captura, respeito aos territórios e águas neutros, etc. – e usa argumentos de seu antecessor Clóvis Beviláqua para examinar princípios e regras da guerra no direito público internacional. Depois de relembrar que o Brasil já era parte da Convenção relativa ao rompimento de hostilidades, aprovada na conferência da Haia de 1907, na qual se previa a notificação da beligerância às “potências neutras”, Darcy termina recomenda, para o caso de guerra internacional, a adoção dos princípios formulados no Projeto de Código de Direito Internacional Público de Epiácio Pessoa (vol. III, p. 218).

Deslançada a guerra europeia em setembro de 1939, que logo converte-se em guerra mundial, Darcy elabora, em 12 daquele mês um parecer fazendo o exame dos direitos e deveres de neutros e beligerantes, visando à preservação da soberania integral das nações no hemisfério ocidental (p. 257-261), tendo em vista a declaração de neutralidade que o Brasil havia formulado logo no dia 2 de setembro (decreto-lei 1.561). Um dos problemas logo levantados foi o da chamada “lista negra” – decreto de interdição de comércio com o inimigo pelo Reino Unido – e os problemas que ela colocava para um país neutro como o Brasil, objeto de um longo parecer em 6/10/1939. A partir de janeiro de 1940 até o final de 1945, Sebastião do Rego Barros assume a Consultoria Jurídica, ali firmando dezenas de pareceres que se estendem por mais de 330 páginas desse volume III: previsivelmente, boa parte desses textos se referem à situação de guerra e os seus muitos efeitos na vida dos países, inclusive em relação aos tratados (20/03/1945, p. 599-601).

Rego Barros ainda se exerce como Consultor durante todo o ano de 1946, mas de janeiro de 1947 até o final de 1951, os pareceres passam sob a responsabilidade de Levi Carneiro, todos eles reunidos em 600 páginas do volume IV, nos quais ainda dominam inúmeros problemas do pós-guerra. Um dos primeiros pareceres, assinado ainda por Rego Barros trata do caso de dois diplomatas que tinham sido admitidos por concurso de títulos, no final de 1944, mas que foram obrigados, em vista da criação do Instituto Rio Branco em 1945 e por se encontrarem

ainda em estágio probatório, a concluir o curso de preparação à carreira diplomática, na qual foram inscritos *ex-officio*. O último parecer desse volume, assinado por Levi Carneiro em 5/12/1951, já tratava da criação de uma Corte Criminal Internacional: uma comissão de 15 países reuniu-se em Genebra, em agosto desse ano, sendo o Brasil representado por Gilberto Amado, antigo Consultor do Itamaraty em meados dos anos 1930, depois membro da Comissão de Direito Internacional. Amado dedicou-se, segundo ele, a fazer prevalecer o “bom senso”, eliminando, por exemplo, a competência da proposta corte para julgar “criminosos internacionais” (p. 590).

A década de 1950 pertence inteiramente, por assim dizer, ao eminente jurista Hildebrando Accioly, autor de um alentado *Tratado de Direito Internacional Público* que serviu a diversas gerações de diplomatas, e candidatos a tal, e não só no Brasil. Accioly, que ingressou na carreira diplomática em 1916, assinou, com o também diplomata e historiador Heitor Lyra, textos introdutórios aos *Arquivos Diplomáticos da Independência*, publicados por ocasião do primeiro centenário da autonomia nacional (pela Imprensa Nacional, em seis volumes, entre 1922 e 1925), novamente publicados pelo Itamaraty em 1972, quando do sesquicentenário da independência. Tendo chegado a embaixador em 1938, exerceu diversos cargos no Itamaraty, entre eles Secretário-Geral, Ministro de Estado interino e dirigiu o Instituto Rio Branco nos seus primeiros dois anos de existência.

O sumário desse volume V, de 1951 a 1960, se estende por não menos de sete páginas, cobrindo temas tão variados quanto o projeto de declaração sobre direitos e deveres dos Estados, reservas a tratados internacionais (1952), projeto de Convenção da ONU sobre nacionalidade (1953), fundamentos jurídicos da extradição, projeto da Comissão de Direito Internacional sobre processo arbitral, convenção internacional sobre um estatuto para os apátridas, Corte Interamericana para a proteção de direitos humanos (1954), problemas jurídicos da aplicação do Tratado Interamericano de 1947 de Assistência Recíproca (TIAR), projeto de convenção sobre execução de sentenças arbitrais internacionais (1955), asilo diplomático, acordo de assistência militar Brasil-Estados Unidos (1956), disposições da Constituição sobre atos internacionais, refugiados políticos de países vizinhos, projeto de acordo com a Bolívia sobre exploração de petróleo (1957), problemas do espaço exterior, protocolos de emenda ao Gatt (1958), projetos

da Comissão de Direito Internacional sobre relações e imunidades diplomáticas (1959), acordo de comércio e pagamentos com a União Soviética e inviolabilidade do domínio reservado dos Estados (1960).

Os anos 1961-71, por sua vez, estão identificados totalmente com o professor Haroldo Valladão, professor catedrático de Direito Internacional Privado da antiga Universidade do Brasil (UFRJ) e que tinha como divisa, estampada em todos os seus escritos, a frase em latim: *nulla dies sine linea nec schola* (nenhum dia sem escrever ou lecionar), o que parece representar um magnífico programa de vida. Antes de se tornar consultor do Itamaraty, já tinha sido Consultor Geral da República (1947-50) e professor no Instituto Rio Branco. Segundo o organizador da coleção, professor Cachapuz de Medeiros, muitos dos pareceres deste volume VI são inéditos, “representando, portanto, valioso material de pesquisa para os estudiosos do Direito Internacional”. No momento em que a apresentação foi escrita, em 2001, justamente se comemorava o centésimo aniversário de nascimento de Haroldo Valladão.

Vários dos pareceres servem precisamente a essa finalidade, como adesão de países ao Gatt, estabelecimento tácito de relações diplomáticas (1961), pesca da lagosta por barcos franceses (1962), recursos naturais da plataforma continental, entre eles a lagosta (1963), acordo de comércio e pagamentos com a Polônia (1964), mar territorial e direito de pesca, modificações constitucionais de interesse do Itamaraty (1966), Convenção da ONU sobre Direito dos Tratados (1968), projeto da convenção interamericana de direitos humanos (1969), embora se deva estar atento à advertência feita anteriormente por Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, no sentido de que nem sempre os argumentos e propostas formulados pelo consultor são seguidos pela Casa na implementação efetiva de uma dada política.

O organizador da série republicana, Professor Cachapuz de Medeiros, chama a atenção dos leitores do volume VII, período 1972-1984, ou seja, mais de uma década, para o fato de que os pareceres ali selecionados e reproduzidos “não seguem uma ordem precisamente cronológica” (p. 11), explicando então:

Ocorre que houve certos períodos em que o Ministério das Relações Exteriores chegou a ter dois Consultores Jurídicos (cha-

mados de 1º. Consultor e de 2º. Consultor), em virtude do excesso de atribuições confiadas à área de controle da legalidade dos atos da Chancelaria brasileira.

De fato, desde 1963 até 1985, conviveram e se sucederam na Consultoria do Itamaraty grandes nomes da cultura jurídica do Itamaraty, como o próprio Haroldo Valladão (cujos pareceres foram alinhados no volume VI), mas também Amílcar Falcão, Augusto de Rezende Rocha e Miguel Franchini-Netto. O próprio organizador destaca, em seu prefácio, os grandes temas tratados por todos esses consultores, em 560 páginas de importantes contribuições ao bom encaminhamento de questões relevantes da agenda diplomática do Brasil, tais como: aspectos jurídico-internacionais da demarcação do Salto de Sete Quedas e da delimitação dos rios internacionais (que depois desembocariam na solução diplomática aplicada ao caso de Itaipu, com o Paraguai), por Amílcar Falcão; a questão da inviolabilidade das sedes de missões diplomáticas estrangeiras; os primórdios da relativização da imunidade jurisdicional dos Estados; a inviabilidade de acordos internacionais secretos; a crise entre a Argentina e o Reino Unido em torno das ilhas Malvinas, por Miguel Franchini-Netto; a prévia autorização legislativa para a participação das Forças Armadas em operações militares no exterior; asilo diplomático.

O primeiro Consultor na redemocratização foi o professor Antônio Augusto Cançado Trindade, já autor, a despeito de relativamente jovem, de vasta obra no campo do direito internacional. Segundo Cachapuz de Medeiros, que prefacia o vol. VIII (1985-1990):

Foi um dos mais dinâmicos, produtivos e eficientes consultores com que o Itamaraty contou.

Seu legado à “Casa de Rio Branco” constitui uma coleção de mais de duzentos circunstanciados pareceres.” (p. 11)

Sua atividade coincidiu também com o processo de reconstitucionalização do Brasil, por meio do Congresso constituinte de 1987-88, o que determinou que ele fosse ouvido nas comissões que se ocuparam dos princípios que regem as relações internacionais do país e o processo de celebração de tratados. Continua ainda o ex-Consultor Cachapuz de Medeiros:

Valiosa foi igualmente a contribuição do Professor Cançado Trindade na fundamentação jurídica para a adesão do Brasil aos tratados gerais de proteção aos direitos humanos, notadamente os dois Pactos de Direitos humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (p. 11-12)

De 22 de maio de 1985 a 12 de março de 1990, Cançado Trindade assinou alentados pareceres, praticamente todos recheados de notas de rodapé, milhares delas, referenciando obras relevantes de cada uma das áreas examinadas especificamente, o que praticamente nunca tinha sido visto nos textos dos antigos consultores, que se contentavam em citar, no corpo do texto, um ou outro tratadista mais conhecido. Em outros termos, Cançado Trindade elevou a arte da consultoria jurídica à condição de *scholarly work*, de trabalho científico no pleno conceito da expressão, representando assim, uma acumulação inédita de citações eruditas nos trabalhos da chancelaria brasileira, sem esquecer suas reflexões de alto conteúdo intelectual, que honram não só a inteligência da Consultoria Jurídica como também ajudaram a construir, ou a reforçar, a própria credibilidade e reconhecida excelência do Itamaraty.

Esse aparato remissivo não compila apenas a doutrina ou a teoria jurídica nos campos tocados pelo bisturi analítico extremamente sofisticado de Cançado Trindade, ou densos estudos de ciência do direito, mas referencia igualmente, e precisamente, documentos pertinentes das instituições multilaterais e muitos materiais da própria chancelaria brasileira, o que converte cada parecer seu num instrumento de trabalho (para os diplomatas) e de pesquisa (para os acadêmicos) utilíssimo para quem aprecia, ou para quem necessita, valer-se desse manancial de conhecimento prático para instruir obrigações funcionais ou outros deveres intelectuais. Sem qualquer objetivo encomiástico, mas ao contrário, apenas como reconhecimento objetivo, a gestão de Cançado Trindade à frente da Consultoria Jurídica do Itamaraty foi excepcional em todas as dimensões e sentidos desse termo. Sua colaboração se completa, mas não termina, pela utilíssima compilação da prática brasileira do direito internacional público, objeto de vários volumes do seu *Repertório*, analisado mais abaixo.

O mais recente volume publicado nesta série, o IX (1990-2000), já sob a responsabilidade da Funag (em 2009), e não mais pelo Senado

Federal, integra uma pequena seleção (em apenas 270 páginas) de pareceres de três grandes consultores: Vicente Marotta Rangel, eminente professor da Faculdade de Direito da USP, depois juiz do Tribunal Internacional sobre Direito do Mar (Hamburgo), João Grandino Rodas, também oriundo da São Francisco, posteriormente Diretor da Faculdade e Reitor da USP, e finalmente, o próprio organizador da coleção, Professor Cachapuz de Medeiros, que se desempenhou no Itamaraty desde 1998 até 2015, sucedendo a Marotta no Tribunal de Hamburgo. Em razão da mudança de vinculação da Consultoria Jurídica do Itamaraty, convertida em órgão setorial da Advocacia-Geral da União, embora ainda subordinada ao Ministro de Estado das Relações Exteriores, novas funções foram agregadas às competências tradicionais do serviço, ampliando suas responsabilidades de controle dos atos da Administração do Itamaraty. Em consequência, a Consultoria passou a emitir mais de um milhar de pareceres por ano.

O que se oferece neste volume relativamente menor, em comparação aos anteriores, é uma pequena seleção dos trabalhos desses três consultores, entre eles pareceres sobre o tratado de criação do Mercosul (Marotta) e seu respectivo sistema de solução de controvérsias (Cachapuz). Esse mesmo consultor se pronunciou ainda sobre a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sobre a personalidade jurídica da projetada Organização do Tratado de Cooperação Amazônica, entre muitos outros assuntos que lhe foram levados por diversas áreas do Itamaraty.

No conjunto, os nove volumes editados até 2016, comportando uma amostra representativa dos trabalhos de consultoria jurídica sob o regime republicano, agregados aos outros cinco volumes cobrindo o período monárquico (pareceres dos próprios consultores do Itamaraty e da seção dos Estrangeiros do Conselho de Estado), oferecem uma ampla visão do importante trabalho conduzido por especialistas em direito internacional (público e privado), assim como constitucional (e muito frequentemente, sobretudo no período recente, em direito administrativo), no apoio técnico ao trabalho propriamente diplomático da chancelaria brasileira. Além desses aspectos subsidiários, pode-se dizer que os juristas a serviço da diplomacia brasileira construíram boa parte das doutrinas e das posições nacionais em matéria de política exterior, colaborando assim, de modo significativo, para

o reforço da credibilidade, seriedade e da reputação de excelência que caracterizam, desde muito tempo, o serviço exterior brasileiro. Confirma-se, assim, a existência de um direito internacional não só no Brasil, mas também do Brasil.

8. *O Repertório da prática brasileira do direito internacional público: obra única*

Finalmente, uma resenha bibliográfica como a que aqui se apresenta em torno das publicações da Funag em matéria de direito internacional não estaria completa sem uma menção substantiva à principal contribuição de um dos maiores internacionalistas jurídicos do Brasil e do mundo, o Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. A própria existência da Funag, enquanto maior editora brasileira de livros de relações internacionais – e a maior provedora, a título gratuito, de materiais de estudo para candidatos à carreira diplomática, e de pesquisa para estudantes e professores da área – tem como marca inaugural, entre 1984 e 1987, a publicação dos cinco volumes do *Repertório*, republicados em nova e revista edição em 2012⁴⁰, por ocasião dos 40 anos da Funag e centenário da morte do Barão do Rio Branco. O Barão foi devidamente e competentemente homenageado, pela Funag, com a republicação de suas obras completas⁴¹ e por uma obra coletiva feita a partir do seminário em sua homenagem⁴²). A importância substantiva do *Repertório* de Cançado Trindade para o estudo e a pesquisa em torno da tradição jurídica da diplomacia brasileira merece, tanto quanto as obras do Barão, uma avaliação pormenorizada de seu conteúdo, no que ele pode esclarecer quanto à evolução da prática brasileira nessa construção coletiva que é o direito internacional no e do Brasil, no contexto regional e internacional.

40. Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*; vol. I: período 1889-1898; vol. II: período 1899-1918; vol. III: período 1919-1940; vol. IV: período 1941-1960; vol. V: período 1961-1981; Índice Geral Analítico. 2ª. ed.: Brasília: Funag, 2012.

41. Gomes Pereira, Manoel (ed.). *Coleção Barão do Rio Branco*. Brasília: Funag, 2012, 9 vols.

42. Ver Gomes Pereira, Manoel (org.). *Barão do Rio Branco: 100 anos de memória*. Brasília: Funag, 2012.

A América Latina sempre exibiu, sabidamente, boa tradição em matéria de Direito Internacional Público, podendo-se fazer referência ao princípio do *uti possidetis*, à cláusula Calvo, à doutrina Drago (aliás bastante adequadas a um problema recorrente dos países latino-americanos, o da dívida externa), ao instituto do asilo diplomático ou a outros conceitos na mesma vertente. A diplomacia brasileira, por sua vez, adquiriu, a partir de suas raízes lusitanas, uma prática negociadora relativamente precoce (como evidenciado no trabalho de Alexandre de Gusmão), experiência diplomática alicerçada em sólida e igualmente longa tradição jurídico-legal, o que tornou sua política externa respeitada internacionalmente e merecedora da confiança dos demais membros do sistema interestatal contemporâneo.

A codificação da tradição internacionalista latino-americana deveria, assim, representar um subsídio indispensável ao processo de elaboração do Direito Internacional Público, ramo do direito em constante evolução e transformação. Em que pese, porém, a existência de bons manuais de Direito Internacional Público elaborados no contexto latino-americano e dedicados à evolução doutrinária e jurisprudencial do chamado *jus gentium*, a comunidade pesquisadora ou praticante se ressentia até o início dos anos 1980 da falta de uma sistematização da prática dos Estados no campo das relações diplomáticas e do Direito Internacional Público. Essa lacuna, pelo menos no que concerne o Brasil, foi preenchida desde essa época, pelo extraordinário trabalho de compilação efetuado pelo eminente internacionalista Cançado Trindade, então professor de Direito Internacional Público da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco e primeiro consultor jurídico do Itamaraty na redemocratização.⁴³

Cabe apenas lamentar, que passados todos estes anos, o Brasil continue a ser o único país latino-americano a contar com uma ferramenta desse tipo para os estudos especializados e a consulta da memória jurídica da prática dos Estados em matéria de direito internacional público.

43. Ver Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*, de 1889-1981, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, em 6 volumes, de 1984 a 1988; a sequência exata do ano de publicação de cada um dos volumes foi esta: período 1961-1981: 1984; período 1941-1960: 1984; período 1919-1940: 1984; período 1899-1918: 1986; Índice Geral Analítico: 1987; período 1889-1898: 1988.

Já autor de vasta produção especializada no campo do Direito Internacional Público, incluindo, além de numerosos artigos e monografias publicados nos principais periódicos do mundo, muitos livros publicados em várias línguas, o Professor Cançado Trindade realizou, com o *Repertório*, um esforço altamente meritório e rigorosamente inédito não apenas nos anais do direito internacional brasileiro, como na história jurídica da América Latina.

Com efeito, apesar da existência de Relatórios de Chancelarias, bem como de Coleções de Atos Internacionais publicados por diversos governos do continente, não havia, até aquele momento, um Repertório, organizado de forma lógica e sistemática, da prática diplomática corrente de algum Estado latino-americano. O Brasil junta-se, assim, aos poucos países do hemisfério norte que coletam em seus *Digests* ou *Repertoires* anuais os elementos mais significativos de suas práticas nacionais respectivas em matéria de Direito Internacional Público e de relações diplomáticas.

A importância do trabalho do Professor Cançado Trindade para o Brasil e para as demais nações do continente é tanto maior que a divulgação sistemática e selecionada da prática diplomática brasileira contribui para projetar num âmbito mais amplo os interesses econômicos, políticos e diplomáticos propriamente nacionais ou regionais, sobretudo aquelas posições de princípio ligadas à lenta elaboração de uma nova ordem econômica internacional, com o reforço progressivo dos países emergentes.

Mas, em que consiste exatamente o *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*, este “ciclópico trabalho” – segundo a feliz caracterização empregada pelo Embaixador João Hermes Pereira de Araújo –, que cobre o conjunto das relações internacionais do Brasil entre 1889 e 1981? A estrutura dos cinco volumes substantivos é basicamente idêntica, com pequenas variações em função do período tratado, consistindo de nove partes articuladas em torno das seguintes rubricas:

- 1) Fundamentos do direito internacional, destacando-se, nos princípios que regem as relações amistosas entre os Estados, a “soberania permanente sobre recursos naturais”, de introdução mais recente;
- 2) Atos internacionais, cobrindo a ampla processualística dos tratados entre Estados e organizações;

- 3) Condição dos Estados, envolvendo reconhecimento, jurisdição, imunidades, responsabilidade internacional e sucessão de Estados;
- 4) Regulamentação dos espaços, territorial, marítimo, aéreo e espacial;
- 5) Organizações internacionais;
- 6) Condição dos indivíduos, compreendendo direitos humanos e direito de asilo;
- 7) Solução pacífica de controvérsias e desarmamento, inclusive, para o período recente, um capítulo para a questão do terrorismo;
- 8) Conflitos armados e neutralidade;
- 9) miscelânea, abrigando, entre outros temas, cláusula da nação-mais-favorecida e multinacionais e segurança econômica coletiva.

Em cada um desses grandes blocos de problemas do direito internacional público abriga-se um manancial extraordinário de informações e documentos de referência sobre a prática brasileira nos períodos delineados. De certa forma, é a própria história da política externa brasileira que é contada nessas páginas retiradas de memoranda, de telegramas de instruções, de discursos em conferências e de trechos dos relatórios anuais do Itamaraty.

A periodização adotada por Cançado Trindade para repartir cronologicamente os 92 anos dessa edição da prática brasileira do direito internacional público, se parece atender mais a critérios de conveniência do que propriamente razões de ordem metodológica ou historiográfica, tem pelo menos o inegável mérito de sublinhar a notável continuidade e constância de posições demonstradas pela prática diplomática do Brasil, a despeito mesmo de rupturas na ordem política e constitucional em alguns momentos fortes (1930, 1937, 1964) do itinerário republicano nacional.

Poder-se-ia talvez sugerir, num volume ulterior de interpretação e de comentários sobre a prática diplomática ali repertoriada, uma análise diacrônica comparativa sobre as posições adotadas pelo Brasil em face de desafios similares em momentos diversos de nossa história. Os materiais ali coletados também fornecem abundante matéria-prima não só aos historiadores diplomáticos e aos estudiosos das relações internacionais do Brasil, como também aos juristas interessados num embasamento histórico-jurisprudencial dos princípios sempre sustentados pelo Brasil em cortes internacionais e em organismos multilaterais.

Estabelecida a divisão temática, vejamos com que tipo de “matéria-prima” trabalhou Cançado Trindade na monumental compilação que infelizmente ainda carece de atualização e complementação cronológica. O simples enunciado dos diversos tipos de fontes documentais dá uma ideia da grandiosidade do esforço empreendido pelo brilhante internacionalista: a maior parte dos textos selecionados é proveniente de material impresso oficial do Itamaraty, consistindo de relatórios anuais encaminhados à Presidência da República, pareceres jurídicos dos Consultores do Itamaraty, correspondência e expedientes de serviço (notas trocadas com outras Chancelarias, declarações de beligerância, documentos internos ostensivos, memoranda não publicados etc.), discursos e pronunciamentos do Ministro das Relações Exteriores, intervenções de delegados brasileiros em conferências especializadas ou em sessões de organizações internacionais e demais declarações oficiais do Governo brasileiro sobre temas de relações internacionais, incluindo-se declarações conjuntas de natureza bilateral. Figuram ainda, neste vasto e completo repertório, discursos pronunciados por parlamentares nos plenários do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bem como exposições e debates realizados em suas respectivas Comissões de Relações Exteriores por ocasião do comparecimento do Chanceler brasileiro.

Imagine-se as dificuldades do trabalho engajado por Cançado Trindade: não bastasse o critério de escolha e seleção da documentação disponível – tarefa por si só angustiante para o *honnête homme* e quase um tormento para o *scholar* consciencioso, que trabalha sobre uma verdadeira mina de preciosidades documentais – deve-se levar em conta a verdadeira multiplicidade de vias para o acesso às fontes e o caráter frequentemente confidencial dos documentos compulsados. Ainda que a maior parte da documentação reunida estivesse sob forma impressa, o distanciamento em relação a nossa época a torna quase que inédita, entregue que estava, nas últimas décadas, a um outro tipo de “crítica roedora”.

Como bem disse o Embaixador Jose Sette Câmara, Cançado Trindade “conseguiu condensar uma imensa área de informação que estava dispersa e perdida na poeira dos arquivos do Itamaraty”. Mesmo que nosso reconhecimento de pesquisadores não se esgote neste aspecto específico do garimpo documental, somos todos gratos a Cançado

Trindade por esse longo convívio com “traças literárias” de diversas épocas, dispensando-nos de igual frequência. No caso do volume relativo aos anos 1899-1918, que cobre, *inter alia*, a gestão do Barão do Rio Branco, alguns documentos são efetivamente inéditos, pois que entre 1903 e 1911, como se sabe, o Barão não cuidou de preparar e publicar os tradicionais relatórios anuais do MRE.

No que se refere à substância mesma do material selecionado, os documentos escolhidos são altamente significativos e esclarecedores da posição oficial brasileira sobre os grandes temas do direito internacional público, permitindo igualmente ao historiador uma visão evolutiva da política externa brasileira em diversas questões cruciais do relacionamento internacional.

A título de exemplo, comparecem nos diversos volumes problemas tão diversos como o “discurso do delegado Salvador de Mendonça ao término dos trabalhos da I Conferência Internacional Americana” (período 1889-1898), quando, incidentalmente, essa reunião inaugural do sistema pan-americano tinha sido iniciada em Washington quando o Brasil ainda era uma monarquia; um “excerto do Relatório do Itamaraty sobre o Reconhecimento pelo Brasil do Governo Provisório da Rússia, em 9 de Abril de 1917” (1899-1918); o “discurso do representante do Brasil, Mello Franco, de 10 de junho de 1926, sobre a retirada do Brasil da Liga das Nações” (1919-1940); o telegrama enviado por Giraud e de Gaulle a Getúlio Vargas a propósito do “Reconhecimento pelo Brasil do Comitê Francês de Libertação Nacional, em 1943” (1941-1960); ou a “Nota de Denúncia do Acordo de Assistência Militar Brasil-Estados Unidos, de 11 de março de 1977” (1961-1981), começo de um período de deterioração nas relações bilaterais.

Como se não bastasse tal riqueza documental, Cançado Trindade ainda nos brinda, em cada um dos respectivos capítulos introdutivos aos volumes editados, com excelentes análises descritivas e críticas sobre o estudo das práticas nacionais de Direito Internacional Público e o papel dos repertórios sistemáticos no processo de codificação progressiva nesse campo, que dão testemunho, por elas mesmas, da excepcional erudição, saber jurídico e *aggiornamento* bibliográfico do (então) jovem Consultor Jurídico do Itamaraty. Esses textos, que mereceriam uma eventual unificação metodológica e publicação independente, são, nominalmente (pela ordem cronológica de sua redação), os seguintes:

“Os repertórios nacionais do Direito Internacional e a sistematização da prática dos Estados” (1961-1981);
“A expansão da prática do Direito Internacional” (1941-1960);
“A emergência da prática do Direito Internacional” (1919-1940);
“Necessidade, sentido e método do estudo da prática dos Estados em matéria de Direito Internacional” (1899-1918) e
“A sistematização da prática dos Estados e a reconstrução do *jus gentium*” (1889-1898).

Todos esses textos introdutórios, extremamente ricos em sua própria densidade metodológica e de contextualização, justificariam uma resenha crítica, que não caberia contudo nos limites deste trabalho de apresentação. Eles constituem, ademais, um registro atualizado e sintético da experiência de outros países em matéria de repertórios de prática diplomática, permitindo uma visão global da diversidade metodológica e conceitual ainda vigente nos registros nacionais de Direito Internacional Público.

Os volumes substantivos, cobrindo o longo período de 1899 a 1981, são complementados por um Índice geral analítico, absolutamente indispensável ao pesquisador sistemático, aquele interessado, por exemplo, numa perspectiva comparada, no longo prazo, das posições adotadas pelo Brasil em relação ao instituto da arbitragem. Atendendo parcialmente a recomendação do Professor Alexandre Charles Kiss, autor do *Repertoire* francês, no sentido de que seja providenciada uma edição em francês e em inglês do Index e do sumário dos livros editados, esse volume compreende também um índice cumulativo em inglês e em francês. Ele também traz a relação de todos os ministros de Estado das relações exteriores, dos secretários-gerais e dos consultores jurídicos do Itamaraty (a partir de 1899). Como ressaltado na nota introdutória e explicativa a esse Índice, os critérios de escolha e de classificação das entradas (em ordem alfabética e comportando subitens) buscaram seguir, tanto quanto possível, uma padronização uniforme para facilitar a pesquisa.

Seria dispensável, por tão óbvia, fazer sugestão para que a Funag inscreva no seu programa de trabalho a atualização periódica do *Repertório* iniciado pelo Professor Cançado Trindade. Os volumes, sobretudo a edição revista e atualizada nos textos de expediente, publicada em

2012, já constam da Biblioteca Digital da Fundação (ver: <http://funag.gov.br/loja/>), como por sinal já fazem, por exemplo, para seus materiais o Departamento de Estado em relação ao *US Foreign Relations Series* ou os National Archives para inúmeros textos de referência histórica.

9. O que a diplomacia brasileira deve aos seus juristas e atuais editores?

As posições doutrinárias e práticas da diplomacia brasileira foram sendo elaboradas progressivamente ao longo de mais de um século de construção do Estado nacional, de consolidação de sua diplomacia profissional e da lenta acumulação de valores e princípios que passaram a guiar sua política externa e sua diplomacia, sobretudo a partir do regime republicano. Desde meados do século XIX, a formulação desses princípios e valores contou com a inteligência e a ação de grandes homens públicos, diplomatas, juristas, tribunos e intelectuais de diversas orientações políticas, mas concordantes no essencial: a preservação da soberania nacional, o respeito ao direito internacional, a solução de controvérsias internacionais por meios pacíficos, a não intervenção nos assuntos internos de outros Estados, a defesa intransigente do caráter nacional, sobretudo apartidário da política externa (como alertou Rio Branco, logo ao início de sua gestão), a assunção de responsabilidades internacionais quanto a conflitos interestatais que possam ter repercussões globais (como no caso dos dois conflitos mundiais) e diversos outros elementos que podem ser identificados numa releitura desse processo de construção de valores e princípios, tal como evidenciado ao longo deste ensaio de revisão bibliográfica das principais obras de direito internacional publicadas pela Funag.

Mas estas não são as únicas obras que esclarecem sobre os princípios, valores e fundamentos jurídicos e políticos da atuação diplomática brasileira nos planos regional e internacional. O Brasil, precisamente, fez parte do seletivo grupo de países que desempenhou um papel ativo no nascimento das principais organizações multilaterais criadas ao longo do último século, podendo assim, a justo título, argumentar que sua postura internacional está solidamente ancorada em fundamentos doutrinários próprios, tal como elaborados por várias gerações de juristas consultores e de diplomatas dotados de formação jurídica, cuja

produção mais relevante foi justamente objeto deste ensaio de revisão bibliográfica. Outras obras podem entrar nessa categoria de exposição linear e sistemática da prática brasileira em direito internacional, a começar no âmbito da organização que está no centro da ordem multilateral contemporânea, as Nações Unidas.

Em 1995, a Funag publicava a primeira edição da obra, *A Palavra do Brasil nas Nações Unidas: 1946-1995*, com introdução e comentários do embaixador Luiz Felipe de Seixas Corrêa.⁴⁴ Para cada um dos anos, ele situa o contexto internacional em curso e as motivações da diplomacia brasileira no seu engajamento na ONU desde a origem. Com efeito, embora com modestos resultados – em razão de sua reduzida capacidade de ação internacional –, em São Francisco o Brasil participou intensamente do processo de delicadas negociações políticas que conduziram à instituição da ONU, sucessora da malfadada Liga das Nações. Meia centena de países estiveram presentes à criação da ONU, apesar de que seu desenho básico tenha sido acertado reservadamente pelas lideranças políticas de apenas três dentre eles, os Estados Unidos de Roosevelt, o Reino Unido de Churchill e a União Soviética de Stalin, aos quais mais tarde vieram juntar-se, como membros permanentes do Conselho de Segurança, a França de De Gaulle e a China de Chiang Kai-shek.

Uma das preocupações do Brasil – manifestada de forma recorrente desde então – foi a de, efetivamente, buscar diminuir, no próprio ato de criação da ONU, o grau de arbítrio acordado às grandes potências sobre a condução dos negócios internacionais: em São Francisco o delegado brasileiro se posicionou contra o direito de veto acordado aos cinco membros permanentes, muito embora o País procurasse, ambigualmente, inserir-se – assim como em 1926 e atualmente – no *inner sanctum* do poder mundial. Em todo caso, o Brasil, que a partir de 1949 passou a inaugurar o período anual de sessões da Assembleia Geral, sempre reafirmou o primado do direito sobre a força, o da ética universalista sobre o egoísmo do interesse estreitamente nacional. Outra preocupação básica, inspiradora da diplomacia econômica multilateral

44. A primeira edição tem estas referências: Ministério das Relações Exteriores: *A Palavra do Brasil nas Nações Unidas: 1946-1995*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1995.

do Brasil, é com o desenvolvimento econômico e social dos países menos avançados, mediante o reforço do papel do Conselho Econômico e Social e a intensificação da cooperação internacional nessa área. Na área econômica, precisamente, ganha realce a participação do Brasil no sistema multilateral de comércio, objeto de uma compilação excelente de todos os momentos relevantes dessa presença por parte do historiador especializado nessa área, Rogério de Souza Farias.⁴⁵

De forma geral, o discurso brasileiro mantém, ao longo de todos esses anos, suas constantes onusianas: reforma da Carta, recusa de um mundo gerido pelas grandes potências, desarmamento universal, cooperação para o desenvolvimento, preeminência do direito internacional e, cada vez mais, promoção dos direitos humanos e da democracia. A compilação editada originalmente pela Fundação Alexandre de Gusmão em 1995, e republicada em terceira edição em 2011, constitui, assim, um retrato fiel, mesmo se parcial, da atuação diplomática multilateral brasileira das origens à atualidade, oferecendo uma síntese condensada do discurso e da prática da política externa brasileira ao longo do período. Como argumentado em sua apresentação, a obra passa “a constituir uma fonte autorizada de referência histórica e doutrinária. (...) Ênfases, avaliações, intuições e sensibilidades da política externa brasileira revelam-se com particular acuidade nos discursos da Assembleia Geral”.⁴⁶ A ONU sempre foi o grande cenário para o exercício das melhores virtudes e qualidades da diplomacia política multilateral do Brasil, assim como o GATT e a UNCTAD o foram no campo da diplomacia econômica.

A outra obra de referência foi organizada pelo próprio diretor da Fundação Alexandre de Gusmão, entre 2012 e 2014, embaixador José Vicente Pimentel, seguindo uma proposta de trabalho formulada por este ensaísta no sentido de se examinar, criticamente, o pensamento brasileiro em política internacional, desde a independência até o início do período autoritário. O resultado foi a obra em três volumes *Pensamento diplomático brasileiro: formuladores e agentes da política*

45. Ver Farias, Rogério de Souza, *A palavra do Brasil no sistema multilateral de comércio (1946-1994)*. Brasília: Funag, 2013.

46. Cf. Seixas Corrêa, Luiz Felipe de (org.). *O Brasil nas Nações Unidas, 1946-2011*. 3ª. ed.; revista e ampliada; Brasília: Funag, 2012.

externa (1750-1964),⁴⁷ que reconstitui, sinteticamente, a vida e a obra de grandes personagens (atores e pensadores) da diplomacia brasileira – aliás luso-brasileira, pois que tem início por Alexandre de Gusmão – e sintetiza as principais contribuições de cada um para a formação de um corpo doutrinal que guia, de forma direta ou indireta, as iniciativas e ações dessa diplomacia. A primeira pergunta formulada por este ensaísta em seu capítulo introdutório, de caráter metodológico, foi justamente a de saber se haveria um pensamento diplomático brasileiro. A resposta deve ser matizada em função das circunstâncias específicas que cercaram o processo de construção dos valores e princípios que fundamentam, de modo claro, a política externa brasileira ao longo dos últimos dois séculos (com alguns intervalos circunstanciais).

Se a diplomacia brasileira possui, de fato, um pensamento, quais seriam, historicamente, as ideias que sustentam as suas ações? Sendo bastante sintético, podem ser alinhados as seguintes: uma adesão inquestionável ao direito internacional, o não recurso à força para a resolução de disputas entre Estados, o respeito a não-ingerência e à não intervenção nos assuntos internos de outros países, a observância dos direitos humanos e de um conjunto de valores próprios ao nosso patrimônio civilizatório, são os elementos constitutivos da ação diplomática brasileira, ainda que não se possa dizer que eles sejam exclusivamente ou essencialmente brasileiros, na forma ou mesmo no conteúdo.

Não obstante, ao longo de sua história, o Brasil teve de apelar para todos os recursos do direito internacional, para as suas capacidades próprias e, algumas vezes, até para a força das suas armas, para fazer valer a sua integridade territorial, sua soberania nacional, a honra e a defesa da pátria, quando ameaçadas por algum contendor regional ou extra-atlântico. Para tanto apoiou-se naquelas ideias, naquele conjunto de valores e princípios, eventualmente adaptados às suas necessidades específicas e às circunstâncias que comandaram cada tomada de decisão em relação ao desafio em causa. Os desafios estiveram geralmente ligados à definição dos limites do “corpo da pátria” – sempre pelas negociações, desde a independência –, ao equilíbrio de poderes e à

47. Ver Pimentel, José Vicente (org.). *Pensamento diplomático brasileiro: formuladores e agentes da política externa (1750-1964)*. Brasília: Funag, 2013, 3 vols.; também disponível nas edições em espanhol e em inglês.

liberdade de acesso nas fronteiras platinas, às relações com as grandes potências europeias e, depois, com o grande poder hemisférico, à abertura de mercados para os seus produtos e o acesso às fontes de financiamento para seu desenvolvimento, à participação, em bases equitativas, nas grandes definições relativas à ordem mundial, sua manutenção e funcionamento em bases adequadas à cooperação multilateral.

As ideias e as ações foram as de seus líderes políticos, seus dirigentes estatais, seu corpo de profissionais da diplomacia, seus intelectuais e os membros da elite, de forma geral. Essas ideias e essas ações não existem, portanto, em abstrato, mas sim conectadas a pessoas que a elas aderem e que as fazem movimentar-se, em função de seu próprio substrato intelectual, de seu envolvimento com os assuntos públicos, de sua iniciativa e mobilização numa causa que ultrapassa a dimensão específica das vidas privadas e das atividades profissionais: as pessoas passam a encarnar os interesses do Estado. Os juristas a serviço do Itamaraty foram justamente alguns desses pensadores e agentes de uma diplomacia reconhecidamente competente e absolutamente sintonizada com a agenda internacional e preparada para enfrentar os desafios nela colocados.

Alguns desses desafios, e algumas das respostas a eles, inclusive, talvez, prospectivamente foram, estão sendo e continuarão a ser expostos, discutidos e analisados nas muitas obras de direito internacional, e de outras áreas das ciências sociais e das humanidades, publicadas pela Fundação Alexandre de Gusmão, a maior editora brasileira no campo das relações internacionais. Esta é uma das suas missões; a outra, por meio do seu Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, é a de se antecipar a esses desafios, investigando, preventivamente, os principais fatores em ação nos cenários regional e internacional, e oferecer subsídios para a reflexão e a atuação dos diplomatas profissionais e dos agentes de Estado que assumem responsabilidades no campo da política externa da nação.

Referências bibliográficas citadas no ensaio:

Accioly, Hildebrando Pompeu Pinto. *Actos Internacionais Vigentes no Brasil: coligidos, resumidos e anotados*. 2ª ed.; Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 2 vols., 1936-1937.

Almeida, Paulo Roberto de, *Formação da diplomacia econômica no Brasil: as relações econômicas internacionais no Império*. 3ª ed.; Brasília: Funag, 2017, 2 volumes; disponível: Volume I, 516 p.; ISBN: 978-85-7631-668-8 (link: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=907) e Volume II, 464 p.; ISBN: 978-85-7631-669-5 (link: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=908).

——— “Um roteiro de quatro séculos das relações internacionais do Brasil”, In: Cardoso de Oliveira. *Actos Diplomáticos do Brasil*, edição de 1997, op. cit. (disponível: https://www.academia.edu/5547304/03_Jos%C3%A9_Manoel_Cardoso_de_Oliveira_Actos_Diplomaticos_do_Brasil_tratados_do_periodo_colonial_e_varios_documentos_desde_1492_1997_).

Assis, Machado de. “*Obra Completa*”. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

Barbosa, Rui, *Os Conceitos Modernos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Babosa, 1983.

Brasil, Secretaria de Estado dos Negócios do Império e Estrangeiros. *O Conselho de Estado e a política externa do Império: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros, 1858-1862*. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Funag, 2005 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=718&search=conselho+de+estado+e+politica).

——— *O Conselho de Estado e a política externa do Império: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros, 1863-1867*. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Funag, 2007 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=671&search=conselho+de+estado+e+politica).

——— *O Conselho de Estado e a política externa do Império: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros, 1868-1870*. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Funag, 2008 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=350&search=conselho+de+estado+e+politica).

——— *O Conselho de Estado e a política externa do Império: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros, 1871-1874*. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Funag, 2009 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=158&search=conselho+de+estado+e+politica).

- *O Conselho de Estado e a política externa do Império: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros, 1875-1889*. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Funag, 2009 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=261&search=conselho+de+estado+e+politica).
- Bueno, Clodoaldo, *A República e sua Política Exterior, 1889-1902*. São Paulo: Editora da UNESP; Brasília: Funag, 1995.
- Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. I (1903-1912). Edição Fac-similar [à edição de 1956 do MRE]; Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000.
- *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. II (1913-1934). Edição Fac-similar [à edição de 1962 do MRE]; Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000.
- *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. III (1935-1945). Edição Fac-similar [à edição de 1961 da Imprensa Nacional]; Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000.
- *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. IV (1946-1951). Edição Fac-similar [à edição de 1967 do MRE]; Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000.
- *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. V (1951-1960) [Pareceres de Hildebrando Accioly]. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.
- *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. VI (1961-1971) [Pareceres de Haroldo Valladão]. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.
- *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. VII (1972-1984) [Pareceres de Amílcar de Araújo Falcão, de Augusto de Rezende Rocha e de Miguel Franchini-Netto]. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=312&search=pareceres).
- *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. VIII (1985-1990) [Pareceres de Antônio Augusto Cançado Trindade]. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=313&search=pareceres).

- *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty, vol. IX (1990-2000)* [Pareceres de Vicente Marotta Rangel, de João Grandino Rodas e de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros]. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=229&search=pareceres).
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*; vol. I: período 1889-1898; vol. II: período 1899-1918; vol. III: período 1919-1940; vol. IV: período 1941-1960; vol. V: período 1961-1981; Índice Geral Analítico. 2ª ed.: Brasília: Funag, 2012, 6 vols. (disponíveis: <http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/search&search=Repert%C3%B3rio%20da%20Pr%C3%A1tica%20Brasileira%20do%20Direito%20Internacional%20P%C3%BAblico>).
- *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* [entre 1889 e 1981] e Índice Geral Analítico, 1ª ed.; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 6 vols., publicados entre 1984 e 1988.
- “A sistematização da prática dos Estados e a reconstrução do Jus Gentium”, Introdução ao período 1889-1898, na edição de 1988, in: *Repertório*, edição de 2012, p. 21-39; seguida de “Nota explicativa”, p. 41-42 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=219&search=repertorio+da+pratica).
- “Necessidade, sentido e método do estudo da prática dos Estados em matéria de Direito Internacional”, Introdução ao período 1899-1918, na edição de 1986, in: *Repertório*, edição de 2012, p. 21-36; seguida de “Nota explicativa”, p. 37-39 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=214&search=repertorio+da+pratica).
- “A emergência da prática do Direito Internacional”, Introdução ao período 1919-1940, na edição de 1984, in: *Repertório*, edição de 2012, p. 21-37; seguida de “Nota explicativa”, p. 39-40 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=212&search=repertorio+da+pratica).
- “A expansão da prática do Direito Internacional”, Introdução ao período 1941-1960, na edição de 1984, in: *Repertório*, edição de 2012, p. 21-27; seguida de “Nota explicativa”, p. 29-30

(disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=211&search=repertorio+da+pratica).

——— “Os Repertórios nacionais do Direito Internacional e a sistematização da prática dos Estados”, Introdução ao período 1961-1981, na edição de 1983, in: *Repertório*, edição de 2012, p. 23-58; seguida de “Nota explicativa”, p. 59-60 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=209&search=repertorio+da+pratica).

——— “Nota introdutória e explicativa”, Introdução ao Índice Geral Analítico, na edição de 1986, in: *Repertório*, edição de 2012, p. 13-16 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=220&search=repertorio+da+pratica).

Cardim, Carlos Henrique. *A Raiz das Coisas: Rui Barbosa, o Brasil no Mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

Cardoso de Oliveira, José Manoel. *Actos Diplomáticos do Brasil: tratados do período colonial e varios documentos desde 1492*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1912; 2 volumes; Tomo I: 1493 a 1870; Tomo II: 1871 a 1912.

——— *Actos Diplomáticos do Brasil: tratados do período colonial e varios documentos desde 1492*, Edição fac-similar; Brasília: Senado Federal, 1997, 2 vols.

Castro, Flavio Mendes de Oliveira. *História da Organização do Ministério das Relações Exteriores*. Brasília: Editora da UnB, 1983.

——— ; Castro, Francisco Mendes de Oliveira. *Itamaraty: dois séculos de história, 1808-2008*; vol. 1 (disponível: http://funag.gov.br/loja/download/606-Itamaraty_Dois_Seculos_de_Historia_Vol_1.pdf); vol. 2 (disponível: http://funag.gov.br/loja/download/561-1808-2008_-_Itamaraty_Dois_Seculos_de_Historia_Vol_2.pdf). Brasília: Funag, 2009.

Centro de História e Documentação Diplomática: *II Conferência da Paz, Haia, 1907: a correspondência telegráfica entre o Barão do Rio Branco e Rui Barbosa*. Brasília: Funag, 2014 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=560&search=Jos%C3%A9+Maria+da+Silva+Paranhos).

Costa, Sérgio Correia da. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1943.

- Farias, Rogério de Souza, *A palavra do Brasil no sistema multilateral de comércio (1946-1994)*. Brasília: Funag, 2013 (disponível: http://funag.gov.br/loja/download/1095-Palavra_do_Brasil_No_Sistema_Multilateral_de_Comercio.pdf).
- Franco, Álvaro da Costa, “Pareceres dos consultores do Ministério dos Negócios Estrangeiros (1859-1864)”, In: *Pareceres dos Consultores do Ministério dos Negócios Estrangeiros (1859-1864)* [José Antonio Pimenta Bueno; José Maria da Silva Paranhos; Sérgio Teixeira de Macedo]. Rio de Janeiro: CHDD; Brasília: Funag, 2006, p. 11-13 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=311&search=pareceres).
- (org.). *Com a palavra, o Visconde do Rio Branco: A política exterior no Parlamento imperial (1855-1875)*. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Funag, 2005 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=484&search=Jos%C3%A9+Maria+da+Silva+Paranhos).
- Gomes Pereira, Manoel (ed.). *Coleção Barão do Rio Branco*. Brasília: Funag, 2012, 9 vols. (disponíveis: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=259&search=Manoel+Gomes+Pereira).
- (org.). *Barão do Rio Branco: 100 anos de memória*. Brasília: Funag, 2012 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=457&search=Jos%C3%A9+Maria+da+Silva+Paranhos).
- Mazzuoli, Valerio de Oliveira (org.). *Vade Método Internacional*. 14ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2016.
- Medeiros, Fernando Saboia de. *Precedentes Diplomáticos, de 1889 a 1932*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional; Ministério das Relações Exteriores, 1940.
- Mello, Fernando Figueira de. “O Visconde do Rio Branco: entre a biografia estabelecida e a reconstrução da biografia”, in: Franco, Álvaro (org.). *Com a palavra, o Visconde do Rio Branco*, op. cit., p. 11-22 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=484&search=Jos%C3%A9+Maria+da+Silva+Paranhos).
- Mello, Rubens Ferreira de. *Textos de Direito Internacional e de História Diplomática de 1815 a 1949*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1950.

- Ministério das Relações Exteriores: *A Palavra do Brasil nas Nações Unidas: 1946-1995*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1995 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=494&search=A+Palavra+do+Brasil+nas+Na%C3%A7%C3%B5es+Unidas).
- Pereira de Araújo, João Hermes: “Oswaldo Aranha e a diplomacia”. In: Camargo, Aspásia; Pereira de Araújo, João Hermes; Simonsen, Mário Henrique. *Oswaldo Aranha: a estrela da revolução*. São Paulo: Mandarim, 1996, p. 105-379.
- (org. e legendas): *José Maria da Silva Paranhos, Barão do Rio Branco: Uma Biografia Fotográfica, 1845-1995*. Brasília: Funag, 1995.
- Pereira Pinto, A. *Apontamentos para o direito internacional, ou, Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brazil com diferentes nações estrangeiras, acompanhada de uma noticia historica, e documentada sobre as convenções mais importantes*. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C.^a Livreiros-Editores, 1864-1869.
- Pimentel, José Vicente (org.). *Pensamento diplomático brasileiro: formuladores e agentes da política externa (1750-1964)*. Brasília: Funag, 2013, 3 vols. (disponíveis: <http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/search&search=Pensamento%20diplom%C3%A1tico%20brasileiro>).
- Ramos, R. Antonio. *La independencia del Paraguay y el Imperio del Brasil*. Brasília: Funag, 2016 (disponível: <http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/search&search=La%20independencia%20del%20Paraguay%20>).
- Rezek, Francisco, “Sobre a edição das consultas da seção dos Negócios Estrangeiros do Conselho de Estado”, In: *O Conselho de Estado..., 1871-1874*, op. cit. p. xiii-xv (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=158&search=conselho+de+estado+e+politica).
- Ricupero, Rubens. “Acre: o momento decisivo de Rio Branco”, In: Pereira, Manoel Gomes (org.), *Barão do Rio Branco: 100 anos de memória*. Brasília: Funag, 2012, p. 119-161 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=457&search=Manoel+Gomes+Pereira).
- “Um personagem da República”, In: Pereira de Araújo, João Hermes (organização, iconografia e legendas): *José Maria da Silva*

Paranhos, Barão do Rio Branco: Uma Biografia Fotográfica, 1845-1995. Brasília: Funag, 1995, p. 23-129.

Seixas Corrêa, Luiz Felipe de (org.). *O Brasil nas Nações Unidas, 1946-2011*. 3ª. ed.; revista e ampliada; Brasília: Funag, 2012 (disponível: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=124&search=O+Brasil+nas+Na%C3%A7%C3%B5es+Unidas).

Torres, Miguel Gustavo de Paiva. *O Visconde do Uruguai e sua atuação diplomática para a consolidação da política externa do Império*. Brasília: Funag, 2011 (disponível: <http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/search&search=O%20Visconde%20do%20Uruguai%20e%20sua%20atua%C3%A7%C3%A3o%20diplom%C3%A1tica%20>).



CAPÍTULO XLVIII

THE PARIS AGREEMENT ON CLIMATE CHANGE

Jorge E. Viñuales¹

1. Introduction

Less is more, at least sometimes. The 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change ('UNFCCC')² resulted – against all odds – in the adoption of a 'Paris Agreement', which has been subsequently ratified by a sufficient number of States with the requisite emission levels and will enter into force in early November 2016.³ The Paris Agreement is not perfect, but is more than many of those who have followed the climate negotiations over the years realistically expected.

My purpose here is not to provide a comprehensive analysis of this instrument. That will come in time, once the Ad Hoc Working Group on the Paris Agreement ('APA'), the meeting of the Parties to the Agreement ('CMA'), but also a number of other Party and 'non-Party stakeholders'⁴ have provided further details as to both the modalities of the different mechanisms introduced by the Agreement and the variety of nationally determined contributions and other actions pledged in connection with mitigation and adaptation. However, the

1. Harold Samuel Professor of Law and Environmental Policy, University of Cambridge, and Director of the Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance (C-EENRG). Director-General of the Latin-American Society of International Law. This is a revised version of my working paper 'The Paris Climate Agreement: An Initial Examination' (C-EENRG working paper series, also shared through the SSRN and EJIL Talk platforms). An extended study of the Paris Agreement relying on this prior work is forthcoming with the *German Yearbook of International Law*.

2. United Nations Framework Convention on Climate Change, 9 May 1992, 31 ILM 849.

3. 'Adoption of the Paris Agreement', Draft Decision 1/CP.21, 12 December 2015, FCCC/CP/2015/L.9 ('Decision'), para 2-3. The Paris Agreement is appended as Annex to the Decision. On the ratification status of the Paris Agreement see : http://unfccc.int/paris_agreement/items/9485.php

4. See Decision, para 134-137.

Paris Agreement is by many standards a landmark instrument, the importance of which makes it a suitable topic for this special issue of the *Boletim*, celebrating a hundred years of international legal scholarship in Brazil.

After recalling briefly the process that led to the adoption of the Paris Agreement (2), I will discuss the three main components of its legal architecture (3) and, finally, offer some prospective observations by way of conclusion (4).

2. *The Road to Paris*

It was very courageous for France to take on the organisation of COP-21 after the diplomatic failure of COP-15 in Copenhagen.

Over the years, and particularly after the 1997 Kyoto Protocol⁵ turned the UNFCCC distinction between Annex I and non-Annex I countries into what some have called a ‘Chinese wall’, the main challenge facing the climate change regime has been to bring back major developing countries (China, India, Brazil, South Africa, Indonesia, Korea, Mexico and others⁶) under some form of emission reduction commitments comparable to those applicable to developed countries. Indeed, such non-Annex I countries have no quantified emission-reduction obligations under the Kyoto Protocol and that, in turn, rendered politically difficult for developed countries, and particularly the United States, to enter the bargain. The result was that the commitments under the Kyoto Protocol covered, in 2012, not more than 24% of global annual emissions,⁷ whereas the main emitters, including China and the

5. Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 11 December 1997, 2303 UNTS 148, compare Articles 3 and Annex B (for Annex I countries) with Article 10 (for non-Annex I countries).

6. For an estimation of the emissions of each of these (and other) countries, see: www.globalcarbonatlas.org. By way of illustration, in 2014, among the top 20 emitting countries, the following non-Annex I countries were included: China (1st), India (3rd), Indonesia (7th), Iran (8th), Saudi Arabia (9th), South Korea (10th), Brazil (12th), South Africa (13th), and Mexico (14th).

7. This figure excludes the emissions of the United States, which never ratified the Protocol, and of Canada, which left the Protocol in 2011. See I. Shishlov, R. Morel, V. Bellassen, ‘Compliance of the Parties to the Kyoto Protocol in the first commitment period’ (2016) *Climate Policy*, doi : 10.1080/14693062.2016.1164658.

United States, which account together for some 40% of global annual emissions, were not bound by any clear commitments.

A first attempt to address this issue was made in 2007 at the Bali COP, which launched a negotiation process that was expected to lead to the adoption of a new instrument in Copenhagen, at COP-15 (2009). This process, entrusted to an *Ad Hoc* Working Group on Long-term Cooperative Action ('AWG-LCA')⁸ was unsuccessful in its end result and came to an end shortly after the 2011 Durban COP, when the negotiation mandate that led to the new Paris Agreement was launched. However, several steps made under the AWG-LCA, including the unloved Copenhagen Accord⁹ and the subsequent Cancun Agreements,¹⁰ were very influential in shaping the Paris Agreement.

All in all, an observer joining the conversation today would mainly need to know that in December 2011, the COP-17 held in Durban adopted the 'Durban Platform for Enhanced Action' ('ADP')¹¹ which aimed to conclude a 'protocol, another legal instrument or an agreed outcome with legal force' 'applicable to all' by 2015 at the Paris COP-21. And the ADP came to a successful term, as discussed next.

3. The Legal Architecture of the Paris Agreement

The Paris Agreement has three main components and each of them is a composite array of provisions in the Agreement itself and external related materials that must be understood, technically, as the context of the Agreement in the meaning of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties ('VCLT').¹² Figure 1 summarises the three components graphically:

8. 'Bali Plan of Action', Decision 1/CP.13, 14 March 2008, doc. FCCC/CP/2007/6/Add.1.

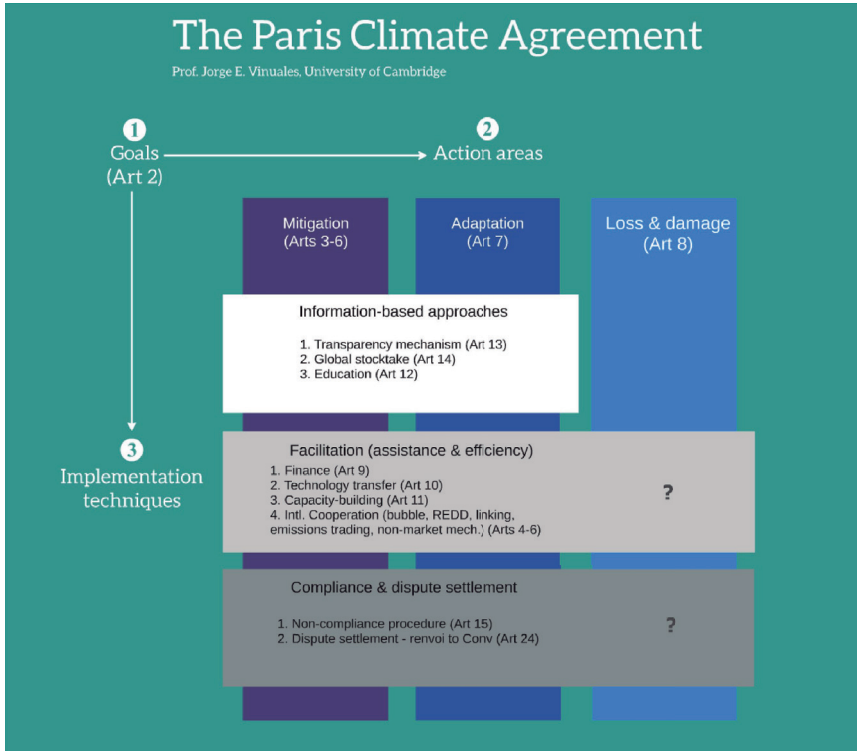
9. 'Copenhagen Accord', Decision 2/CP.15, 30 March 2010, Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1 (taking note of it).

10. 'The Cancun Agreements: Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention', Decision 1/CP.16, 15 March 2011, doc. FCCC/CP/2010/7/Add.1.

11. 'Establishment of an Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action', Decision 1/CP.17, 15 March 2012, doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1, 2.

12. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331.

Figure 1



Before analysing these components, it must be noted that there is much that cannot be captured in a schematic presentation of the Paris Agreement. From the very preamble of the Agreement, one finds in a condensed manner carefully crafted expressions of the main tensions underpinning the entire text, between developed and developing countries, between more vulnerable countries and the rest, between countries that expect to suffer from measures that ‘respond’ to climate change and the rest, between climate change action and human and collective rights, particularly as regards the fight against poverty (as a paramount objective) and the need for a smooth transition of the work force, between intervention in and conservation of nature, and between science and equity. Some elements of these underpinning tensions will feature in the following analysis, but they deserve far more detailed treatment.

3.1. Goals of the Paris Agreement

Article 2 of the Paris Agreement sets three goals within the broader objective of Article 2 of the UNFCCC.

Most of the attention tended to focus on the figures and, more specifically, on whether limiting the increase in global average temperature to 2 °C is insufficient for some countries and, more specifically, whether a target of a 1.5 °C increase would be more appropriate. Behind this discussion lies a tension between equity and effectiveness. From an equity perspective it seems clear that 1.5 °C would be preferable, but such a target would have complex signalling effects because, scientifically, it looks extremely difficult to achieve¹³ and, perhaps unrealistic. Selecting it as the only target could have placed the entire Agreement under a different – mostly aspirational – light rather than as a truly regulatory instrument. If the Agreement was meant to send a clear signal to producers and consumers as to the need to shift from a fossil-fuel based economy to a decarbonised one, both targets had to feature. That was the solution eventually reached, with Article 2(1)(a) stating that the objective is to hold the increase ‘well below 2 °C [...] and to pursue efforts to limit the temperature increase to 1.5 °C’. In order to stabilise the increase of global average temperature at the end of the XXIst century, the Agreement further states (in Article 4(1)) an intermediary mitigation target in the form of ‘global peaking of greenhouse gas emissions’ and subsequently ‘balance’ between emissions and removals. I will further discuss this rather vague and highly qualified target in connection with mitigation, where it belongs.

Moreover, and very importantly, Article 2 unravels or, more accurately, ‘enhances’ the objective of the UNFCCC (which was merely the ‘stabilization of greenhouse gas concentrations [...]’) by adding without limitation (as indicated by the term ‘including’) ‘the increasing ability to adapt to the adverse impacts of climate change’ (paragraph (b)) and to ‘mak[e] finance flows consistent with a pathway towards low greenhouse gas emissions and climate resilient de-

13. See See C. Carraro, E. Massetti, ‘The Improbable 2 °C Global Warming Target’, in *Vox*, 3 September 2009, available at: www.voxeu.org/index.php?q=node/3940 (accessed 20 October 2016).

velopment' (paragraph (c)), which signals a shift in investment from 'brown' to 'green'.

Paragraph (2) of Article 2 places these goals in the light of equity and the principle of common but the differentiated responsibilities and respective capabilities ('**CBDR**'). This principle was not present in the decision launching the Durban platform, but it has become unavoidable in climate change negotiations. Of note is the fact that the two other key principles of Article 3 of the UNFCCC (precaution and inter-generational equity) are not re-stated. Only the preamble of the Agreement refers back to the principles of the UNFCCC, but, again, it only singles out CBDR. It may be that climate change is no longer a matter of precaution but one of prevention – preventing an acknowledged risk.

The diversity of goals is not merely exhortatory. It is taken up in the two other components of the Agreement, namely the obligations in each action area and the implementation techniques.

3.2. Action areas

The Paris Agreement sets three main action areas, two of which – mitigation (Articles 3-6) and adaptation (Article 7) – are given particular weight, whereas the third – loss and damage (Article 8) – is more circumscribed, and perhaps even confined within narrow bounds.

3.2.1. Mitigation

The key area of action that the Paris Agreement was expected to – and did – address is mitigation. But mitigation is also the 'soft belly' of the Agreement, where the entire system rests on a soft structure of 'nationally determined contributions'¹⁴ or 'NDCs' (Articles 3 and 4) set by States parties and to be compiled in a flexible 'public register' (Article 4(12)). States can thus choose their level of ambition subject

14. These have been until now referred to as 'intended nationally determined contributions' or 'INDCs' which were to be submitted by States – and indeed very largely submitted – in accordance with the Decision 1/CP.19, para 2(b), adopted at the Warsaw COP. These covered more than 90% of global annual emissions but the reductions pledged fell short of the level of ambition necessary to reach the 2 °C, let alone 1.5 °C, as recognized by the Decision, para 17.

to two requirements, namely the regular updating – at least every five years (Article 4(9)) – and an obligation of progression (Article 4(3)). The latter is new and signals what perhaps will become a major new principle of international environmental law in the years to come. This soft structure, which recalls the pledges made by States after Copenhagen and anchored in the Cancun Agreements, was important both politically and legally. From a political standpoint, the choice of the level of ambition remains entirely in the hands of States, which allows for ample room for differentiation in accordance with CBDR. That was part of the price to bring high emitting developing countries under the regulatory system and it may potentially entail – given the progression requirement – that States will start by setting modest NDCs. Legally, NDCs will arise frequently from the targets already set in domestic or European law, which gives them higher (signalling) impact on the private sector. In addition, they are anchored in a provision of the Paris Agreement (Article 4(2)), and they may qualify under international law as a ‘subsequent agreement’ or ‘subsequent practice’ (Article 31(3) (a)-(b) VCLT) interpreting provisions of the UNFCCC and the Paris Agreement¹⁵ and, potentially, as binding unilateral acts.¹⁶

15. See *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment of 13 December 1999, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, p. 1075 *et seq.* (paragraph 49), referring to the *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, A/CN.4/SER. A/1966/Add.1, p. 221, paragraph 15. See also ILC Annual Reports, Report on the work of the sixty-fifth session (2013), A/68/10. Chapter IV ‘Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties’, Commentary of 4th Conclusion of Special Rapporteur, p. 35 *et seq.* (paragraph 17).

16. Such a conclusion would depend upon the circumstances under which the (I) NDC has been issued. Some commentators have argued, referring to the reluctance of the United States and other countries to treat (I)NDCs as Kyoto-like targets or ‘obligations to achieve’, that an (I)NDC could never amount to a binding unilateral act. But this view is inconsistent both with the theory of unilateral acts in international law (for which the *travaux préparatoires* of a related treaty are only an element to be taken into account in assessing the legal implications of an act, and they would not prevent a State or an organization – e.g. the EU – from binding itself through a unilateral act) as well as, more fundamentally, with the fact that a unilateral act may create a binding obligation of means or ‘conduct’, and not one to ‘achieve’ (obligation of result). On the distinction between ‘obligations of conduct’ and ‘obligations of result’ see *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, paragraph 187; *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011,

The specific contents of NDCs are yet to be specified. Those submitted before Paris (under the system designed to this effect at the Warsaw COP) were quite diverse in nature and content. The Paris Agreement recognises the need for clarity and transparency (Article 4(8)) and the Decision adopting the Agreement has entrusted the APA with the task of providing guidance to this effect to be adopted by the Meeting of the Parties of the Agreement ('CMA').¹⁷

Beyond individual NDCs, one major discussion concerned the overall trend in global emissions and the need to reach carbon neutrality sometime in the second half of the XXIst Century. That requires 'peaking' emissions as soon as possible, with more time given to developing countries as a matter of CBDR, and then achieving significant reductions so as to reach 'balance' between emissions and removals (Article 4(1)). The Decision 'invites' Parties to communicate by 2020 'long-term low greenhouse gas emission development strategies in accordance with Article 4, paragraph 19' (para 36), which will be published on the Secretariat's website. Underpinning the term 'balance' lie important questions of equity (who carries what burden once the future equilibrium, if and once the historical emissions and development arguments have faded away) as well as of geo-engineering. Soft geo-engineering, through afforestation, reforestation, reduced deforestation and enhancement, is clearly encouraged by the Agreement (Article 5) but there are more intrusive methods, such as ocean fertilisation (oceans are the most important carbon sink), which the Agreement does not seem to exclude.¹⁸

The Agreement calls for a variety of international cooperative mechanisms, both market (e.g. REDD-plus, linking through the circulation of internationally transferred mitigation outcomes or ITMOs, a project-based mechanism) and non-market based. I will refer to them in connection with implementation techniques.

ITLOS Case No. 17, paragraph 110; *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No 21, paragraph 129.

17. Decision, paragraph 26-28. The APA is also tasked with developing guidance for accounting for Parties' NDCs (Decision paragraph 31, Agreement Art 4(13))

18. Note, however, the moratorium on ocean fertilization introduced under the Dumping Convention.

3.2.2. Adaptation

Article 7 of the Agreement provides for action on adaptation. Over the years, the political profile of adaptation has grown in importance, particularly since the 2010 Cancun Agreements, which set up a Cancun Adaptation Framework.¹⁹ The Paris Agreement can be seen as a culmination of these profile-raising efforts. Adaptation is now one of the three goals in Article 2 and a specific provision (Article 7) is devoted to it.

Significantly, adaptation is now envisioned as a measurable goal, with Article 7 requiring the adoption by each country of adaptation plans (paragraph 9) and emphasising not only that adaptation efforts by developing countries are to be ‘recognised’ (paragraph 3) but also that they are to be communicated (paragraph 10), recorded in a public registry (paragraph 12), and even included in the global stocktake contemplated in Article 14 of the Agreement (paragraph 14). However, action on adaptation is particularly difficult to streamline, as it can be even more diverse than action on mitigation. Moreover, the level of priority accorded to adaptation is different across countries, with developed countries mostly interested in promoting – including financially – mitigation action by developing countries. These two considerations may explain why, overall, provisions regarding adaptation are less assertive than provisions on mitigation and have been characterised as either ‘soft-obligations’ or even ‘non-obligations’ in that they are drafted in recommendatory terms and/or qualified by elements of discretion and/or simply capture understandings among the parties, without seeking to create enforceable obligations.²⁰

Another important point is the connection between, on the one hand, adaptation efforts and, on the other hand, its potential implications from the perspective of social development. Adaptation efforts may

19. Cancun Agreements, paragraphs 13-14. On the Cancun Adaptation Framework and the development of adaptation institutions see German Watch/WWF, *Institutions for Adaptation. Towards an Effective Multilevel Interplay* (2011), available at : <http://germanwatch.org/klima/ad-inst.pdf>.

20. See L. Rajamani, ‘The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft and Non-Obligations’ (2016) 28 *Journal of Environmental Law* 337, at 352 (characterizing different types of obligations) and 356-357 (placing adaptation provisions mostly under the categories of ‘soft-obligations’ or ‘non-obligations’).

potentially require widespread governmental intervention, including population displacement, relocation and inequalities due to lack of inclusiveness. Article 7(5) cautions against this possibility and highlights the need for inclusiveness. It calls for appropriate ‘consideration of vulnerable groups, communities and ecosystems’ and for ‘integrating adaptation into relevant socioeconomic and environmental policies and actions’. The parameters highlighted in paragraph 5 are relevant not only in the relations between governments and their populations, but must also be taken into account by relevant United Nations bodies and agencies in their development work. Indeed, the conceptual boundary between ‘adaptation’ and ‘development’ is becoming increasingly blurred. Similar concerns had been raised in the attempts by the United Nations Environment Programme (UNEP) to mainstream the ‘Green Economy’ concept through the Green Economy Report (2011)²¹ and in the 2012 Rio Summit.²² It is telling that the terminology has changed and the concept is now referred to as an ‘Inclusive Green Economy’²³ as a tool for sustainable development. An analysis of discourse on this particular term could provide valuable insights on the ideological underpinnings behind programmatic environmental governance concepts.

3.2.3. *Loss and damage*

Another conceptual boundary difficult to draw is that between adaptation and loss and damage, as characterised in Article 8 of the Agreement. In theory, adaptation is a preventive strategy aimed to avoid as much as possible the negative consequences of climate change whereas loss and damage is geared towards coping with the damage that cannot be avoided. In other terms, adaptation is (still) about prevention whereas loss and damage is about response (and potentially reparation). Another way to see it is that adaptation is a long-term process whereas loss and damage is about disaster response.

21. UNEP, *Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication* (2011)

22. See E. Morgera, A. Savaresi, ‘A Conceptual and Legal Perspective on the Green Economy’ (2013) 22 *RECIEL* 14.

23. UNEP, *Uncovering Pathways towards an Inclusive Green Economy. A Summary for Leaders* (2015), at 6.

In practice, however, aside from the question of reparation, which is expressly excluded from loss and damage, not much daylight separates both conceptual categories. Indeed, the resilience and vulnerability reduction sought through adaptation plans encompasses responses to extreme weather events and slow onset events. The type of early warning systems and emergency preparedness plans referred to in Article 7(4) are likely to feature in any proper adaptation plan. This is not a purely conceptual point to the extent that the implementation measures (including the finance) set out in the Agreement only apply expressly to adaptation (Article 7) and not to loss and damage (hence the interrogation signs in figure 1 above).

Two important questions in connection with loss and damage are compensation for the loss already caused and climate change-related displacement. None is expressly mentioned in Article 7, but the Decision introduces two clarifications. Displacement relating to the adverse impacts of climate change is expressly contemplated in paragraph 50 of the Decision, according to which the COP entrusts the Warsaw International Mechanism on Loss and Damage with the setting up of a task force to develop, in collaboration with other bodies ‘recommendations for integrated approaches to avert, minimize and address displacement related to the adverse impacts of climate change’. This is a very welcome development and contrasts with the laconic and firm rejection of the connection between loss and damage and liability,²⁴ a point on which the United States were adamant.

The distinction between these three action areas is reflected in the implementation machinery available to each of them. Whereas mitigation and adaptation share much, the situation of loss and damage seems narrowly confined.

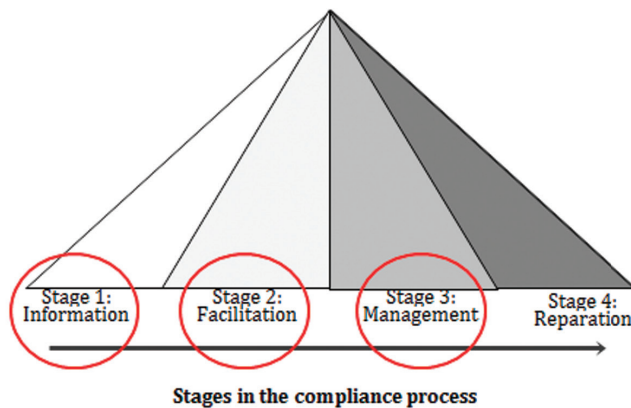
3.3. Implementation techniques

The main innovation of the Paris Agreement lies in its implementation techniques and, particularly, the ‘enhanced transparency framework for action and support’ established by Article 13. This

24. Paragraph 52 of the Decision states that ‘[the COP] [*a*]grees that Article 8 of the Agreement does not involve or provide a basis for any liability or compensation’.

mechanism, the first of its kind in global environmental governance, is the embodiment of the approach, followed since the launching of the ADP in 2011, according to which emission targets would be set domestically and measuring, reporting and verification (MRV) would be organised at the international level. It is, of course, not the only technique, as the Agreement also contemplates many others. For analytical purposes, I will make a distinction between information-based techniques (3.3.1.), facilitative techniques (3.3.2.) and the management of non-compliance (3.3.3.). Figure 2 illustrates the main location of these techniques within the overall compliance process:

Figure 2: Implementation techniques²⁵



3.3.1. Information-based techniques

The Paris Agreement provides for three techniques that can be understood as information-based in that they not only rely on information but their very purpose is to provide informational clarity in the short or the long term. Aside from the important emphasis – already present in the UNFCCC – placed on education (Article 12), the Paris Agreement introduces two novelties, which are interconnected. The first, provided for in Article 13, relies on public pressure (perhaps a form of ‘naming

25. Figure adapted from P.-M. Dupuy and J. E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge University Press, 2015), p. 238.

and shaming’) to nudge States into taking action not only in connection with mitigation and adaptation but also with respect to assistance. The second, contemplated in Article 14, takes the form of a global stock-take, which is less geared towards compliance and more towards the overall effectiveness of the climate change regime.

Enhanced transparency framework for action and support – Article 13 establishes an international mechanism of measuring, reporting and verification of the action/support of individual States. This mechanism can be characterised by reference to (i) its nature, (ii) its purpose, (iii) the information it is expected to gather, and (iv) the way in which it will process it.

The perceived intrusiveness of an international MRV mechanism led to strong resistance from developing countries over the years, particularly from China and India, who have resisted such an approach since the negotiations that failed to reach a Copenhagen Protocol. Unsurprisingly, in Paris, this question remained open until the very end. The working draft of the agreement circulated on the last Friday of COP-21 still contained, in its corresponding provision (Article 9), three options for paragraph 1. The underpinning tension related to the extent of differentiation in connection with transparency and, more specifically, whether there would be a unified mechanism or different procedures for developed and developing countries. The final wording is a compromise among the different options. Reference to the ‘robust’ and ‘unified’ character of the mechanism or, conversely, to rigid differentiation between developed and developing countries were left out. The agreed paragraph 1 applies to all countries but it stresses its inherently flexible nature and the need to account for Parties’ different capacities. The nature of the mechanism is further characterised in paragraphs 2 and 3, which refer to the needs of developing countries²⁶ and less developed countries, and stresses the fact that the mechanism

26. Paragraph 90 of the Decision further emphasises this point: ‘[the COP]/[d]ecides that, in accordance with Article 13, paragraph 2, of the Agreement, developing countries shall be provided flexibility in the implementation of the provisions of that Article, including in the scope, frequency and level of detail of reporting, and in the scope of review, and that the scope of review could provide for in-country reviews to be optional, while such flexibilities shall be reflected in the development of modalities, procedures and guidelines referred to in paragraph 92 below’.

is to be implemented in a ‘facilitative, non-intrusive, non-punitive manner, respectful of national sovereignty, and avoid placing undue burden on Parties’ (paragraph 3 *in fine*).

The purposes of the mechanism are aligned with their focus on ‘action’ and ‘support’. On action, the mechanism aims at tracking progress on a Party’s ‘individual’ progress in implementing and achieving its NDCs (under Article 4) and on Parties’ (no reference to ‘individual’) progress on adaptation (under Article 7, hence excluding actions under Article 8). On support, the mechanism aims to provide clarity as to the support ‘provided’ and ‘received’ by ‘individual’ Parties under a range of headings, namely mitigation (Article 4), adaptation (Article 7), finance (Article 9), technology transfer (Article 10) and capacity-building (Article 11). The absence of loss and damage (Article 8) in this enumeration is conspicuous. Transparency on both action and support is to feed the global stocktake contemplated in Article 14 of the Agreement.

As a rule, communications by Parties must be made ‘no less frequently than on a biennial basis’.²⁷ The information to be communicated is organised according to the type of Party. Importantly, all Parties are required to provide information on mitigation (they ‘shall’ do so under Article 13(7)) and encouraged to do so regarding adaptation actions (they ‘should’ do so under Article 13(8)). In addition, developed country parties ‘shall’ (and other parties that provide support – e.g. China – ‘should’) report on financial, technology transfer and capacity-building assistance (Articles 9, 10 and 11) given to developing country parties (Article 13(9)). The latter ‘should’ provide information on the support received under these headings (Article 13(10)). Again, the headings are defined by reference to their specific provisions, hence excluding loss and damage in Article 8 from the picture.

Part of the information thus reported (that under Article 13 paragraph (7) and (9) but not that under paragraph (8), i.e. adaptation actions) is to be subject to a ‘Technical expert review’ characterised in the Decision. This is another area where there was disagreement until the very end of the negotiations. Two options remained open. One option envisioned a

27. Decision, paragraph 91 (see also paragraph 92(e) which implicitly suggests, given current practice, that developed countries may have to provide information annually).

more comprehensive review leading to the publication of a report highlighting areas for improvement and even compliance, and to be discussed by the CMA. The other option introduced a rigid distinction between the review of information from developed countries ('robust technical review process' with conclusions on compliance) and from developing countries (a more diluted review process taking into account the level of support received by the relevant developing country). Article 13, paragraphs (11) and (12), provides for a middle ground where 'implementation and achievement' are indeed assessed but in the light of the flexibility and differentiation built-in in Article 13. In addition, each Party (hence both developed and developing countries) 'shall' participate in a 'facilitative, multilateral' (hence political and with peers) review progress in the 'implementation' and 'achievement' of mitigation and financial actions.²⁸ Further modalities and procedures are to be developed by the APA under certain specified parameters.²⁹

Overall, the process can be summarised as emphasising the transparency of mitigation action by all Parties and of the assistance (particularly financial) provided by developed countries through both technical review and peer discussion.

Global stocktake – As noted above, the idea of a global stocktake has less to do with compliance and more with effectiveness. At COP-21 there was great concern that the INDCs so far announced, although they cover most of the greenhouse gas emissions and emitters, still fall short of the 2 °C. Paragraph 17 of the Decision 'noted with concern' that:

[T]he estimated aggregate greenhouse gas emission levels in 2025 and 2030 resulting from the intended nationally determined contributions do not fall within least-cost 2 °C scenarios but rather lead to a projected level of 55 gigatonnes in 2030, and *also notes* that much greater emission reduction efforts will be required than those associated with the intended nationally determined contributions in order to hold the increase in the global average

28. This model of peer discussion as an implementation technique is reminiscent of the approach followed in the area of nuclear safety. See G. Handl, 'The IAEA Nuclear Safety Conventions: An Example of Successful 'Treaty Management'?' (2003) 72 *Nuclear Law Bulletin* 7.

29. Decision, paragraphs 92-98.

temperature to below 2 °C above pre-industrial levels by reducing emissions to 40 gigatonnes or to 1.5 °C above pre-industrial levels by reducing to a level to be identified in the special report referred to in paragraph 21 below’

For the climate change regime to be effective overall, a focus on the ‘trees’ (through the transparency mechanism) should not displace the more important overall view of the ‘forest’ (the overall stock of greenhouse gases in the troposphere as well as the ability of States to cope with the impact of climate change). The global stocktake envisioned in Article 14 addresses this question.

This global stocktake is to take place periodically (every 5 years, starting in 2023) under modalities still to be defined by the APA.³⁰ The APA has also been entrusted with the task of identifying the relevant sources of information to generate this global stocktake. Paragraph 100 of the Decision mentions some of them, including communications from the Parties and the work of the Intergovernmental Panel on Climate Change (‘IPCC’), but the list is non-exhaustive. This raises a quality control question, which has already been faced by the IPCC in the context of bitter accusations of bias or unreliability.

Article 14 provides for what can be called an ‘information loop’ in that, as I mentioned earlier, the communications from the Parties inform the global stocktake and, in turn, the latter is to inform the level of ambition to be displayed in future NDCs by Parties (Article 14(3)). The system highlights not only the importance of the science and policy interface, most notably between the IPCC and the UNFCCC/Paris Agreement, but also the need for environmental agreements to have internal scientific bodies capable of processing scientific information in a way that meets the needs of the policy instrument.³¹

3.3.2. Facilitation through assistance and efficiency

The Paris Agreement does not break new ground in connection with facilitation of compliance, whether through assistance or efficiency

30. Decision, paragraph 102.

31. Decision, para 101.

techniques, as it largely (and justifiably) relies on already existing mechanisms.³² However, it does contain a number of potentially important upgrades ranging from a duly anchored REDD-plus mechanism, to a call for ‘linking’ among different domestic systems, or to a new project mechanism of general application. The Decision entrusted the APA with developing the operational details of these mechanisms, a task that will be carried out over the next years. But we can already at this stage single out a number of elements that deserve particular attention in connection with compliance facilitation through assistance and efficiency.

Compliance through assistance – A key debate during the negotiations was the one relating to financial assistance. I have already noted that assistance is identified as one of the three goals of the Paris Agreement (Article 2(1)(c)) and that obligations of assistance are subject to a sophisticated transparency mechanism established under Article 13. But (i) who should pay (developed countries only or other countries as well?), (ii) the nature of the funds (public or private, and among the latter those specifically leveraged through public intervention), (iii) their specific allocation of such funds (mitigation, adaptation, beyond?) and, of course, (iv) the amounts to be mobilised, were also extremely important issues.³³

Starting with the latter, the United States and other developed countries succeeded in excluding any specific figure from Article 9 of the Agreement, but paragraph 54 of the Decision introduces two clarifications, namely that a new collective quantified goal will be set by the CMA prior to 2025 and that the ‘floor’ will be the figure, already present in previous negotiations, of US\$ 100 billion per year. Moving to who should pay, the Agreement clearly bestows the obligation on developed country Parties (Article 9(1)), noting that other Parties (which

32. See e.g. Article 9(8) of the Paris Agreement and Decision, para 59-60 (referring to four existing financial mechanisms as the mechanisms of the Paris Agreement, and potentially a fifth one, which is currently linked to the Kyoto Protocol); Article 10(3) of the Paris Agreement and Decision, para 67 (reliance on the Technology Mechanism under the UNFCCC).

33. For a discussion of financial issues in the context of the Paris Agreement see A. Zahar, ‘The Paris Agreement and the Gradual Development of a Law on Climate Finance’ (2016) 6 *Climate Law* 75.

remain uncharacterised, but one could think of countries such as China) are ‘encouraged’ to provide such assistance (Article 9(2)). Funds may – and will – come from both public and private sources, but Article 9 paragraphs (3) and (7) emphasise public funds and private funds mobilised (leveraged) through public intervention.³⁴ The allocation of funds is to follow three parameters, namely: a balance between mitigation and adaptation (Article 9(4)); special consideration for more vulnerable States, including by the operating entities of the Financial Mechanism, such as the World Bank and regional development banks (Article 9(4) and (9)); and use by receivers in both mitigation and adaptation (not just the latter, which may be favoured by a developing country).³⁵

Implementation assistance is also contemplated in the form of technology development and transfer (Article 10) and capacity-building (Article 11). Again, this form of support also falls under the remit of the transparency mechanism, which is a major step in ensuring its implementation. On technology transfer, Article 10(4) establishes a new Technology Framework in order to conduct technology needs assessments and enhance development and transfer, including through assistance for the early stages of technology development in developing countries. Significantly, although the question of intellectual property rights (IPRs) is not expressly mentioned, paragraph 68(d) of the Decision refers, as part of the new Framework’s mission, to ‘[t]he enhancement of enabling environments for and the addressing of barriers to the development and transfer of socially and environmentally sound technologies’.

Capacity-building was also considered as key, among others because it is a pre-requisite for proper accounting and implementation of mitigation obligations. The Decision established a Paris Committee on Capacity-Building tasked among others with managing a work plan over the period 2016-2020 aimed at rationalising capacity-building operations (identifying gaps and eliminating inconsistencies and redundancies).³⁶

Compliance through efficiency – Articles 4, 5 and 6 of the Agreement provide for a number of cooperative mechanisms aimed at facilitating

34. The scientific body under the UNFCCC is to develop modalities for the accounting of such resources. See Decision, paragraph 58.

35. Decision, paragraph 53.

36. Decision, paragraph 72 and 74.

compliance with the Parties' mitigation obligations by rendering such compliance more efficient or less costly.

Some of these mechanisms are already familiar. For instance, Article 4 paragraphs (16)-(18) set up a mechanism similar to the so-called 'European bubble' under the Kyoto Protocol,³⁷ whereby a group of countries may agree to comply with their obligations jointly by setting a common target (NDC) in addition to their own country target. In a context where there is no top-down quantified allowance, as in the Kyoto Protocol, such a mechanism seems less pressing, as each country can decide its own level of ambition reflected in its NDC. But it may be useful nevertheless because of the progression principle. Thus, if a country is likely to fall short of its own NDC, it may join with a country that has ample room for manoeuvre (which may be the case for a variety of reasons, including an economic slowdown) to jointly comply with the common NDC.

Similar considerations apply to the mechanism established under Article 6(4)-(7) 'to contribute to the mitigation of greenhouse gas emissions and support sustainable development'. This sustainable development mechanism ('SDM') will share features of both the joint implementation and clean development mechanisms under the Kyoto Protocol.³⁸ As there is no longer a Chinese wall between Annex I and non-Annex I country (a key feature distinguishing the JI from the CDM), projects under the SDM may operate in any State Party with the only – obvious – caveat that reductions counting for the NDC of one country to the transaction cannot be counted again for compliance with the NDC of the other country. In this regard, the SDM operates as the JI under Kyoto, but its administration is likely to rely on former CDM institutions.³⁹

Two more innovative mechanisms are those envisioned in Articles 5 and 6(2)-(3) of the Agreement. The first has received great attention over the last years and concerns reduced emissions not from afforestation or reforestation (planting new trees) but from avoided deforestation or

37. Kyoto Protocol, art 4.

38. Kyoto Protocol, arts 6 (Joint Implementation) and 12 (Clean Development Mechanism).

39. The detail of the system is to be developed by the scientific body of the UNFCCC and recommended for adoption by the Paris CMP. See Decision, para 38-39.

enhancement. The so-called REDD-plus has now received an anchor in a treaty provision. The details of its operation and, specifically, the very important question of finance are addressed in paragraph 55 of the Decision, which '[r]ecognizes the importance of adequate and predictable financial resources, including for results-based payments' and 'encourages [...] support from public and private, bilateral and multilateral sources, such as the Green Climate Fund, and alternative sources in accordance with relevant decisions by the Conference of the Parties'. Interestingly, the anchor provided in Article 5 goes beyond REDD-plus and could also cover an array of payments-for-ecosystem-services which, until now, had no specific anchor in a treaty provision.⁴⁰

The other innovative mechanism relates to the so-called 'linking' of domestic mitigation policies. Normally, a linking process consists of recognising the emission reduction units from a domestic/international emissions trading system in another system. The caps are thus enlarged and the efficiency gains increased. Examples include the linking between the European and Norway's, Iceland's and Lichtenstein's emissions trading systems or that between the systems in California and Quebec. Article 6(2)-(3) allows for this type of linking on a voluntary basis. In other words, there is no requirement for a Party to link its system with that of another Party. In addition, Article 6(2) is formulated in a sufficiently broad manner so as to allow for linking of different types of domestic mitigation policies.⁴¹ Such 'internationally transferred mitigation outcomes' (or 'ITMOs') are a recognised approach to comply with NDCs if performed in accordance with guidelines still to be adopted by the CMA.⁴²

40. See R. Pavoni, 'Channeling investment into biodiversity conservation: ABS and PES schemes', in P.-M. Dupuy and J. E. Viñuales (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards* (Cambridge University Press, 2013), pp. 206-227.

41. See D. Bodansky, S. Hoedl, G. E. Metcalf, R. N. Stavins, 'Facilitating Linkage of Heterogeneous Regional, National, and Sub-National Climate Policies Through a Future International Agreement', *Discussion Paper, Harvard Project on Climate Agreements, Belfer Centre for Science and International Affairs*, November 2014.

42. As for SDM, the Decision tasks the scientific body of the UNFCCC with developing such guidelines and recommending their adoption by the Paris CMP (para 37). Great emphasis is placed on the need to ensure integrity and avoid double counting.

3.3.3. Management of non-compliance

The final component to be noted concerns situations where the information available suggests that, despite the many means to facilitate compliance contemplated in the Agreement, a State Party finds itself in a situation of non-compliance.

In international environmental law, many treaties, starting with the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer,⁴³ have established non-adversarial mechanisms to ‘manage’ situations of non-compliance. The Kyoto Protocol itself has one such mechanism, established under Article 18 of the Protocol, and soon to face its ultimate test in connection with compliance with States’ quantified obligations under Kyoto’s first commitment period (2008-2012). The Paris Agreement provides for the establishment of a *non-compliance mechanism* managed by a Committee (Article 15(2)) consisting of 12 experts elected by the CMA in accordance with some distributional parameters.⁴⁴ The operational rules and modalities governing the Committee’s activities will be developed by the APA and adopted by the CMA.⁴⁵ Importantly, unlike the Kyoto procedure, the procedure envisioned in the Paris Agreement will be limited to a facilitative (as distinguished from ‘enforcement’) role. This is consistent with the position of the United States to confine binding commitments to the domestic level and therefore avoid the need for Senate advice and consent for the Agreement’s ratification. It is also a further manifestation of the foundational compromise underpinning the Paris Agreement, which moves the centre of gravity of climate policy to the domestic level and establishes a coordinating apparatus at the international level.

Last but not least, Article 24 of the Agreement refers to the *dispute settlement clause* in Article 14 of the UNFCCC as applicable *mutatis mutandis* to the Agreement. This clause, which opens the possibility for States to accept the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice or of an arbitration tribunal, has never been used. That explains why I preferred not to highlight, in figure 2, traditional dispute

43. Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 16 September 1987, 1522 UNTS 3.

44. Decision, para 103.

45. Decision, para 104.

settlement as an element of the Agreement. In addition, as already noted, paragraph 52 of the Decision excludes the use of Article 8 (loss and damage) as a basis for liability or compensation.

The components reviewed in the foregoing paragraphs are, for the most part, under construction. In some cases, no concrete steps have been taken yet to translate them into institutions. However, examining them as a set of interrelated design features sheds light on the overall architecture of the Paris Agreement, with its soft belly and sophisticated implementation approach, with its comprehensive reach and, at the same time, significant room for differentiation. Less formalistic than the Kyoto Protocol, which provided for an international cap and top-down quantified emissions reduction obligations for Annex I countries, the Paris Agreement asks from States – all States – what they can do to fight climate change, and it provides the necessary processes to make States realize what is happening at the aggregate climate level through their contributions or lack thereof. In the following paragraphs, by way of conclusion, I would like to place the Paris Agreement within its broader social function, which is not to ‘bind’ States but to ‘influence’ the levers of human behaviour.

4. Prospective observations

A former professor I had as an undergraduate student used to say that one can influence behaviour through three fundamental levers of human action, namely coercion, interest and virtue.

Coercion, translated in the present context as command-and-control regulation is part of the tool-kit of any State, and it will continue to feature in climate change regulation through a variety of measures such as construction and efficiency standards for mitigation or zoning requirements for adaptation. Coercion is clear, but not necessarily efficient (as efficiency gains arising from trading are not permitted) and, sometimes, not even effective (as compliance sometimes requires knowledge and resources, without which a system, however coercive, will not be effective). Interest has become a major approach in regulatory intervention. Setting rules that create the desired economic incentives in the regulated entities is a subtle and important art that has been embodied in a variety of mechanisms from emissions trading systems, to taxes

internalising negative externalities (e.g. for carbon dioxide emissions), to subsidies compensating for relative positive externalities (e.g. for renewable energy). Virtue relies on education, understanding and civic commitment. An action that entails major negative consequences for the environment is expected not to be performed, however profitable, if such consequences are understood. Perhaps more realistically, virtue or education is expected to provide a more solid political basis for political movements that pay due regard to environmental protection.

The Paris Agreement relies on a careful combination of these three levers of action. It seeks to be realistic more than aspirational, as conveyed by the mitigation goal stated in Article 2(1)(a), so as to signal the intention to coerce or incentivise, rather than only appealing to a feeling of justice. It organises implementation through a blend of social coercion (providing for individual transparency, for everyone to see who contributes what exactly to the common problem) and interest (providing for support, both through assistance and efficiency), and laying the foundations for understanding (through education and a global stocktake). It seeks, in fact, to address the roots of the human behaviour that is causing climate change, but not through a single prism that would see humans as either subjects to coerce, rational actors to incentivise, or moral agents to persuade, but as humans who benefit and suffer from the same behaviour, who may be fair and unfair, rational and irrational, obedient and refractory.

As such, it is a realistic instrument and, because of its imperfection, one that is much closer to the human topography than its predecessor signed in Kyoto. For that reason, it stands a better chance to work. This is one of those times when less is more.



CAPÍTULO XLIX

INTERNATIONAL LAW IN BRAZIL

Wagner Menezes¹

1. introduction

International Law is an autonomous normative legal order, conceived in a logical system, with its own characteristics and elements through which States, international organizations, entities and individuals establish rules in the global society environment and institutionally organize it by dimensioning its application and effectiveness, setting its foundation in the value that the law itself is conceived as an instrument of the human society.

One of the subjects that comprise its study and discussion is the relation of International Law with States' municipal law. Such discussion originated the conformation of schools that defended different views, sometimes understanding International Law as belonging to a monistic legal system, sometimes separating it because of its sources and mechanisms of normative production, as a dualistic perspective.

These theories reflect the discussion on the foundation of International Law and its voluntarist conception, essentially based on the idea of the existence of a society of States that produces rules and applies them from the international level.

However, in any perspective that may be drafted, because of the state character of the norms, whether regarding the production or application of such norms, one must consider the dialogue that a certain legal system maintains between its domestic normative system applied under the framework of its sovereignty and the international order understood as an environment where such rules are produced, outside of the tentacles that legitimize the systematization of a given legal order to the international society, and which is produced as an expression of

1. *Professor of International Law at the University of Sao Paulo - USP. President of the Brazilian Academy of International Law - ABDI*

the expressed sovereign will of the States in the context of a society of States or peoples.

In order to understand the position of a State before the international rules, the power and influence of such rules in the national society, it is necessary to understand the theoretical conception and the view that dominates the State's perspective before its international relations and, from there, to understand how the international norms fit and are articulated in the normative conception of the State, what is the degree of compliance, its limitations and the extension of its application and absorption by that given national society.

In a contemporary scenario, with the normative expansion of International Law and the growing and intense dialogue between the different normative ramifications, such analysis is fundamental to enable, in the context of comparative law, one to interpret the degree of normative commitment of a State with the rules which it deals with before other sovereignties in its most personal condition, and how these rules are applied and interacted. In addition, one should note that there is a dynamic process of participation of civil society in international forums that has also boosted the process of normative discussion, leading the normative production and the relation of normative degrees and ramifications to a greater complexity.

Due to the intense and symbiotic dialogue between international and national institutions, from the mechanisms of normative production in the context of international organizations and the interactions of organized civil society and global forums, it is necessary to keep in mind at the present time the transnormative and conceptual absorption of certain devices that are present in this silent dialogue - between the international and national normative system - resulting in a more fluid and effective normative consolidation, with greater repercussions and effects.

The Brazilian State in particular is an active participant in international forums and plays a relevant role in the discussions that guide the international agenda, having also agreed on several international treaties and broad normative commitment in forums of programmatic nature, denoting the importance of discussing the degree of normative commitment of the Brazilian State with international rules, and the repercussion of such rules in the Brazilian legal system.

It is important to place such a debate beyond the developed theories, objectively analysing the catalogue of rules that compose the central subjects of International Law, and its concrete reflection in jurisprudence, in universities and research institutions that deal with the subject, in order to evaluate whether there is a Brazilian view of the International Law and how it affects the commitment of rules in the inter-State context and also regarding the effectiveness given by national institutions and, therefore, Brazilian national society to such rules.

In this sense, the article will seek to answer some fundamental questions revolving around the relation between International Law and Brazilian Law as: What is the degree of commitment of the Brazilian State to international norms? Is there an open environment for reception and integration of international standards? Is there a tradition of the Brazilian State in the application of international rules? How do universities, research groups, and institutions fostering the study of International Law work together? What is the degree of commitment of the Brazilian State to universal and regional norms? Is there, internally, among the competent institutions, a degree of commitment to norms derived from international fora?

The article will work with concrete data sought from institutions of primary sources, seeking to work in a particular and descriptive way - in topics - each of the propositions presented here, in order to reach an objective conclusion.

It must be highlighted that the article does not intend to exhaust all the worries of International Law in contemporary times, but to look for elements that allow a critical descriptive reading of the application of international rules and their incorporation into the Brazilian legal system, the mechanisms of interpretation and application, as well as fostering and research agents that mobilize theoretical and practical discussion in order to promote the constant improvement of the discipline in the country.

2. Historical background of International Law in Brazil

Brazil has its origin and destiny deeply influenced by International Law because it was discovered in the context of the maritime merchant expansion and the dispute of the powers of the medieval and post-medieval times, between the kingdoms of Portugal and Spain, which had their actions and disputes mediated by the papal power. Brazil, initially as a colony and

later as a vice-kingdom of the Portuguese crown, has always been at the centre of the international legal discussions, so that such dynamic has marked its diplomatic and juridical action from its consolidation and identity, which allowed it to delimit and define its territory without cannon shots, or sacrifice of lives, but guided by dialogue and invocation of legal theses and application of normative mechanisms of International Law.²⁻³⁻⁴

For this reason, the historical origin of International Law in Brazil is confused with its diplomatic dynamics for the consolidation and recognition of its territory, through a normative and principle-based body, whose political actions since the beginning were traced based on respect for International Law, characterizing thus an institutional line that always guided the actions of the Brazilian government, headed by Itamaraty, giving it international respectability due to its position, of international insertion, based on respect for international standards.⁵⁻⁶

2. . The **Inter Coetera Bull, a treaty signed in May of 1493**, under the judgment of Pope Alexander VI, determined that the “new world”, the lands discovered, would be divided between Portugal and Spain. The **Treaty of Tordesilhas** in its turn, signed on July 7th, 1494, established boundaries among the lands of the kingdoms of Spain and Portugal, staying the lands discovered up to the limit of 370 leagues (2,500 kilometers) west of Cape Verde under the domain Portuguese (which assured Portugal’s dominion over the territory that is now the Brazilian State) and the rest of the lands were Spanish ownership. On the other hand, the **Treaty of Madrid** entered into by the kings John V of Portugal and Fernando VI of Spain, on January 13th, 1750, aimed to define the boundaries among the respective South American colonies, putting thus an end to the disputes that were replacing the Treaty of Tordesilhas and making it more specific, establishing in this context, under the influence of the Brazilian diplomat **Alexandre de Gusmão** the principle of International Law of *uti possidetis*, still applied in territorial disputes in Latin America by which the effective ownership of the lands is applied to determine its *dominus*. (*Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid*. Parte I Tomo I (1695-1735). Rio de Janeiro: Instituto Rio Branco. 560 p.; DEL PRIORE, Mary; VENÂNCIO, Renato Pinto (2001). *O Livro de Ouro da História do Brasil* 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro. 397p.)

3. PIMENTEL, José Vicente de Sá. Pensamento diplomático brasileiro: Formuladores e agentes da política externa (1750-1950) _ Brasília: Funag, 2013.

4. GOES FILHO, Synesio Sampaio. Navegantes, Bandeirantes, Diplomatas: Um ensaio da Formação das fronteiras do Brasil. Brasília: FUNAG, 2015.

5. LIMA, Sergio Eduardo Moreira, Imunidade Diplomática – Instrumento de política externa: Defesa do Direito Internacional em momento difícil da história, *in verbis* 44, edição 29.

6. RICUPERO, Rubens. A diplomacia na construção do Brasil (1750-2016), 1 ed. - Rio de Janeiro: Versal, 2017.

Brazil has a symbiotic relationship with international norms that in practice have shaped its understanding of the world as a State, hence the “Law of Nations” was instituted as a structural discipline of its legal system and demanded its analytical study since an early stage.

Therefore, the systematic study of International Law began with the creation of the Faculties of Law on August 11th, 1827, when the Faculties of Law of Sao Paulo and Olinda were created by Imperial Act.⁷ In both schools, the choice of the subjects that would comprise the course was object of a wide-ranging debate at the Congress and at the end was based on the curriculum of the University of Coimbra, as well as the Universities of France, Germany and England,⁸ being established in the curriculum the subject of “*Law of Nations and diplomacy*”, which was taught by José Maria de Avelar Brotero in Sao Paulo, and by Pedro Autran da Matta e Albuquerque in Recife, both with a European education, the first studied in Portugal (Coimbra) and the second, in France (D’ Aix-en-Provence).⁹⁻¹⁰ It must be highlighted that the first lecture of the Faculty of Law of Sao Paulo, on March 1st, 1828, which was also the first class of a legal course in the country, was delivered by Professor José Maria de Avelar Brotero being entitled “The Divine Right of the People”.¹¹⁻¹²

7. BEVILAQUA, Clovis. História da Faculdade de Direito do Recife; Edição comemorativa do Sesquicentenário da instauração dos Cursos Jurídicos no Brasil (1827 – 1977), 2 edição Instituto Nacional do Livro – Conselho Federal de Cultura: Brasília, 1977.

8. CAMPO NETO, Antonio Augusto Machado de; MENDONÇA, Andrey Borges de. A Fundação de cursos jurídicos no Brasil. 1999. p. 198. Disponível em: (<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67463/70073>)

9. José Maria de Avelar Brotero was born in Lisbon in 1789, graduated in Law in 1820 at the University of Coimbra, moved to Rio de Janeiro in 1825, where he practiced law. Became a naturalized Brazilian citizen in 1833. According to Nogueira, José Luís de Almeida. op. cit., p. 34-35. See also: Blake, Augusto Victorino Alves Sacramento. Dicionario bibliographico brasileiro. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1899. v. 5, p. 37-38.

10. AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. O Barão de Penedo. Poeta Satírico. Revista Brasileira de Cultura, a. VI, n. 19 (jan.-mar. de 1974). Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, p. 55. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002998.pdf> Acesso em: 13 de setembro de 2017.

11. VIOTTI, Dario Abranches. Disponível em: (<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66743/69353>)

12. As highlighted by Paulo Borba Casella: “this fact confers a category of historical legitimacy to international law in this house: it has been maintained and renewed throughout the decades to the present - and how much international law change and

In the context of the emergence of the Republic in 1889 and because of the education reform, which was implemented in 1891 by Benjamin Constant, the course changed its title to “Law of Nations, Diplomacy and History of Treaties” and then, with the second reform in 1896, there was a transition that reflected the treatment of the course at the time, abolishing the term “Law of Nations” and adopting the nomenclature used until today of “Public International Law”, being the course once again renamed to “Public International Law and Diplomacy”.¹³⁻¹⁴

In 1961, already in the context of contemporary international society, and after the reform of higher education, with the Guidelines and Bases of National Education Law, a new minimum curriculum for the Faculties of Law was introduced and the subject, in the condition of mandatory course, was divided between the branches of Public International Law and Private International Law, already following an earlier tendency of discussion influenced by Clovis Beviláqua and Rodrigo Octávio Langaard de Menezes at the National Faculty of Law of the University of Brazil, in Rio de Janeiro.¹⁵⁻¹⁶

In 1972, under the military and nationalist regime, as a result of Law 5,540/68, there was a relaxing of the curriculum of the legal courses with the implementation of a minimum curriculum for the courses of law, being the subjects of Public International Law and Private International Law no longer mandatory subjects of the curriculum of the Faculties of Law. Such detrimental fact explains and evidences a lot the delay in the study of International Law in Brazil,

renew, at the same time as it is inscribed in this home and in this country.”. (CASSELLA, Paulo Borba. *Cem Anos do Direito Internacional Público (1913)* de José Mendes (1861-1918) – Olhar reflexivo sobre o Direito Internacional nas Arcadas (1911-1918), p. 30.

13. VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito especialmente do direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 238-239.

14. VALLADÃO, Haroldo. *O ensino jurídico na cidade do Rio de Janeiro*. *Novas Dimensões do Direito: Justiça Social desenvolvimento, integração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 168-179.

15. BRANDÃO, Clarissa. *Sociedade Brasileira de Direito Internacional: primeiro centenário*, Rio de Janeiro: Gramma, 2014, p.15-30.

16. BASTOS, Aurélio Wander. *Ensino jurídico no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2000.

due to the abandonment in the mentioned period of the mandatory character of the study of International Law, this has led to a lack of interest of the institutions in maintaining such study and in the formation of jurists entitled to legally understand International Law and, on the other hand, relegate it to the “diplomat thing” caused a deficiency in the formation of cadres prepared to teach the subject.

The scenario was not more devastating because of the opposition and the strength of Vicente Marotta Rangel, then director of the Faculty of Law of the University of São Paulo, who maintained the subject as mandatory, maintaining its study in the undergraduate and graduate courses and also, through the fruitful activity of the Rio Branco Institute, a training school for diplomats of the Ministry of Foreign Affairs of Brazil, which since its founding in 1945 has maintained the Public International Law as a compulsory subject for its members, being initially taught by Professor and Ambassador Hildebrando Acciolly, followed by renowned exponents of the subject.¹⁷

The exclusion of the International Law subject from the mandatory curriculum of the law courses in the country as from 1972, led to structural weakness from the point of view of theoretical and technical-legal understanding of legal operators, and the subject has not advanced in those dark years, undoubtedly impacting on the limited writing of the Brazilian Constitution of 1988. The Brazilian Constitution of 1988, currently in force, drafted in the context of the process of democratization, although having a strong international influence, was limited to reproducing and copying international rules, including in its text “blocks” without a systemic legal logic, in certain moments in an unreasonable or lacunar manner, with a strong influence and perspective of the sovereign constitutional law, leading to a document that does not systematically follow the application of the international normative content in the Brazilian legal system, reproducing thus the slight knowledge that was developed on the subject at that time, due to the weakness of legal education in universities, which also ends up being reflected in the courts and in the national jurisprudence.

17. <http://www.institutorio Branco.itamaraty.gov.br/images/pdf/Anuarios/Anuario-20151.pdf>

It was only after 2004, with Resolution 09/2004 of the Ministry of Education, reflecting the growing tendency of Brazil's participation in the international level and the consequences of the democratization process as from 1985, the direct elections for president in 1989, as well as the emergence of the globalization process, that the disciplines of Public International Law and Private International Law return to the curriculum as an axis of professional training, comprising in addition to the dogmatic approach, the knowledge and application of law.

The history of legal teaching and in particular of International Law in Brazil between the empire and the new and old republics is directly related to the political regimes and the ideological view that they sought to implement through the educational system, establishing paradigms and theoretical lines that materialize their ideology or, when it served to this, its more practical character.¹⁸ Jurists and lawyers graduated in Brazilian universities reflect the pedagogical and curricular structure in which they were educated and disciplined, and in particular in the field of International Law, there is a historical gap in the training of interpreters and applicators of International Law, which must be corrected.

3. The study of International Law at Brazilian Universities in the contemporaneity

Brazil has a population of 207,960,994 million inhabitants.¹⁹ There are 8,052,254 university students enrolled in Brazilian universities and the Law degree is the one that has the largest number of courses and offers, there are 1,313 law schools in total,²⁰ with a number of 862,324 students enrolled,²¹ annually granting the title of Bachelor of Law to 95,701

18. IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O ensino do direito e a separação dos eixos teórico e prático: inter-relações entre aprendizagem e ação docente. São Paulo: USP, 2011. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo

19. <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>

20. In evolutionary framework, in 1995 there was 165 Law faculties; in 2001, 505 Law Faculties; in 2014, there was 1,284 Law Faculties and the tendency is that such numbers continue to grow.

21. http://sistemascensosuperior.inep.gov.br/censosuperior_2016/

graduates²², undoubtedly a significant number when compared to other countries, and even compared to the Brazilian population density.

Obviously, the expressive number, when compared to other countries, has no consequence on the education of lawyers who work in the field of International Law, but instead, as presented in the previous topic, in comparison to other fields of law, few engage in the study of International Law, reflecting the core of the education of law undergraduates in Brazil.

This can be explained in part by some problems related to the allocation of the International Law course as mandatory in the curriculum of the universities since the Resolution 9/2004 of the Ministry of Education. The undergraduate programs have been paying feckless attention to the course, giving it an incompatible and reduced workload, with an average of 80 hours of the total law course load, taught in one or two semesters over the five years of the course program, while other courses not so important for the education of a jurist have a much longer workload. Another factor is the consolidation of a program based on handbooks, disconnected from a dialogue with other branches of law, leading students to be not sure why they are studying for example diplomatic law, or other issues that distance them from the practical and effective application of International Law, in addition, it is general practice to have shallow education, frequently based on discussions of public tenders, and elementary concepts of the discipline. When it is not, a deplorable common practice in universities, it is the appointment of improvised professors from other areas to the discipline, such professors do not have international formation or vocation, they lack passion for the subject and do not understand its importance, leading students to a vicious cycle of ignorance and distancing them from the study of International Law.

In the same context, the scenario is even more disappointing when focusing on continuing education, after the undergraduate in law, in the fields of *Lato Sensu* postgraduate courses, or specialization courses in Law (courses, as a rule, with course load from 360 to 432 workload or in the average duration of 12 to 18 months), however paradoxical, although with a wide range of courses offered by the most

22. http://sistemascensosuperior.inep.gov.br/censosuperior_2016/

varied institutions, specialization courses in International Law reveal to be not common when compared to the number of undergraduate courses in the country, it shows that few courses survive in a universe that theoretically would have great demand.

Special mention should be made of the specialization courses in International Law of the Federal University of Rio Grande do Sul - UFRGS in Porto Alegre, created in 1999 and coordinated by Professor Claudia Lima Marques, that has already granted diploma to 382 specialists in International Law. Since 2005, at the State University of Londrina – UEL, in Paraná, the postgraduate course in International and Economic Law, created by Professors Marcia Teshima and Helena Aranda and currently coordinated by professors Juliana K. Nakayama and Patricia Ayub Costa Ligmanovski, has already trained 235 specialists. At the Pontifical Catholic University of São Paulo, the postgraduate course in International Law was created in 2007, being under the coordination of Professor Carlos Roberto Husek, it has already granted degree to more than 50 specialists. In Belo Horizonte, there is a course created in 2005 that has already granted specialist degree to 200 professionals, such course has been offered at the Centre for International Law – CEDIN, which is coordinated by Professor Leonardo Nemer Caldeira Brant. In addition to these regular courses, there are some transient and occasional experiences coordinated by me at the Pontifical Catholic University of Paraná in Curitiba, having graduated three classes between the years 2004 and 2006 and granted a diploma to 60 students; it must be also mentioned the course available at Escola Paulista de Direito – EPD, in São Paulo, which trained between the years of 2009 and 2011 an average of 50 specialists on International Law.²³

The picture described above is alarming because, in theory, specialization courses would be the gateway to a deeper study of International Law and a fundamental instrument for the improvement of potential professors or legal practitioners, even in small numbers, many of them end up not advancing in their study and research. Another point to be highlighted is that all existing courses were created in 2000, inserted, therefore, in another disciplinary and normative context.

23. Data and numbers were formally provided by the secretariats of the graduate programs.

Concerning *stricto sensu* graduate courses, meaning the masters and doctorate courses, which require greater time of dedication (masters 2 years an average, and the doctorate takes three to five years). The Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (CAPES)²⁴ recommends a total of 4,387 graduate programs, among which 106 are graduate programs in Law. These 106 graduate programs in law are further divided into 63 programs aimed exclusively at the academic master's degree; 7 Masters of Law degree programs (accepted in Brazil as a specialization); and 36 programs that offer academic masters and doctorates. Analysing then the graduate courses available in the country, one can note that only 142 of the 6,538 courses recognized by CAPES²⁵ are Law courses. Such courses are currently divided into 99 academic master's degree courses, 36 doctoral courses and 7 Masters of Law degree courses.

The country also has a number of students enrolled in graduate courses, 266,818 students in total, being 12, 436 master students, 107,640 PhD students and 32,742 students of specialization²⁶. Law students represent a total of 8,621 students, from which 6,037 are regularly enrolled in an academic master program; 2,372 are regularly enrolled in a PhD program; and 212 are regularly enrolled in a Masters of Law program²⁷.

It must be noted that only the Faculty of Law of the University of São Paulo is able to grant the title of master and doctor in International Law through its course, which currently has 91 students enrolled, having granted 17 titles of master and 10 of doctor in International Law in 2016.²⁸ Other graduate programs of important institutions have a

24. CAPES. **Cursos Recomendados e Reconhecidos**. Plataforma Sucupira. Disponível em < <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/quantitativoAreaAvaliacao.jsf;jsessionid=IpC19tcuSCVdbQW-NHKsjYjWE.sucupira-213>> Acessado em 06/09/2017

25. CAPES. **Cursos Recomendados e Reconhecidos**. Plataforma Sucupira. Disponível em < <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/quantitativoAreaAvaliacao.jsf;jsessionid=IpC19tcuSCVdbQW-NHKsjYjWE.sucupira-213>> Acessado em 06/09/2017

26. CAPES. **Sistema de Informações Georreferenciadas**. GEOCAPES. Disponível em < <https://geocapes.capes.gov.br/geocapes/#>> Acessado em 06/09/2017

27. CAPES. **Sistema de Informações Georreferenciadas**. GEOCAPES. Disponível em < <https://geocapes.capes.gov.br/geocapes/#>> Acessado em 06/09/2017

28. <https://uspdigital.usp.br/janus/>

line of study in International Law, such as the Federal University of Rio Grande do Sul - UFRGS, which has a team of qualified teachers who dialogue with the subject; the State University of Rio de Janeiro – UERJ; the Pontifical Catholic University of Sao Paulo; The Federal University of Santa Catarina-UFSC, and the University Centre of Brasilia – UNICEUB in Brasilia. Obviously, because the subject has interdisciplinary character, in many programs many selfless teachers with a background in International Law lend their knowledge and prestige and are performing an impressive work in the supervision of research papers for the development of theses on International Law, even in programs that have other branches of Law as main themes.

An important part to be considered is that there are research groups linked to the universities. Such groups are led by teachers and revel themselves as a space to improve the debate on important issues in the field of Law. Currently in Brazil there are 1,386 groups of research in Law, being 185 groups in International Law in particular (it is estimated that with other denominations that number may relatively increase), another curious fact, which can be inferred from the above statistics, is that most of them – 148 - were created in the last 10 years, even considering the small number of groups compared to the number of institutions, such data circumstantially shows a living debate within the university, a debate that was also triggered as from the year 2000.²⁹

There is a very positive phenomenon that is the growing search for education in International Law in foreign Universities and institutions, this is possible in the contemporary times because of the easy communication and expansion of international mechanisms and instruments fostering research and study. Several international institutions have organized moot court competitions and specialization courses on specific topics. The great participations of Brazilians in the Summer Courses of The Hague International Law Academy must be highlighted. Of a general nature and focused on Public and Private International Law, such courses bring together, every year, renowned professors of International Law from all around the world to discuss current topics of International Law, and the Brazilians have been the most expressive number among participants of different nationalities. Every year, since

29. http://dgp.cnpq.br/dgp/faces/consulta/consulta_parametrizada.jsf

2010, a fair number of Brazilians are interested in Public and Private International Law courses at The Hague Academy. In 2010, 34 students participated in the course of Public International Law and 54 in the course of Private International Law. There is certain stability in the number of participants, considering that in 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 and 2017 the course of Public International Law counted with, respectively, 38, 30, 34, 26, 26, 26 and 35 Brazilian students. The same stability of participation can be observed in the course of Private International Law, which counted with the participation of 46, 38, 34, 26, 35, 21 and 42 Brazilian students in the years 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 and 2017, respectively.³⁰

Nowadays, the study of International Law in Brazil is in expansion, specifically from the year 2000, when the universities were forced to reinsert the discipline in its mandatory curriculum, mainly because they were connected to a new reality in the international society and by the concrete unleashing of the globalization process. This new reality carries with it the challenge of overcoming decades of darkness due to the precarious education of cadres and of places of study and research, as well as the over-frequent use of handbooks and little reflective view of the past century that influence the way that the discipline is taught.

In the recent years, the study of International Law in Brazilian universities has been expanded and dealt with in a more serious and professional way, especially after the reform of higher education and the design of a new global order since 1989, marked by the insertion of the country in several multilateral and jurisdictional institutions, the production of recommendations and the incorporation of treaties which have brought global obligations to the country.

This slow, but gradual and timely awakening has been leading to the allocation of International Law in a more central position in the structure of Brazilian law courses. In spite of the fact that the reality is still discouraging in the great majority, upon request of their students, the universities have realized the need for international cooperation agreements for the mobility of teachers and students; have opened elective subjects and courses in order to promote a more internationalized vision

30. Data formally provided by the Secretariat of the Hague Academy of International Law.

of Law. On the other hand, institutions such as the Public Prosecution Service and the Federal magistrate have already realized the need for a more in-depth training of their staff in International Law, not only through public tenders, but also through the improvement of their staff, which has slowly occurred in the Brazilian Bar Association, which maintains, in its State Sections, Commissions focused on the work of the internationalist lawyer and has increasingly adopted issues of International Law in its examination.

In this context, it is important to note that due to the expansion of the theme and the awakening of a larger number of researchers, there is a new emerging generation of dedicated researchers and professors who have oriented their studies in a systemic and serious way in graduate courses - in Brazil and abroad - and have given more in-depth treatment to the subject, a treatment connected with the current reality of the discipline, thereby influencing the growing academic production.

4. Funding institutions to International Law study in Brazil

It is a tradition among the main law schools to have an institution that brings together the main players and professionals that work on the theme, organizing events, conferences, publications, documents, in order to keep the debate and the discussion about the theme alive contributing to the progress of the study, regionally or in the States, it is common thus the existence of congregating societies of researchers and teachers that carry out fundamental work.

Brazil has a gigantic geographical dimension, having its regional differences quite marked, but the tradition in the discussions on International Law, as well as the small number of professors and researchers, allows certain identity in the confluence and discussion on the paths of International Law.

The oldest and most traditional institution developing the study of International Law in Brazil is the **Brazilian Society of International Law - SBDI** institutionalized in December 1914 under the presidency of Amaro Cavalcanti,³¹ SBDI was certainly fundamental for the con-

31. He was a member of the Permanent Court of Arbitration, in The Hague, as per the Decree of May 23rd, 1917. Through the Decree of November 27th, 1918,

solidation of a “school of International Law” in Brazil, especially because at that time the mechanics regulated by the two Hague peace conferences between 1889 and 1907 were strengthened and because of the institutionalization of the first Organization of universal vocation, the League of Nations, and the Pan-Americanism that would later lead to the creation of the Organization of American States.³²⁻³³⁻³⁴

Great names have participated in SBDI, people that are historical reference for International Law, as Rodrigo Octávio de Langgaard Menezes, Pedro Lessa, Clóvis Beviláqua, Epitácio Pessoa,³⁵ Lafayette Rodrigues Pereira, Raul Fernandes, Miranda Bridges, Carlos Maximiliano, Levi Carneiro, Philadelpho Azevedo, Rui Barbosa, Haroldo Valadaão, Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, Celso de Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel, among others, and currently Antonio Augusto Cançado Trindade, Judge of the International Court of Justice.

Through the years, SBDI passed by organizational oscillations, but never ceased to exist, marking the evolution of the international dis-

the period for which he was appointed in said Court was renewed until May 22nd, 1923. As per the Decree of September 18th, 1905, he was nominated Legal Adviser to the Ministry of Foreign Affairs, having been exonerated, upon request, in a decree dated June 27th, 1906. Attorney-General of the Republic and one of the authors of the Brazilian Constitution of 1891. He was minister of the Supreme Federal Court as from May 11th, 1906, named Minister, by decree of May 11th, 1906, replacing João Barbalho Uchôa Cavalcanti, who was retired. He took office on June 27 following, retiring on December 31st, 1914. On January 12th, 1917, he was appointed mayor of the city of Rio de Janeiro when it was still the Federal District. He governed from January 15th, 1917 to November 15th, 1918, when he was appointed Finance Minister by the President Delfim Moreira. (<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=200>)

32. Compulsory reading of the work of: Brandão, Clarissa (coord). *Sociedade Brasileira de Direito Internacional: Primeiro centenário*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2014.

33. *BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL*, ano I, numero I - janeiro-junho, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945

34. BRITO, Octavio do Nascimento. *A Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano V Janeiro-dezembro de 1949, n 9-10, 1949. P. 26-31.

35. FRANCA FILHO, Marcilio Toscano; MIALHE, Jorge Luís; JOB, Ulisses da Silveira (org.). *Epitácio Pessoa e a Codificação do Direito Internacional* _ Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2013.

cussions in the country, as recorded in its journal, the “**Bulletin of the Brazilian Society of International Law**”, in such series it is possible to find rich material that reflect the thinking of Brazilian International Law in a given time.

Given its recognized prestige, and because it was a collaborating institution of the Public Administration, a headquarters was granted to the Brazilian Society of International Law by the Brazilian government, in the person of Minister Afranio de Mello Franco in 1932, and SBDI was settled in one of the rooms of the Itamaraty Palace in Rio de Janeiro. Nowadays, due to the paralysis of its activities for a long time, the institution no longer has said headquarters, having at some point been lost. However, due to acquired right, it is expected from the governmental authorities to be sensitive and return the institution headquarters to one of the rooms of the Itamaraty Palace in Rio de Janeiro.

Fact is that since its creation SBDI has survived greatly due to its umbilical relations with the Ministry of Foreign Affairs and its actors, the transfer of the Ministry headquarters to Brasília, and the loss of interest in International Law by the Brazilian government, especially in the 70s and 80s, eventually weakened the entity and furthermore some documents were lost, only surviving thanks to the efforts of Antônio Celso Pereira, its current president.

In 2011, at a meeting held in Foz do Iguaçu, at the Brazilian Congress of International Law, it was decided to reorganize the entity in accordance with the new legal requirements, which were more complex and comprised by legal administrative bureaucracy, being the board of directors constituted by the following members: Antônio Celso Pereira, Wagner Menezes, Nádia de Araújo, Clarissa Brandão. The group is still working to reorganize and to rescue the tradition of the institution.

Although it is not an institution, , it is worth mentioning the work carried out by the **International Law Meeting of South America (EIDAS)**, under the leadership of Luiz Otávio Pimentel, EIDAS has contributed greatly to the revival of debates and discussions on International Law in Brazil at a time when there was practically no discussion about International Law in the Brazilian academic world, EIDAS revived such discussions at a time when there was a political scenario of change in the Brazilian society through the process of redemocratization and the integration project within Mercosur.

EIDAS, International Law Meeting of South America, began in the University of the Southern of Santa Catarina (UNISUL), in the City of Tubarão, State of Santa Catarina, in 1991, at the initiative of Prof. Luiz Otávio Pimentel and other teachers from South America. Since 1991, a series of events took place, such events distinguished themselves by the large number of participants, having a total of 12 editions: 1992 in Tubarão; 1993 in Tubarão; 1994 in Asunción, Paraguay; 1995 in Montevideo, Uruguay; 1996 in Buenos Aires, Argentina; 1997 in Santiago, Chile; 1998 in Florianópolis; 1999 in Asunción, Paraguay; 2000 in La Paz, Bolivia; 2001 in Florianópolis; 2003 in Florianópolis; 2006 in Florianópolis in the State of Santa Catarina.³⁶

EIDAS's mission was: to improve human resources for law enforcement, research and teaching in a constantly changing society; promote debates and interaction with civil society, economic agents, government and international organizations; bringing together people interested in improving local, state, national institutions, regional and international blocks guided by ethical values and social responsibility.³⁷

EIDAS has developed a space for experts from all over South America to exchange ideas on integration and International Law, and especially for young academics and researchers, and the themes, theses, topics addressed by the speakers expressed and referred to an era, end and beginning of centuries, that put the present in a dynamic future, of rapid changes, engendered in mundialization, structured in globalization, an era in which the market demanded decisive, complex and accelerated performances. It brought together presidents of republics, ministers of state, diplomats, the most prestigious public authorities and from international organizations, renowned jurists, political and social scientists, economists, philosophers, professors and students.³⁸

The theme of the last event, which took place in 2006, was "Trade and Development", reflecting concerns about the decisions of international organizations, multilateralism, regionalism and bilateralism that

36. PIMENTEL, Luiz Otavio (org). *Direito da Integração e Relações Internacionais: Alca, Mercosul, EU*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

37. PIMENTEL, Luiz Otavio (org.). *Direito Internacional e da Integração*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

38. PIMENTEL, Luiz Otávio (org). *Mercosul, Alca e Integração Euro-latino-Americana Vol. II*, Curitiba: Juruá, 2001.

would have an impact on Brazil and other developing countries. The event remains in the memories of many teachers who started their researches in these meetings and contributed without any doubt to boost the academic discussions on the subject in Brazil.

Another fundamental development institution for the study of International Law is **CEDIN-Centre for International Law**, created by Professor Leonardo Nemer Caldeira Brant, the Centre began its activities in 2002, in the city of Belo Horizonte, state of Minas Gerais, as Centre for International Law with the “I Colloquium on International Law”; and right after with the organization of a series of events, having been formally institutionalized in 2004.

CEDIN carried out several partnerships for the development of research and has several publications and series of works on International Law in its catalogue of activities, including the following publications: in 2003, publication and release of the book *Terrorism and Law: The Impacts of Terrorism in the International Community and in Brazil - Political-Legal Perspectives*; release of the book *The Authority of res judicata in Public International Law*; in 2005, publication and release of the book *International Court of Justice and the Construction of International Law*; in 2006, release of the *First Yearbook of International Law*; releasing of the *Collection To understand*, which has begun with the work “To understand the United Nations” (that in its series, until today, produced more; in 2008 *Comments on the Charter of the United Nations Organization*) in 2015, *International Criminal Court - Comments on the Rome Statute*.

Another activity that marks the calendar of Law studies in Brazil and that is sponsored by CEDIN is the winter course in International Law, held in Belo Horizonte uninterrupted since 2005, with an approximate participation of 150 people among graduates, lawyers, researchers. The courses are taught by renowned professors from Brazil and abroad. It is worth mentioning that CEDIN still maintains one of the few courses of specialization in International Law that exist in Brazil and, as already mentioned, has granted degrees to more than 200 professionals.

The **Brazilian Academy of International Law-ABDI** was created by me in 2003 with the purpose of developing a Brazilian school of International Law thinking and strengthening its study, bringing together all researchers, professors, and operators of Law and International relations. There is a joint action of the activities of ABDI and SBDI, as

if ABDI were the academic arm of the former institution and there is a tendency to the union of the both institutions.

ABDI was created as an association of technical-scientific nature, in the national level, it is a non-profit organization and has no religious or political line, based on principles of humanistic thinking, focused on the commitment of ethical thinking and the intransigent defence of Human Rights. Its initial and historic headquarters was in the city of Curitiba, but currently it has headquarters in São Paulo, Brasília and Rio de Janeiro, with the following main objectives: To promote and expand the study of International Law in Brazil; disseminate consolidated technical and scientific knowledge, as well as recent studies and research in all sectors of the professional activity of International Law; to be a harmonizing centre of the action of the internationalists in the doctrinal, jurisprudential and normative conduction involving International Law matter; expressing the academic thinking and aspirations of International Law; promote the recruitment of all researchers and professionals involved in International Law; support the representative bodies of the class in their efforts for the professional development of International Law; promote courses, seminars, and events involving discussion of International Law; support, assist and encourage institutions that coordinate events involving the debate on International Law or the development of research activities; to establish an exchange of study with institutions from other countries for the development and deepening of the debate on issues involving International Law; disseminate normative, doctrinal and political guidelines on the conduct and interpretation of International Law in the country; promote the publication of academic papers focused on the debate on International Law, among other activities. Only in the last year (2016) ABDI supported the realization of 20 events, totally free of charge.

Another activity that marks ABDI's annual calendar since its foundation, and especially in the context in which it was created, is the organization of the **Brazilian Congress of International Law**, an event that has become one of the biggest legal events in Brazil and certainly the most scientifically organized and rigorously. The Congress has a national and international dimension, it has been held uninterruptedly in the last 15 years, in Curitiba, São Paulo, Foz do Iguaçu, Brasília, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Fortale-

za, Gramado and Florianópolis, annually bringing together more than 1000 people who attend to 250 exhibitions at each event, on average. In order for a researcher to be able to present at the congress, he undergoes a rigorous process of paper evaluating, composed of two phases: first the candidate sends a draft for judgment and, after approval, he writes and sends the complete paper which will be evaluate through an electronic procedure *double blind peer review* by which it is analysed and judged by two Ph.D. professors (The editorial board is composed of 80 Ph.D. professors in International Law) and, if approved, the article is published and released during the annual event, having been published more than 30 volumes of yearbooks of the event, which comprises more than 700 articles and that indicate the line of thought and study of International Law in Brazil.³⁹

The Congress led by ABDI is today the highest forum of representation of researchers and professors of International Law in Brazil. The annual meeting is a true festival on the subject, allowing the exchange of ideas, launching of innovative theses, release of books, establishment of research networks, and contributed in the last 15 years to the development of International Law, as well as the education of a whole generation of internationalists, professionals, professors and researchers. At the same time, ABDI has received the association of institutions and teachers as a reference of its professional activity.⁴⁰

The above mentioned institutions compose the history of International Law in Brazil, each one in its own way and at a given moment, was fundamental to the consolidation of the International Law study in the country, especially for promoting the harmonization of researchers on the subject and the organization of events for the discussion of ideas. It should be noted, however, that Brazil faces once again the creation of institutions and forums, especially since 2000, which also demonstrates the existence of a historical hiatus in the teaching of International Law in Brazil and the challenge of recovering the lost time.

39. MENEZES, Wagner. *Estudos de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004-2010.

40. MENEZES, Wagner. *Direito Internacional em Expansão*. São Paulo: Arraes, 2012-2017.

5. *Brazilian doctrinaire contribution to International Law and bibliographic production*

The Brazilian academic and diplomatic thinking is traditionally a space for thesis management and doctrine in the field of International Law. Whether on a regional or universal level, Brazilian academy fostered and contributed to the academic consolidation of several institutes in the field of International Law, especially the principles of *uti possidetis*, which consolidate the territorial domain of the State; the principle of equality in International Law, a basic principle in international legal relations; and also the optional clause of compulsory jurisdiction, which is fundamental to the operation of international tribunals in the classic way.

The first theses were developed by the diplomatic practice that marked the action of the States in their relations to consolidate their borders and their dimension of international sovereignty. With the consolidation of university and research spaces at educational institutions the doctrinaire constructions have become more sophisticated and academic discussions have become more complex, but the Brazilian practice among its diplomatic practices and its academy continues with great creative force.

Thus, some principles and theses of general International Law should homage the contribution of Brazilian jurists, whether for their engagement in conferences, for the diplomatic ability to develop understandings, or because of their ability to create theories that faced difficult international questions.

From its formulation by **Alexandre de Gusmão**, the principle of *uti possidetis* can be understood as the first Brazilian doctrinaire contribution to International Law, even if the extent of its application is questioned, the institute is constantly invoked and referenced by the academy and diplomatic operators.⁴¹⁻⁴²

As special advisor of the Portuguese Crown, appointed by Dom João V, his task was to negotiate and define the geographical borders of Por-

41. CORTESÃO, Jaime. Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madri. Rio de Janeiro, Instituto Rio Branco, 9 vol.

42. ALMEIDA, Luis Ferrand de. Alexandre de Gusmão, o Brasil e o Tratado de Madri. Coimbra. Instituto Nacional de Investigações Científicas, 1990.

tugal with Spain in America, which had been expanded by Portugal beyond what was agreed in the Treaty of Tordesillas and, for this purpose, he argued that the origin of property would be the effective occupation of the territory, reviving the Roman Law principle applied as a fundamental pillar of the agreement based on the principle of *uti possidetis*.⁴³

The central idea of the principle detached from Roman law and applied to the American territory was based on the interpretation that those States which already exercised some form of effectively jurisdiction over occupied territory would have territorial rights over the lands, undisturbed, peaceful, continued and extended possession, based thus on a real relation of ownership between the state that was being formed and the territory where it already had a zone of influence, consolidating thus its legal relationship of sovereignty.⁴⁴⁻⁴⁵

It must be noted that the mentioned agreement was necessary because of the interests of both crowns, actually both States invoked the institute adopting however different perspectives of the principle to fit their interests. Brazil, which took possession of a vast territory beyond the lines defined by the Treaty of Tordesillas, and the nations of Hispanic origin, which when they were formed had no longer power over part of the territory established in the demarcation treaties of the possession of the metropolis and wanted to stop the Portuguese expansion and the attack of other enemy nations. Therefore, being applied since the very start of the American nations, the principle ended up consolidating itself as a fundamental principle for the definition and demarcation of territorial borders in America.

Another fundamental contribution to the International Law was given by **Rui Barbosa**, who played a decisive role in the recognition of the principle of equality. It is worth remembering that the principle of equality of States is direct related to the concept of sovereignty, established after the Peace of Westphalia, which ended the 30 Years

43. GOES FILHO, Synesio Sampaio. Alexandre de Gusmão: O estadista que desenhou o mapa do Brasil. In PIMENTEL, José Vicente de Sá. *Pensamento diplomático brasileiro: Formuladores e agentes da política externa (1750-1950)* _ Brasília: Funag, 2013, p. 53-85.

44. ARECHAGA, Eduardo Jimenez de. *Curso de derecho internacional público*. Montevideu, v. II, 1961. p. 445.

45. ACCIOLY, Hildebrando. *Op. cit.*, 1956, p. 130-131.

War and recognized the geographical autonomy of the kingdoms as independent units, even though at that time the concept of sovereignty was not developed, as it was shortly after with the studies of Vattel and Puffendorf, among others.

Although it was implicitly present in philosophical debates, it was only in 1907, when the Second International Peace Conference in The Hague was held, that there was no distinction between large and small, strong or weak States, and the principle of equality between them was condensed.⁴⁶

It should be also noted that such principle had its origin in the movement and proposition of the action of the Latin American states that for the first time appeared together at a world international conference. Rui Barbosa, Brazilian delegate, counting with the unconditional support of the Latin American states, defended in his speech the criterion of equal treatment for States without any distinction based on their economic dimension.^{47-48,49,50}

It is important to clarify that the principle of equality of States is a normative-legal postulate, and leads to the conclusion that in the International Law view, standards must be fulfilled by all States regardless of their geographical size, military arsenal, economic power or any other criterion, serving as an antidote to hegemonic action. Today, the principle of equality is a baseline assumption to normalized international relations, appearing not only in the Charter of the United Nations, but in various texts of universal recognition. The consideration of inequality among States at the international level must be supported by the legitimacy expressed in the legal acceptance of such condition by the States.⁵¹

46. II Conferência da Paz, Haya, 1907: a correspondência telegráfica entre o Barão do Rio Branco e Rui Barbosa (centro histórico de documentação diplomática) Brasília: FUNAG, 2014.

47. URRUTIA, Francisco José. *Recueil des Cours*, 22/133.

48. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, 1961, p. 52.

49. MARINHO, Ilmar Penna. *Op. cit.*, 1933.

50. MARINHO, Ilmar Penna. A atuação de Rui Barbosa na Haia e sua influência sobre a evolução do direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, jan./dez. n. 27-28, 1958. p. 5ss.

51. The International Union of Social Studies has published work on the existence of an International Moral Code, and points out that there are differences between

The principle of equality concentrates in its essentials the idea that all states are equal before the law. It is essentially a right that juxtaposes sovereignties side by side and opposes to hegemony of one over another, notwithstanding the real differences that they possess geographically, economically, culturally. It is true that at all the time the reality shows the condition of many of them, but when equality is inserted in the principle basis of the norm - at the level of principles, because they are prior to the Law - they are qualified to define and guide it.⁵²

Another important contribution was made by **Raul Fernandes**, father of the *optional clause of compulsory jurisdiction*, which was inserted in the Statute of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in 1920, and later was also adopted under the Statute of PCIJ successor, the International Court of Justice (ICJ) in 1945.

One must remember that although at the time of the preparatory work for the PCIJ's statute the first proposal defended by the Latin American delegations had been to establish compulsory arbitration as a peaceful mechanism for the resolution of conflicts, the other countries were not yet prepared for such an innovation. In this sense, Raul Fernandes proposed Article 36 of the Statute, according to which the members of the League of Nations could, at the time of signature or ratification of the Protocol that establish the Permanent Court, or at a later date, declare the recognition of the Court's jurisdiction over all or some of the legal disputes which could arise between the signatory Sta-

States that would allow differential treatment as opposed to the idea of equality, provided that it was based on: a) the need for certain States whose fragility demands the compassionate assistance of other nations; b) in the particular situations created by the neighbourhood relations, by the blood community, by the special commitments of mutual aid; (c) the inability of a State to meet its international obligations or to effectively protect the life or property of aliens resident in its territory; d) in the dangers that the excessive ambitions of a State run the security of its neighbours or the peace of the world (União Internacional de Estudos Sociais. Código de Moral Internacional. Petrópolis, RJ: Vozes, 1954, p. 52). These notions, presented in that document, are in fact exceptions that do not interfere in the principle of equality as a legal postulate, which could only be disregarded if it were carried out within the scope of the permissibility of the normative system itself.

52. DUPUY, René-Jean. *O direito internacional*. Tradução de Clotilde Cruz. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 52.

tes, such recognition was only related to any other member or State that had accepted the same obligation. Therefore, only in principle the idea of a compulsory judicial procedure for the resolution of international conflicts was accepted.

In the context of his analysis of the preparatory work conducted in 1920 by the Committee of Jurists responsible for establishing PCIJ's Statute, Antonio Augusto Cançado Trindade also highlights the relevance of the role played by Raul Fernandes. In a dissenting opinion on the *Georgia v. Russian Federation*, a case judged by ICJ, The Honourable Brazilian Judge made a retrospective analysis of the negotiations and proposals discussed at the time, underlining the fact that the optional clause of compulsory jurisdiction, proposed by Raul Fernandes, represented at the time the key prediction to break the impasse in which the States found themselves at: the difficulty of reaching a consensus on the obligatory nature of international jurisdiction.⁵³

In his dissenting opinion, by stressing the importance of the optional clause of compulsory jurisdiction as a compromise, Cançado Trindade made references to the remark made by the Norwegian representative to the Committee, Mr Hagerup, at the conclusion of the debate on December 13th, 1920, who celebrated South America's contribution to the creation of a mechanism of compulsory jurisdiction, and in particular, the proposal of the Brazilian delegation, represented by Raul Fernandes, stressing its importance and that it had been approved by the Assembly (Eighth Session) together with the draft Statute as a whole.

In this regard, one must also highlight the manifestation of J.-M. Yepes, who acknowledged the repercussion of Raul Fernandes's contribution and consecrated him as one of the most eminent internationalists of the history of Brazil, justifying such assumption by the positive developments of his proposal during the preparatory work of the Statute of the PCIJ, especially because it is also faithful to the Latin

53. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Opinião Dissidente. In: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, 2011. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/140/140-20110401-JUD-01-08-FR.pdf>

American ideology, taking up the idea of legal equality of States in the formation of the Court.⁵⁴

There are other internationally respected Brazilians such as **Oswaldo Aranha**,⁵⁵ **Hildebrando Accioly**, **Geraldo Eulálio de Nascimento e Silva**, and **Vicente Marotta Rangel**. Nowadays Brazil counts with a prominent name, the Judge of the International Court of Justice **Antonio Augusto Cançado Trindade**, who defends a new *ius gentium* developed as from the humanization of the International Law. His thesis has served as perspective of analysis and debate in diverse international forums and institutions, not only by the force of the subject, but for his intellectual and productive capacity.⁵⁶

Currently, Brazil has participated in several international forums for the promotion and discussion of International Law, and from them, it is possible to emphasize names that are at the forefront of contemporary International Law thinking. One can highlight in this sense the presence of the ambassador **Eduardo Vergne Sabóia** in the International Law Commission The United Nations; **Flavia Piovesan** at the OAS Human Rights Commission; **Roberto Caldas** as Judge of the Inter-American Court of Human Rights; Ambassador **Baena Soares** at OAS Inter-American Committee of International Law; Professors **Celso Lafer** and **Luiz Olavo Baptista** in International Trade Law, **Nadia de Araújo** at the Permanent Court of Arbitration. **Claudia Lima Marques** and **Carmem Tibúrcio**, having taught at the Hague Academy of Private International Law, and **Jorge Fontoura**, president of the Permanent Review Court of Mercosur.

The importance of these actors is justified insofar as they participate in the central debate of International Law and they are undoubtedly a reference in the subject discussions in Brazil and in the world. Howe-

54. YEPES, J.-M. *La contribution de l'Amérique Latine au développement du Droit international public et privé*. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1930, II.

55. LIMA, Sergio Eduardo Moreira; ALMEIDA, Paulo Roberto de; FARIAS, Rogério de Souza. *Oswaldo Aranha: Um estadista brasileiro*, Vol. 1, Vol. 2, Brasília: Funag, 2017.

56. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind: Towards a new Jus Gentium*. General Course on Public Interantional Law. Hague Academy of Interantional Law. Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2006.

ver, it should be noted that there is an independent academic production, in local scientific journals, that is developed in Brazilian universities and led by the professors of the area, with in-depth studies in connection with foreign institutions.

In this sense, some of these independent academic productions must be noted. First, due to its tradition, the **Bulletin of the Brazilian Society of International Law**, which has published its centennial edition, meaning it has been periodically published since 1914 and it comprises articles written by the principal researchers of the country. The Bulletin had as editors-in-chief Amaro Cavalcanti (1915) and later, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva (1945-1948 / 1951-1972); Paulus da Silva Castro (1949-1950); J. R. Franco da Fonseca (1973-1978); Antônio Augusto Cançado Trindade (1980-1997) and since 2012 I have implemented changes in editorial design aiming to adequate it to international publication rules.

UNICEUB's **International Law Journal**, coordinated by Professor Marcelo Varela, is prominent among Brazilian universities, especially because it has A1 qualification, a classification awarded by CAPES because the journal has adopted international publication criteria, which makes it a very attractive and contested journal for the submission of articles to publication. Likewise, the **Brazilian Yearbook of International Law**, under the coordination of Professor Leonardo Nemer Caldeira Brant, has received the same recognition of institutions that promote research and being also a respected journal.

Two series, which are under my coordination, should be highlighted. Both are mandatory reading, fundamental to understand International Law in Brazil because they were produced in the context of the Brazilian Congress of International Law. The series "Estudos de Direito internacional" published by Juruá counts with 21 volumes, and "Direito Internacional em expansão", published by Arraes Editores (currently counting with 12 volumes). In the mentioned works, it can be found a set of papers sent by Brazilian authors from different parts of the country and institutions and, therefore, one can understand clearly which are the sensitive subjects to the Brazilian academy and the methodological approaches implemented by the researchers.

As far as courses and textbooks are concerned - excepting works aiming to help people who are participating in public tenders - the

most recommended and best-selling books are: **Direito Internacional Público: Curso Elementar** already in its 16th edition and written by the former Judge of the International Court of Justice and Chancellor **Francisco Rezek**; **Hildebrando Accioly**'s work, published in the 60's and updated by **Paulo Borba Casella**, named *Manual de Direito Internacional Público*, which is in its 23rd edition.⁵⁷ It is worth mentioning two important works that are still being used, but whose authors died early: *Curso de Direito Internacional Público* by **Celso de Albuquerque Mello** (published by Renovar)⁵⁸ and *Curso de Direito Internacional Público* by **Guido Soares** (published by Atlas).⁵⁹ Notwithstanding the Brazilian tradition of courses and textbooks, it is certain that an expansion of themes can be observed in the field of International Law, emerging new themes and ramifications, allowing the publication of several specialized works such as International Environmental Law, Human Rights, International Legal Cooperation, International Tribunals, Law of the Sea, International Criminal Law, International Organizations, among many other more specific issues, such works arise from studies and research developed in masters and PhD courses. The academic production on International Law in Brazil does not stop growing and becoming more and more specialized.

By the way, it is curious that since the year 2000 there has been a significant growth in the publications of International Law and the bibliographic production has not stopped growing. The main Brazilian publishers have opened increasing space for publication of International Law works and the numbers of publications call attention. In general, just to get an idea and bearing in mind that the numbers end up changing very fast, **Arraes Editores** has 337 publications in their catalogue, of which 79 of International Law; The **Grupo Editorial Nacional – GEN** has about 1,280 books published, from which 24 books are classified as International Law books, 18 of which refer to Public International Law and 6 to Private International Law, 14 to Human Rights

57. CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público / GE do Nascimento e Silva*, Hildebrando Accioly _ São Paulo: Saraiva, 2017.

58. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

59. SOARES, Guido. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

with multiple approaches; the **Editora Juruá** has published 3,093 law books, of which 397 books are of International Law; **Editora Saraiva** has published 1,310 law books, being 25 books of International Law. It should be noted the work of the **Alexandre de Gusmão Foundation -FUNAG** concerning the publication and availability of works related to diplomatic activity, international relations and International Law, counting in its catalogue with 700 books, which can be accessed online free of charge, contributing thus with the democratization of knowledge, especially in issues that affect the international relations of the Brazilian State.⁶⁰

Finally, one cannot forget that the permanent activity of Brazilian diplomacy in international forums is not carried out without concern with International law, enabling continuous improvement of International Law with the proposition of positions, principles and values. In addition to this fact, the scientific production and research spaces in graduate courses in law in Brazilian universities have contributed to the fact that International Law is increasingly discussed and debated with greater depth and a forefront perspective.

In face of the above, the fact is that if there is no recognition of the existence of a Brazilian school of International Law, or if the existence of such school is not realized, lawmakers, researchers, diplomats should begin to think about it and, after reading this paper, they should start to systematize a set of elements that clearly demonstrated the thought of the Brazilian academy and, consequently, of the Brazilian school of International Law.

6. Brazil and global multilateralism

The multilateral system has documents internationally agreed that are a reference and reveal the normative commitment of States to international society, as well as their degree of commitment and universal dialogue with other States and peoples.

In a contemporary reality of deep interaction between the local and the global, state participation in the multilateral framework reflects the adherence of a certain State to a set of texts that translate its adherence

60. www.funag.gov.br

to the global normative system and one can read from such texts the normative framework of the State, the set of international rules that the State participates in and that its internal legal normative system is symbiotically linked.

Brazil is a participatory and dynamically open state. It was a member of the League of Nations, signed at Versailles on June 28th, 1919, sanctioned by Decree 3,875, on November 11th, 1919 and ratified by Brazil on December 10th, 1919, being its decree promulgated by Decree 13,990 of January 12th, 1920.⁶¹⁻⁶² The country has been a Member State of the United Nations since its foundation, having ratified the **Charter of the United Nations (1945)** on September 21st, 1945, which was internally approved by Decree Law 7,935 of September 4th, 1945 and has its ratification promulgated by Decree 19,841 of October 22nd, 1945. Brazil actively participates in every system of the United Nations, including organs, commissions and conferences, having as a permanent flag of its diplomacy the plea of being a permanent member of the Security Council.

Brazil's active participation within the framework of the United Nations since earliest moments of the organization reveals that Brazil is a state open to international dialogue and is in line with the global multilateral system that entails its inclusion in a global normalized order, or ruled by law, specifically regarding the acceptance of the United Nations as a forum to harmonize the action of States in order to achieve common goals.⁶³

It should automatically be interpreted that the actions of the Brazilian State in its international relations, as well as in its internal normative decisions, are guided by United Nations' values and purposes for the maintenance of international peace and security, based on respect for justice, International Law, equality among States, the enhancement of

61. The League of Nations formally began its activities on January 10th, 1920, when the Treaty of Versailles came internationally into force. Brazil formally withdrew from the League of Nations on June 12th, 1926, especially because it was not admitted to the permanent post of the Council. The League of Nations, paralyzed its activities because of the Second World War, and was formally dissolved between April 8th and 18th, 1946.

62. SOARES, Jose Carlos de Macedo. *O Brasil e a Sociedade das Nações*. Paris: A. Pedone Editor, 1927.

63. CORREA, Luiz Felipe de Seixas. *O Brasil nas Nações Unidas*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

human rights, and the development of cooperation promotion of economic and social progress of peoples.

Thus, the international agenda defined within United Nations framework is the same one which Brazil participates in, and issues discussed in the United Nations system such as peace, security and disarmament, combating poverty and hunger, the environment, human rights, trade, democracy, protection of minority groups and self-determination, sustainable development, health, education, labour relations, food and agriculture, among others, are the same as Brazil participates in, leading to harmonization of the addition of procedures and regulatory mechanisms that are used to discipline those subjects.

Moreover, Brazil is a member of specialized organizations that gravitate towards the United Nations system, such as the **International Labour Organization - ILO (1919)**, Decree 25,696, of October 20th, 1948; the **International Monetary Fund - IMF (1945)**, Decree 21,177, of May 27th, 1946; **World Health Organization (1948)**, Decree 26,042 of December 17th, 1948; **Food and Agriculture Organization of the United Nations - FAO (1945)**, Decree 7,752, of June 14th, 2012; **United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization - UNESCO (1946)**, Decree 9,290, of May 24th, 1946; **International Civil Aviation Organization - ICAO (1944)**, Decree 21,713, of August 27th, 1946; **International Maritime Organization - IMO (1959)**, Decree 52,493, of September 23rd, 1963; **International Telecommunication Union - ITU (1865)** Decree 2,412, of February 23rd, 1938; **Universal Postal Union - UPU (1874)**, Law Decree 544, of April 18th, 1969; **World Meteorological Organization - WMO (1950)**, Decree 28,074, May 4th, 1950; **World Intellectual Property Organization - WIPO (1967)**, Decree 75,572, of April 8th, 1975; **International Fund for Agricultural Development - IFAD (1977)**, Decree 83,926 of August 31st, 1979; **World Tourism Organization - WTO (1974)**, Decree 75,102 of December 20th, 1974; **United Nations Industrial Development Organization - UNIDO (1966)**, Decree 92,662, of May 16th, 1986; **United Nations Organization for the Prohibition of Chemical Weapons - OPCW (1997)**, Decree 2,977, of March 1st, 1999; **International Atomic Energy Agency - IAEA (1957)**, Decree 42,155, of August 27th, 1957.

The participation of Brazil in these organizations allows us the interpretation in a sense that the country is an active participant not only

of the United Nations system, but also fully committed to the international order, participating in global spaces of discussion of the most varied subjects, which obviously leads to impacts in the production of law field, which currently has in the international organizations and organs, a productive forum of conceptual and even systemic formulations on new and old rights.

In the field of International Economic Law, as mentioned above, Brazil is part of the foundation tripod of the international economic system: trade (OIC-GATT), finance (BIRD), and currency (IMF). The Marrakesh Act, which created the **World Trade Organization-WTO (1994)**, and incorporated GATT (1947) provisions, was incorporated into the national legal system through Decree 1,355 of December 30th, 1994. Marrakesh Act gave a broad commitment to the country since Brazil became subject to the jurisdiction of WTO dispute settlement body (Brazil is now one of the countries that use the system the most); Marrakesh Act also has disciplined international trade illicit practices such as dumping and subsidies, administrative measures such as safeguarding, and has also standardized fundamental themes that are the pillars of international trade in the contemporary world such as services, investment, and intellectual property.

Regarding the protection of human rights, Brazil affirmed and reaffirmed its adherence to the **Universal Declaration of Human Rights (1948)**, Brazil ratified and incorporated important international human rights treaties, such as: ⁶⁴ **Refugee Statute (1951)**, Decree 50,215 of January 28th, 1961, and its Protocol, Decree 70,946 of August 7th, 1972; **International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1966)**, Decree 65,810, of December 8th, 1969; **International Convention on Civil and Political Rights (1966)**, Decree 592 of July 6th, 1992; **International Convention on Economic, Social and Cultural Rights (1966)**, Decree 591 of July 6th, 1992; **Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1979)**, Decree 4,377, of September 13th, 2002, which repealed the Decree 89,460 of 1984; **Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984)**, Decree 40,

64. <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>

of February 15th, 1991. The Optional Protocol (2002) was ratified by Brazil in 2007; **Convention on the Rights of the Child (1989)**, Decree 9,9710, of November 21st, 1990; **Statute of stateless persons (1954)**, Decree 4,246 of May 22nd, 2002; **International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol (2007)**, Decree 6,949 of August 25th, 2009.⁶⁵ These documents established a legal framework in the international protection of Human Rights that was present in the declaration, but that acquired with them a properly normative and cogent treatment.

The environment is an important subject for Brazil not only because of the country's geographical size or the range of its natural areas like the Amazon, its rivers, its maritime dimension and its biodiversity, but also because it is an important space and framework of discussion. Brazil has already held two major conferences that have been decisive steps for conceptual improvement of International Environmental Law as Rio 92 - the **United Nations Conference on Environment and Development**, which resulted in the **Rio Declaration (1992)** that embodies the principles of international environmental law, in the design of the "Agenda 21" as a plan of action of States in various topics related to the environment and the signing of two important treaties, the **Convention on Biological Diversity (1992)**, Decree 2,519 of March 13th, 1998, and the **Convention on Climate Change (1992)**, Decree 2,652 of July 1st, 1998, and also the Rio + 20 **United Nations Conference on Natural Development (2012)** on 13 and 22 June 2012, which did not result in many advances, but discussions by the whole society.

Brazil has signed the **Kyoto Protocol (1997)**, the Framework Convention on Climate Change, promulgated by Decree 5,445 of May 12th, 2005, and is one of the countries with the highest carbon credits certification under the agreement. Likewise, the **Paris Agreement (2015)**, celebrated on December 12th, 2015, and endorsed by 195 countries, was incorporated by Brazil through Decree 9,073, of June 5th, 2017. The Paris Agreement aims to reduce greenhouse gas emissions in the context of sustainable development. It is worth noting that Brazil has not ratified a major biodiversity treaty, the **Nagoya Protocol (2010)** on

65. <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/su-mario.htm>

Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefits from Its Utilization, adopted during the Conference of the Parties (COP-10) in Nagoya, Japan, on October 29th, 2010, it is under discussion in the Brazilian National Congress.

In the framework of multilateral treaties of universal nature, Brazil has signed a significant number of treaties, highlighting the country's submission to the main international documents of the international order, such as: **Geneva Conventions to Protect Victims of Armed Conflicts (1949)**, Decree 42,121 of August 21st, 1957, and whose additional protocols I and II of 1977 were incorporated by Decree 849 of June 25th, 1993; **Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961)**, Decree 56,435 on June 8th, 1965; the **Vienna Convention on Consular Relations (1963)**, Decree 61,078 of July 26th, 1967, the **Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)**, Decree 7.030 of December 14th, 2009; the **United Nations Convention on the Law of the Sea (1982)**, Decree 1,530 of June 22nd, 1995; the **Rome Statute (1998)**, which established the Statute of the International Criminal Court, conferring universal jurisdiction over crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression, was incorporated by the Brazilian legal system through Decree 4,388 of September 25th, 2002.

Brazil decidedly has a strong presence in international society and the country's adherence to the main universal treaties on the most varied themes denounce the importance of the study of the subject in Brazil. Such study is fundamentally strategic, being important to expand the study of the subject in the country especially for the education of technical staff who know and is able to instrumentally operate such norms.

7. Brazil and regionalism

Regionalism in International Law must be understood as the strategy developed by States in order to establish alliances, agreements, or institutionalize organisms according to geographic criteria, or because of the geographical proximity between the States, as unifying element of strategies for the maintenance of peace or its intersubjective relations.

Brazilian Constitution provided for a mechanism that legitimates and prioritizes the regional integration process. In its article 4, sole paragraph, the Constitution established that the Federative Republic of

Brazil will seek the economic, political, social and cultural integration of the peoples of Latin America, aiming at the formation of a Latin American community of nations. The idea embodied in the mechanism is to affirm that Brazil has as a priority in its international relations the establishment of regional agreements, not only economic agreements in the form of integration blocs, but as a space of cultural identity of the Latin American peoples.

Forgetting for a moment the debate between Monroist or Bolivarian Pan-Americanism (in the history of the term) which binds the region to the action of international institutional cohesion that fostered the establishment of regional organizations and concerted action in international forums,⁶⁶ the fact is that because of its geographic dimension and its border with ten countries of the subcontinent (only not bordering Chile and Ecuador) Brazil has always had a strong political presence in the region. Thus, due to its regional territorial dimension, from the Brazilian perspective regarding International Law - since its affirmation as a State and commitment to the defence of peace and the peaceful settlement of disputes - Brazil contributes to the regional balance and characterizes the region as being a space with relative pacification and few conflicts, when considering other continental regions.⁶⁷⁻⁶⁸

In this context, Brazil is an active participant in regional integration processes as a member state of a catalogue of several regional institutions with the most varied objectives, such as political, economic, human rights, or regional concertation actions.

The great regional organization is the Organization of American States, created from the implementation of a pan-Americanist discourse that embodied elements of the understanding of Monroe's thought, but also of the various Hispanic American conferences from Simon Bolivar. Brazil ratified the **Charter of Bogota - Charter of**

66. MENEZES, Wagner. *Direito Internacional na América Latina*, Juruá: Curitiba, 2005.

67. This is a fundamental fact that is one of the strong arguments for the traditional Brazilian suit for a spot as permanent member of the Security Council of the United Nations Organization.

68. *América do Sul e Integração regional*: 28 de setembro de 2011, Rio de Janeiro, Brasil. Discurso inaugural do Embaixador Antônio de Aguiar Patriota. Brasília: FUNAG, 2012.

OAS, which institutionalized the Organization of American States in 1948, promulgated by Decree No. 30,544 of February 14th, 1952. Within the framework of the OAS, another major treaty was produced, the **Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance - ITRA**, ratified by Brazil in 1947, promulgated by Decree No. 25,660 of October 13th, 1948, and coming into force in 1949, as per Decree No. 26,428 of March 9th, 1949. The Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance reproduces the monroist principle that an attack to one American state would be considered an attack to all others, is essentially a military and political treaty for continental defence and solidarity. Another international sub-regional political organization from which Brazil is an active member is **UNASUR - Union of South American Nations**, which brings together twelve Member States and two Observer States (Mexico and Panama), whose instrument of creation was ratified by Brazil in 2011 and was incorporated by Decree No. 7,667, of January 11th, 2012, aiming to promote cooperation in defence, infrastructure, energy, health, economy and finance among several sectors, among others.

With regard to Human Rights, Brazil incorporated the **Pact of San José, Costa Rica** through Decree No. 678 of November 6th, 1992, and accepted the jurisdiction of the **Inter-American Court of Human Rights**, located in San José, Costa Rica, through Decree No. 4,463, of November 8th, 2002 being responsible for providing a catalogue of rights to its citizens.

Regarding the environment, it is worth to highlight an important body created to protect the Amazon Basin, the **Amazon Cooperation Treaty Organization (ACTO)** which was created in 1978 and promulgated in Brazil through Decree 85,050 of August 18th, 1980. ACTO was extended by the Protocol of Amendment to the Amazonian Cooperation Treaty, promulgated through Decree No. 4,387, of September 25th, 2002, which aims to promote cooperation among the states of the Amazon basin in several sectors, adopting policies of action and promoting the harmonization to protect the Amazonian rivers.

The **Treaty of Tlatelolco - Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean**, signed in 1967, came into force at the international level on April 22nd, 1968, with the participation of 33 States. It aims to create a nuclear weapons free zone

between nations of Latin America and the Caribbean and was incorporated through Decree No. 1,246 of September 16th, 1994, reinforcing Brazilian commitment to international security and peace.

There is a systemic framework for the promotion of the regional economy, which is based on the work of the **Economic Commission for Latin America and the Caribbean - CEPAL (1948)**, that is the UN agency responsible for promoting debate and local discussions on economic strengthening. Integration institutions emerged from CEPAL, each institution within a historical context and with variable objectives based on the idea of developing a common market, such as **ALALC (1960)**, Decree 50,656/1961 (executive decree) of May 24th, 1961; **ALADI (1980)**, promulgated through Decree No. 87,054, of March 23rd, 1982, and **MERCOSUR (1991)**, Decree no. 350, of November 21st, 1991, Brazil has acted and acts decisively in all mentioned institutions, with the objective of promoting the free movement of goods and the elimination of tariff barriers.

The treaty that created **Itaipu Binacional** was incorporated through Decree No. 72,707 of August 28th, 1973. The treaty's objective is the hydroelectric exploitation of the water resources of the Paraná River, located between Brazil and Paraguay, creating a "condominium" of the two countries on the management of the power plant and of the Paraná River. The jurisdiction is shared by the states, and the treaty has fundamental importance for regional geopolitical alliance, consolidating a joint strategic for energy generation and jointly preserving the environment in the Paraná River basin, but mainly because it is a permanent strategic alliance between the two states.⁶⁹

In the regional context, several important documents that Brazil is part of were produced, and worth mentioning for its historical and normative value: **The Pact of Union League and Perpetual Confederation (1826)** not ratified by Brazil, but had its participation. The **Havana Convention on the Law of Treaties**, promulgated by Decree No. 18,956 of October 22nd, 1929, **The American Declaration of Human Rights**; the **Bustamante Code for the Unification of Private Law**, promulgated through Decree No. 18,871, of August 13th, 1929.

69. BETIOL, Laércio F. Itaipu: Modelo Avançado de cooperação internacional na Bacia do Prata. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

Brazil's regional action and adherence to a significant set of treaties, especially those of broad regional membership, characterize the international policy of the Brazilian State, present in its fundamental normative document, but above all it essentially represents the importance of the Brazilian state for the regional balance as a peaceful space and the importance of its normative commitment at the regional level.

8. Brazilian legal system and its relation to International Law

The Brazilian legal system can be identified as from the Roman Germanic school, having European matrix in its origin, in Portuguese legislations, the Regulation of the Kingdom, which, with the beginning of the colonial process in century XV, established the relation of the Portuguese crown and its metropolis, being systematised as institutional bonds were solidified.⁷⁰⁻⁷¹

Understanding Brazilian law from the influence of the European and Roman Germanic matrix is important to understand that there is a normative body and legal provisions, which are observed by the judiciary from a legal mechanism of legal-normative interpretation, being not exclusive based on the expression of jurisdictional or empirical activity⁷². The Brazilian system is a civil law system, formed by a set of processes and procedures to find the best solution for the concrete case, involving the knowledge of certain theoretical and doctrinal assumptions that are used as sources of law to support and justify decisions of judges⁷³.

The Brazilian legal order, based on a tripartite system of independent powers which is divided between the executive branch, the legislative branch and the judiciary branch, is governed by a hierarchical system of norms, formed from the recognition of the hierarchical superiority

70. ANGELOZZI, Gilberto Aparecido. *História do Direito no Brasil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009

71. NASCIMENTO, Walter Vieira. *Lições de História d Direito*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

72. WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

73. VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito especialmente do Direito Brasileiro*, parte I e II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1972-1973.

of the constitutional norm and, subsequently, the amendments to the Constitution, complementary laws, ordinary laws, conferred laws, provisional measures, legislative decrees, resolutions, law decree, decrees, state law (lower than federal laws), and municipal laws (lower than federal and state laws) according to their residual capacity.

The above mentioned hierarchy is somehow ruled by Article 59 of the Federal Constitution which establishes the legislative process and, paradoxically, does not speak about the location of international treaties or norms, concretely demonstrating the nationalist view that one has of international law in its normative legal treatment.

From another perspective, the fact that it does not appear in the hierarchical list of norms subject to the legislative process could lead one to think that the international norm would have an independent and autonomous procedure, recognizing its particularity and insertion in the Brazilian legal system from its recognition, but this was not how Brazilian jurisprudence understood the case. Taking advantage of a relatively incomplete and systematically unclear system, the interpretation has led to the conception of the need for the internalization of the international norm by the reception system based on a legislative process in the Congress that transforms it into an internal norm, so that it can be effective in the internal legal order.⁷⁴

The absence of a typification based on values for the international norm created a scenario where the judiciary has the power of decision on the mechanisms and criteria of inclusion of the international norms and its normative value before the national legal order, as will be seen later in what concerns the reception of international treaties. Thus regarding the rules formally produced at the international level, at an ideal plan, they must be submitted to a nationalization ritual, which is understood from the dualistic doctrine on the relation of International Law to domestic law, being this the dominant understanding in Brazilian academy, although being a wrong one.

Notwithstanding such a detailed and limited understanding, it is possible to understand the constitutional norms, the Brazilian constitution,

74. It is noteworthy that during the constituent, a norm that proclaimed the international norm as a national norm was proposed (?) and the same norm intended to give to the treaty suprallegal character, however it did not avenge and ended up discarded.

as deeply intricate with several normative texts produced at the international level. They can be understood in a symbiotic dialogue existing between constitutional norms of a fundamental nature and international norms, and because they are literal reproduction of texts produced at the international level, primacy is indirectly given to international norms in the context of an interpretive and axiological hermeneutic process.

International norms are strongly present in the Brazilian constitutional text, specifically in particular in those norms of fundamental character, allowing axiological opening to the international legal order.⁷⁵ This reality is strengthened by the internationalization of themes that previously belonged to area restricted to States' interests such as human rights, environment, trade, in a process that develops from international institutions leading to profound changes in public and private law and in the division no longer existing between them.⁷⁶⁻⁷⁷

Thus, under Brazilian legal system, constitutional status is granted to norms directly proclaimed in international human rights documents, international principles, rules of the law of the sea, regional integration, crimes against humanity, among other fundamental themes in the study of general international law with universal recognition.

In the preamble of the Brazilian Constitution, it is proclaimed the Brazilian commitment in the internal and international order to the peaceful solution of disputes and it is established as supreme values of the State the fraternal, pluralist and bereft exercise of social and individual rights, freedom, security, good development, equality and justice, values set out in several contemporary international documents and precedent to the normative text⁷⁸.

75. It should be noted that article 4 and 5 of the Constitution were not provided for in previous constitutions, however the Constitution of 88 when inserting such devices brought to the Brazilian legal system legal normative symbiosis because of the reproduction of norms of international texts, modifying the relation of the Brazilian legal system and the international standards, giving them a greater degree of importance and impact in the national legislation.

76. HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

77. MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013. P.92.

78. LAFER, Celso. **A Identidade Internacional do Brasil e a política externa brasileira: passado, presente e futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

With regard to the fundamental principles of the Brazilian State, other rules derived from international forums can be found, such as understanding sovereignty as an international identity; the dignity of the human person; the social values of work and free enterprise; political pluralism, as well as basic objectives to eradicate poverty and marginalization and reduce social and regional inequalities and to promote the good of all, without prejudice of origin, race, gender, colour, age and any other forms of discrimination, proclaimed by the Universal Declaration of Human Rights and other treaties within the framework of the United Nations.

It is, however, in Article 5 of the Brazilian Constitution, that the nucleus of the Brazilian legal system is disciplined. In Article 5 appears a catalogue of rules that are literal reproduction of international texts when proclaiming the fundamental rights and guarantees, especially equality before the law without any distinction, and guaranteeing to nationals and foreigners the inviolability of the right to life, liberty, equality, security and property.

Thus, a number of rights comprised in international documents are reproduced and incorporated by the Brazilian Constitution since 1945 and, making part of the unchanging core of the Constitution, which ultimately guides the logic of the internal normative legal system as equality between men and women regarding rights and obligations; the legality; proscription of torture and inhuman or degrading treatment; the proscription of a crime of racism; the free manifestation of thought; inviolability of freedom of conscience and belief, the free exercise of religious cults being ensured and guaranteed, in the form of the law, protection of places of worship and their liturgies; the inviolability of intimacy, private life, honour and image of people and the home; freedom of movement in peacetime; the right of assembly and association, the right to property; the right of petition and the prohibition of the Court of Exception; the discipline of penalties - especially prohibition of the existence of perpetual punishment; forced labour; banishment or cruel punishment; prohibition of civil prison for debt; establishing that the rights and guarantees provided do not exclude others arising from the regime and principles adopted, or from the international treaties to which Brazil is a party, integrating thus a collection of human rights treaties.

The Brazilian Constitution disciplines nationality according to *ius solis* and *ius sanguinis*; establishes as sovereign patrimony the lands which are indispensable for the protection of frontiers, lakes, rivers and any other water currents in lands of their dominion, or that bathe more than one State, serve as limits with other countries, or extend to foreign territory or rivers and lakes in areas bordering other countries, the territorial sea, participation in the result of the exploitation of oil or natural gas, water resources for the purpose of generating electric energy and other mineral resources in its territory, continental shelf, territorial sea or exclusive economic zone and also provides for financial compensation for its exploration and exploitation, the Constitution also disciplines bordering the frontier as one that is up to one hundred and fifty kilometres wide, along the land borders, designated as border strip.

The Brazilian constitutional norm disciplines competence for the Union to maintain relations with foreign states and to participate in international organizations; declare war and celebrate peace; ensure national defence; allow foreign forces to transit through or temporarily remain in the national territory; state of defence; to supervise the production and trade of military equipment; explore, directly or through authorization, concession or permission: air navigation, aerospace and airport infrastructure; rail and water transport services between Brazilian ports and national borders, sea, river and lake ports, maritime, airport and border police services, to explore nuclear services and facilities of any nature and to exercise state monopoly over research, the mining, the enrichment and reprocessing, the industrialization and the commerce of nuclear ores and its derivatives, having served its peaceful purpose; and still privately legislate on maritime, aeronautical, and space law, among others, civil and military requisitions, in case of imminent danger and in time of war; foreign trade, port regime, lake, river, maritime, air and aerospace navigation; nationality, citizenship and naturalization; indigenous populations; emigration and immigration, entry, extradition and expulsion of aliens; nuclear activities, territorial defence, aerospace defence, maritime defence, civil defence and national mobilization; to protect documents, works and other assets of historical, artistic and cultural value, monuments, remarkable natural landscapes and archaeological sites, protect the environment and combat pollution in any form, preserving forests, fauna and the flora.

Likewise, by disciplining the sphere of jurisdiction of judicial bodies in International Law matters, the Constitution assigns to the Supreme Federal Court - STF, which is the judicial body competent to ensure the application of constitutional norms, the originally competence to prosecute and decide a dispute between a foreign State or an international organization and the Union, the State, the Federal District or the Territory; extradition requested by a foreign State; judge, by means of an extraordinary appeal, the cases decided in a single or final instance, when the contested decision declares the treaty unconstitutional. The Superior Court of Justice (STJ), which is the judicial body responsible for standardizing the interpretation of federal law, is responsible for originally processing and judging the execution of foreign judgments and the granting of *exequatur* to letters rogatory; in an ordinary appeal, the cases in which a foreign State or an international body, is a party on the one hand, and, on the other, a Municipality or person resident or domiciled in the Country; to adjudicate, in a special appeal, the cases decided by the Federal Regional Courts or by the courts of the States, Federal District and Territories, in a single or final instance, when the contested decision contradicts the treaty or denies them validity. In turn, the Federal Court, which is lower than STF and STJ, is responsible for judging the causes between a foreign State or an international organization and a Municipality or person domiciled or resident in the Country, the cases based on a treaty or contract of the Union with foreign State or international organization, the crimes foreseen in a treaty or international convention, when, once the execution in the Country has begun, the result has or should have occurred abroad, or vice versa, causes related to human rights, crimes committed on board ships or aircraft, crimes the execution of a letter rogatory, after the "*exequatur*", and a foreign sentence, after the homologation, the causes related to the nationality, including the respective option, and the naturalization, the dispute over indigenous rights.

The Brazilian Constitution also has a set of provisions that, if they do not specifically address International Law, permanently dialogue with international texts, in particular when they discipline the State's economic and financial order, the rights related to culture, health, education, social security, environment, social assistance, child and adolescent, Indians, themes that are recurrently present in international documents.

9. *International Law principles in Brazilian Law*

From the Latin *principiu*, one can understand the beginning of something, the starting point of a fact, where it has its origin; or what is understood as an integral part of a system (according to the perspective adopted in these paper), a proposition that states at the beginning of a deduction, and which is not deduced from any other within the system considered, being provisionally admitted as unquestionable.⁷⁹

In the context of a systemic organization, the sciences started to adopt principles as a propositional basis, which organizes and is the foundation of the whole system of understanding its research object. In this context, from the legal system perspective, when one wants to produce a norm or decide litigation, one must observe its guiding principles, which result from “an axiological or teleological order of general legal assumptions”.⁸⁰ Such assumptions will govern the whole interpretation of the system to which it is necessary to follow, for example, they are often ethical values that remain even non-explicit.⁸¹

In the field of the science of Law, principles are placed at the base of the system, guiding and grounding the construction of legal rules as propositions that describe rights, i.e. rights are deduced from the illation of the principles, being such principles common to all branches of Law.^{82, 83, 84} There is an axiological transition between the general principle of law and the principles disciplined in their ramifications. The value of such principle will not change, but will eventually become more specialized on the subject that directly guides in its branching.

79. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1393.

80. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

81. COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. 5. ed. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 150.

82. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1960. p. 307-315.

83. DWORKING, Ronald Mylis. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 141.

84. The principles of common law are deduced from valuing elements that end up influencing the idea of law itself as a rule of conduct, such as morality, ethics and ideals of justice, equality, balance, among others.

Therefore, due to the object of International Law, it has its own principles, which guides and delimits the contours and profiles of the legal relations that they sought to protect. It is this fundamental understanding that provides the elementary concepts for the thinking and configuration of legal rules in the field of Law. In Law, the basis of the discussion on the existence and the place of the principles consider a perspective of the different schools that governed the philosophical thought of science, with express academic acceptance of its normative content.⁸⁵

The consolidation of principles in the normative structure of international law slowly emerges with the consolidation of custom, in defence of academic works and insertion in international texts, but concretely with the Charter of the United Nations and then in some texts of universal character, especially the Vienna Convention on the Law of Treaties.

The principles of International Law are the values consolidated by the international community of States in both the customs and the texts that express the acceptance and recognition by all States in their international relations and thus are concretely defined as *jus cogens* according to the criteria established by the Vienna Convention on the Law of Treaties.

The principles of international law have general recognition and are accepted as effective rights, they describe legal relations and are present in article 1 and 2 of the Charter of the United Nations as: equality of all its members; prevalence of human rights, good faith, peaceful settlement of international disputes; non-intervention with the use of force against the territorial integrity or political dependence of any State; self-determination of peoples, cooperation. In addition, the Vienna Convention on the Law of Treaties enhances the principle of *Pacta Sunt Servanda* and reciprocity.

In contemporary times, the understanding and application of the principles are a great challenge for jurists, whether in the framework of international tribunals or in the context of domestic law, their articulation and instrumentality with the precepts established to dictate relations between states at the international level, but should reflect the same values and assumptions, specifically because a set of these principles can and should be applied equally to individuals.

85. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 192-193.

Article 4 of the Brazilian Constitution specifically stipulates that the Brazilian State shall act in its international relations in accordance with principles that reflect the same values of the United Nations and, consequently, of contemporary international society as: a) national independence; b) prevalence of human rights; c) self-determination of peoples; d) non-intervention; e) equality between States; f) defence of peace; g) peaceful settlement of disputes; h) rejection of terrorism and racism; i) cooperation among peoples for the progress of humanity; j) granting of political asylum.

Article 4 of the Constitution places the Brazilian State at the forefront of international relations and fixes the commitment of the Brazilian State to the same values and principles of the United Nations, and besides being representative of its openness to the world⁸⁶, is also a clear option of the Brazilian State in accepting the prevalence of international norms guiding their actions in international forums, their positions in multilateral forums. It also recognizes that such values will be observed in the interpretation of national rules that eventually dialogue with such principles and, because they are the basis of the understanding of State, can and should be invoked by any citizen who perceives the violation of such values.

There is, therefore, a coincident ambivalence between the international and constitutional provisions, the interpretation of one is conditioned to the first meaning of the other, so that when interpreting these values at the national level, one must look back to the essential meaning in which they were created at the international level, representing the opening of Brazilian law to international law, not only involving participation in the process of formation of international law, but also its full integration with domestic law.⁸⁷

10. The Law of Treaties and the Brazilian Law

The Treaty is the main source of International Law and is an unequivocal expression of internationally agreed rights and obligations

86. LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. P.13.

87. DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. Prefácio de Celso Lafer. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 162.

in relations established among States and international organizations, being therefore the central theme of the discussions on State in international relations.

Each State has regulated in its normative framework the mechanisms that define its submission to the treaties, the normative value, mechanisms to incorporate it in its normative legal system, procedures for validation and its recognition.

Knowing such procedures and the normative mechanisms of the State concerning Treaties, it is possible to establish a comprehension about State's degree of commitment in relation to international norms, the legal and normative impacts that such norms will produce in the national legal system, as well as the normative mechanisms that can be used and invoked to claim the application of rules arising from the treaties, at the international and domestic level.

Brazil has a paradoxical perspective in relation to treaties and in a certain incongruous way, as explained above, in the country history, international relations have always been at the centre of the actions of the Brazilian State - since its declaration as a sovereign entity - being a mechanism of affirmation of its sovereignty, on the other hand, Brazil has always been an active participant in several international forums.

Nevertheless, Brazil has not yet resolved in a clear and objective manner the place of the treaties in its legal system, the mechanisms for incorporating and validating such rules, the hierarchical value that treaties have in their legal system. Brazil has, in the current Constitution and in the six that preceded it in its constitutional history,⁸⁸ few constitutional norms that mention treaties, however,

88. Imperial Constitution of 1824; Constitution of the Republic of 1891, Constitution of the Republic of the United States of Brazil, 1934; Constitution of the United States of Brazil, 1937; Constitution of the United States of Brazil of 1946; Constitution of Brazil of 1967 (In 1969 it received a new wording in particular because of the rise of the military in command of the State and the limitation of individual freedoms, being considered a new constitution of authoritarian nature granted); Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, the democratic and citizen constitution promulgated from a constituent process and that is currently in force but its 250 articles have already suffered 96 amendments thus far.

such norms do not clarify the systemic application of the treaties, leaving thus to higher courts and administrative institutions the interpretation of existing gaps, not always concatenated with the best theory of law.⁸⁹

Brazil was a State Party to the Havana Convention on Treaties, signed in Havana during the VI Inter-American Conference of February 20th, 1929, and ratified it in the same year, being the Convention promulgated through Decree 18,596 of October 22nd, 1929. Ecuador, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru, and the Dominican Republic also signed the mentioned convention, and therefore it has a very limited application not only for the small number of States, but also for the 22 articles that comprised it and which sought to discipline basically the form and validity of treaties.

Although generally applied, the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 was only ratified by Brazil in 2009, with two reservations: one on article 25 which established the provisional application of treaties, because of the understanding to be incompatible with the process that takes place in the Brazilian Congress for entry into force and validity of a treaty and another to article 66, a, which provides for dispute settlement mechanisms, arbitration and conciliation procedure and submission to the decision of the International Court of Justice, because Brazil has not signed the Optional Clause of Compulsory Jurisdiction and it is understood that Brazil cannot directly submit itself to the obligation imposed by such a norm. All other articles were accepted by the Brazilian State.⁹⁰

Until 2009, the Law of Treaties was specifically regulated by the Constitution of 1988, in which only two provisions deal with the approval and ratification of Treaties by Brazil: Article 49, item I, which establishes the exclusive competence of the National Congress to definitively decide on treaties, agreements or international acts that established duties or commitments to the national patrimony; and Article 84, item VII, which establishes the exclusive competence of the President

89. RANGEL, Vicente Marotta. "Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais", in *BSBDI*, n° 44-45, pp. 29-64, 1967, p. 30.

90. MEDEIROS. Antonio Paulo Cachapuz de. O poder de celebrar Tratados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

to conclude treaties, conventions and international acts, subject to a referendum of the National Congress.^{91-92,93}

From the two solitary provisions it is interpreted that for a treaty to be ratified by Brazil, it must pass for the definitive approval of the National Congress and be ratified by the President in a procedure of shared competence.⁹⁴

As mentioned above, due to the silence of Article 59 of the Brazilian Constitution,⁹⁵ which does not elucidate the treaties in the legislative process, neither does it give normative force to them in the hierarchical normative system of the State, and also because the moment of internal validity of the treaty has not been disciplined with certainty (unlike other states that established such norms in their constitutional systems), such rules must be interpreted by administrative bodies that acted customarily or intuitively or even by the manifestation of the Federal Supreme Court, to whom the Constitution attributed the last word in extraordinary appeal on the unconstitutionality of treaties, as per in article 102.

Regarding the normative value of the treaty in the Brazilian legal system, Extraordinary Appeal 80,004/SE of 1977 is considered a leading case on the normative hierarchy of the Treaties in the Brazilian legal system, the case equate the treaty with Federal Ordinary Law, subjecting it to the principle *lex posterior derogat priori*.⁹⁶ The discussion

91. It should be noted that although it was received with great euphoria, and as already mentioned, it inserted norms that dialogue with the international level, in terms of treaties, it practically reproduced the provisions of the previous constitution, originating from a model of State under a nationalist and sovereignist military regime, which did not have international relations as a dynamic instrument of international insertion, whether in international cooperation, trade, human rights or international politics.

92. SALIBA, Aziz Tuffi (org) *Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

93. MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. A Constituição de 1988 e o poder de celebrar tratados. *Revista de Informação Legislativa* a.45 n. 179 jul/set 2008, Brasília, p.89-126.

94. GABSCH, Rodrigo D'Araujo. *Aprovação de tratados Internacionais pelo Brasil: Possíveis opções para acelerar seu processo*. Brasília: FUNAG, 2010.

95. Similar devices in previous constitutions also did not mention it.

96. The central theme of this case was a conflict between the Law Decree 427 of January 22nd, 1969, which established the mandatory registration of a promissory note in the tax office under penalty of nullity, and the Uniform Law on Bills of Exchange and Promissory Notes, arising from the ratified Geneva Convention and in force.

revolved around the nullity of a Decree that established a procedure for the register of promissory note in the tax office and the prevalence of the treaty (Uniform Law) that did not contain such a requirement. The judges understood by an absolute majority (only one dissenting vote) that there was no hierarchical prevalence between treaties and domestic law and therefore a newer domestic law could revoke a treaty, just as a newer treaty could revoke a previous domestic law. The Federal Supreme Court had other opportunities to change the understanding, but kept it with the same nuances.⁹⁷⁻⁹⁸⁻⁹⁹

Such decision leads to a bizarre result from the point of view of the theory of law and the conception of International Law as a greater expression of a sovereign will outsourced by the State that undertakes itself before other sovereignties. Such interpretation may lead to a treaty to be revoked at the domestic level by a new ordinary law, although the State continues obliged to the international community at the international level. The ordinary law and its normative sense can never have the force of a treaty, which is the expression of a constitutional will due to its greater expression of sovereignty. In the decision of the State to submit to a treaty there is an express will of its sovereignty externalized from the inside out, before other actors, giving to it normative force superior to any rule of domestic law.¹⁰⁰

Another leading case that strengthened the Brazilian understanding of treaty law is dated of 1998, with the discussion in the Federal Supreme Court of Letter Rogatory n. 8,279, addressed by the justice of the Argentine Republic that intended to comply it in Brazil.¹⁰¹ The party argued the application of rules signed in MERCOSUR, the Protocol of Ouro Preto on Precautionary Measures, 1994, already ratified by Brazil, seeking the granting of *exequatur*

97. HC 77.631-5/SC – 1998.

98. RHC 79.785/RJ – 2000.

99. RE 466.343-1/SP – 2006.

100. Hans Kelsen already in the 1920s had written about it, recognizing the primacy of treaties over the norms of domestic law (KELSEN, Hans. **Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public**. In RDC, t. 14, n° IV, 1926).

101. Carta Rogatória n 8.279, da Republica Argentina, de 04 de maio de 1998, in DJ 14.05.95, p.34.

to a Letter Rogatory that, in a certain way, simplified the procedure of the measure in Brazil, on the other hand, the other party argued that such a treaty was not published in the Official Gazette of the Union, which would render compliance impossible. The decision marks the Brazilian position on the moment in which treaties can be invoked before the Brazilian legal system, being established from that decision that any treaty to be applied in the domestic legal system must be promulgated by the president through the publication of the Decree in the Official Gazette of the Union.¹⁰²

Once again, there is a setback in the position of the Brazilian Supreme Court that leads to the understanding that a commitment assumed at the international level, already ratified and fully in force before the international community and a part of the normative universe, due to a national bureaucratic procedure, which does not even have a constitutional provision, makes it impossible to invoke such treaty before the national legal system, expressing thus a conservative dualist position of the last century, but which the judges have enshrined in that decision.

There are certain particularisms in Brazilian law, although this is the Brazilian understanding for all treaties, and it is expected that the courts will review these positions, or it is given a new wording of a constitutional norm that gives normative intelligence to this matter.

In this sense, it should be highlighted that human rights treaties have jurisprudential, normative and doctrinal impact in Brazilian law. The starting point for such discussion was Article 5, paragraph 2, of 1988 Constitution which stated: "The rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others arising from the regime and the principles adopted by it, or the international treaties in which the Federative Republic of Brazil is a party".

With strong arguments, the academy understood that such a provision gave to the treaties of Human Rights hierarchy of constitutional norm because the Constitution included the rights enunciated in the international treaties in which Brazil was part in the catalogue of rights constitutionally protected.¹⁰³ This understanding led to the invocation,

102. ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

103. PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 6 ed. Max Limonad: São Paulo, 2004.

after the ratification by Brazil of Human Rights Treaties, especially the Pact of San José, Costa Rica, of devices not provided for in the Brazilian legal system, but consecrated in such international documents as the central discussion on legality or not of the civil arrest of the unfaithful depositary as provided for in Article 5 of the Constitution, and the silence of the Pact of San José, Costa Rica, which provided only the detained for maintenance debtor.

However, such was not the understanding of the Brazilian Supreme Court. The Court has rejected such a doctrinal position in subsequent decisions, on the grounds that it did not see equivalence of human rights treaties with the constitutional norm, and that “the Pact of San José, Costa Rica, besides not opposing the permission of article 5, LXVII, of the Constitution, did not derogate the special infra-constitutional norms on civil arrest of the unfaithful depositary, because it is a general infra-constitutional” not admitting an international treaty with force of constitutional amendment.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Although such decisions reinforced the conservative position of the Brazilian judiciary, the current doctrine strengthened and was dominant in the Brazilian academy until December 28th, 2004, when the 45th Amendment to the Constitution was approved in the National Congress. Such amendment adds a new paragraph to the article 5 of the Constitution, these third paragraph consolidated the understanding that “international treaties and conventions on human rights that are approved in each House of the National Congress in two rounds, for three fifths of the votes of the respective members, shall be equivalent to constitutional amendments”.

It should be noted that such a provision came precisely to bury the doctrinal interpretation of paragraph 2 of article 5 of the Constitution, establishing, categorizing a certain type of human rights treaty that would have constitutional amendment nature, but only the treaty which passed through a special system of approval and congressional voting, which had not even occurred with any human rights treaty that Brazil had signed until 2004, and until today only the treaty protecting disabled people has such constitutional *status*. With the

104. HC 76.561/SP – 1999; RE 206.482/SP – 2001; HC 72.131/RJ – 2003. RE 243.613/SP

105. TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional* _ Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

amendment, a disastrous normative patch regarding the application of treaties was created in the Brazilian legal system, but whose only impact was to categorize a certain type of “human right” as if it were possible, because such norms are also recognized in their axiomatic and axiological meaning without categories, and also to bury doctrinal discussion that rescued the first understanding of paragraph 2 of the 1988 Constitution.

Another particularism regarding to treaties in Brazilian law concerns the rules of tax law, when the legislation tried to give certain particular treatment to the subject. Article 98 of the National Tax Code establishes that “International treaties and conventions shall revoke or modify domestic tax legislation, and shall be observed by any domestic tax legislation that supervene it.” In this sense, it was consolidated the understanding that the National Tax Code has complementary law treatment having hierarchical normative authority subject to constitutional control. The question is then whether the Code can assign force to treaties which its normative provisions do not or do not have limited their scope, considering for this purpose that the major issues on taxation and fiscal matters are dealt with by constitutional rules.

With the assumption of new judges, the Federal Supreme Court has been progressively renewed. Based on what they have written, in the teaching activities they have developed, in the article they have published and, in the movements they have participated in, one can understand that the Court has a vanguard thinking of Law that, if provoked, will respond more adequately to treaty rights in the absence of formal regulation.

On the other hand, the incorporation of the Vienna Convention on the Law of Treaties in 2009 has not yet had sensitive impacts in the Brazilian legal system, but it will certainly develop a new mentality, especially for invoking compliance with agreements concluded by the Brazil at the international level.

It is worth noting the importance of understanding the Vienna Convention on the Law of Treaties as a document that, by the time it was drafted, focused on the relations between states *vis-à-vis* but which have increasingly been produced in the last thirty years, providing for domestic rights and being addressed to citizens, to individuals on various subjects, essentially changing their instrumentality beyond the

figure of the States and establishing itself as a normative instrument of the regular citizen to invoke rights.¹⁰⁶

It is expected that the jurisprudential understanding to be created from the reception and domestic validity of the Vienna Convention will allow the State to develop and give correct treatment on the subject, especially by giving the treaties an adequate systemic normative understanding, as well as recognizing their prevalence on the internal legal order, provided that according to and in accordance with constitutional norms, whose compatibility must be fulfilled at the time of the congressional deliberation.

Regarding the competences of the Judiciary in matters of treaties, there is a topic to be faced: Brazil has not opposed any reservation and the Vienna Convention on the Law of Treaties is clear when establishing in its article 27 that States cannot excuse from breaching a treaty on grounds of domestic law. This is a problem to be discussed because it has potential repercussions in the legal sphere of the State and imposes a change of jurisprudential understanding especially regarding to the normative primacy of international norms on domestic law, on the other hand, it is still necessary to clarify what is the normative value of Vienna Convention in this context, whether or not it has the power to impose itself before the Brazilian legal system.

11. International Law in the Supreme Court of Brazil

In the last ten years, one can observe that the Brazilian Federal Supreme Court has invoked rules of Public International Law to justify its decision in at least 165 cases. The inclusion of international treaty-based judgments in our Court happened in a non-gradual manner, noting in this respect that in 2007 there was no judgment in which a rule deriving from an international treaty concluded by Brazil was used to justify a decision of a case. There is only one case reported in 2007 in which the Court decided matters of Public International Law. Habeas Corpus 87.053¹⁰⁷ discussed the possibility of expulsion of an

106. GARCIA, Márcio Pereira Pinto. *A Terminação de Tratado e o Poder Legislativo à Vista do Direito*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011.

107. BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas corpus nº 87.053, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 19 de nov. de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904212>> Acesso em: 13 set. 2017.

alien from Brazilian territory and, seeking to establish that the State's decision arise from a discretionary right, the Court based its decision on the national doctrine of public international law.

In contrast, in 2008, there is a dramatic increase in the number of judgments in which a decision was based on an international treaty. That year, the Court based its decision on international standards in at least 15 cases. It is curious to note that among the identified cases, only two judges deal with extraditions, and there was a discussion concerning the promise of reciprocity between States in the case of extradition requested by the German government¹⁰⁸; the other thirteen cases did not deal with matters that were essentially of Public International Law, but because they were part of human rights issues, the Court based its decision on an international human rights treaty signed by Brazil in order to guarantee basic rights of individuals. In this sense, one must note the decision of the Direct Action of Unconstitutionality 3,510, reported by the Minister Ayres Britto that discusses the unconstitutionality of article 5 of the Law of Biosafety, which disciplines the research with embryonic stem cells. The claim was dismissed, and the award discussed Brazil's obligation to ensure the protection of life from conception, assumed upon ratification of the Pact of San Jose, Costa Rica. In addition, the Minister also argued the UN Universal Declaration of Human Rights to identify the subjects of fundamental rights.

The number of cases in which international treaties were argued remains stable until 2012, when international standards were observed in at least 15 cases. It is observed that most cases dealt with the request for extradition received from a foreign State, being such requests based on a bilateral extradition treaty entered into by the requesting State and Brazil. It is worth noting, in this sense, Pronouncement No. 421 of the STF, which establishes that there is no impediment to extradition when the extradited person is married to a Brazilian or has Brazilian children, being this pronouncement widely

108. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext 1074, Relator Ministro Celso de Melo, Brasília, DF, 08 de mar. De 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002905&base=baseMonocraticas>> Acessado em: 13 set. 2017.

used in the judgements, as can be observed in Extradition No. 1286, requested by the Government of Italy¹⁰⁹.

From 2012 onwards, the number of cases in which the Brazilian Supreme Court has applied an international standard practically doubles. Among the 30 judgments identified in 2013, the extraordinary appeals no. 578543¹¹⁰ and 597368¹¹¹ distinguish themselves, both reported by the Minister Ellen Gracie. The cases discuss the immunity of jurisdiction of the United Nations. In addition to discussing treaties on diplomatic relations, such as the Vienna Convention on Consular Relations, the cases also discuss the application of the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations, ratified by Brazil in 1949. The decisions emphasize that international organizations have absolute immunity of jurisdiction in Brazil, which can only be dismissed if the organization itself has expressly waived such immunity in a given case.

Of the 20 cases identified in 2014, we highlight the Question of Order in the Pre-trial Detention for Extradition 730¹¹², of the Federal District, report by Minister Celso de Melo. The Government of Peru had requested the extradition of an individual investigated for crime of terrorism. Despite the existence of the Inter-American Convention against Terrorism, which defines terrorism for the purpose of prevention and repression and which was ratified by Brazil in 2005, the Minister understood that there is no definition of such criminal offence at the national level. Furthermore, being that the crime must be typified at the domestic level, as it is one of the

109. BRASIL. Superior Tribunal Federal. Extradução nº 1286, da Primeira Turma, Brasília, DF, 18 de dez. de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+1286%2ENU-ME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+1286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b79cha9>> Acesso em: 13 set. 2017.

110. BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.368, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 15 de mai. de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630068>> Acesso em: 13 set. 2017.

111. BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 578.543, Plenário, Brasília, DF, 15 de mai. de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630068>> Acesso em: 13 set. 2017.

112. BRASIL. Superior Tribunal Federal. Questão de Ordem na Prisão Preventiva para Extradução 730, Segunda Turma, Brasília, DF, 16 de dez. de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866348>> Acesso em: 13 set. 2017.

requirements necessary to comply with the request for extradition and the order to arrest for extradition purposes, it was understood in the case that it would not be possible to accept the request of the Government of Peru.¹¹³

In 2015, there was an increase in cases where international standards have been applied. The 36 cases identified dealt with a wide range of issues, including extraditions, discussions involving human rights issues, application of the Conventions of the International Labour Organization and international legal cooperation, notably in the context of the Security Mandate No. 33751¹¹⁴, in which Minister Fachin understood that evidences produced in an international context, if widely available to the general public, such as in the case of publication on the World Wide Web, could be used at the domestic level and therefore there would be no need for international legal cooperation. According to the Minister, international cooperation treaties have the effect of reducing the bureaucracy of the taking of evidence, so that, except in the case of protection of specific interest or express provision to the contrary, such agreements cannot be applied, due to lack of public interest, if they constitute undue obstacle to parliamentary verification.

Another case of 2015 that must to be noted is the Appeal No. 880,298¹¹⁵, reported by the Minister Rosa Weber. This is a claim for compensation against the German Government for having sunk a fishing boat in Rio de Janeiro during World War II. The Federal Supreme Court had the opportunity to agree with the understanding of the Supreme Court of Justice related to the fact that in acts committed in a

113. NOHMI, Antonio Marcos; SANTOS, Paulo Márcio reis. *Direito Internacional na constituição da república federativa do Brasil de 1988 segundo a jurisprudência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

114. BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33751, Primeira Turma, Brasília, DF, 15 de dez. de 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(33751.NUME.%20E%20MS.SCLA.\)%20OU%20\(MS.ACMS.%20ADJ%2033751.ACMS.\)\)&base=baseAcordaos&origemBusca=Citado](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((33751.NUME.%20E%20MS.SCLA.)%20OU%20(MS.ACMS.%20ADJ%2033751.ACMS.))&base=baseAcordaos&origemBusca=Citado)> Acesso em: 13 set. 2017.

115. BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo nº 880.298, Primeira Turma, Brasília, DF, 04 de ago. de 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(33751.NUME.%20E%20MS.SCLA.\)%20OU%20\(MS.ACMS.%20ADJ%2033751.ACMS.\)\)&base=baseAcordaos&origemBusca=Citado](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((33751.NUME.%20E%20MS.SCLA.)%20OU%20(MS.ACMS.%20ADJ%2033751.ACMS.))&base=baseAcordaos&origemBusca=Citado)> Acesso em: 13 set. 2017.

military offensive during a war period, the immunity of *act jure imperii* is absolute and does not entail an exception, and it is therefore impossible to subject a foreign State to national jurisdiction in such cases.

Compared with previous years, fewer cases based on international treaties were identified in 2016. Among the 16 cases, it is noted that the majority of them have as main subject extradition of aliens or issues concerning the application of international human rights treaties. It must also be noted the Direct Action of Unconstitutionality No. 2859¹¹⁶, reported by Minister Dias Toffoli, the case dealt with the unconstitutionality of federal regulations regarding the secrecy of financial institution operations. In his vote, the Minister makes copious references to bilateral agreements on information cooperation, as well as Brazil's commitments to the G20, the Global Forum and the 6th BRICS Summit.

12. International courts and Brazilian Law

The phenomenon of the jurisdictionalisation of International Law composes the set of transformations that have occurred in International Law in the last twenty years, characterized by the institutionalization of several international tribunals with special jurisdiction for different subjects, and brought with them new challenges and theoretical issues to be faced by scholars such as expanding access to international justice for individuals, national mechanisms to enforce international judgments, procedural issues and procedures before the jurisdiction of the courts, instrumentalisation of such institutions in the context of a universal legal system, among other topics open to doctrinal discussions.¹¹⁷

116. BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859, Plenário, Brasília, DF, 24 de fev. de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>> Acesso em: 13 set. 2017.

117. The international jurisdiction of the International Tribunals is the power conferred on them by the states to settle their disputes arising from the system of international principles, rules and norms, being such disputes decided in the light of justice and the ideals of law, and to be an instrument for pacification between states and peoples, to be an instrument for world peace. In this context, the jurisdictionalisation of international society can be defined as the growing commitment of international society to the adoption of legal mechanisms to settle disputes and to produce a set of rules and to ensure the application of such rules. The consequence is the creation of International Courts to judge such matters, consubstanti-

This process of jurisdictionalisation leads to the understanding that a true “age of the courts” is being experienced at the international level with the growing creation of these institutions and opening the debate on the extent of their competence, their mechanisms of implementation and the submission of states and peoples to its jurisdiction. In this context, the international tribunals created as a result of the process of jurisdictionalisation of International Law constitute a new mechanism that directly impacts the law of States as they submit to their jurisdiction, giving greater effectiveness to global justice.¹¹⁸

It is a new phenomenon that has a direct impact on national judicial systems. In the past, when they were a space for discussion of rights and obligations between States in the context of their sovereignty, they had no direct repercussion on national legal systems, but by shifting the exercise of their adjudication and jurisdiction over rights directly attributed to citizens, a direct relationship with the national legal systems, requiring an understanding of the need to develop an open relationship of complementarity to the effectiveness of internationally proclaimed decisions.¹¹⁹

In this sense, the concept of an international sentence as the maximum expression of the jurisdictional activity of international courts ends up having a conceptual relevance and incorporating the procedural mechanisms provided for in national legislation as they impact on the national legal system and maintains a relationship of effectiveness with it. On the other hand, such courts extend the area of access to justice for individuals and companies that have in these institutions an additional mechanism for invoking and protecting their rights agreed upon by their States.¹²⁰

ated in the systematic apparatus of dispute settlement schemes and pre-established rules, having as main purpose the primacy of law for the maintenance of international peace and order. (MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e competência* – Saraiva: São Paulo, 2015).

118. KARAGIANNIS, Syméon. La multiplication des juridictions internationales: um systeme anarchique?. In: **La jurisdictionnalisation du droit international**. Societe Française pour le Droit international. Paris: Pedone, 2003. p. 15-16.

119. MANI, V. S. **International adjudication: procedural aspects**. New Delhi: Martinus Nijhoff publishers, 1980.

120. BLICHNER, Lars; MOLANDER, Anders. **What is Juridification?** Working paper. University of Oslo, Center for European Studies, 2005.

The States, in turn, face a new phenomenon and have the challenge of adapting their legal system, their legislation, the procedural and procedural normative mechanisms so as, in a direct cooperative character, to operationalize the instruments for the effective implementation of decisions coming from international tribunals, according to a monist and systemic conception of the relationship between the judicial national system and the international system without sovereigntist or diversionist rancidities of the sphere of production and enforcement of International Law and national law, as the dualistic school did.

It should be noted that international courts are not institutions of appeal, nor a panacea for the resolution of all national ills, or the “lantern of the drowned” of those who have lost their actions before national judicial systems. International tribunals have their jurisdiction delimited by the treaties, compartmentalized according to the limits established by the themes and the States, and together with any tribunal, they form a systemic framework for the search of the ideal of distribution and effectiveness of justice as civilizational landmark, dialoguing cooperatively with all judicial instances, when necessary for the realization of the rights that it is entitled to judge, recognize and enforce.

The authority to enforce decisions from international tribunals derives from the express acceptance of the State in its jurisdiction by a formal document as a result of its greater desire in view of other sovereignties and in the expression of its externalized sovereign will, therefore it has a superior character to any normative obstacle that may exist.

The decisions of an International Tribunal are derived from an earlier admissibility judgment, when the State ratified the treaty of adhesion to the Tribunal, submitting itself to its rules. When the State accedes to a Tribunal, it naturally considers the submission of the internal rules to the tribunal, and if this is done advance, it is not necessary to question the procedural acts derived from the Tribunal, since it was a pure expression of the will of the State.¹²¹

There is, therefore, an axiological concentricity through which the synapse occurs between the performance of the International and National Tribunals, allowing the fluidity in the transmission of jurisdiction, in the

121. SHANY, Yuval. **Regulating jurisdictional relations between national and international courts.** Oxford University Press: New York, 2009. p. 2-3.

sense that the national judiciary must guarantee that the decisions and procedures adopted at the international level are made effective since they are an expression of the will of the State from which the internal jurisdictional duty emanates.

In this context, the Brazilian State has a gigantic challenge, especially since at the time of the promulgation of the 1988 Constitution the country was only a member of the Permanent Court of Arbitration and the International Court of Justice, without, however, having recognized the Optional Clause of Mandatory Jurisdiction of the Tribunal. From the promulgation of the Constitution to the present day, Brazil progressively joined the jurisdiction of several international tribunals without such adhesions were thought within a systemic judicial framework, but much more by virtue of the process of jurisdictionalisation derived from the international level.

In 1991, as from the signing of the Brasilia Protocol, Brazil became a party to the jurisdiction of the Mercosur Arbitral Tribunal, incorporated into the Brazilian legal system by Decree n^o. 922, of September 10th, 1993, which in 2005 was replaced by Protocol of Olivos that created the Permanent Court of Review of the Mercosur incorporated nationally by Decree n^o 4.982, of February 9th, 2004; in 1992, Brazil recognized the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, depositing the declaration of acceptance of the Court's mandatory jurisdiction with the General Secretariat of the Organization of American States in 1998, promulgating it internally through the Decree n^o. 4,463, of November 8th, 2002. In 1994, Brazil acceded to the United Nations Convention on the Law of the Sea, recognizing in Part XV the dispute settlement mechanisms and especially the jurisdiction of the International Tribunal on the Law of the Sea in Annex VI, which was incorporated by Decree n^o. 1530, dated June 22, 1995. In 1994, when it acceded to the Marrakech Act, internalized by Decree n^o 1355 of December 30th, 1994, and entered into force in 1995, Brazil recognized the jurisdiction of the WTO Dispute Settlement Body in commercial matters. In 2002, Brazil acceded to the Treaty of Rome and the jurisdiction of the International Criminal Court, incorporated by Decree n^o 4,388, dated September 25th, 2002.

It should be noted that Brazil has amended its Constitution by means of Amendment n^o 45 of December 28th, 2004, inserting in its

Article 5, paragraph 4, the recognition of its submission to the jurisdiction of the International Criminal Court, whose creation has manifested its adhesion.

Despite the importance of adherence to these documents and the recognition of those international jurisdictions, until now the Brazilian legal system because it has been constitutionally modulated within another historical and political context, has not followed or understood this new international reality and, especially in terms of complying with international court decisions, and there is a real regulatory gap that has repercussions on the existence of a gap between the emerging reality and the compliance mechanisms and the incorporation of decisions by the Brazilian State.

In cases where the Brazilian State has been tested as to the degree of adhesion to the jurisdiction of the international courts up to the present moment, there has been a clear demonstration of the lack of understanding by the national authorities of the area of jurisdiction assigned to the international tribunals and the need for dialogue between them. It was also evident that there were no procedural mechanisms to enforce these decisions, other times international institutions were treated as competitors and, to make matters worse, sovereignty was invoked to justify non-compliance with the decisions of international bodies.

The fact that Brazil has joined several courts has made it a frequent part of some of them, offering victories in some lawsuits, but also vexatious condemnations, as in the case of the increasing number of convictions that the country has been submitted to the Inter-American Court of Human Rights in cases: case Gomes Rosa Genoveva and others (Case of Favela Nova Brasília) (2017); case Workers of the Fazenda Brasil Verde (2016); case Gomes Lund (Case of Guerrilha do Araguaia) (2010); case Sétimo Garibaldi (2009); case Escher (2009); case Damião Ximenes Lopes (2006), responding to other lawsuits in tribunal.

Specifically in the case Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil¹²², there was a demonstration of potential conflict of understanding between the decision of the Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian Supreme Court (STF). Proved by the Brazilian Bar Association (OAB) through a procedural instrument entitled “Arguição de

122. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf.

Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 153¹²³⁻¹²⁴, which required the Supreme Court to interpret the constitutionality of paragraph 1 of article 1 of Law 6,683 / 79 - the Law of Amnesty (law considered, by some, fundamental for the reestablishment of the democratic process in Brazil). The discussion called for clarification as to whether the crimes committed by state agents during the military dictatorship were amnestied in crimes related to political crimes, and whether the STF understood them. The STF decided, on April 24, 2010, to dismiss ADPF 153, considering that the interpretation that includes the crimes practiced by agents of the State as related to politicians was received by the Brazilian constitutional order and remained valid and impeded, therefore, prosecution of those agents.¹²⁵

In turn, on November 24th, 2010, as a result of an ongoing process at the Inter-American Court of Human Rights, the case *Gomes Lund and others vs. Brazil* was judged, in which Brazil was ordered to conduct a criminal investigation into the facts presented in the case in order to clarify them and determine the criminal responsibilities, effectively applying the sanctions provided for by law, indicating, among other things, the invalidity of said Law, considering that it would impede the investigation and sanction of serious violations of Human Rights, being therefore incompatible with the Pact of San José, Costa Rica, lacking legal effects to be applied in the case, representing an obstacle to the investigation of the facts and punishment of those responsible, and also an obstacle to other cases of similar violations in the provisions of American Convention. It should be noted that up to the present moment such a decision has not been complied with and the Supreme Court judges, when consulted, claim that it is not appropriate to re-discuss a matter of sovereignty of the Brazilian State.

123. Argument of non-compliance with fundamental precept (ADPF) is the constitutional procedural mechanism provided for in Brazilian law, article 102, paragraph 1, of Brazilian Constitution, whose purpose is to avoid or repair injury to a fundamental precept, i.e. a fundamental constitutional provision resulting from an act of the Public Power, including acts performed before the promulgation of the Constitution.

124. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>.

125. GEROMEL, Vitor. *Jurisdição Internacional e Justiça Brasileira: Harmonias e dissonâncias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

Regarding compliance with the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, in which Brazil has already been condemned and must comply with the judgment, silence is appalling due to the length of time, especially since there is a formal commitment of the Brazilian State, which has the prevalence of Rights Human Rights as one of its basic principles in international relations. At certain moments, a conflicting view can be seen in interviews or in the press, between the position of judges of the Supreme Court and the decisions of the Inter-American Court, invoking the sovereignty of the State to comply with decisions of that international tribunal, when in fact, judicial bodies should cooperate to improve decisions by implementing a dialogue between the tribunals, since STF and the Inter-American Court of Human Rights have the same mission to ensure respect for human dignity as contained in international documents and also reproduced in fundamental national texts.¹²⁶⁻¹²⁷

In the field of international trade and regional integration, the case of Used Tires was discussed within the Mercosur Dispute Settlement System, the Dispute Settlement Body of the WTO Dispute Settlement System, and the Brazilian Supreme Court with different decisions on the same theme.

In 2000, Brazil adopted legislation aimed at reducing tire waste because of the risk to public health and the environment associated with the exposure of toxic emissions caused by tire fires and the transmission of diseases, especially dengue. This legislation (Decree SECEX 8/2000) contained a ban on imports of retreaded and used tires. Since the entry into force of the aforementioned norm in Brazil, Uruguay requested the opening of an arbitration procedure in Mercosur in August 2001, claiming that Decree SECEX 8/2000 constituted a new restriction on trade among Mercosur members, which were inconsistent with Brazil's obligations under Mercosur.

126. CARVALHO RAMOS, André de. O diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1. pp. 805-850.

127. CARVALHO RAMOS, André. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; MEIRELLES, Elisabeth de Almeida; POLIDO, Fabricio B. Pasquot (Orgs.). **Direito internacional, humanismo e globalidade**. Guido Fernando Silva Soares *Amicorum Discipulorum Liber*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 451-468. p. 453.

In its ruling on January 9th, 2002, the MERCOSUR Arbitral Tribunal ruled that the Brazilian measure was inconsistent with Mercosur standards, especially the decision of the Common Market Council n° 22 of June 29th, 2000, which obliged Mercosur countries not to introduce intra-zone trade restrictions, deciding that Decree SECEX 8/2000 of the Ministry of Development Industry and Foreign Trade was incompatible with the Mercosur regulations, and Brazil should adapt its internal legislation in consideration of the incompatibility found.¹²⁸

In other words, Brazil should review its legislation on the matter of remolded tires and allow the importation of this good from the other partners of the economic bloc. From what is inferred from the decision of the Arbitral Tribunal, however, Brazil could prohibit the importation of the other countries.

After the arbitration decision, Brazil promulgated Decree SECEX n. 2 of March 8, 2002, which eliminated the ban on imports of retreaded tires originating specifically from Mercosur. This exemption was incorporated in art. 40 of Decree SECEX 14/2004, which contained three main elements: (I) prohibition of imports of retreaded tires; (II) prohibition on the importation of used tires; and (III) exemptions from the import ban on certain imports of retreaded tires, tires from other Mercosur countries, known as the “Mercosur exemption”.

The “Mercosur exemption” was not part of the previous regulations prohibiting the importation of retreaded tires, in particular Decree SECEX 8/2000, but was presented as a result of a decision issued by a Mercosur Arbitration Tribunal.

In the face of the measure, in 2005, the European Union began a demand in the World Trade Organization to evaluate the aforementioned Brazilian legislation, as well as the decision taken by the Mercosur authorities. The European Union complained about the ban on imports of its products, while Brazil adopted an exception to products coming from Mercosur countries, claiming that such measures were discriminatory and that Brazil was not required to implement the Mercosur Arbitral Tribunal’s decision as it did, that is, the lifting of the embargo

128. LAUDO DO TRIBUNAL ARBITRAL. Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6>. Laudo VI.

only for Mercosur member states. According to the European Union, Brazil should have lifted the ban for all WTO member states.

Basically, the European Union argued for the application of the “most favored nation” clause to consider it unjustifiable that Brazil allowed the importation of remolded tires from its Mercosur partners, but offered obstacles to the same good imported from other countries. In addition, the European Union argued that this was not a matter of environmental law and public health, but rather an attempt to leverage the sales sector and the production of remolded / retreaded tires, that was the central argument.

In its decision, the WTO Panel acknowledged that only after the decision of the Mercosur Arbitral Tribunal did Brazil exempt tires from Mercosur countries and that restrictions were previously imposed on the countries of Europe and were not the result of the perhaps. For the WTO panel, the Mercosur exemption “does not appear to be motivated by capricious or unforeseeable reasons, and was adopted following a Mercosur decision, which has binding and legal effects for Brazil, as part of that economic bloc”. The WTO panel concluded that “the Mercosur exemption” does not result in the import ban being applied in a way that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination.

The European Commission then appealed the panel’s decision to the WTO Appellate Body. This, in turn, began by pointing out that although discrimination between Mercosur countries and other WTO members in the application of the import ban was introduced as a consequence of a decision of a Mercosur Arbitral Tribunal, the decision was not an acceptable justification for discrimination because it had nothing to do with the legitimate objective pursued by the import ban falling within the scope of Article XX (b) 0,152. And he concluded that the “Mercosur Exemption” resulted in the import ban being applied in a way that constituted arbitrary or unjustifiable discrimination. In addition, it stated that the WTO Panel did not consider Brazil’s decision to comply with the decision of the Mercosur Arbitral Tribunal as “fickle” or “random”. The Brazilian government was therefore deemed appropriate, but gave the European Union reason for violating the “most favored nation” clause, reforming the Panel’s understanding, as can be seen from reading paragraph 258 of the decision of the Appellate Body and paragraphs 7.281 to 7.289 of the Panel’s decision. The complaint

considered Brazil's breach of the following provisions of GATT 1994: arts. I: 1; III: 4; XI: 1; XIII: 1; XX (b); XX (d); and XXIV.

The WTO decision considered that the Mercosur guaranteed exemption is inconsistent with the international trade rules established by the WTO and set a deadline, by December 17, 2008, for Brazil to authorize full importation or to prohibit it for all countries.

At the domestic level, after being examined by two international judicial bodies and in the face of persistent controversy, the Presidency of the Republic presented to the Supreme Court a procedural instrument entitled "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 101"¹²⁹ For the purpose of avoiding and repairing injury to a fundamental precept resulting from an act of the Public Power, represented by judicial decisions that violate the constitutional mandate set forth in art. 225 of the Constitution, stating that the growing increase in the world's fleet of vehicles would lead to an increase in new tires and, consequently, a need to replace them as a result of their wear and tear. There would be a need for ecologically correct disposal of the tires used to submit the procedures to the current constitutional and legal standards. The importation of used tires would bring harm to the environment, because they did not have adequate destination, thus violating the fundamental right to sustainable development and equity and inter-generational responsibility, with violation of the right to health, since the deposit of tires in the open air, importation would be a factor in the dissemination of tropical diseases, and therefore, preventive, prudent and cautious state action, in the adoption of public policies that avoided the causes of the increase of serious or contagious diseases according to with the Basel Convention, in force since 5.5.92, to which Brazil adhered and whose text was approved by Decree n°. 875 of 19.7.93, which recognizes that "the most effective way of protecting human health and the environment from hazards caused by hazardous waste".

The case was judged by the STF on June 24th, 2009, which understood by eight votes to one that would apply to the total ban on used tires, regardless of whether it is Mercosur partners or third parties. Judge Carmen Lúcia considered that the prohibitions were constitutional and overturned all the decision to the contrary that had not been tried

129. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>

and exhausted of resources. The decision at the national level was circumstantially different from those, because it was based on reasons other than those already issued by international tribunals, but sought to contemplate a protective position of Brazilian interests in order to adapt the previous international decisions.

Regarding the jurisdiction of the International Criminal Court, another case that drew attention was the request for consultations with the Supreme Court regarding the arrest warrant issued by the International Criminal Court against Omar Al-Bashir, president of Sudan. In July 2009, the Brazilian government received a request from the International Criminal Court for the arrest and surrender of the current President of the Republic of Sudan, Omar al-Bashir. In Petition nº 4.625-1, which is processed within the STF, a request for international cooperation was submitted by the International Criminal Court, in the exercise of its powers conferred by Article 89 of the Rome Statute. The ICC formally requested the Brazilian Government to detain the President of Sudan, Al Bashir, and his subsequent surrender to the Tribunal to stand trial on the grounds of perpetuating war crimes and crimes against humanity.

The request was forwarded by the ICC to the Government of the Republic, which later sent it to the STF by the Executive Power of the Union. In its dispatch dated August 2009, Minister Celso de Melo drew attention to the rule set forth in Article 88 of the Statute, which requires States to establish internally procedures applicable to all forms of cooperation specified in the Rome Statute, including cooperation with the International Criminal Court. It raised important concerns about Brazil's submission to the provisions of the Treaty of Rome, as well as establishing concepts on the difference between extradition and surrender. At the opportunity, the minister also expressed concern that there is no mechanism for receiving and enforcing the decisions of International Courts and that "the submission of the case to the STF by the plenary body of this tribunal on this matter will raise important questions, such as: recognition, or not, of the original competence of the STF to analyze the matter; the possibility of delivery of the person sought to the International Criminal Court by the Brazilian government, which is considered to be the Brazilian constitutional model, since in some cases the Rome Statute admits the imposition of a life sentence; the

recognition, or not, of the reception, of the Rome Statute, in its entirety, by the Brazilian constitutional order; among other discussions.”

In examining the merits of the question, Judge Celso de Melo understood that, as the first request for international cooperation formulated by the International Criminal Court against a President of the Republic of another sovereign State, still in the exercise of his mandate, some crucial questions should be elucidated before the STF emanates a final decision. The Judge Minister then referred the case to the Office of the Brazilian Attorney General for the purpose of obtaining answers as to whether there is original competence of the STF to judge the matter; whether it is possible that the Government of Brazil enters the person claimed by the ICC; analysis of the possibility of imposing the sentence of life imprisonment and the prediction of imprescriptibility of all crimes provided for in the Statute; the question of the indetermination of penalties on the part of the Rome Statute and the recognition or not of the integrality of the Rome Statute by the Brazilian constitutional order. The petition was therefore referred to the Minister of State for Justice and the Minister of State for Foreign Affairs so that they could express their views on the STF’s inquiries and eventual inquiries from the Public Federal Ministry. In August 2013, the Public Prosecutor’s Office filed a petition and requested action, and the case has been in this state since that time.

In the end it was not possible to understand the meaning of the decision, and it seemed that the judge did not know what to do with a disconcerting request for the arrest of a president from a distant African country, which would not hold for international doctrine any relation with the Brazilian legal system.

Specifically, as shown above, the difficulty presented in some judgments derived from international courts, because they were not well understood or have not yet been carried out, as well as questioned by the higher courts in Brazil, clearly demonstrate the need to improve the debate in Brazil about the place of the international courts and their jurisdiction in the realization of the ideal of universal justice that is exactly the same sense that moves local law, and cannot be detached from it.

In the relationship between national and international courts, there is an environment of axiological concentricity in which the main mission that guides the functioning of the Courts is present and the attribution to them of jurisdictional power, which is the execution of justice, based

on a presupposition of what is Law. Thus, the assumption of effectiveness of the law is that it leads to a judicial monism through which judicial decisions are communicated, without opposition or sovereign reminiscences. There is a systemic and axiomatic communication in the functioning of the various judicial institutions, especially a driving force that moves the aspirations of the law as an ideal and of the functioning of the courts in the quest for a global justice that is effective, fulfilled by the peoples and enjoyed by all those who are protected by them, whether States, peoples or individuals, in any plan.

13. Conclusion

At the present time, international society is organized by a denser normative system, where the normative interrelation between States occurs in a broad dialectical process between international forums as a space of normative production and its application in the legal systems of States.

In this context, it is necessary to go beyond the discussions on the relation between the international norm pointed by the traditional dualist and monist theories, because there is a direct and symbiotic relation between norms produced by the States at the international and the domestic level. On the other hand, it is essential to understand the existence of a more intense dialogue between international and national norms in a way that cannot be understood as placed in opposite fields or outside an integrated interpretive systemic context.

In the case of Brazilian law, which was analysed in this paper, it was demonstrated the normative idiosyncrasies of a State that from its origin and historically is deeply connected to international relations, always using normative mechanisms of International Law in its relations with other States. However, this reality is not reflected in its legal system of domestic law, and in the maturity of the theoretical perspective of application and recognition of the effects of the international law in the context of the national legal order.

The Brazilian State is an active participant and subject of the most important normative documents produced by the international society, either at the global or at the regional level, and the set of such texts dialogue directly with its national legal system, due to its fundamental normative constitution, or the reception of more varied norms in its

legal system, in the various fields of law, however, there are no national normative provisions that effectively address such dialogue

More specifically, the opening of the Brazilian legal system began only after the promulgation of the 1988 Constitution, especially by the insertion of constitutional provisions that reproduced fundamental international texts such as those of human rights nature or even of Contemporary International Law principles, also due to the influence of a more interconnected international society since the beginning of the process of globalization in the 1990s, and also, in the context of the process of re-democratization of the Brazilian State, by the recognition of a set of international agreements and submission to the jurisdiction of international courts or quasi-judicial bodies within international organizations framework.

Paradoxically, however, such reality was not reflected in the understanding of the need for adequacy of Brazilian normative legal system, as well as in the interpretation of courts, technical cadres and political agents for its realization. Those entrusted with the role of juridical and normative production and operationalization continue with a conservative view, a view prior to the constitution and the global political reality described above, taking the disconnected view of the presuppositions of the normative system itself and therefore incongruous, which explains, to a certain extent, the understanding of the normative value of treaties, or ignorance about the jurisdiction of international tribunals, as demonstrated in this paper.

While traditional institutions of the study of International Law in Brazil did not abandon their activities over time, even being the work very restricted to the interested academic channels, at the end, the universities reflected a certain political and educational neglect of the State's international insertion for many years, which eventually affected the education of a generation that does not understand or ignore the dimension of international norms and their relation with the national legal order.

It was from the 90's that there was an awakening of Brazilian society to international relations, still in a slow but progressive way, when universities started to offer graduate courses in International Law, relevant events and scientific publications are organized by unselfish teachers in order to disseminate the study on the subject, and institutions that are representative of the legal environment are aware of the importance of the subject and require it in the catalogue of minimum education for

its technical frames. As from 2000, the discipline of International Law was once again a mandatory subject in law courses, being the subject discussed more thoroughly because mechanisms for improving the discussions are developed, reflecting thus on the judiciary.

Nevertheless, this paper has shown that, although there is no institutionalized school reflecting a Brazilian view on International Law, it is true that over time there has been an in-deep academic contribution to the structuring of general International Law, and the Brazilian State is characterized because it is a determinant participant in international relations and institutions that permeate the debate on International Law in the contemporary world, which would allow the understanding of a systemic and organized logic of understanding of positions, theories and themes.

The challenge of Brazilian society is the organization of its normative legal system based on a vision that reflects its traditions and its commitment at the international level and, therefore, the understanding of a State that thinks International Law in the context of the vanguard of the reality of contemporary international society and do not arrange itself in the gaps concerning the decisive role that the international norm exercises and which demands interpretation in an integrated way, which maintain sovereign reminiscences or are doctrinally limited.

On the other hand, a broader and deeper development of the study of International Law in universities and the expansion of centre for studies and scientific production will naturally lead to a vanguard view on the interaction between international and national norms, which will remove the perspective of hierarchical relation or subordination, but that develops a symbiotic and integrated relation whose final presupposition is the realization of the ideal of justice and development of the peoples.

14. Bibliography

ASCENSIO, Hervé. La notion de jurisdiction internationale. In: **La juridictionnalisation du droit international**. Societe Française pour le Droit International. Paris: Pedone, 2003.

AZAR, Aïda. **L'exécution dès décisions de la cour internationale de justice**. Bruxelles: Bruylant, 2003.

BAPTISTA, Luis Olavo. Inserção dos tratados no Direito Brasileiro; RIL (1996) v. 132, p. 71 e ss.

- BARBOSA, Salomão Almeida. O Poder de celebrar Tratados no Direito Positivo Brasileiro: a Experiência Prática do Brasil. In: **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2004, p. 15-30.
- BENVENISTI, Eyal. **The conception of international Law as a system**. Tel Aviv: University Law School, Paper n. 83, 2008.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Evolução Histórica do Direito Internacional. In: **Revista de informação legislativa**, ano 29, nº. 115, Brasília, jul./set. 1992, p. 381-398.
- BRIERLY, J. L. **Direito Internacional**. Tradução de M. R. Crucho de Almeida. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.
- CASELLA, Paulo Borba. Direito Internacional nas Arcadas: A Aula Inaugural de 16 de fevereiro de 2009. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 104, jan./dez. 2009, p. 931-966.
- DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. Prefácio de Celso Lafer. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. **A defesa na cooperação jurídica internacional penal**. 2014, 243 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- FELZEMBURG, Daniel. Tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro: reflexões sobre uma possível regulamentação legislativa. In: **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, nº. 2, jul./dez. 2008, p 157-194.
- GRIEVES, Forest. **Supranationalism and international adjudication**. Chicago: University of Illinois Press, 1960.
- HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Aplicação do Direito Internacional pelo juiz brasileiro: Escorço para o LXIII Curso de Aperfeiçoamento de Diplomatas - IRB**. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F0nkPQKv2YMJ:https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/IRBr/pt-br/file/CAD/LXIII%2520CAD/Direito/Aplica%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520do%2520Direito%2520Internacional%2520pelo%2520juiz%2520brasileiro.docx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acessado em 15/05/2017.

- KARAGIANIS, Syméon. **La Multiplication des Jurisdictions Internationales: un systeme anarchique?**. In : SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. **La Juridictionnalisation du Droit International**. Colloque de Lille. Paris :Pedone, 2003.
- KINGSBURY, Benedict. **The International Legal Order**. New York University (NYU) - School of Law. NYU Law School, Public Law Research Paper n. 01-04; IILJ Working Paper n. 2003/1, pp. 684-686.
- MADRUGA Filho, Antenor. *A renúncia a imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro , Renovar, 2003.
- MAGALHÃES, José Carlos de . *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: Uma análise critica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, Renovar: Rio de Janeiro, 2002.
- MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*. Saraiva, 2013
- MENEZES, Wagner. *Estudos de Direito Internacional*. Juruá: Curitiba
- MENEZES, Wagner. *Direito Internacional em expansão*. Arraes: Belo Horizonte.
- MOURA, Luiza Diamantino. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: **EJLL** v. 15, nº. 1, jan./jun. 2014, p. 75-102.
- NETO, José Cretella. **A falta que faz o estudo do Direito Internacional**, 2009, Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-falta-que-faz-o-estudo-do-direito-internacional/4751>> Acessado em 15/05/2017.
- NOHMI, Antonio Marcos; SANTOS, Paulo Márcio Reis. *Direito Internacional na constituição da republica Federativa do Brasil de 1988 segundo a jurisprudência – Belo Horizonte: Editora D 'Placido, 2017*.
- PIOVESAN, Flávia. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Cidadania no Brasil**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>> Acessado em 15/05/2017.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, 6. Ed. São Paulo, Max limonada, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**.7.ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

- PRADO, Wagner Junqueira. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil. In: **Primas: Dir, Po. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 7, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 223-259.
- RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos na integração econômica: Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul _ Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001
- RANGEL, Vicente Marotta. La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil; R. Fac. SP, (1960), v. 55. P 253.
- REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso elementar. 16 edição - Saraiva: São Paulo, 2017.
- REZEK, Francisco. Direito dos tratados. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- ROMANO, Cesare P.R. **The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle.** Journal of International Law and Politics. New York University, 1999, v.31.n.709. pp. 709-751.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. Ed. revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 52.). São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo, : Atlas, 2002.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101/DF.** Rel. Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 24.06.2009.
- _____ **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF.** Rel. Min. Eros Grau. Julgado em: 29.04.2010.
- _____ **Petição 4625-1.** República do Sudão. Despacho do Ministro Celso Mello. Publicado em: 17.07.2009.
- TIBURCIO, Carmen. Temas de Direito Internacional – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre direito interno e direito internacional: os impactos no cotidiano jurídico brasileiro sob a perspectiva da ampliação do bloco de constitucionalidade. In: **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, ano 3, n.º 6, agosto 2015, p. 207-225.



BOLETIM DA SOCIEDADE
BRASILEIRA DE
DIREITO INTERNACIONAL

1ª EDIÇÃO

BULLETIN
DE LA
SOCIÉTÉ BRÉSILIENNE
DE
DROIT INTERNATIONAL

1914 — 1915. — N° 1

SOMMAIRE :

	Pages
Statuts et Règlement Provisoire.....	3
Membres de la Société.....	8
Administration.....	13
Composition des sections.....	14
Questions mises à l'étude.....	16
Rapports et conclusions.....	18
Allocation prononcée par Monsieur Amaro Cavalcanti sur les moyens d'assurer la paix générale....	28



RIO DE JANEIRO
Papelaria Mendes - Rua do Ouvidor, 60
1916

*La Société Brésilienne de Droit International
a son siège provisoire à la Bibliothèque Nationale,
avenue Rio Branco, 237—Rio de Janeiro.*

BULLETIN
DE LA
SOCIÉTÉ BRÉSILIENNE
DE
DROIT INTERNATIONAL

— — —
1914 — 1915

I



RIO DE JANEIRO
Papelaria Mendes — Rua do Ouvidor, 60
1916

Société Brésilienne
DE DROIT INTERNATIONAL

STATUTS

ARTICLE PREMIER — Une société ayant son siège à Rio de Janeiro est fondée sous le nom de « *Société Brésilienne de Droit International* ».

OBJET.

ART. 2.—Elle a pour objet : 1° de développer la connaissance et l'étude, au Brésil, du droit international ; 2° de coordonner les efforts et d'unifier les vues des juristes brésiliens en tout ce qui concerne les deux branches de ce droit, *i. e.* le droit international public et le droit international privé ; 3° de donner à l'opinion publique une vue précise et nette de l'œuvre entreprise, dans le domaine scientifique par les instituts de droit international existant en Europe et en Amérique, dans le domaine pratique par les Conférences de la Paix, de la Haye, et les Conférences pan-américaines, et d'aider, de toutes ses forces, au progrès de cette œuvre, en conformité des traditions, des sentiments et des intérêts du Brésil ; 4° d'étudier les questions de droit international, particulièrement les questions de caractère américain, en s'efforçant de les résoudre conformément aux principes généraux universellement acceptés, s'il est possible, ou bien en élargissant la sphère de ces principes suivant la notion de justice et en tenant compte des idées et des sentiments connus des nations américaines ; 5° d'unifier, dans tous les cas possibles, les règles et les actes du droit international entre les États du continent américain, afin d'arriver à leur codification ; 6° de fortifier le sentiment de solidarité entre les nations américaines, de manière à servir de base sûre et permanente à l'amitié et confiance réciproques entre les citoyens des États américains.

§ UNIQUE — La Société Brésilienne de Droit International peut, dans le but d'accomplir plus entièrement son objet, s'affilier à l'Institut Américain de Droit International, suivant les conditions réciproques accordées par ces deux associations.

COMPOSITION.

ART. 3.—La Société se compose de trois catégories de membres: *a*) les membres fondateurs, qui sont ceux qui ont accepté cette qualité en signant ces statuts, et le Brésilien notable qui est membre fondateur de l'Institut Américain de Droit International; *b*) les membres titulaires, qui sont ceux qui seront élus par l'assemblée générale de la Société; *c*) les membres associés, qui sont ceux qui seront agréés par le conseil d'administration sur la présentation d'un membre fondateur.

§ I.—Les premiers membres titulaires sont élus par les membres fondateurs.

§ II.—La Société peut conférer le titre de membre honoraire à des publicistes distingués, qui auront réellement contribué au progrès de la science du droit international.

ART. 4.—Les membres fondateurs et titulaires sont au nombre de soixante dans leur totalité; les membres associés sont en nombre illimité; les membres honoraires ne pourront dépasser cinq.

ADMINISTRATION.

ART. 5.—L'administration de la Société est confiée à un bureau de direction et à un conseil d'administration. Le bureau se compose d'un Président, d'un Secrétaire et d'un Trésorier, élus par l'assemblée générale parmi les membres fondateurs ou titulaires, sauf quant à leur premier choix, qui est fait par les membres fondateurs. Ils restent en fonctions pendant trois ans et sont rééligibles.

—Il y a aussi un Président honoraire de la Société, élu par l'assemblée générale.

ART. 6.—Le conseil d'administration se compose: 1.° des membres du bureau; 2.° de huit autres membres, lesquels, désignés la première fois par les fondateurs, sont élus par l'assemblée générale pour trois ans, tous rééligibles.

§ UNIQUE — En l'absence du Président du bureau, les autres membres du conseil d'administration choisiront un d'entre eux pour présider leurs séances.

ART. 7.—Le bureau a toute la gestion exécutive et économique de la Société.

Son Président représente la Société en personne juridique, mais les membres de la Société sont tenus subsidiairement à l'égard des obligations contractées en son nom par le personnel de son administration.

ART. 8. — Le conseil d'administration a la direction générale de la Société.

ART. 9. — L'assemblée générale procède aux élections des membres de la Société et du personnel de l'administration et approuve annuellement les comptes du Trésorier. Elle décide, s'il y a lieu, des modifications aux statuts, soit proposées par le conseil d'administration, soit dans la forme prévue par l'article suivant (art. 10). Elle décide aussi sur d'autres affaires soumises à son approbation par le conseil d'administration et, notamment, sur l'affiliation de la Société à l'Institut Américain de Droit International (art. 2., § unique).

ART. 10. — Il appartient aux membres fondateurs et titulaires de la Société de proposer, sous forme d'un projet signé de vingt membres au moins et communiqué au conseil d'administration deux mois avant la date de l'assemblée générale, les modifications convenables aux statuts. Le conseil d'administration peut s'approprier ce projet et le proposer en son nom ; dans le cas contraire, il donnera son avis sur la proposition, qui sera soumise à l'assemblée générale.

ART. 11. — Toutes les décisions de l'assemblée générale seront prises à la majorité absolue des membres fondateurs et titulaires présents. S'il s'agit d'une modification aux statuts, le nombre de votants doit être de deux tiers au moins des membres fondateurs et titulaires.

Le vote par mandataire est admis ; mais le mandataire doit être lui-même un membre de la Société.

Les membres associés ont le droit d'être présents aux séances et de prendre part aux travaux scientifiques, mais ils n'ont pas le droit de vote.

FONCTIONNEMENT.

ART. 12. — La Société se divise en deux sections : l'une pour l'étude du droit international privé ; l'autre pour l'étude du droit international public. Il appartient au conseil d'administration de désigner les membres de ces sections.

Chaque section élit pour trois ans, parmi ses membres fondateurs et titulaires, un président et un secrétaire de section.

ART. 13. — Les sections discutent et votent des projets de résolutions et entendent des communications et des rapports sur les matières de leur compétence. Les projets de résolutions sont préparés par des commissions choisies parmi les membres de chaque section.

ART. 14. — Les questions, qui intéressent à la fois le droit international public et le droit international privé, peuvent

être soumises à une commission mixte formée de membres des deux sections, dont l'avis et le rapport seront discutés en assemblée générale.

FONDS DE LA SOCIÉTÉ

ART. 15.—Les frais de la Société sont couverts par les cotisations des membres et par les revenus du fonds social, formé de donations et autres libéralités.

La cotisation annuelle est fixée à 25 *mil réis* pour les membres fondateurs et les membres titulaires et à 15 *mil réis* pour les membres associés.

Les membres honoraires sont exempts de cotisation pécuniaire.

RÈGLEMENT.

ART. 16.—Le conseil d'administration est chargé d'établir un Règlement pour l'exécution des présents Statuts. Le Règlement fixera notamment les dates des séances du conseil d'administration et des réunions de l'assemblée générale et régira toutes les autres questions relatives au fonctionnement de la Société.

Tant que ce Règlement ne sera pas établi, les affaires seront régies conformément aux articles du Règlement provisoire adopté par les membres fondateurs.

Rio Janeiro, le 24 Octobre, 1914.

RÈGLEMENT PROVISOIRE

ART. 1.—Le conseil d'administration se réunira de mai à octobre aux dates fixées par le Président du bureau.

ART. 2.—Les séances de l'assemblée générale seront convoquées par le conseil, soit dans le cas où n'y prendront part que les membres fondateurs et les titulaires, soit quand les séances seront plénières, auxquelles participeront aussi les membres associés.

§ UNIQUE — Étant présent le Président honoraire, il lui appartient de présider l'assemblée générale ; en son absence, au Président du bureau ; s'il est aussi absent, l'assemblée choisira un des membres présents pour la présider.

ART. 3.—Les sections se réuniront aux dates déterminées par le conseil.

ART. 4.—Les commissions fonctionneront aux dates fixées par le Président de la section respective. Les commissions désigneront leur rapporteur. Toutes les convocations seront adressées par le Secrétaire du bureau.

ART. 5.—Dans les empêchements temporaires, le Président sera substitué par le Secrétaire et celui-ci et le Trésorier se substitueront réciproquement et cumulativement.

ART. 6.—Le Président choisira, selon les exigences de l'occasion, les employés nécessaires aux différents services, en leur fixant une rémunération compatible avec les revenus du fonds social.

ART. 7.—Un bulletin publiera les travaux de la Société, suivant les déterminations du conseil.

ART. 8.—Dans les cas non prévus dans ce Règlement provisoire, il appartient au conseil et, s'il n'est pas réuni, au Président du bureau de pourvoir convenablement selon les circonstances.

MEMBRES DE LA SOCIÉTÉ

1.° MEMBRES FONDATEURS

1. RUY BARBOSA. Sénateur, ancien vice-président du sénat, ambassadeur du Brésil près la 2.^{me} Conférence de la paix, membre de la Cour permanente d'arbitrage, président de l'Institut des avocats, président de l'Académie brésilienne, vice-président et ministre des finances du gouvernement provisoire de la République.
2. URBANO SANTOS DA COSTA ARAUJO. Vice-président de la République, ancien sénateur.
3. LAURO SEVERIANO MÜLLER. Ministre des affaires étrangères, ancien ministre de l'Industrie et des travaux publics, général de brigade, ancien sénateur, membre de l'Académie brésilienne.
4. EPITACIO DA SILVA PESSOA. Sénateur, ancien ministre de la justice et des affaires intérieures, ancien ministre du Suprême Tribunal fédéral, ancien professeur à la Faculté de droit de Pernambuco, président de la Commission internationale de juristes américains, avocat.
5. ALBERTO DE SEIXAS MARTINS TORRES. Ancien ministre du Suprême Tribunal fédéral, ancien ministre de la justice et des affaires intérieures, ancien président de l'État de Rio de Janeiro.
6. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA. Membre du Conseil d'état de l'Empire, ancien sénateur, ancien ministre de la justice, président de la Commission arbitrale entre le Chili, le Pérou et la Bolivie, membre de la Cour permanente d'arbitrage, avocat.
7. FRANCISCO DE PAULA RODRIGUES ALVES. Président de l'État de S. Paulo, ancien Président de la République, ancien ministre des finances, ancien sénateur.
8. JOÃO CARNEIRO DE SOUZA BANDEIRA. Procureur fiscal de la municipalité de Rio de Janeiro, professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, membre de l'Académie brésilienne, avocat.

9. JOSÉ CARLOS RODRIGUES. Ancien directeur du "Jornal do Comercio" de Rio de Janeiro, membre pour les États Unis de la Commission arbitrale entre les États-Unis et la Suède.
10. MANOEL DE OLIVEIRA LIMA. Ancien ministre plénipotentiaire, membre de l'Académie brésilienne.
11. MANOEL ALVARO DE SOUSA SÁ VIANNA. Professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, ancien consultant juridique au Ministère des affaires étrangères, avocat.
12. HELIO LOBO. Consul général, secrétaire de la Présidence de la République, ancien 1.^{er} secrétaire de légation.
13. ARTHUR BRIGGS. Directeur au Ministère des affaires étrangères.
14. JOÃO VIEIRA DE ARAUJO. Ancien professeur à la Faculté de droit de Pernambouc, ancien député, avocat.
15. ESMERALDINO OLYMPIO DE TORRES BANDEIRA. Professeur à la Faculté de droit, ancien ministre de la justice et des affaires intérieures, ancien député, avocat.
16. CANDIDO LUIZ MARIA DE OLIVEIRA. Directeur et professeur à la Faculté de droit, ancien ministre de la justice, ancien ministre de la guerre, ancien sénateur, membre du Conseil d'état de l'Empire, membre de la Commission internationale de juristes américains, avocat.
17. ANTONIO AZEREDO. Vice-président du sénat, directeur du journal "A Tribuna" de Rio de Janeiro.
18. CONDE DE AFFONSO CELSO. Directeur et professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, ancien député, président de l'Institut historique et géographique, membre l'Académie brésilienne.
19. CARLOS PEIXOTO DE MELLO FILHO. Député, ancien président de la Chambre des députés, avocat.
20. ALFREDO PINTO VIEIRA DE MELLO. Professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, ancien député, ancien préfet de police, ancien président de l'Institut des avocats.
21. ANTONIO JOAQUIM PIRES DE CARVALHO E ALBUQUERQUE. Juge fédéral à Rio de Janeiro.
22. SANCHO DE BARROS PIMENTEL. Ancien président de province, ancien député, avocat.
23. RODRIGO OCTAVIO DE LANGGAARD MENEZES. Consultant général de la République, professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris, délégué plénipotentiaire aux Conférences de Bruxelles et de la Haye, membre de l'Académie brésilienne, avocat.

24. CLOVIS BEVILAQUA. Professeur à la Faculté de droit de Pernambouc, consultant juridique au Ministère des affaires étrangères, membre de la Cour permanent d'arbitrage, membre de l'Académie brésilienne.
25. MANOEL CICERO PEREGRINO DA SILVA. Professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, directeur général de la Bibliothèque Nationale, 1.^{er} vice-président de l'Institut historique et géographique.
26. HERCULANO MARCOS INGLEZ DE SOUSA. Professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, membre de l'Académie brésilienne, avocat.
27. UBALDINO DO AMARAL FONTOURA. Membre de la Cour permanente d'arbitrage, membre des Commissions arbitrales brésilienne — pérouvienne et brésilienne — bolivienne, ancien ministre du Suprême Tribunal fédéral, ancien sénateur, avocat.
28. PEDRO AUGUSTO CARNEIRO LESSA. Ministre du Suprême Tribunal fédéral, ancien professeur à la Faculté de droit de S. Paulo, membre de l'Académie brésilienne.
29. AUGUSTO TAVARES DE LYRA. Ministre des communications et des travaux publics, ancien ministre de la justice et des affaires intérieures, ancien sénateur, professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales.
30. AMARO CAVALCANTI. Ancien ministre du Suprême Tribunal fédéral, ancien ministre de la justice et des affaires intérieures, ancien sénateur, ancien ministre plénipotentiaire.

2. MEMBRES TITULAIRES

31. GODOFREDO VIANNA. Substitut du juge fédéral à l'État de Maranhão.
32. SYLVIO ROMERO FILHO. Chef du cabinet du ministre des affaires étrangères, ancien 1.^{er} secrétaire de légation.
33. BERTINO DE MIRANDA. Ancien directeur de la Bibliothèque publique de Pará.
34. PRUDENTE DE MORAES FILHO. Professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, député, avocat.
35. JOSÉ VICENTE MEIRA DE VASCONCELLOS. Professeur à la Faculté de droit de Pernambouc, ancien député, avocat.
36. AURELINO DE ARAUJO LEAL. Professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, préfet de police, avocat.
37. JAMES DARCY. Ancien député, avocat.

38. AUGUSTO OLYMPIO VIVEIROS DE CASTRO. Professeur à la Faculté de droit, ministre du Suprême Tribunal fédéral, ancien directeur au Tribunal des comptes.
39. ARTHUR GUIMARÃES DE ARAUJO JORGE. Chef de section au Ministère des affaires étrangères, secrétaire général, au Brésil, de l'Association américaine pour la paix internationale.
40. MANOEL COELHO RODRIGUES. Fonctionnaire au Ministère des affaires étrangères, ancien avocat.
41. RAUL DE SOUSA MARTINS. Juge fédéral à Rio de Janeiro.
42. EUGENIO DE VALLADÃO CATTAPRETA. Professeur à la Faculté de droit, avocat.
43. FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA. Professeur à la Faculté de droit, avocat.
44. JOSÉ MENDES. Professeur à la Faculté de droit de S. Paulo, avocat.
45. AFFONSO ARINOS. Membre de l'Académie brésilienne, avocat.
46. MANOEL IGNACIO CARVALHO DE MENDONÇA. Ancien juge fédéral, avocat.
47. FRANCISCO MENDES PIMENTEL. Directeur et professeur à la Faculté de droit de Bello Horizonte, avocat.
48. AFFONSO LOPES DE MIRANDA. Juge à la Cour d'appel.
49. FRANCISCO DE CASTRO. Avocat.
50. VIRGILIO DE MELLO FRANCO. Professeur à la Faculté de droit de Bello Horizonte, sénateur de l'État de Minas Geraes, avocat.
51. LAURINDO ARISTOTELES CARNEIRO LEÃO. Professeur à la Faculté de droit de Pernambouc.
52. JOÃO MARTINS DE CARVALHO MOURÃO. Professeur à la Faculté de sciences juridiques et sociales, avocat.
53. JOÃO PANDIÁ CALOGERAS. Ministre des finances, ancien ministre de l'agriculture, de l'industrie et du commerce, ancien député.
54. CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS. Ministre de la justice et des affaires intérieures, ancien député.
55. JOSÉ PEREIRA DA GRAÇA ARANHA. Ancien ministre plénipotentiaire, membre de l'Académie brésilienne.
56. FRANCISCO DE SALLES MEIRA E SÁ. Juge fédéral à l'État de Rio Grande do Norte.
57. JOÃO CHRYSOSTOMO DA ROCHA CABRAL. Professeur à l'École de jurisprudence, avocat.

58. BERNARDINO JOSÉ DE SOUSA. Professeur à la Faculté de droit de Bahia.
59. ANNIBAL FREIRE DA FONSECA. Professeur à la Faculté de droit de Pernambouc, avocat.
60. SOLIDONIO LEITE. Avocat.

3.º MEMBRES ASSOCIÉS

Francisco Solano Carneiro da Cunha. Avocat.

Chrysanto Freire de Brito. Avocat.

Paulo Inglez de Sousa. Avocat.

Armando Vidal Leite Ribeiro. Avocat.

Alfredo Balthazar da Silveira. Avocat.

José Linhares. Juge.



13

ADMINISTRATION

BUREAU DE DIRECTION

Président. M. Amaro Cavalcanti.

Secrétaire. M. Manoel Cicero.

Trésorier. M. Alfredo Pinto.

CONSEIL D'ADMINISTRATION

Président. M. Ruy Barbosa.

MM.

Lauro Müller.

Epitacio Pessoa.

J. C. Rodrigues.

Conde de Affonso Celso.

H. M. Inglez de Sousa.

Pedro Lessa.

A. Tavares de Lyra.

et les membres du bureau de direction.

COMPOSITION DES SECTIONS

SECTION DE DROIT PUBLIC

Président. M. Ubaldino do Amaral.

Secrétaire. M. Bertino de Miranda.

MM.

Ruy Barbosa.
Urbano Santos.
Lauro Müller.
Epitacio Pessoa.
Alberto Torres.
Rodrigues Alves.
Sousa Bandeira.
J. C. Rodrigues.
Oliveira Lima.
Sá Vianna.
Helio Lobo.
Arthur Briggs.
João Vieira.
Esmeraldino Bandeira.
Antonio Azeredo.
Manoel Cicero.

MM.

Tavares de Lyra.
Sylvio Romero Filho.
J. V. Meira de Vasconcellos.
Araujo Jorge.
Eugenio Catta-Preta.
Affonso Arinos.
Laurindo Leão.
Pandiá Calogeras.
Graça Aranha.
João Cabral.
Bernardino de Sousa.
Annibal Freire.
Chrysanto de Brito.
Armando Vidal.
A. Balthazar da Silveira.

SECTION DE DROIT PRIVÉ

Président. M. Pedro Lessa.

Secrétaire. M. James Darcy.

MM.

Lafayette R. Pereira.
Candido de Oliveira.
Conde de Affonso Celso.
Carlos Peixoto Filho.
Alfredo Pinto.
Pires e Albuquerque.
Sancho Pimentel.
Rodrigo Octavio.
Clovis Bevilaqua.
H. M. Inglez de Souza.
Amaro Cavalcanti.
Godofredo Vianna.
Prudente de Moraes Filho.
Aurelino Leal.
Viveiros de Castro.
Coelho Rodrigues.

MM.

Raul Martins.
Lacerda de Almeida.
José Mendes.
M. I. Carvalho de Mendonça.
F. Mendes Pimentel.
Affonso de Miranda.
Francisco de Castro.
V. de Mello Franco.
Carvalho Mourão.
Carlos Maximiliano.
Meira e Sá.
Solidonio Leite.
Francisco Solano.
Paulo Inglez de Sousa.
José Linhares.

QUESTIONS MISES A L'ÉTUDE

DROIT PUBLIC. Proposition de Monsieur Amaro
Cavalcanti.

- I. Étant donné que la guerre européenne actuelle a violé toutes les règles et principes du droit international admis jusqu'ici par les nations civilisées comme étant applicables aux rapports de guerre ; — quelles nouvelles règles ou quelle nouvelle institution de droit international peut-on établir ou créer qui soient capables de garantir les soi-disant lois de la guerre et les vrais principes de la neutralité ?

Il doit être anticipé, à titre de suggestion, que, quelle que soit la nouvelle institution de l'espèce, elle devra satisfaire à une condition fondamentale, c'est-à-dire que le droit se maintienne à couvert de la violence, soit en fournissant des moyens efficaces pour assurer le respect et l'accomplissement du droit en question, soit en rendant illégal l'emploi de la force, excepté dans les cas de sa propre défense.

- II. Quels moyens efficaces ou quelle organisation internationale devrait-on établir afin d'assurer la paix entre les nations civilisées ?

La question présuppose que la guerre n'est ni un idéal, ni une nécessité toujours inévitable pour résoudre les conflits entre les nations.

DROIT PRIVÉ. Proposition de Monsieur Pedro Lessa.

- I. Étant décrété le divorce (dans l'acception propre du terme) entre un étranger et une brésilienne, la justice brésilienne doit-elle homologuer la sentence de divorce ? Est-ce que la femme divorcée peut convoler en secondes noces au Brésil ?
- II. Étant décrété le divorce (dans l'acception propre du terme) entre un brésilien et une étrangère, la justice brésilienne doit-elle homologuer la sentence ? Est-ce que le mari divorcé dans ces conditions peut contracter un nouveau mariage au Brésil ?

Commissions nommées pour émettre opinion sur les questions proposées :

Droit public. I. MM. João Cabral, rapporteur, Sá Vianna, Annibal Freire.

II. MM. Eugenio Catta-Petra, rapporteur, Esmeraldino Bandeira, Arthur Briggs.

Droit privé. I. MM. Viveiros de Castro, rapporteur, Pires e Albuquerque, James Darcy.

II. MM. Sancho Pimentel, rapporteur, Carvalho Mourão, Solidonio Leite.

RAPPORTS ET CONCLUSIONS

DROIT PUBLIC. 1^{re}. QUESTION

RAPPORT DE MONSIEUR JOÃO CABRAL

Considérant que le simple arbitrage est un moyen imparfait pour la résolution des affaires internationales et la conséquente abolition de la guerre ou de ses abus et que seule la création de tribunaux permanents, obligatoires, dont les décisions soient pratiquement exécutoires, hâtera le plus possible l'accomplissement de ce desideratum. (João Cabral, *Evolução do Direito Internacional*, p. 3);

Considérant que la seconde Conférence de la paix a reconnu à l'unanimité le principe de l'arbitrage obligatoire et que quelques divergences, notamment celles qui se rapportent à l'interprétation et à l'application des stipulations conventionnelles internationales (c'est bien le cas de la thèse), sont susceptibles d'être soumises à l'arbitrage obligatoire sans aucune restriction (Acte finale, princ.);

Considérant que l'idée de l'arbitrage international obligatoire, sans restrictions, se solidifie, de jour en jour, sur la base de l'affirmation positive des traités, quoique par les procédés lents et indécis de la diplomatie; étant certain que doctrinairement, dans la sphère plus vaste des principes philosophiques, elle ne présente aucun doute, pas plus qu'un problème quelconque de droit international;

Considérant que, tout en trouvant naturellement beaucoup d'embarras dans le choix des juges, le projet d'organisation d'un tribunal permanent d'arbitrage est pourtant resté debout dans la seconde Conférence de la paix, ainsi que la convention relative à l'établissement d'un tribunal international de prises, et qu'il y a dans cette œuvre des points appréciables indiquant l'évolution de la justice internationale, savoir: a) l'obligation de maintenir l'établissement d'une juridiction supérieure à celle de chaque nation belligérante, pour mettre terme, en dernière instance, aux différends relatifs aux prises maritimes, auxquels seraient liés d'autres intérêts et droits, outre ceux des nations en guerre; b) l'établissement de cette juridiction à titre obligatoire pour la partie contre laquelle aurait été accordé un recours, indépendamment du compromis spécial, et la faculté pour les puissances, aussi bien que pour les particuliers, d'avoir recours directement à la dite juridiction; c) également, sans ce compromis, la faculté pour le tribunal d'agir *ad libitum*, à défaut de convention particulière entre les litigants, selon les règles du droit international généralement reconnues et, en l'absence de celles-ci,

selon les principes généraux de la justice et de l'équité ; d) et, enfin, après la sentence de nullité relative à la capture, le droit de la part du tribunal d'exiger la restitution du navire ou de la charge et d'estimer, le cas échéant, le montant des dommages, avec devoir pour les contractants de s'engager à se soumettre aux décisions du tribunal et à s'en acquitter le plus tôt possible (Ib. p. 98).

Considérant que, le fonctionnement de ces institutions de la justice internationale, n'a pas été pratiquement établi, quoique l'œuvre de la législation, de la positivation du droit des nations soit avancée, presque finie, à en croire les conventions qui ont eu lieu lors de la seconde Conférence de la paix et les déclarations de Londres relatives au droit de guerre maritime, le fait, la triste réalité est la violation (la thèse en parle, et nous en sommes témoins) de toutes ces règles, de la part des nations les plus importantes du monde, et le mépris des instruments légaux dont les dites nations ont fait la propagande pour l'usage universel ;

Considérant, que rien n'autorise à croire que les nations militarisées changeront spontanément de procédés, chaque fois que leurs intérêts seront en jeu ;

Considérant, par conséquent, que seule une organisation complète de la justice internationale, coactivement garantie par la plupart des nations, pourra assurer l'harmonie entre elles toutes (comme d'ailleurs ont prévu et ont souhaité Grotius, Saint Pierre, Rousseau, Kant, Bluntschli, Dorimer, Komarowsky, etc.), non seulement à l'époque pacifique du labeur vital, mais aussi quand un conflit armé se déchaînera, qui ait été inévitable ;

Considérant que le concept de la neutralité, ayant eu, pour point de départ — la neutralité passive et indifférente, comme une concession des belligérants, et ayant pour terminus — la neutralité active, surveillante et autoritaire — comme un droit de ceux que la guerre ne peut atteindre, tendant à traduire, d'une manière positive, le sentiment que les intérêts permanents de la paix, d'accord, comme ils le sont, avec le but principal, économique et idéal de l'humanité, doivent subjuguer les intérêts de la guerre, par essence, transitoires, étant donné que la violence ne peut être ni un idéal de culture, ni un état normal de la société (Note du Min. des Aff. Etr. du Brésil à Mr. le Min. des Aff. Etr. de Colombie, 10 mars 1915), la nation qui violera les traités ou les normes stipulées dans les conventions générales, en faisant la guerre à une autre ou en pratiquant des actions hostiles, sans attacher de l'importance aux moyens qui se lui présentent pour dirimer pacifiquement des mésintelligences internationales, ou la nation qui fera la guerre contre les principes établis par le droit des gens, ne doit pas jouir de la faculté d'exiger des autres qu'elles se maintiennent dans la ligne de la neutralité passive la plus parfaite. (Sá Vianna, Arbitragem).

La commission croit devoir proposer à l'assemblée générale ce qui suit :

1 — Fomenteur l'acceptation, par la plupart des puissances, indépendamment du préjugé de l'unanimité, du projet de création d'une nouvelle et véritable Cour de justice internationale, d'accord avec la seconde Conférence de la paix, suivant le système de choix des juges présenté par la délégation brésilienne ou tout autre qui satisfasse aux exigences supérieures de la justice.

2 — Que les états signataires, après la constitution de la respective assemblée, s'engagent à accomplir et à faire accomplir, par les gouvernements de ces nations, ainsi que par ceux de tous les états existants, soit avant quelque conflit armé, soit après son irruption, la totalité des préceptes établis dans les conventions et les principes généralement adoptés du droit international ;

3 — Que soient adoptées, comme mesures coercitives pour rendre effectives les décisions de la Cour, celles qui suivent, proposées par Komarowsky :

I — L'exclusion de l'état rebelle du sein de la propre Cour ;

II — La rupture des relations diplomatiques avec l'état rebelle ;

III — L'annulation de toute convention particulièrement favorable à l'état rebelle ;

IV — L'interdiction aux citoyens de l'état rebelle de vivre sur le territoire des autres états ;

V — La défense entre ceux-ci et ceux-là de l'importation et l'exportation de produits ;

VI — Le blocus de l'état rebelle et, enfin, comme dernière ressource ;

VII — L'emploi de la force armée.

DROIT PUBLIC. 2de. QUESTION

RAPPORT DE MONSIEUR EUGENIO CATTAPRETA

La question avait été formulée dans le but de provoquer des dissertations, sur lesquelles une commission nommée par Son Excellence le Président de la section émettrait son avis. Aucune dissertation n'ayant été présentée, c'est la commission elle-même, constituée par les associés choisis à la séance du 16 courant, qui doit développer la thèse.

Ce travail est, par conséquent, moins un avis que l'étude d'un problème, l'effort pour lui donner une solution.

L'extrême exiguité du temps, une semaine, quand il s'agit d'une entreprise digne de remplir une vie entière, est évidente, mais elle ne doit pas passer sous silence, parce qu'elle explique, jusqu'à un certain point, les imperfections de l'ouvrage.

Pas n'est besoin de démontrer combien il est convenable aux intérêts matériels, moraux et intellectuels de toute l'humanité d'employer les efforts les plus énergiques dans le sens de l'abolition totale des guerres. La thèse a été accompagnée de la remarque préliminaire qui suit :

« La question présuppose que la guerre n'est un idéal, ni une nécessité toujours inévitable pour résoudre les conflits entre les nations. »

L'idée qui vient à tout esprit moyennement cultivé, lorsqu'il cherche un procédé capable de régler des rapports humains, est celle d'une convention, d'un concours de volontés exprimées en un instrument signé par tous ceux qui sont d'accord et qui s'engagent à respecter et à faire respecter ce qui a été convenu. Cette idée s'impose avec l'énergie de la nécessité et de l'ordre naturel des choses. Veut-on arriver à un accord entre les états civilisés ? Que l'on invite les états à étudier la possibilité de l'accord ; celle-ci admise, les clauses qui régleront l'accord ; ces clauses une fois stipulées, les moyens coercitifs, capables d'empêcher la violation de l'accord.

L'initiative de l'invitation à une réunion préalable, où l'on discute et l'on décide la possibilité de la convention, pourra, certes, être prise par n'importe quelle puissance, qui donnera à cette invitation une force morale d'autant plus grande que cette puissance sera plus importante dans le concert universel.

Si la conflagration européenne était finie, il serait très convenable que l'initiative partît de l'état qui aurait montré le plus d'influence dans la fixation des conditions de la paix. Cependant, même dans ce paroxysme de destruction, si les sentiments de justice pouvaient étouffer les passions partiales, si l'attention des états en lutte pouvait être détournée du but

unique actuel — leur défense et la destruction de leurs ennemis, — quel beau spectacle un armistice général pour la discussion du droit et la solution de tous les conflits offrirait à la contemplation des générations à venir !

Tout conflit, toute divergence peut être décidée selon les principes du droit, cet arbitre suprême des rapports humains. Une fois le droit appliqué à chaque litige, il est indispensable d'imposer obéissance à la décision arrêtée.

Par conséquent, la solution juridique des divergences ne peut être prononcée que par un tribunal et, pour que l'obéissance aux décisions ne puisse être ajournée indéfiniment, il faut qu'elles soient souveraines, sans appel, devant le tribunal lui-même ou ailleurs.

Pour que la décision arrêtée soit efficace, il faut lui donner une exécution immédiate, de bon gré ou imposée par la force, dès lors réduite au seul rôle qui lui convient, l'appui matériel du droit.

Pas une nation ne doit se désintéresser de la solution de chaque conflit. Tous les hommes ont à gagner avec la paix, tous peuvent souffrir des conséquences de la guerre, même ceux qui seront le plus éloignés des champs d'opérations militaires.

S'il est hors de doute que les différends ne doivent être décidés que selon les principes du droit, la première condition qui s'impose, pour que la force ne prime pas le droit, c'est la limitation des corps armés au strictement indispensable à la tranquillité et à la défense de chaque état. Si l'on établit cette limitation en même temps dans tous les états, aucun d'eux, pour sûr, n'en éprouvera le danger. Cela n'empêcherait pas, du reste, l'instruction militaire plus ou moins généralisée, comprenant même tous les citoyens, de cette façon rendus capables de défendre leur patrie et de former les armées éventuellement exigées pour exécuter les décisions. Les états qui ne disposent pas de forces considérables n'éprouvent pas la tentation de provoquer des conflits, ils s'en tiennent à la préparation pour la défense ; et, si tout le monde n'est préparé que pour la défense, il n'y aura pas d'agression.

Cela ne signifie certainement pas que toute possibilité de différends, contestations ou divergences internationales aurait disparu. Il suffirait alors de réduire les corporations armées pour arriver au but voulu par la thèse proposée. Mais il est évident que l'existence des grandes armées et des marines de guerre exagérées encourage les entreprises de conquête, ainsi que l'aspiration à la prépondérance et à l'oppression sur les états plus faibles ; c'est une tentation incessante à l'expansibilité internationale.

Une fois établi le principe que la force ne sera employée que pour maintenir l'ordre intérieur, pour défendre chaque pays contre les agressions de l'extérieur et pour exécuter la

justice parmi les états, il faut adopter dans l'organisation du tribunal des règles capables, autant que possible, d'assurer son autorité, la régularité de son fonctionnement et la justice de ses délibérations.

Comment le tribunal serait-il composé ?

La représentation proportionnelle à la valeur militaire de chaque puissance, telle qu'elle a été proposée à la Conférence de la paix, ne nous semble pas acceptable :

a) Parce que ce serait un hommage de plus à la force, qui doit, tout au contraire, être réduite à son juste rôle ;

b) Parce qu'elle aurait comme conséquence l'annulation complète des petits états ;

c) Parce que, la réduction adoptée, la force de chaque état serait à peine proportionnelle à ses besoins et, dès lors, pourrait être censée égale à celle de tous les autres.

La représentation uniforme de toutes les puissances n'est pas moins injuste. Bien que le droit du plus humble soit si respectable que celui du plus puissant, une prépondérance des petits états, beaucoup plus nombreux, sur les grands en petite minorité en serait la conséquence. Dans le but d'éviter l'oppression des forts, on instituerait l'oppression exercée par les faibles, par les moins importants, situation certainement plus blâmable que l'autre et, en outre, absurde et contre nature.

Si nous partons du principe que le droit est une condition de coexistence des hommes en société, apanage de tout le genre humain, aussi digne de respect lorsque son titulaire est puissant que lorsqu'il est faible, extensif même à l'embryon, nous sommes, tout naturellement, portés à proposer que la représentation soit basée, non sur la force des états, ni sur leur nombre, mais sur le nombre des individus qui composent chacun d'eux, de façon que, dans le tribunal suprême, tous les habitants de tous les états qui concourront à la convention internationale soient représentés.

On ne doit pas compter par milliers, pas même par centaines, les membres du tribunal; cela présenterait de graves inconvénients. Que l'on adopte, dès lors, une proportion modérée : un représentant pour chaque vingt millions, par exemple, à la condition qu'aucun état n'en ait plus de dix, plus un représentant pour chaque puissance dont la population n'atteindra pas le chiffre de vingt millions, en sorte qu'aucune ne soit privée de représentation. On conciliera, de cette façon, le respect à la valeur de la personnalité humaine avec le droit qui appartient à tous les états de figurer au tribunal par la discussion et par le vote.

Ce ne sera pas la représentation de la force militaire, mais celle de la personnalité des états, même de ceux qui auront les plus petits territoires, la force la moins puissante, la popu-

lation la moins nombreuse, aussi bien que la personnalité de tous les hommes, auxquels ils appartiennent tous les biens qui se trouvent sur la surface de la terre et dans ses entrailles, quant au monde matériel, et encore les trésors accumulés des sciences et des arts.

Il faut établir un maximum (dix représentants par état) afin d'éviter la prépondérance excessive des états très peuplés. Il limiterait l'excès de représentation de la Grande Bretagne (les colonies comprises) et de la Chine, sans leur refuser une juste proportion avec leurs grandes populations.

Un tribunal constitué de la sorte, à la proportion d'un représentant de chaque état ayant moins de quarante millions d'habitants et d'autant de représentants des autres états que de fois leur population compterait le chiffre de vingt millions, aurait quelque 60 ou 70 membres, selon le nombre des puissances adhérentes; savoir: dix pour la Grande Bretagne et pour la Chine, six pour la Russie, quatre pour les Etats Unis de l'Amérique du Nord, trois pour l'Allemagne, deux pour la France, l'Autriche-Hongrie, la Turquie et le Japon et un pour chacun des autres états.

Ce nombre ne serait pas excessif pour des discussions si importantes que les différends internationaux, pas plus que pour l'étude continuelle du droit international public et privé. D'habitude les assemblées législatives sont beaucoup plus nombreuses.

Le jugement par sections, de quelque façon que celles-ci soient constituées, au hasard ou par les puissances intéressées à l'affaire, est impropre pour la formation d'une jurisprudence et, dans cette dernière hypothèse, éloigne la majorité du tribunal de l'examen de chaque question, ce qui aggrave encore l'autre inconvénient.

Une difficulté qui pourrait se présenter c'est d'obtenir assez d'assiduité des membres du tribunal au siège de ses travaux. Mais on peut bien la surmonter, en prescrivant une large publicité dans la convocation des séances, leur réalisation avec n'importe quel nombre de juges et la votation par tête. Lorsque les membres d'une corporation savent que toutes sortes de délibérations peuvent être adoptées malgré leur absence, ils s'efforcent, tout naturellement, de prendre part aux séances et, s'ils s'en abstiennent, tant pis pour les puissances qui auront si mal choisi leurs représentants.

Le tribunal siégerait dans la capitale de l'état qui aurait pris l'initiative de la convention préalable; dans le cas où deux ou plusieurs auraient, en même temps, invité les autres puissances à adopter ce moyen de conciliation, le sort déciderait lequel parmi eux aurait à recevoir le tribunal dans son territoire, sauf au tribunal, une fois constitué, de choisir le siège qui lui semblerait le plus convenable.

Les frais de toute sorte avec le service du tribunal seraient partagés sur le nombre total de ses membres et supportés par les états en proportion de leurs représentations.

Les honoraires des membres du tribunal seraient fixés et payés par les états respectifs.

La durée du mandat des représentants serait nécessairement un peu arbitraire. La possibilité de révocation *ad nutum* ne convient pas à l'indépendance indispensable pour remplir de si hautes fonctions. Le manque de stabilité de la mission en éloignerait les plus capables. Un certain délai doit donc être fixé, quatre ans, par exemple, après lesquels le représentant pourrait être nommé de nouveau, une ou plusieurs fois.

Les périodes de vacances exceptées, deux tout au plus et longues d'un mois, le tribunal devrait fonctionner continuellement, de façon à être toujours à même de prendre connaissance de tous conflits aussitôt que son intervention serait sollicitée.

En résumé, la commission juge que que les moyens efficaces pour assurer la paix parmi les nations civilisées seraient les suivants:

1. Réunion d'un congrès, formé de représentants du plus grand nombre possible de puissances, autorisés à célébrer une convention *ad referendum* de leurs gouvernements, affirmant la résolution inébranlable de ne jamais provoquer de conflit armé et de soumettre à la décision d'un tribunal toutes divergences internationales, sans aucune exception.
2. L'établissement du tribunal international, siégeant à la capitale de l'état qui aura pris l'initiative de la convention, ou de celui que le sort indiquera, s'il y en a plusieurs, sauf au tribunal d'adopter un autre siège.
3. Composition du tribunal à la proportion d'un membre pour chaque vingt millions d'habitants des états qui auront plus de quarante millions, les colonies comprises, et un membre pour chaque état de moins de quarante millions d'habitants.
4. Fonctionnement continu du tribunal, les vacances exceptées, en deux périodes d'un mois chacune. Tant qu'il n'y aura pas de querelles à décider, le tribunal s'occupera de l'examen de questions de droit international public et privé, qui seront soumises à une votation. Les arrêtés seront enregistrés.
5. Le mandat de chaque membre durant quatre ans et pouvant être renouvelé. Faute de communication officielle, le mandat sera censé avoir été renouvelé pour une nouvelle période de quatre ans.
6. La convocation des séances faite avec la publicité la plus large et l'antécédence convenable. Au jour et à l'heure fixés, le tribunal fonctionnera avec n'importe quel nombre de membres.

7. Décisions sur les affaires affectées au tribunal non passibles d'aucune révision et toutes les puissances obligées de s'y soumettre et de forcer leur exécution, dans le cas où l'une des signataires de la convention s'y opposerait.

8. Les frais du tribunal divisés par le nombre total de ses membres et payés par les états à la proportion du nombre de représentants auquel chacun est attiré. Les honoraires des représentants fixés et payés par l'état représenté.

La commission pense que celle-là serait l'organisation à établir, bien qu'elle n'ose pas espérer qu'il soit possible de réaliser un tel projet, étant donné l'état actuel des esprits en général.

Rio de Janeiro, le 25 octobre 1915.

DROIT PRIVÉ. 1.^{re} QUESTION.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES PAR MONSIEUR VIEIROS DE CASTRO

1. Étant décrété le divorce (dans l'acception propre du terme) entre un étranger et une brésilienne, la sentence de divorce doit être homologuée par la justice brésilienne, sauf quant à la partie concernant la question de capacité pour contracter un nouveau mariage.

2. La femme ainsi divorcée ne peut pas convoler en secondes nocés au Brésil.

N'ayant pas disposé du temps nécessaire, les deux commissions de la section de droit privé ont obtenu l'ajournement de la discussion des questions soumises à leur étude, ce qui a aussi été décidé quant à celles qui concernent le droit public. La discussion continuera à l'occasion de la première séance de 1916.

ALLOCUTION

PRONONCÉE PAR MONSIEUR AMARO CAVALCANTI,
PRÉSIDENT
DE LA SOCIÉTÉ BRÉSILIENNE DE DROIT INTERNATIONAL,
SUR LES MOYENS D'ASSURER LA PAIX GÉNÉRALE,
À LA SÉANCE DU 25 OCTOBRE 1915.

Messieurs!

— Le degré de civilisation, auquel les nations les plus avancées étaient déjà arrivées, paraissait garantir au moins l'application des règles les plus communes du droit international entre ces mêmes nations. On remarquait même, dès les dernières années du siècle passé, qu'il y avait de la part des grandes puissances le propos de réaliser une nouvelle construction de la société internationale, basée sur la paix et la justice, en écartant, de plus en plus, les éléments de la force et de la guerre, reste des temps barbares.

C'est dans cette pensée que le czar de Russie a convoqué la première Conférence de la paix, ayant pour objet principal la réduction des armements, dont le poids grevait déjà énormément le budget des nations et la conservation de la paix générale.

Vingt six nations furent représentées à la Conférence; et quoi-qu'elle ait laissé beaucoup à désirer dans ses travaux, on doit à la première Conférence de la paix, non seulement le grand service d'avoir reconnu à une nation que le droit d'offrir ses *bons offices* et sa *médiation* pouvait être exercé même pendant la lutte et devait être toujours considéré comme une intervention amicale, mais surtout celui d'avoir créé la Commission internationale d'enquête et la Cour permanente d'arbitrage, institutions spécialement destinées à la solution pacifique des conflits internationaux.

En 1907 a eu lieu la réunion de la deuxième Conférence de la paix, à laquelle furent représentées presque toutes les nations indépendantes, au nombre de 44, exceptées l'Abyssinie, Costa Rica et le Honduras.

Les services rendus par la deuxième Conférence de la paix ont été très importants, dans le sens de compléter ou de rendre plus praticables les mesures adoptées par la première Conférence, et d'entre ces services il faut détacher, outre la convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, les suivants: la convention relative aux lois et coutumes de la guerre sur terre; la convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la convention de Genève; les conventions spéciales concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre maritime; la convention relative à l'établissement d'une Cour internationale de prises et plusieurs autres conventions sur des matières et des buts de haute importance.

L'arbitrage obligatoire a été également adopté, en principe, par la deuxième Conférence de la paix.

Les bons résultats, aussitôt obtenus par l'emploi des instruments de la paix, adoptés ou adaptés, par les deux conférences à des cas d'ordre international qui autrement pourraient entraîner les nations intéressées à de grandes difficultés et, peut-être, à la lutte même, ainsi que les manifestations solennellement faites par les représentants des grandes puissances, à ces conférences, en faveur de la préférence qu'on devrait donner, dans leurs relations, aux moyens du droit et de la justice, ont produit partout la plus grande confiance dans l'esprit public des différents peuples.

De là un mouvement constant et progressif dans tout le monde civilisé pour animer et encourager toute idée nouvelle, tout projet utile, toute initiative heureuse; paraissant pouvoir contribuer à réduire le plus possible les éléments de force pour le maintien de l'ordre international ou dans la solution de conflits pouvant se produire.

On avait même grand espoir qu'à la troisième Conférence de la paix, qui se réunirait peut-être bientôt, — en même temps qu'on donnerait à l'arbitrage un développement suffisant de manière à le rendre, pour ainsi dire, le moyen ordinaire de régler les conflits pouvant survenir entre les nations civilisées, les droits et devoirs des nations neutres en temps de guerre seraient définitivement établis, ainsi que les lois et principes régulateurs des relations de la guerre sur terre et de la guerre maritime, l'institution permanente d'une cour des prises, la réduction des armements militaires, et autres sujets non moins importants, afin d'augmenter de plus en plus la convergence des intérêts et efforts des états dans toutes leurs relations d'ordre international.

Cependant la guerre actuelle éclate, en Europe, le 1^{er} août de l'année dernière! Et ce grand malheur vint aussitôt prouver aux yeux de tous, que le droit international public ou n'existe réellement pas ou il lui manque encore des parties essentielles à son fonctionnement, le privant ainsi de l'autorité nécessaire pour diriger, comme il le doit, ses propres relations.

En effet, il n'y a pas peut-être un seul principe ou règle établie par ce droit, que les nations belligérantes n'aient pas violée, on pourrait dire, *effrontément*, tant dans leurs relations réciproques que dans leurs rapports avec les nations neutres!

La faillite du droit international y a été entière et complète. — et, pourtant, il s'agit de nations qui avaient proclamé le plus hautement et reconnu la nécessité des règles de ce même droit, comme régulateur de leurs relations.

Mais devant une si triste réalité, quelle doit être la conduite des états civilisés? Le manque de foi, le découragement et l'abandon, relativement à la possibilité d'établir un ordre international garanti par les moyens du droit?

Non, mille fois non !

Ce qu'il faut faire, plus que jamais, c'est de marcher fermement et avec décision vers l'idéal du bien général, en cherchant à rétablir les principes d'humanité et de justice, sûrs, comme nous le sommes, que les barrières, jusqu'à présent créées par la civilisation, ne sont pas encore assez fortes pour empêcher que les nations ne se laissent pas entraîner, en certaines circonstances, à leurs instincts de férocité, de barbarie, de brutalité !

L'œuvre sera longue, multiple, difficile sans doute, mais non d'une réussite impossible.

Ici, comme dans toutes les lentes conquêtes de la civilisation, on ne doit pas oublier que parmi les conditions primordiales de réussite, l'instruction des différentes classes composant les populations de chaque pays doit occuper une des premières places; parce que lorsque ces classes auront une idée nette et complète que, pour elles, la guerre est toujours la misère et la ruine avec tous ses malheurs, et non pour ceux qui ont déclaré et maintiennent la guerre; et lorsqu'elles comprendront que la force brutale est impuissante pour créer le droit, tandis que celui-ci est le seul capable de donner une solution réellement profitable à tous les conflits internationaux; en ce temps-là, soyons sûrs, la paix des nations commencera à être durable, en s'imposant, d'une manière irrecusable, au respect des gouvernants.

Quant à la question du moment, tout va dépendre, selon notre humble opinion, de la manière par laquelle les états se conduiront au terme de la guerre actuelle.

Quelle sera la politique internationale à suivre, en vue ou en conséquence d'une si douloureuse leçon ?

La politique de l'augmentation des armements ?

La politique, préconisée par quelques-uns, que la paix ne peut être maintenue que par le militarisme, chaque fois plus fort, dans les nations ? La même politique des *alliances* et des *ententes* poursuivie par les grandes puissances dans le but déclaré de maintenir l'équilibre des ambitions internationales, mais laquelle, en réalité, n'a servi que pour diviser ces mêmes puissances en deux camps armés ?

Ou, au lieu de tout cela, une nouvelle politique de principes et normes tout à fait fondés sur la raison et la justice et ainsi capable de consolider une paix véritablement durable ?

Les premiers systèmes ont déjà trop prouvé leur incapacité, entraînant les puissances les plus hautes et les plus développées du monde à la guerre présente ou, plutôt, à leur propre ruine, dont l'énorme extension a atteint également toutes les autres nations, quoique neutres et étrangères à la lutte !

Et, franchement, — qu'est ce que la politique de la guerre est capable de produire? Malheureusement nous l'avons tout présent à nos yeux.

Des régions immenses autrefois enrichies par leurs industries en pleine prospérité, habitées par des populations que le confort et l'abondance rendaient heureuses, maintenant toutes ravagées, couvertes de sang et sillonnées de fosses remplies de cadavres! Les populations, décimées dans la meilleure partie de leur jeunesse, qui était hier la plus grande espérance et la sécurité de la nation et qui part pour mourir sur les champs de bataille ou pour en revenir transformée en une quantité d'aveugles, d'estropiés, de paralytiques, en un mot, d'êtres inutiles pour eux-mêmes et constituant un fardeau pour leur pays. Des milliers de femmes, d'enfants et de vieillards, privés de leurs pères ou de leurs frères valides qui étaient leur soutien, sont acculés à une prompte misère et obligés de recourir à la charité publique.

Des villes et des villages, qui avant la guerre étaient en pleine floraison et qui possédaient tant d'institutions consacrées aux lettres, aux sciences, à la religion, au commerce et à l'industrie, offrant toutes les jouissances de la civilisation et de la vie sociale, sont détruits, de fond en comble, par le canon, saccagés, incendiés, de la manière la plus barbare!

Les richesses, faites par le travail de l'homme et accumulées dans les trésors publics et privés pendant des siècles et qui étaient la garantie du bien-être de la nation et des individus, sont follement dépensées, pour alimenter la guerre et augmenter les horreurs de son œuvre de destruction et de mort, moyens par lesquels les uns et les autres cherchent à obtenir la victoire, comme étant la dernière et véritable expression de leur droit...

Et, pourtant, quel est le résultat final qu'on peut attendre de l'usage de ce droit si convoité et obtenu par l'assassinat de tant de millions d'individus, par le malheur et la misère de tant de populations, par la douleur et le deshonneur de tant de familles, par le sacrifice incalculable et irréparable des états belligérants eux-mêmes et surtout par la négation des principes d'humanité et de civilisation, qui étaient déjà établis avec la coopération constante des siècles?

D'après les leçons de l'histoire, l'affirmation du droit de victoire consiste, en général, en ce que le vainqueur pourra annexer quelques kilomètres de territoire à celui de son pays, exiger du vaincu une grande somme d'argent comme indemnisation et, selon les circonstances, acquérir ou augmenter, en même temps, certains avantages en faveur du commerce et de l'industrie de son pays.

Mais, si celui-ci est précisément le résultat connu de la politique de la guerre, relativement si mesquin en comparaison

avec les dommages et les sacrifices énormes qui en résultent, il faut bien convenir qu'il n'y a pas de raison suffisante pour qu'une semblable politique soit maintenue, de préférence, par les nations.

Quelle que soit la solution obtenue par les moyens pacifiques, c'est-à-dire la *médiation* et l'*arbitrage*, elle sera toujours meilleure et surtout plus d'accord avec les sentiments d'humanité.

Cette vérité est tellement évidente, qu'on est dispensé de tout confront ou démonstration ultérieure.

Cependant, telle est la divergence des sentiments parmi les hommes même devant les horreurs inévitables de la guerre, jamais compensées, quels que soient les résultats apportés par la victoire qu'ils n'ont pas encore su arriver à un accord définitif en faveur de la politique de la paix, d'ailleurs la seule juste, saine et bienfaisante pour les peuples et les états.

Le nombre des partisans de la politique des armements ou du militarisme est encore assez grand, ce qui en dernière analyse signifie, ni plus ni moins, que les nations devront continuer et persister dans la même politique de la guerre.

Il va sans dire que cette manière de voir ne condamne aucun mouvement généreux, même d'organisation de forces, s'il n'est pas inspiré dans un but de prévision patriotique des gouvernements ou des individus des différents pays. C'est le premier devoir de tout citoyen de se mettre en état de défendre l'indépendance et l'intégrité de sa patrie. Et l'on n'ignore pas, que dans la situation présente de la vie internationale, tout état qui démontre être peu capable de se défendre est aussitôt regardé avec dédain par les autres états.

La manière peu favorable, par laquelle nous avons traité la politique du militarisme qui mène les peuples inévitablement à la guerre, laisse voir bien clair, que notre pensée est de faire sentir, par les faits eux-mêmes, que cette politique, au lieu de profitable, a toujours été funeste aux états et que, par conséquent, il est urgent de s'occuper d'une nouvelle construction de la société internationale, dans laquelle, cette politique n'ayant plus raison d'être, il n'y aurait plus le besoin de ces formidables engins de force et de meurtre, par lesquels elle subsiste et se maintient.

Les nations modernes, certes, n'ont plus besoin de vivre de la guerre et pour la guerre, comme aux temps de la barbarie; c'est par son commerce et ses industries, par ses lettres et ses sciences et par d'autres moyens de la civilisation que chacune doit pourvoir à sa subsistance et conquérir des éléments de grandeur et de prospérité.

De plus, les états civilisés, étant des organisations essentiellement juridiques, ne pourront pas se développer ni maintenir des rapports entre eux sans des règles et des principes

qui gouvernent ces mêmes rapports ; de là la nécessité absolue d'un droit international, que la violence de la guerre peut si souvent enfreindre, mais jamais supprimer.

Ce qu'il faut, c'est le rendre toujours efficace, quels que soient les cas et les circonstances de la vie internationale.

On ne peut pas penser à un droit existant, sans reconnaître au même temps la coexistence d'un pouvoir ou d'un gardien, qui soit capable de faire valoir l'autorité et l'exécution de ce droit.

Mais qui pourra exercer ce pouvoir ? Evidemment seuls les états souverains, moyennant un concert ou un engagement par eux-mêmes contracté et maintenu.

Et cela serait-il, dans la pratique, un impossible ?

Non, certainement.

La réunion des nations civilisées en un congrès de paix à la fin de la guerre actuelle est une idée qui déjà se manifeste à tout moment et partout, comme une aspiration de l'opinion publique, afin que de nouvelles et plus sûres mesures puissent être adoptées, d'où il résulte, avec la stabilité de la paix générale, des garanties réelles du bien-être des peuples, ainsi que le progrès de la civilisation.

Personne ne peut prévoir ce que le savoir et l'expérience des nations civilisées pourront suggérer, discuter et délibérer définitivement sur les différents problèmes qui seront présentés dans un pareil congrès. Néanmoins on pourrait sans doute anticiper que ce congrès, en entreprenant une œuvre de reconstruction internationale, aura naturellement à s'occuper : d'abord, de donner une sécurité, complète et réelle, aux états individuellement considérés, en bien définissant les relations qu'ils doivent maintenir et développer entre eux et jusqu'où peuvent aller leurs droits intangibles, comme personnes indépendantes et souveraines, mais, aussi, parties intégrantes de l'organisation internationale ; en sorte que l'harmonie de ces relations et de ces droits prévienne, autant que possible, les occasions de conflits ; ensuite, d'établir, si un différend s'élève, les moyens et les mesures capables d'une solution pacifique et, dans le cas inévitable d'une guerre, de fixer des règles concernant ses actes, de manière à rendre entièrement assurés les droits et les intérêts, non seulement des peuples des états belligérants, comme ceux des nations neutres.

Comme point de départ, il est à espérer qu'on donnera aux principes de droit et de justice, moyennant une pratique sincère, l'intégration que jusqu'ici ils n'ont pas pu obtenir dans l'ordre juridique international des états.

Que l'on veuille admettre ou non, il subsiste une contradiction évidente entre les principes admis de la science juridique moderne concernant les relations des états et la pratique connue que surtout les grandes puissances s'arrogent le droit d'adopter dans ces relations. Cette pratique devient même

ernuellement injuste et irritante, lorsque ces puissances s'adressent à des états petits ou moins puissants.

Il n'est pas besoin de dire que, la nouvelle organisation internationale, que nous voudrions voir créée, ayant ses fondements dans le droit et pas dans la force, — les solutions des différends entre les états seraient logiquement prononcées par la justice et non plus tranchées par l'épée.

Il ne suffit pas, que les états soient modernes seulement dans leur construction apparente; le temps est arrivé qu'ils le soient aussi dans leurs principes et leurs règles de justice, laquelle seule devrait les diriger tous dans l'ordre international.

En vérité, on ne comprend pas que la civilisation se condamne volontairement à ce recul périodique vers la barbarie, comme il est arrivé et sans doute il arrivera toujours fatalement, si la politique internationale reste celle du militarisme, c'est-à-dire la guerre comme solution pour les différends entre les nations.

Aux yeux de la raison, la force brutale, malgré son arrogance, ne sera jamais capable d'aucune construction du droit. Quoique victorieux le plus fort ou le plus heureux, cela ne prouvera point que la justice est de son côté.

La victoire par les armes signifie certainement la supériorité de la force, mais elle n'exprime pas que le droit soit avec le vainqueur.

Seule la raison a le pouvoir de démontrer d'une manière convaincante où se trouve la justice entre deux contestants.

Et c'est ainsi le sentiment des belligérants eux-mêmes; car aussitôt que les armes sont déposées, ils s'empressent de conclure le traité de paix, — un lien essentiellement juridique, — au moyen duquel ils cherchent à transformer leurs prétentions ou conquêtes en des articles de droit, tellement convaincus ils sont, que seulement de la sorte celles-là seront observées par les parties contractantes et respectées par les autres.

Avant la conclusion de ce traité, on sait bien qu'il n'y a que la proie sous la main du vainqueur et partant que celle-là peut encore lui être arrachée par un coup plus habile ou de plus grande force.

D'autre part, on ne peut pas admettre que les états civilisés, parmi lesquels les grandes puissances, ne soient pas sincères dans leurs déclarations, tant de fois répétées, en faveur des moyens du droit pour régler leurs relations et on doit, par conséquent, présumer que le congrès, auquel nous nous sommes rapportés plus haut, adopterait toutes les mesures convenables, pour que les conventions signées comme des garanties de la paix et du droit fussent réellement efficaces contre tout acte de violation de l'ordre international établi.

—La sanction des obligations du droit international pourra être morale, économique, ou donnée par la force.

La première consisterait dans une réprobation solennelle des nations dans le but de soulever l'opinion publique contre l'état qui aurait violé son engagement.

La sanction économique consisterait dans un boycott le plus complet, c'est-à-dire la cessation de toute relation commerciale et financière avec la nation ou les nations qui agiraient militairement, au lieu de soumettre le différend aux moyens d'entente pacifique ; car il est évident que, étant donné l'interdépendance que les relations économiques créent actuellement à la vie des nations, une telle pression aurait la plus grande, si non la plus décisive influence, non seulement pour empêcher la guerre, comme pour établir la paix, si celle-la se déclarait.

La troisième sanction consisterait à être employée la force par les autres nations afin de faire cesser, au plus tôt, la violation qui ait été commise.

Enfin, si, malgré tout, la guerre doit subsister, que, du moins, elle soit considérée comme une nécessité funeste ou un héritage pernicieux des temps passés, le quel il faut réduire incessamment et le plus possible.

— Maintenant, pour finir en nous rapportant à la thèse proposée par la Société Brésilienne de Droit International. "Quels moyens efficaces ou quelle organisation internationale devrait-on établir afin d'assurer la paix entre les nations civilisées ?" et en nous trouvant d'accord avec ce qui a été déjà suggéré à ce sujet par les pacifistes des autres pays, il nous semble que, parmi les mesures que l'on recherche, les suivantes seraient à considérer :

1) La réunion des nations civilisées, aussitôt que les préliminaires de la paix soient signés par les belligérantes, dans un congrès afin d'adopter de nouvelles et plus solides bases d'organisation internationale, telles que : *a*) bien définir et limiter le principe de la souveraineté de l'état, ayant en vue que l'*internationalisme* doit être regardé comme une organisation juridique réellement capable de contrôler ou de garantir par une exécution efficace les engagements internationaux ; *b*) l'engagement par les puissances de considérer le maintien de la paix générale comme une véritable obligation internationale, pour l'efficacité ou l'exécution de laquelle elles se soumettront réciproquement à la sanction exigée par les circonstances, soit-elle d'un caractère moral et économique ou donnée par le moyen de la force, si l'une d'entre elles enfreindra les obligations contractées ; *c*) l'obligation spécialement prise par les puissances de ne jamais déclarer la guerre sans avoir tenté une solution pacifique du différend par l'arbitrage ou, du moins, sans le soumettre à une commission d'enquête.

2) L'établissement permanent d'institutions pour la paix, telles que : *a*) une Commission ou conseil international ayant l'autorité de procéder à des enquêtes sur les différends entre les nations ; *b*) une Cour de justice internationale pour décider les cas proprement judiciaires ; *c*) la continuation de

la Cour d'arbitrage de la Haye avec ses attributions actuelles ou, si l'on veut, avec ces mêmes attributions amplifiées, de manière à la rendre une véritable cour de justice, et dans ce cas la création d'une cour spéciale se proposant le même but ne serait pas nécessaire.

3) Chercher à obtenir par tous les moyens possibles la collaboration constante et progressive de l'opinion publique dans les différents pays en faveur de l'organisation de la société internationale, sans oublier que l'adoption d'un système régulier d'éducation des masses populaires dans le but de disséminer dans leur sein les principes les plus communs du droit international, surtout ceux qui se rapportent à la solution pacifique des conflits, serait certainement de la plus grande utilité à cet effet.

DIRETRIZES PARA SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos devem ser enviados por meio de plataforma eletrônica encontrada no *site* **boletim.direitointernacional.org**. Aqueles que tiverem dificuldades para acessar a plataforma, poderão enviar seus trabalhos para o endereço boletim@direitointernacional.org.

Na plataforma eletrônica, o autor deverá preencher todos os campos obrigatórios e poderá fazer o acompanhamento do andamento do processo de avaliação pelos pareceristas do BOLETIM DA SBDI.

Os arquivos enviados devem estar gravados no formato .doc (Microsoft Word 2000). Os artigos enviados em .pdf, ou em qualquer outro formato não editável, não serão aceitos.

Nenhum tipo de identificação da autoria poderá estar visível no artigo enviado para avaliação, de modo a assegurar a integridade da avaliação por pares cega. Deve-se retirar, inclusive, a identificação dos autores das propriedades do documento (Microsoft Word). Caso não haja o cumprimento deste item, o artigo será automaticamente rejeitado.

Os trabalhos enviados por e-mail deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar impreterivelmente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), numeração ORCID, afiliação acadêmica, qualificação (situação acadêmica, títulos e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, declaração de ineditismo (a autorização de publicação será solicitada posteriormente em caso de aprovação do artigo), eventual financiamento recebido e categoria temática e forma escolhidas.

Não há um número predeterminado de páginas para os textos, devendo apenas ser respeitado o mínimo de 15 (quinze) laudas para os artigos originais e para os artigos de revisão.

Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos; o próprio <ENTER> já os determina. Os artigos devem ser submetidos em fonte tipo

Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entre linhas de 1,5; as margens superior e inferior devem ter 2,0 cm e as laterais devem ter 3,0 cm. Para as notas de rodapé, usar corpo 10, sem espaço entre linhas. Não utilizar notas de fim. O tamanho do papel deve ser A4.

Os trabalhos escritos em língua não inglesa deverão conter título e um resumo no idioma original e em inglês. Deverá, igualmente, constar a data em que o trabalho foi escrito. Deverão ser destacadas as Palavras-Chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto), limitadas ao número mínimo de 3 (três) e máximo de 5 (cinco), no idioma original do texto e em inglês, as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

As citações ao longo do texto devem ser feitas no formato (AUTOR, ano, p.), sendo que a indicação completa deve constar nas referências bibliográficas ao final do trabalho, conforme a norma da ABNT NBR 10520:2002. As referências bibliográficas deverão conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; nome do autor com a primeira letra maiúscula e as demais letras minúsculas; título da obra em itálico; número da edição (a partir da segunda); local; editora (não usar a palavra editora); ano da publicação; número do volume (arábico); tomo (romano) ou série, quando for o caso. Exemplo: SILVEIRA, Pedro. *Direito internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2003, vol. 4, t. IV, conforme a norma da ABNT NBR 6023:2002.

Avaliação

A avaliação de artigos submetidos à publicação no BOLETIM DA SBDI consiste no rigoroso processo de *double-blind peer review*, que se dará em duas etapas.

Na primeira fase, dois avaliadores-pareceristas examinam a qualidade do trabalho e a sua adequação à linha editorial do BOLETIM DA SBDI. Caso haja discrepância superior a 3 (três) pontos na avaliação de zero a dez de um artigo, ocorrerá uma segunda fase, na qual será requisitada uma terceira avaliação. A opinião emitida nesta última avaliação terá preponderância.

Todos os trabalhos serão remetidos, direta e indistintamente, aos avaliadores-pareceristas previamente selecionados e que não sejam

Conselheiros deste Periódico. Os avaliadores-pareceristas são professores de importantes instituições brasileiras e estrangeiras, com formação e publicação de destaque na área. A avaliação dos trabalhos implica na realização de comentários e no oferecimento de sugestões.

O prazo de resposta de cada avaliador-parecerista é de três meses, a contar do envio dos artigos. Após a aprovação, o prazo máximo de publicação será de seis meses. Durante todo o processo, o anonimato dos autores e dos revisores é garantido.

Será garantido aos autores que tiverem seus artigos recusados o direito de recurso contra os pareceres desfavoráveis.

Direitos Autorais

Os direitos patrimoniais dos trabalhos aceitos para publicação, inclusive as traduções, passam a ser de propriedade da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI. Os editores do BOLETIM DA SBDI reservam-se o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores. É permitida a citação parcial de artigos publicados, sem autorização prévia, desde que seja identificada a fonte. A reprodução total de artigos é proibida. Em caso de dúvidas, solicitamos consultar o Conselho Editorial (boletim@direitointernacional.org).



RULES FOR SUBMISSION

The papers must be sent by means of electronic platform found in the site **boletim.direitointernacional.org**. Those who have difficulties to access the platform can send their papers to the address boletim@direitointernacional.org.

In the electronic platform, the author must fill in all the mandatory fields and can follow the progress of the evaluation process by the evaluators-referees of the BRAZILIAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW.

The uploaded files must be saved in .doc format (Microsoft Word version). Articles submitted in .pdf, or in any other non-editable format, will not be accepted.

No type of identification of authorship may be visible in the article sent for evaluation of referees, in order to guarantee anonymity. It is mandatory to remove the identification of the authors of the document properties (Microsoft Word). If this item is not complied with, the article will be automatically rejected.

Papers sent by e-mail should be preceded by a sheet that will be used to record the title of the manuscript, author's name (or authors), ORCID number, academic affiliation, qualification (academic situation, titles and main activity), complete address for correspondence, telephone, fax, e-mail, relation of the previous intellectual production, declaration of originality (the authorization of publication will be requested later in case of approval of the article), financing received and thematic category and form chosen.

There is no predetermined number of pages for the texts, and only a minimum of fifteen (15) pages should be respected for the original articles and for the review articles.

Paragraphs should be left aligned. No backstops, shifting, or spacing should be used before or after. The <TAB> should not be used to deter-

mine the paragraphs; <ENTER> itself already determines them. Papers must be submitted in Times New Roman font, body 12. Paragraphs space lines must be 1.5; the top and bottom margins should be 2.0 cm and the sides should be 3.0 cm. For footnotes, use body 10, with no space between rows. Do not use endnotes. The paper size should be A4.

Papers written in non-English language should contain Title and Summary in the original language and in English. It should also state the date on which the work was written. Key words (words or expressions that express the central ideas of the text) should be highlighted, limited to the minimum number of 3 (three) and maximum of 5 (five), in the original language of the text and in English, which may facilitate further research to the work.

Citations throughout the text must be in the format (AUTHOR, year, p.), And the complete indication must appear in the bibliographic references at the end of the work, according to ABNT n. 10520:2002. Bibliographical references should contain: author's surname in capital letters; name of the author with the first capital letter and the other lowercase letters; title of the work in italics; issue number (as of the second); local; publisher (do not use the word publisher); year of publication; volume number (Arabic); tome (Roman) or series, when applicable. Example: SILVEIRA, Pedro. *International Law*. 2. ed. Rio de Janeiro: Official Press, 2003, vol. 4, t. IV, according to ABNT n. 6023:2002.

Evaluation

The evaluation of articles submitted for publication in the Bulletin consists of the strict *double-blind peer review process*, which will take place in two stages.

In the first phase, two evaluator-referees examine the quality of the work and its appropriateness to the editorial line of the Bulletin. If there is a discrepancy of more than 3 (three) points in the evaluation of zero to ten of an article, a second phase will occur, which will consist of a third evaluation. The opinion expressed in this last evaluation will have preponderance.

All papers will be sent, directly and indistinctly, to the evaluator-reviewers previously selected and who are not Directors of this journal.

The evaluator-reviewers are teachers of important Brazilian and foreign institutions, with training and prominent publication in the area. The evaluation of the work implies making comments and offering suggestions.

The response time of each evaluator-assessor is 3 (three) months from the date of submission of the articles. After approval, the maximum publication period will be 6 (six) months. Throughout the process, the anonymity of authors and reviewers is guaranteed.

The right of appeal will be guaranteed to authors who have their articles rejected for contrary evaluators-referees opinions.

Copyright

The property rights of articles accepted for publication, including translation, become the property of the Brazilian Society of International Law - SBDI. The editors of the Bulletin reserve the right to make normative, orthographical and grammatical changes, in the originals, in order to maintain the standard application of the language, respecting, however, the style of the authors. Partial citation of published articles is allowed without prior authorization, provided the source is identified. Total reproduction of articles is prohibited. If you have any questions, please contact the Editorial Board (boletim@direitointernacional.org).



SOUSSION

Les travaux doivent être envoyés à partir de la plateforme électronique trouvée sur le site internet boletim.direitointernacional.org. En cas de difficultés d'accès à la plateforme, les auteurs pourront aussi transmettre leurs œuvres à l'adresse électronique suivante: boletim@direitointernacional.org.

Sur la plateforme électronique, l'auteur doit remplir tous les champs obligatoires et suivre les étapes du processus d'évaluation par les évaluateurs du BULLETIN de la SBDI.

Les fichiers téléchargés doivent être enregistrés au format .doc (version 2000 Microsoft Word). Les documents soumis en .pdf ou dans tout autre format non modifiable ne seront pas acceptés.

Aucun type d'identification des auteurs ne peut être visible dans le fichier envoyé pour évaluation, afin d'assurer l'anonymat et l'intégrité de l'évaluation par les pairs. Il est également nécessaire de supprimer l'identification des auteurs dans les propriétés du document (Microsoft Word). Si cette exigence n'est pas respectée, l'article sera automatiquement rejeté.

Les travaux envoyés par courriel doivent être précédés d'une feuille de couverture contenant le titre du manuscrit, le nom de l'auteur (ou des auteurs), le numéro ORCID, l'affiliation académique, la qualification (situation académique, titres et activité principale), l'adresse complète pour la correspondance, le téléphone, le fac-simile, l'adresse e-mail, la relation de production scientifique précédente, la déclaration d'originalité (l'autorisation de publication sera demandée ultérieurement en cas d'acceptation du travail), le soutien financier éventuellement reçu, la catégorie thématique et le format choisi.

Il n'y a pas de nombre prédéterminé de pages pour les textes. Néanmoins, un minimum de 15 (quinze) pages doit être respecté pour les articles originaux et pour les articles de révision.

Les paragraphes doivent être justifiés. Aucun recul, décalage ou espacement ne doit être utilisé avant ou après. La touche <TAB> ne doit pas être utilisée pour déterminer les paragraphes; <ENTER> les déterminera automatiquement. Les documents doivent être soumis en papier A4 et écrits en caractères de corps 12, en police *Times New Roman*, étalement entre lignes de 1,5. Les marges supérieure et inférieure doivent être mises à 2 cm et les latérales à 3 cm. Pour les notes de bas de page, utiliser le corps 10, sans espace entre les lignes. Ne pas utiliser les notes de fin.

Les articles rédigés dans une langue autre que l'anglais doivent contenir le titre et le résumé dans la langue d'origine et en anglais. Les mots-clés (mots ou expressions qui expriment les idées centrales du texte) doivent être mis en évidence, limités au minimum de trois et au maximum cinq, dans la langue d'origine du texte et en anglais, à fin de faciliter la recherche ultérieure. Il est nécessaire d'indiquer la date où l'œuvre a été écrite.

Les citations au cours du texte doivent être au format (AUTEUR, année, p.) et leur indication complète doit apparaître dans les références bibliographiques à la fin du document, selon la règle ABNT NBR 10520:2002. Les références bibliographiques doivent contenir: le nom de l'auteur en majuscules; prénom de l'auteur avec la première lettre majuscule et les autres minuscules; titre de l'œuvre en italique; numéro d'édition (à partir de la deuxième); lieu; éditeur (ne pas utiliser le mot « éditeur »); année de publication; numéro de volume (en nombres arabes); tome (en nombres romains) ou série, le cas échéant. Exemple: SILVEIRA, Pedro. *Droit international*. 2. ed. Rio de Janeiro: Presse officielle, 2003, vol. 4, t. IV. (Selon la règle ABNT NBR 6023:2002)

Évaluation

Les articles soumis à publication dans le BULLETIN de la SBDI font l'objet d'un rigoureux processus d'évaluation aveugle par les pairs qui se déroule en deux étapes.

Dans la première phase, les articles sont évalués selon leur pertinence, qualité et adéquation à la ligne éditoriale du BULLETIN de la SBDI. Une seconde phase aura lieu en cas de divergence de plus de 3 (trois) points dans l'évaluation de zéro à dix d'un article, moment dans

lequel une troisième évaluation sera requise. L'opinion issue de cette dernière appréciation aura prépondérance.

Tous les articles seront envoyés, directement et indistinctement, aux évaluateurs précédemment sélectionnés. Les évaluateurs ne peuvent pas faire partie du Conseil éditorial de cette revue; ils sont des enseignants des institutions brésiliennes et étrangères notables, ayant une formation solide et une production académique reconnue dans la région d'actuation. Les évaluateurs émettent des commentaires et offrent des suggestions.

Le temps de réponse de chaque évaluateur est de trois mois à compter de la date de soumission des articles. Après l'acceptation, le délai final de publication sera de six mois. Tout au long du processus, l'anonymat des auteurs et des réviseurs est garanti.

Les auteurs qui aient leurs travaux refusés auront le droit d'appel contre les avis défavorables.

Droits d'auteur

Les droits patrimoniaux des œuvres acceptées pour publication, y compris les traductions, deviennent propriété de la Société Brésilienne de Droit International - SBDI.

Les éditeurs du BULLETIN de la SBDI possèdent le droit de faire des ajustements orthographiques, grammaticaux et de forme, dans le but de garder la conformité aux normes linguistiques et éditoriales, en respectant cependant le style des auteurs. La citation partielle des documents publiés est permise sans autorisation préalable, à condition que la source soit identifiée. La reproduction totale des articles est interdite.

En cas de questions ou de doutes, contacter le Conseil éditorial: boletim@direitointernacional.org.



DIRECTRICES PARA ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos deben ser enviados por medio de la plataforma electrónica que se encuentra en el site boletim.direitointernacional.org. Aquellos que tengan dificultades para acceder a la plataforma, pueden envía sus trabajos para la dirección electrónica: boletim@direitointernacional.org.

En la plataforma electrónica, el autor deberá llenar todos los campos obligatorios y podrá acompañar el avance del proceso de evaluación por los evaluadores del BOLETÍN DE LA SBDI.

Los archivos enviados deben estar grabados en formato .doc (Microsoft Word versión 2000). Los artículos enviados en .pdf o en cualquier otro formato no editable no serán aceptados.

Ningún tipo de identificación de la autoría podrá estar visible en el artículo enviado para la valoración de los evaluadores, con el fin de garantizar la integridad de la evaluación por pares ciega. Se debe retirar, incluso, la identificación de los autores de las propiedades del documento (Microsoft Word). Si no se cumple la presente regla, el artículo se rechazará automáticamente.

Los trabajos enviados por e-mail deben estar precedidos por una hoja donde se hará constar obligatoriamente: título del trabajo, nombre del autor (o autores), numeración ORCID, afiliación académica, cualificación (situación académica, títulos y principal actividad ejercida), dirección completa para correspondencia, teléfono, fax, e-mail, relación de la producción intelectual anterior, declaración de originalidad del artículo (la autorización de publicación será solicitada posteriormente en caso de aprobación del artículo), financiamiento recibido y categoría temática y forma escogida.

No hay un número predeterminado de páginas para los textos, debiendo apenas ser respetado el mínimo de 15 (quince) páginas para los artículos originales y para los artículos de revisión.

Los párrafos deben ser justificados. No deben ser usadas sangrías, ni espacios antes o después de cada párrafo. No se debe usar el tabulador <TAB> para espaciar los párrafos; la tecla <ENTER> ya lo hace. El texto debe ser escrito en letra Times New Roman, tamaño 12. Los párrafos deben tener un interlineado de 1,5. Los márgenes superior e inferior deben tener 2 cm y los laterales 3 cm. Para los pies de página, se debe usar letra Times New Roman, tamaño 10, con interlineado sencillo. No usar notas al final del documento. El tamaño del papel debe ser A4.

Los trabajos escritos en un idioma distinto al inglés deben contener Título y un resumen en el idioma original y en inglés. Igualmente debe constar la fecha en el que el trabajo fue escrito. Deben ser destacadas las palabras-clave (palabras o expresiones que indican las ideas centrales del texto), limitadas al número mínimo de 3 (tres) y máximo de 5 (cinco), en el idioma original del texto y en inglés, las cuales pueden facilitar la investigación bibliográfica posterior del trabajo.

Las citas a lo largo del texto deben ser hechas en el formato (AUTOR, año, p.). La información completa de las citas debe constar en las referencias bibliográficas al final del trabajo, conforme a las reglas ABNT NBR 10520:2002. Las referencias bibliográficas deben contener: apellido del autor en letras mayúsculas; nombre del autor con la primera letra mayúscula y las demás letras en minúsculas; título de la obra en *itálico*; número de la edición (a partir de la segunda); lugar; editorial (no usar la palabra editorial); año de la publicación, número de volumen (en arábigo); tomo (en números romanos) o serie, si fuere el caso. Ejemplo:

SILVEIRA, Pedro. *Direito internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2003, vol. 4, t. IV, de acuerdo a las normas ABNT NBR 6023:2002.

Evaluación

La evaluación de los artículos sometidos a publicación del BOLETÍN DE LA SBDI consiste en un riguroso proceso de *double-blind peer review*, que se da en dos fases.

En la primera, dos evaluadores examinan la calidad del trabajo y su adecuación a la línea editorial del BOLETÍN DE LA SBDI. En el caso que haya discrepancia superior a 3 (tres) puntos en la evaluación

de 0 (cero) a 10 (diez) en un artículo, se realizará una segunda fase, en la que se solicitará una tercera evaluación. La opinión emitida en esta última evaluación tendrá preponderancia.

Todos los trabajos serán remitidos, directa e indirectamente, a los evaluadores previamente seleccionados y que no sean Consejeros de este Boletín. Los evaluadores son profesores de importantes instituciones brasileras y extranjeras, con formación y publicaciones destacadas en su área de conocimiento. La evaluación de los trabajos implica la realización de comentarios y la propuesta de sugerencias.

El plazo de respuesta de cada evaluador es de 3 (tres) meses, a partir del envío de los artículos. Luego de la aprobación, el plazo máximo de publicación será de 6 (seis) meses. Durante todo el proceso, el anonimato de los autores y de los revisores es garantizado.

Se garantiza a los autores cuyos artículos sean rechazados, el derecho de recurrir a las evaluaciones contrarias.

Derechos de Autor

Los derechos patrimoniales de los artículos aceptados para la publicación, incluyendo la traducción, pasan a ser propiedad de la Sociedad Brasileras de Derecho Internacional –SBDI. Los editores del BOLETÍN DE LA SBDI se reservan el derecho de efectuar en los textos alteraciones de orden normativo, ortográfico y gramatical, con el objetivo de mantener la uniformidad lingüística, respetando el estilo de los autores. Se permite la citación parcial de artículos publicados, sin autorización previa, siempre que se identifique la fuente. La reproducción total de los artículos es prohibida. En caso de dudas, puede consultar al Consejo Editorial: boletim@direitointernacional.org.

*A realização dessa obra só foi possível graças
ao apoio e patrocínio da Itaipu Binacional*

