

Journal du Droit Transnational



Directeurs:
Ilias Bantekas
Catherine Maia
Tarcisio Gazzini
Francesco Seatzu

www.journaldroittransnational.it



REGIONE AUTÒNOMA DE SARDIGNA
REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA

Droit transnational: de quoi parle-t-on?

Éditorial

Par Sébastien Manciaux¹

Le droit transnational a son journal, et c'est une excellente chose : que ses initiateurs en soient remerciés et félicités. Dans leur éditorial ouvrant le numéro test -ou numéro zéro- de ce nouveau journal², ils ont expliqué leur questionnement relatif à la définition du droit transnational, et leur choix de n'en retenir aucune en raison de la difficulté de la chose - résultant de la pluralité des vues à ce sujet- et d'une inutilité alléguée. A cela s'ajoute leur souhait clairement exprimé d'accueillir des contributions nombreuses et variées pour nourrir à la fois le journal et les discussions doctrinales.

Ce choix est tout à fait compréhensible et respectable, mais il nous semble important par le biais du présent éditorial d'aller un peu plus loin dans la réflexion ébauchée, d'explicitier la pluralité des vues constatée relativement au concept de droit transnational, de réfléchir aux différentes approches qui ont conduit à ce résultat, de s'interroger sur les points de contact et différences existant entre ces approches plurielles du concept de droit transnational.

Il est communément admis que l'expression « Transnational Law » est d'abord apparue en 1956 aux Etats-Unis sous la plume d'un professeur de droit américain, Philip Jessup³. Quelques années plus tard, en 1964, Berthold Goldman, autre professeur de droit, français d'origine roumaine, présente le concept de « Lex Mercatoria »⁴ qui, au fil des travaux à son sujet, deviendra l'ordre juridique transnational⁵.

On sait qu'en droit comme dans les autres sciences qui s'intéressent à l'identification et à l'analyse de nouveaux phénomènes (qu'ils procèdent de la nature ou de l'activité humaine), il arrive que plusieurs universitaires situés dans des pays différents publient presque simultanément dans des langues différentes des travaux proches portant sur un même nouvel objet.

Mais tel n'est pas le cas pour ce qui concerne le concept de droit transnational qui est utilisé pour caractériser -au moins- deux objets d'études distincts et qui recouvre deux

¹ Sébastien Manciaux est professeur de droit à l'université de Bourgogne, membre du CREDIMI (Centre de recherche sur le droit des investissements et des marchés internationaux), où il enseigne notamment le droit du commerce international. Il intervient régulièrement comme conseil ou arbitre dans des procédures d'arbitrage commercial international ou d'arbitrage d'investissement.

² Consultable en ligne à l'adresse suivante : <https://journaldudroittransnational.it/>.

³ Philip C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven CT, Yale University Press, 1956.

⁴ Berthold Goldman, « Frontières du droit et lex mercatoria », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, Paris, 1964. Philippe Kahn, dans « La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses », *Mc Gill Law Journal*, 1992, 414, fait état d'une première étape sous la forme d'une « opinion publiée dans le journal *Le Monde* et rédigée par Berthold Goldman au lendemain de la nationalisation du canal de Suez », c'est-à-dire en 1956, huit années avant la parution de son article phare.

⁵ On relèvera que Berthold Goldman n'a, semble-t-il, jamais utilisé le vocable de droit transnational ou d'ordre juridique international comme titre de l'une de ses publications, mais bien dans le cœur même de celles-ci (v. *infra* note 6).

ensembles normatifs différents, même s'ils se recoupent partiellement⁶. Il existe donc au moins deux approches distinctes en termes de genèse et d'objets menant à des résultats, on ne s'en étonnera pas, bien différents (I). Si les deux sphères de transnationalité ainsi créées ou imaginées par ces deux illustres universitaires doivent être distinguées, il n'en demeure pas moins qu'elles présentent des points de contact et partagent des problématiques qu'il convient également de rappeler (II).

I) Deux approches différentes

L'existence d'au moins deux visions distinctes du droit transnational résulte donc de deux approches très différentes portant sur deux objets d'études dissemblables (A), à l'origine de l'équivoque sur le sens à donner à l'adjectif « transnational » (B).

A) Deux objets d'études distincts

Que l'attention de Philip Jessup et celle de Berthold Goldman aient été attirées par des phénomènes différents n'est pas étonnant si l'on se remémore la sphère juridique dans laquelle chacun d'eux a évolué. Philip Jessup était donc professeur aux Etats-Unis où il enseignait principalement le droit international public. Il a servi comme représentant des Etats-Unis dans plusieurs conférences et organisations internationales dans l'après Seconde-guerre mondiale avant de devenir juge à la Cour Internationale de Justice. Berthold Goldman était professeur de droit privé, en France, et il mena également une carrière de « juge international » en tant qu'arbitre, siégeant aussi bien dans des tribunaux arbitraux commerciaux (par exemple dans celui qui rendit la fameuse sentence *Dow Chemical*) que dans les premiers tribunaux arbitraux CIRDI.

Philip Jessup a forgé le concept de droit transnational pour regrouper un ensemble de règles fort différentes les unes des autres, certaines appartenant à des ensembles bien identifiés (droit international public et droit international privé), d'autres non. Pour Jessup, le droit transnational « *include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories* »⁷. Jessup s'intéresse donc aux relations juridiques qui ne se dénouent pas au sein d'un seul État, qui « transcendent les frontières » selon son expression, ce qui l'amène à regrouper toutes les règles applicables à ces relations sous une seule appellation, celle de droit transnational⁸.

⁶ La présente réflexion s'articule autour des différentes visions du concept de droit transnational développées par ces deux illustres auteurs que sont Philip Jessup et Berthold Goldman. Pour d'autres approches, v. par exemple Michel Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, 373, pour qui la *Lex Mercatoria* en tant que droit transnational -et composante d'un ordre juridique transnational- vient rompre la dichotomie entre ordres juridiques nationaux et ordre juridique international ; v. également, Kaarlo Tuori, « Vers une théorie du droit transnational », 27 *RIDE*, 2013, 9, pour qui « le droit transnational va au-delà de la division entre droit national et droit international » et semble désigner les systèmes juridiques qui, tels celui de la CEDH, de l'UE ou de l'OMC, se seraient dissociés de leur fondement de droit international par le biais de la jurisprudence de leur organe judiciaire.

⁷ Philip C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven CT, Yale University Press, 1956, 2.

⁸ Et telle semble être également l'approche privilégiée par les créateurs de cette revue, *supra* note 2.

Berthold Goldman s'intéresse lui à un autre phénomène, la création par les opérateurs privés du commerce international de règles destinées à régir leurs relations commerciales. Il s'intéresse à l'activité des entreprises qui concluent des contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international, des institutions privées qui participent à l'organisation de ce commerce, des tribunaux arbitraux qui sont les juges privés de ce commerce et aux sentences arbitrales qu'ils rendent⁹.

Philip Jessup donne à l'ensemble de règles s'appliquant à ces relations qui ne se dénouent pas au sein d'un seul Etat le nom de « droit transnational », parce qu'il entend dépasser les frontières des branches du droit existantes (droit international public et droit international privé, principales composantes du nouvel ensemble qu'il identifie), parce qu'il cherche à s'affranchir des classifications traditionnelles dont l'existence ne permet pas -selon lui- de résoudre de manière satisfaisante les problèmes de caractère « transnational ».

Berthold Goldman utilise pour sa part l'expression de « Lex Mercatoria » peut être parce que le concept de droit transnational est déjà pris, mais surtout parce que ce qui l'intéresse dans un premier temps est l'étude de l'élaboration par les acteurs non-étatiques du commerce international – pour simplifier les « marchands »- de règles de droit destinées à régir leur relation. C'est donc au phénomène de créations de règles en dehors du giron habituel des États qu'il s'intéresse lorsqu'il parle de droit transnational.

B) « Transnational », un adjectif équivoque

Les réflexions de Philip Jessup et de Berthold Goldman ont donc conduit à conférer plusieurs sens à l'adjectif transnational.

L'adjectif transnational fait partie de la famille des adjectifs qualificatifs construits à partir de l'adjectif « national » auquel est ajouté un préfixe pour créer de nouveaux adjectifs qualificatifs : international, anational, plurinational, multinational, etc.

La construction de ces différents adjectifs répond évidemment au besoin de disposer du terme le plus adapté pour décrire ce dont on parle ; le terme de plurinationalité, par exemple, désigne soit la détention de plusieurs nationalités par une même personne (qui sera un binational, trinational, etc.) soit la coexistence de plusieurs nations ou groupes nationaux au sein d'un même système politique ou État. Ainsi la Bolivie a-t-elle décidé de s'identifier en tant qu'État plurinational de Bolivie pour signifier qu'elle est composée de plusieurs nations¹⁰.

Les adjectifs « international » et « transnational » ont pour leur part des sens assez proches.

Le préfixe « inter », qui vient du latin, exprime la réciprocité ou l'action mutuelle (interdépendant) ou un intervalle (un interclasse, intersidéral). En français ou en anglais

⁹ « Voici vingt ans qu'a été formulée l'hypothèse de règles transnationales, que les partenaires des échanges économiques internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que les arbitres, contractuellement désignés pour résoudre leurs litiges, constatent, et pat là-même précisent, voire élaborent à leur intention. », B. Goldman, « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », *JDI* 1979, 475.

¹⁰ La constitution bolivienne de 2009 reconnaît 37 langues officielles (dont l'espagnol et le quechua).

le préfixe « inter » a gardé ce sens et signifie « entre » ou « parmi » (between, among) et un accord interétatique est donc un accord conclu entre plusieurs États, de même que pour désigner les rapports qui se nouent entre les générations on utilisera le terme « intergénérationnel ». Est donc international, au sens commun du terme, ce qui relève d'une rencontre entre deux ou plusieurs nations (une compétition internationale), ce qui advient parmi elles.

Quant au préfixe « trans », qui vient aussi du latin, il signifie au-delà (la Gaule transalpine des romains), il exprime l'idée de changement (transmutation, transsexuel), de traversée (une transatlantique ou une transhumance), de passer à travers (transparent ou translucide) ou de passer outre (transgresser).

Les termes « international » et « transnational » sont également distingués dans les dictionnaires juridiques.

Ainsi, dans le *Vocabulaire juridique* dirigé par Gérard Cornu¹¹ on trouve les deux définitions suivantes :

« International :

- 1) Qui concerne les relations entre nations (au sens d'État) ; s'applique tantôt à la source du Droit (celui-ci émanant non d'un seul État, mais de plusieurs ou de la communauté des États), tantôt à son objet (règle émanant d'un seul État mais visant des situations qui en intéressent plusieurs).
- 2) Désigne des situations qui, parce qu'elles intéressent plusieurs États, appellent l'application de règles particulières, de sources variables.
- 3) ... »

« Transnational :

- 1) qui suppose le franchissement d'une frontière ou (et) s'exerce par-dessus les frontières indépendamment de l'action des États (Ex. actions transnationales des Églises, des partis, des syndicats).
- 2) Souvent synonyme, en définitive, d'international. »

Philip Jessup constate la variété des relations juridiques qui ne se dénouent pas au sein d'un seul État (englobant les relations entre États, les relations entre sujets de ces États ainsi que les relations entre particuliers et États), la variété des règles qui s'y appliquent, et dénomme l'ensemble de ces dernières droit transnational. L'expression est donc forgée pour embrasser un ensemble hétéroclite de situations régies par un ensemble hétéroclite de normes (dont les règles de droit international public et celles de droit international privé).

On remarquera que les situations décrites par Philip Jessup ainsi que la majorité des règles de droit qu'il identifie relèvent plutôt du qualificatif international tel que précédemment défini. Mais sa décision de considérer ensemble toutes les situations, qui « transcendent les frontières », ainsi que sa volonté d'échapper au préfixe « inter » (déjà utilisé pour qualifier les deux principaux systèmes de normes¹² du nouvel ensemble qu'il

¹¹ Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu dir., Presses Universitaires de France, Paris, 12^e éd. 2022, la première version de ce dictionnaire ayant été publiée en 1936 par Henri Capitant.

¹² Droit international public et droit international privé forment à la fois l'ossature du nouvel ensemble qu'il veut singulariser et une dichotomie public/privé qui semble indépassable si l'on ne raisonne qu'en termes de droit international.

veut singulariser) l'amène à choisir un nouveau préfixe (« trans ») pour proposer un nouveau concept, celui de droit transnational. Il s'agit pour lui de briser des barrières, sans pour autant élaborer un nouveau système¹³. Le concept de droit transnational dans la pensée de Philip Jessup serait donc plutôt un proto-concept¹⁴.

S'agissant du phénomène *Lex Mercatoria*, l'identifier en tant que droit transnational comme le fait Berthold Goldman semble mieux grammaticalement fondé dans la mesure où il s'agit de s'intéresser à des règles créées en dehors des États, au-delà des nations, pour régir des situations qui transcendent elles-aussi les frontières.

Autrement dit, la transnationalité qu'identifie Berthold Goldman tient autant (sinon plus) du processus de création de la règle que de son objet, quand la transnationalité de Philippe Jessup n'est pertinente qu'au regard de ce dernier. L'adjectif transnational convient donc sans doute mieux à la construction de Goldman qu'à celle de Jessup, mais dans les sciences juridiques comme dans les autres domaines scientifiques existe une prime au primo-publiant...

Berthold Goldman s'inscrit par ailleurs dans une perspective systémique qui mènera à l'identification d'un ordre juridique non-étatique, donc anational ou transnational, et il s'appuie pour ce faire sur les travaux du juriste italien Santi Romano et son concept d'ordres juridiques tiers¹⁵, ce que ne semble pas faire Philip Jessup¹⁶.

Pour procéder d'approches et de démarches différentes, les deux sphères de transnationalité ainsi esquissées ne sont pas pour autant complètement étrangères l'une à l'autre : elles présentent des points de contact et convergences qu'il convient maintenant de présenter.

II) Les points de contact et convergences entre ces deux sphères

En dépit des divergences précédemment esquissées, il serait étonnant que le droit transnational proposé par Jessup et l'ordre juridique transnational identifiée par Goldman n'aient aucun point de contact, ne présentent aucune convergence. Pour confirmer, ou infirmer, ces propositions, il convient d'abord de s'intéresser aux rapports existants entre droit transnational d'une part et ordre juridique transnational d'autre part (A) avant d'évoquer une problématique commune (B).

A) Les rapports entre droit transnational et ordre juridique transnational

Quels sont les rapports entre droit transnational et ordre juridique transnational ? Se recourent-ils, même partiellement ? L'un est-il inclus dans l'autre ?

¹³ En ce sens, Peer Zumbansen, « Transnational Law: Theories and Applications », in *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, 2021, 3-29.

¹⁴ Craig Scott, « Transnational Law as a Proto-Concept: Three Conceptions », 10 *German Law Journal*, 2009, 859

¹⁵ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1918, trad. par P. François et P. Gothot, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.

¹⁶ L'auteur de ces quelques lignes ne saurait trop conseiller au lecteur de se rapporter directement aux travaux -ici sommairement présentés- de ces deux illustres auteurs, ainsi qu'aux analyses plus complètes et savantes qu'ils ont pu susciter et dont certaines sont citées en référence de cette courte réflexion.

D'emblée la vision de Jessup semble la plus large en ce qu'elle procède d'une démarche inclusive visant à abriter sous l'appellation de droit transnational tout droit ou toute règle (« *all law* ») destiné(e) à régir toute relation juridique transcendant les frontières. Et dans la phrase qui suit, dans son énumération des sous-ensembles constituant le droit transnational, Jessup identifie à côté du droit international public et du droit international privé d'autres règles qui ne rentrent pas entièrement dans ces deux catégories standards (« *other rules which do not wholly fit into such standard categories.* »).

On remarquera ici la tension potentielle qui existe entre ces deux propositions dont la première est complètement ouverte quand la seconde semble imposer aux règles qui ne sont ni de droit international public ni de droit international privé de rentrer, au moins en partie (mais pas entièrement sinon elles ne relèveraient pas d'une autre catégorie) dans l'un de ces deux premiers sous-ensembles. L'adverbe « entièrement » (« *wholly* ») est sans doute de trop et l'on fera primer la démarche inclusive de l'auteur sur ce qui pourrait apparaître comme une limite à cette dernière.

Dans ce contexte, on peut sans hésitation considérer que la *Lex Mercatoria* entre dans cette troisième catégorie, ce qu'admettent volontiers les commentateurs anglo-saxons de l'œuvre de Jessup, leur réserve au sujet de la *Lex Mercatoria* portant sur sa constitution en un ordre juridique transnational, ce qui est un autre -et intéressant- débat.

Mais, à défaut pour eux de faire accéder la *Lex Mercatoria* au statut d'ordre juridique international, le fait que cette dernière constitue également du droit transnational et soit désignée comme tel par cette autre partie de la doctrine qui inscrit ses réflexions dans les pas de Goldman, les amène à qualifier la *Lex Mercatoria* de « droit transnational commercial » pour la distinguer du droit transnational « général » dont elle ne serait qu'une partie¹⁷.

A l'inverse, le concept de « droit transnational commercial » semble complètement ignoré par la doctrine française, tout comme celui de « droit transnational privé »¹⁸ : nos recherches, peut-être trop rapides, n'ont fait apparaître aucun ouvrage avec un tel intitulé. Le signe qu'il n'existe pour cette partie de la doctrine -francophone- qu'un seul droit transnational, celui théorisé par Berthold Goldman ?

Pour ce qui le concerne, l'ordre juridique transnational tel qu'imaginé par Berthold Goldman n'a aucune hostilité envers cet ensemble de règles dénommé droit transnational. Non pas tant parce qu'il en serait partie intégrante, mais plutôt parce qu'il coexiste avec les autres ordres juridiques et systèmes de normes (nationaux, international) ayant vocation à régir les relations économiques internationales et qu'il est avec eux dans une relation d'échanges croisés mutuellement enrichissante.

L'ordre juridique transnational coexiste avec les autres ordres juridiques ayant vocation à régir les relations économiques internationales tout simplement parce qu'il ne saurait aspiré à une situation monopolistique. Et pour cause, l'ordre juridique transnational est

¹⁷ En ce sens, v. Math Noortmann, « Transnational Law: Philip Jessup's Legacy and Beyond », in *Non-State Actors in International Law, the Oxford Handbook of Transnational Law*, Math Noortmann, August Reinisch et Cedric Ryngaert dir., Hart Publishing, 2015, 57-74, spec. 69. V. également, parmi beaucoup d'auteurs anglo-saxons, Roy Goode, *The Development of Transnational Commercial Law*, Oxford University Press, 2018.

¹⁸ Ilias Bantekas, « A General Theory of Transnational Private Law », *Journal du droit transnational*, n°0, décembre 2023, <https://journaldu droittransnational.it/>.

tout entier fondé sur la volonté des opérateurs du commerce international, volonté dont l'exercice peut consister (et tel est souvent le cas) à choisir un droit étatique. Le droit transnational partage en cela sa règle de base avec le droit international privé en matière contractuelle : c'est la volonté des parties qui prime, même si elle n'est pas absolue (v. *infra* B).

L'ordre juridique transnational est par ailleurs dans une relation d'échanges croisés mutuellement enrichissante avec les ordres juridiques étatiques parce que d'une part ses règles spécifiques (contrats-types, usages sectoriels, et mécanismes tels les Incoterms, le crédit-documentaires, les garanties à première demande, etc.) apportent des solutions qui font défaut aux droits étatiques et parce que d'autre part, pour ce qui est des principes généraux du commerce international, le droit transnational se nourrit des règles des droits étatiques, de leur comparaison et de leur synthèse¹⁹. Et il est facile à ce sujet de constater la similitude des procédés qui ont mené à l'élaboration de la Convention de Vienne de 1980 sur la Vente Internationale de Marchandises (CVIM), à celle des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ou à celle des principes généraux du commerce international dégagé par les arbitres.

B) Une problématique commune

Que l'on considère le droit transnational tel que créé par Jessup ou l'ordre juridique transnational tel qu'identifié par Goldman, ils doivent l'un et l'autre faire face depuis une quinzaine d'années à une problématique commune, celle de la multiplication de nouvelles règles qui viennent concerner ces deux ensembles.

Pourtant, la chute du mur de Berlin puis celle de l'URSS ont pu faire croire à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci que le libéralisme politique et le libéralisme économique avaient remporté la partie à l'échelle de la planète. Les années 90 et 2000 ont vu la libre concurrence être érigée en dogme, l'accent mis sur le recul des États et de la régulation, afin de laisser faire les entreprises dont le développement devait amener la prospérité au monde²⁰.

Cette vision idyllique n'a pas duré longtemps. La libre-concurrence annoncée à l'échelle mondiale avec l'entrée en scène de la Chine comme nouvel acteur majeur n'a pas apporté tous les bienfaits attendus, en supposant d'ailleurs qu'elle ait été mise en œuvre partout. Les délocalisations d'entreprises pour produire ailleurs à bas coût ont accéléré la désindustrialisation des pays de l'OCDE et se sont également faites trop souvent au prix de conditions de travail dégradées des employé(e)s des multinationales ou de leurs sous-traitants, notamment en Asie. Par ailleurs ces délocalisations se sont opérées sans prendre en compte la question de la préservation de l'environnement et celle de la lutte contre le réchauffement climatique, moins prégnantes à cette époque

Rapidement cependant, le constat de l'absence ou de l'insuffisance de l'auto-régulation par les entreprises de leurs activités internationales ont amené les États à réinvestir le champ normatif et à édicter, seuls ou en se regroupant, de nouvelles règles dans des

¹⁹ Sur le sujet, v. notamment Emmanuel Gaillard, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI* 1995, 5 ; Eric Loquin, « Où en est la Lex Mercatoria ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, 23-51, spéc. 27.

²⁰ Les articles constituant les Mélanges offerts à Philippe Kahn (*op. cit.* note 19) publiés en 2000 sont très révélateurs, de par leur tonalité, de cette vision dominante à l'époque

domaines très différents : protection des données personnelles (avec l'adoption en 2016 dans l'Union européenne du Règlement général sur la protection des données ou RGPD), lutte contre les pratiques corruptrices (UK Bribery Act de 2010 au Royaume-Uni, Loi Sapin II en 2016 en France, qui demandent l'un et l'autre aux entreprises de mettre en œuvre des procédures proactives en leur sein pour lutter contre ce fléau), règles sur le devoir de vigilance pour obliger les entreprises à surveiller que leurs fournisseurs et sous-traitants étrangers respectent des normes minimales en droit du travail, protection de l'environnement (loi française de 2017 suivie depuis mai 2024 par une directive européenne sur le même thème), etc. De manière plus générale les questions relatives aux droits fondamentaux ont fait irruption dans la sphère marchande, notamment au niveau international, comme l'illustrent fort à propos la plupart des articles publiés en décembre 2023 dans le numéro 0 de cette revue²¹.

Ces nouvelles régulations se sont ajoutées aux règles plus anciennes -de par leur origine- visant à sanctionner économiquement certains régimes pour des raisons politiques (Iran, Russie, etc.) et à celles encadrant le commerce de produits sensibles. Et, à la suite de la pandémie de covid 19 et plus encore de l'attaque de l'Ukraine par la Russie en février 2022, une autre vague de régulations, s'annonce afin de restaurer la souveraineté économique de nombreux États, notamment de l'OCDE. Ces règles, plus délicates à élaborer, sont envisagées par nombre d'États après qu'ils aient réalisé que leur souveraineté économique pouvait être mise à mal par une confiance trop aveugle dans la fluidité du commerce international et dans l'infaillibilité des chaînes logistiques internationales.

Le constat est donc celui du retour de la régulation des États pour encadrer dans de multiples domaines les échanges économiques internationaux. Cette évolution impacte évidemment le droit transnational dans ses deux visions.

En effet, si l'on prend la vision de Jessup, ces nouvelles règles destinées à réguler des relations économiques qui transcendent les frontières viennent augmenter le périmètre du droit transnational, enrichir son contenu au prix d'une fragmentation accentuée.

Si l'on prend la vision de Goldman, ces nouvelles règles -presque toujours impératives- ne s'ajoutent pas en tant que composante de l'ordre juridique transnational mais s'imposent aux opérateurs du commerce international, venant réduire le champ de leurs libertés dont celle de choisir les règles gouvernant leurs relations commerciales.

On le constate, que l'on adopte une vision ou l'autre du droit transnational, son objet et ses sources sont -et demeureront- questionnés par les évolutions de notre monde, ce qui laisse augurer un avenir radieux pour une revue consacrée au droit transnational dans ses différentes acceptions, sans qu'il soit besoin de trancher en faveur de l'une ou de l'autre.

²¹ V. <https://journaldudroittransnational.it/>, dernière consultation le 15 juillet 2024.

Droit transnational, droits humains et devoir de vigilance

Jean-Baptiste Racine

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas (Paris II)

Le droit transnational a fait l'objet de travaux universitaires importants, depuis que Jessup a initié la formule¹. Il est au cœur d'un renouvellement du droit, celui-ci n'étant pas nécessairement ancré dans un ordre juridique national. L'idée même d'un droit transnational est celle d'un droit transcendant les frontières et permettant d'établir des règles communes ou similaires par un dépassement du singularisme national. Disons que dans un monde fracturé, divisé, touché par le retour de la conflictualité et la montée des populismes, le droit transnational n'a jamais été aussi important. Le droit est un langage ; il permet de se parler. Le droit transnational est un langage à l'échelle mondiale ; il permet aux personnes venant du monde entier, de cultures différentes, de se parler, de se comprendre et d'échanger entre elles. Le droit transnational contribue ainsi à élaborer un monde commun, un vivre-ensemble planétaire. Certes, le droit ne peut pas tout : il ne peut, à lui seul, être facteur de paix, de concorde et de prospérité. Mais il doit jouer tout son rôle. Le droit transnational, dans cette période de crise, apparaît comme un enjeu central.

Le droit transnational a une importance particulière s'agissant des droits humains. Classiquement, le droit transnational relève plutôt du droit des affaires. Il se ramène historiquement à des règles et principes transnationaux utilisés pour servir les besoins du commerce international (ce qui établit une parenté avec la *lex mercatoria*). Cependant, le droit transnational ne se limite pas aux seuls aspects marchands. Il est un outil permettant de servir de multiples intérêts, y compris des valeurs non marchandes². Dans cette perspective, le droit transnational peut servir à garantir les droits humains.

Le lien est naturel avec le mouvement *Business and Human Rights* : comment faire respecter par les entreprises les droits humains, potentiellement affectés par leurs activités ? C'est la grande entreprise qui est principalement visée, celle qui déploie ses ailes partout dans le monde : l'entreprise *transnationale*. C'est une entreprise qui est constituée juridiquement comme un groupe de sociétés, mais qui agit et est perçue comme une seule et même entité, au-delà de la forme juridique. Elle est transnationale en ce que son activité transcende les frontières et joue avec les ordres juridiques étatiques.

Le droit transnational est fait pour l'entreprise transnationale. À ce titre, les dispositifs sur le devoir de vigilance appréhendent, en creux, le caractère transnational de l'entreprise. Il faut franchir un certain seuil pour qu'une entreprise soit assujettie au devoir de vigilance, ce qui en pratique concerne les entreprises déployant leur activité, *via* des filiales ou des sous-traitants, dans plusieurs pays. L'objectif même du devoir de vigilance est de faire en sorte que les droits humains ne soient pas affectés où que l'activité se déploie, y compris dans des pays où les droits humains ne sont pas ou sont faiblement

¹ *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

² B. Oppetit, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », in *Études de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 309.

Vol. 1 – 2024

protégés. Une entreprise transnationale ne peut pas et ne doit pas profiter d'un dumping normatif en matière de droits humains et faire à l'autre bout du monde ce qu'elle ne pourrait pas faire chez elle.

Le droit transnational est spécialement convoqué. Tout d'abord, il sert de référentiel au devoir de vigilance. La loi française du 27 mars 2017 est muette sur la nature des droits humains dont les entreprises doivent prévenir, par l'adoption de mesures raisonnables, la violation (contrairement à la directive européenne sur le devoir de vigilance qui contient une annexe avec une liste des droits humains concernés³). En toute hypothèse, il est simple de se référer à des référentiels existants, qui forment, selon nous, un véritable « droit transnational des droits humains ». Le texte principal, dans cette perspective, vient de l'ONU, à travers les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011. On peut y ajouter le Pacte mondial de l'ONU de 2000 ou les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Peu importe que tous ces textes soient non obligatoires et forment de la *soft law*. L'approche en termes de droit transnational oblige en effet à dépasser l'opposition binaire et simpliste entre droit contraignant et droit souple, car le « pédigrée »⁴ d'une norme est secondaire.

Ce qui compte ce sont les normes qui guident effectivement les acteurs et qui tendent à s'imposer comme standards. Au titre du devoir de vigilance, les entreprises peuvent puiser dans les ressources des référentiels existants, en particulier le guide interprétatif « La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme »⁵. Ensuite, au titre du devoir de vigilance, l'action des entreprises est convoquée. Il leur revient, par l'adoption d'un plan de vigilance, de prendre les mesures aptes à éviter la réalisation d'atteintes aux droits humains, en un lieu quelconque où leur activité se déploie. C'est alors le droit transnational venant de l'entreprise qui est mobilisé.

En effet, l'entreprise peut être vue comme un véritable ordre juridique qui secrète sa propre normativité⁶. L'entreprise qui agit dans un espace transnational crée une forme de droit lui-même transnational : plan de vigilance, codes de conduite, contrats-types, clauses-types, conditions générales, etc. Là où l'action d'un État est entravée par les frontières de son territoire, une entreprise transnationale a un champ d'action qui se joue des frontières nationales. L'espace de l'entreprise est lui-même transnational et le droit qu'elle porte l'est tout autant. Que l'on songe par exemple aux clauses « droits humains » qui fleurissent tout au long des chaînes de valeur : la garantie des droits humains ne vient pas d'une loi (souvent faible ou ineffective), mais du contrat (qui est du droit dur !). C'est une forme de droit transnational privé. L'entreprise sert ainsi de relais à l'État, ce dernier utilisant le pouvoir de l'entreprise, dont son pouvoir normatif, pour réaliser les buts qu'il lui assigne⁷.

³ Dir. (UE) 2024/..., 13 juin 2024, mod. dir. (UE) 2019/1937 et règl. (UE) 2023/2859.

⁴ B. Frydman et G. Lewkowicz, « Les codes de conduite, sources de droit global? », *Série des Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit* n°2012/02, spéc., p. 7.

⁵ ONU, 2012.

⁶ J.-Ph. Robé, « L'ordre juridique de l'entreprise », *Droits*, 1997, p. 163.

⁷ I. Parachkévova-Racine et J.-B. Racine, « L'entreprise vigilante. Promesses et perspectives », *Rev. int. dr. éco.*, 2023, p. 163.

Vol. 1 – 2024

Le droit transnational se nourrit également de l'arbitrage. C'est en effet par le canal de la justice privée qu'il se réalise. Ce n'est donc pas un hasard si l'arbitrage est désormais prôné comme solution juridictionnelle aux litiges portant sur le respect des droits humains par les entreprises. Le Règlement de La Haye sur entreprises et droits humains de 2019 va précisément en ce sens⁸. Il est remarquable de noter que l'article 46.4 de ce Règlement indique que "*In all cases, the arbitral tribunal [...] shall take into account any usage of trade applicable to the transaction, including any business and human rights standards or instruments that may have become usages of trade*". Le lien est ainsi fait entre les standards et instruments relatifs au respect des droits humains par les entreprises et les usages du commerce.

Ce mouvement aboutit à une désétatisation des droits humains⁹. En effet, historiquement, les droits humains ont longtemps été stato-centrés. S'observe à présent un mouvement de « privatisation » des droits humains, entendu comme leur application aux acteurs privés (ce qui se ramène aussi à un mouvement d'horizontalisation). Dans une perspective de droit transnational naît ainsi une forme de *lex humanis*, autrement dit un droit transnational des droits humains. Le lien peut être fait avec la *lex mercatoria*. John Ruggie lui-même pensait que les droits humains (en particulier à travers les Principes directeurs de l'ONU) ajoutaient un plus à la *lex mercatoria*¹⁰.

Il ne faut donc pas penser que le droit transnational donne uniquement des outils aux acteurs du marché et vise seulement à fluidifier les relations d'affaires. Il est également là pour faire en sorte de préserver, avec ses ressources, les valeurs de la démocratie et de l'État de droit.

⁸ <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>. Pour des commentaires, W. Brillat-Capello, "The Hague Rules on business and human rights arbitration : l'arbitrage comme outil de respect des droits humains", *Rev. arb.*, 2020, p. 377 ; C. Kessedjian, "*The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises", *JDI*, 2021, p. 71 ; F. Seatzu et P. Vargiu, « Les règles de La Haye sur l'arbitrage en matière d'entreprises et de droits de l'homme : un succès ou une utopie ? », *J. dr. trans.*, 2023.

⁹ L. Hennebel, « Les droits de l'homme dans les théories du droit global », in J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. 140. Du même auteur, « Penser les droits de l'homme, l'État de droit et les valeurs démocratiques à l'aune du droit global », in C. Bricteux et B. Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruylant, 2017, p. 63.

¹⁰ J.G. Ruggie & J.F. Sherman III, "Adding Human Rights Punch to the New Lex Mercatoria: The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice", *J. int'l. Disp. Settl.*, 2015, p. 455. V., aussi, R.S. Steinhardt, "Corporate Responsibility and the International Law on Human Rights: The New Lex Mercatoria", in P. Aston (ed), *Non-Sate Actors and Human Rights*, OUP, 2005, p. 177.

International Investment Law and Transnational Law: Compliance with Investment Awards

Moshe Hirsch

Abstract:

While international investment law embodies some essential characteristics of transnational law, it also displays some distinctive features not shared by most other fields of transnational law (e.g., regulating long-term relations between two different types of actors). Questions concerning compliance/ non-compliance with investment arbitral awards have attracted significant attention from scholars and practitioners alike. Following a brief discussion on some notable traits of international investment law, this contribution will focus on three international relations theoretical approaches explaining compliance or non-compliance with investment awards: the realist tradition (rooted in the rational choice model), the social constructivist perspective (significantly influenced by sociological scholarship), and the liberal approach (emphasizing the role of non-state actors and the type of political regime). The discussion on each theoretical perspective will briefly touch upon interactions between that particular approach and some emblematic features of transnational law. While one particular theoretical perspective may often play a more prominent role in explaining a specific instance of compliance/ non-compliance, it is clear that no single approach captures all features involved in the complex process culminating in a decision to comply or refrain from complying with an investment award. Thus, this contribution concludes that employing a methodology that incorporates multiple theoretical approaches is more likely to provide a meaningful explanation for such multi-dimensional processes taking place in transnational law.

Submitted to Journal du Droit Transnational

Introduction

International investment law embodies some essential characteristics of transnational law, yet it also displays certain distinctive features not shared by most other fields of transnational law. Following a brief discussion on the special features of international investment law, we will expand on three international relations theoretical perspectives explaining compliance and non-compliance with investment awards, and highlight how they interact with some emblematic features of transnational law. As discussed below, each of these theoretical approaches reflects certain traits of transnational law.

In an insightful article published in the first issue of this Journal, Ilias Bantekas offered a theoretical model of transnational private law. From this persuasive perspective, transnational law is conceptualized as a ‘third sphere of regulation’, constituting a confluence of domestic laws and international law with a valid claim for independence of

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

sphere-creation.¹ This multi-layered field of law occasionally encompasses contracts between states and private parties (often accompanied by arbitration procedures aimed at mitigating the risk of breach of contract) as well as ‘soft law’ instruments (such as guidelines and codes of conduct).²

International investment law exhibits some essential features of transnational private law.³ The legal regulation of foreign investments involves legal rules drawn from contracts between the parties, national law (primarily the host state’s legal system), international law (prominently investment treaties and customary international law) and soft law instruments (such as model investment treaties or resolutions of diverse international institutions).⁴ Similarly, settlement of investment disputes is frequently externalized to international tribunals that are typically composed of arbitrators selected by the host state and the foreign investor. Echoing well-known observations regarding the structure of transnational law, Dolzer, Kriebaum and Schreuer explain in the leading book on international investment law: ‘[n]ot only is the distinction between international law and domestic law becoming blurred by the modern regime of foreign investment law, the classical separation between public and private law ... also cannot be maintained neatly in this field’.⁵

International investment law also presents some distinctive characteristics not shared by most other fields of transnational law. For example, unlike many transnational transactions that typically consist of a one-time exchange of goods or payments, investment transactions are commonly involve long-term relations.⁶ In addition, foreign investment relations always involve two main types of actors; a sovereign state and a private party (often a transnational corporation), thereby raising a host of questions regarding the asymmetric structure of such transactions and their accompanying dispute settlement procedures. Like other transnational operations, foreign investments take place across international boundaries but they are virtually always carried out in the

¹ I. Bantekas, ‘General Theory of Transnational Private Law’ (2023) 1 *Journal du Droit Transnational* 2, 4, 6, 11.

² Bantekas, above note 1, 3, 6. On soft law in transnational law, see also R. Cottorrell, ‘What Is Transnational Law?’ (2013) 37 *Law & Social Inquiry* 500, 502, 509-510.

³ See, e.g., N. Peronne, ‘International Investment Law as Transnational Law’, in Peer Zumbansen (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (OUP, 2021) 291, 294 et seq.

⁴ See, e.g., R. Dolzer, U. Kriebaum and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (3rd. ed., OUP, 2022) 416. On soft law in international investment law, see, e.g., A. K. Bjorklund, ‘Assessing the Effectiveness of ‘Soft Law’ Instruments in International Investment Law’, in Andrea K. Bjorklund and August Reinisch (eds), *International Investment Law and Soft Law* (Elgar, 2012) 51, 65 et seq.; M. Hirsch ‘Sources of International Investment Law’, in Andrea K. Bjorklund and August Reinisch (eds), *International Investment Law and Soft Law* (Elgar, 2012) 9, 20-22.

⁵ Footnote omitted. Dolzer, Kriebaum and Schreuer, above note 4, 15

⁶ Dolzer, Kriebaum and Schreuer, above note 4, 27.

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

territory of one of the main parties (the host state). Consequently, in the absence of a specific treaty or contractual provisions, the default option is application of the host state's regulatory legal system to the various activities involved in the implementation of the investment transaction in that state. Finally, the implementation of foreign investments often involves public policy issues (such as taxation or environmental protection) but the investment arbitration legal culture is dominated by the private law culture.⁷ The interface between private and public law issues occasionally sparks disagreements concerning the need to protect private investors' rights and the public interest (pertaining, e.g., to protecting the human rights of individuals and communities residing in the host state).⁸

II. Compliance and Non-Compliance with Investment Awards: Three Theoretical Perspectives

States' decisions concerning compliance with investment awards⁹ involve diverse factors associated with multiple theoretical perspectives. As elaborated below, each theoretical lens highlights a different set of variables for explaining compliance or non-compliance. The following discussion presents three core international relations theoretical perspectives for identifying the key factors that influence states to uphold or breach investment awards; the realist, social constructivist and liberal approaches.¹⁰

⁷ See, e.g., Moshe Hirsch, 'Social Movements, Reframing Investment Relations, and Enhancing the Application of Human Rights Norms in International Investment Law' (2020), 37 *Leiden Journal of International Law* 127, 148-149; Anthea Roberts, 'Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System' (2013) 107 *American Journal of International Law* 45, 77. On the debate regarding the public-private nature of international investment law, see Peronne, above note 3, 301-306.

⁸ Moshe Hirsch, 'Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths', in P. M. Dupuy, F. F. Francioni, and E. U. Petersmann (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* 97 (OUP, 2008); Peronne, above note 3, 310-311; T. Papanastasiou, 'The Role of Human Rights in International Investment Arbitration: Arguments Raised by the Parties and Procedural Implications' (2022), 21 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 149.

⁹ For empirical studies on compliance with investment awards, see, e.g., 'Compliance with and Enforcement of ICSID Awards' (2024), *ICSID Background Paper*, [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Enforcement Paper.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Enforcement%20Paper.pdf); Yuliya Chernykh et al., 'Compliance with ISDS Awards: Empirical Perspectives and Reform Implications' (2022), *Academic Forum on ISDS Concept Paper*, <https://www.jus.uio.no/ior/english/research/projects/copiid/academic-forum/papers/compliance-with-isds-awards--empirical-perspectives-and-reform-implications.pdf>; Emmanuel Gaillard and Ilija Mitrev Penushliski, 'State Compliance with Investment Awards' (2020), 35 *ICSID Review* 540, 544 et seq.

¹⁰ The following discussion on the three international relations perspectives draws substantially on M. Hirsch, 'Explaining Compliance and Non-Compliance with ICSID Awards: The Argentine Case Study and a Multiple Theoretical Approach' (2016) 19 *Journal of International Economic Law* 681.

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

(a) The Realist Tradition: Realism was considered the dominant approach in international relations literature for many decades (prominently in Western Europe and the United States).¹¹ The principal assumptions of the realist school of thought are: sovereign states are the central actors in the international system, states are rational and egoistic, the primary interests of states are power and security, and international politics is essentially anarchic (lacking an overarching authority and conflictual).¹²

The rational choice model is rooted in the realist approach. This doctrine views individuals as instrumentally rational and calculating seekers of preference satisfaction. The standard rational choice model assumes that decision-makers are utility maximizers: they have certain goals ('preferences') which they strive to attain through their actions. They have consistent preferences ordering over the goals and they know the outcomes ('utilities') of their alternative actions. Rational decision-makers select the course of action ('strategy') which maximizes their utility, as determined by their goals and the alternative options available to them. The rational choice model treats individual preferences as predetermined goals.¹³

Proponents of the realist stream often perceive international law as an instrument through which states seek to attain their interests. Facing common tasks which are not easily amenable to unilateral attainment, national decision-makers treat international legal rules as instruments for fulfilling these common objectives.¹⁴ Consequently, some realist scholars contend that in the absence of a central authority to legislate, adjudicate and enforce, international law is weak and has little independent impact on states' conduct. International legal rules (or treaties) are essentially expressions of states' interests and power relationships, and they are likely to be ignored or amended when these interests or power relations change.¹⁵

¹¹ See, e.g., Or Rosenboim, 'Realism' in John Baylis, Steve Smith, and Patricia Owens (eds), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations* (9th. ed., OUP, 2023) 132, 133.

¹² On the realist tradition in international relations literature, see note 15 below.

¹³ The model does not seek to explain which factors motivate decision-makers to adopt a certain aim, and how preferences are modified over time. On the rational choice model, see, e.g., Martin Hollis, *The Philosophy of Social Science* (CUP, 2011), 116-118; Shaun Hargreaves Heap et al., *The Theory of Choice: A Critical Guide* (Blackwell, 1992), 4-5, 62-63; Jon Elster, *Nuts and Bolts for the Social Sciences* (CUP, 1989), at 22 et seq.

¹⁴ From this perspective, for example, states conclude investment treaties (that constrain their sovereign powers) in order to attract foreign investments which are essential for their national economy. See, e.g., Dolzer, Kriebaum and Schreuer, above note 4, 27. For a criticism of this view, see, e.g., Christopher M Ryan, 'Discerning the Compliance Calculus: Why States Comply with International Investment Law' (2009) 38 *Georgia Journal of International & Comparative Law* 63, 78-79.

¹⁵ On the realist tradition in international relations literature and its perspective on international law, see Rosenboim, above note 11 133-136; Christian Reus-Smit, 'International Law', in John Baylis, Steve Smit, and Patricia Owens (eds), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International relations* (9th. ed., OUP, 2023) 293, 303-304; Daniel Peat, 'Perception and Process: Towards a Behavioural Theory of

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

As to compliance with international investment law, following the rational choice model, realist decision-makers are assumed to calculate the expected positive and negative implications of compliance with or breach of a particular investment award, and, consequently, to decide whether or not to comply.¹⁶ The threat of future sanctions by the investor's home state (or other international actors), is a considerable factor in the realist cost-benefit analysis.¹⁷ An additional factor taken into account by realist decision-makers is the expected impact of their decisions on future inflows of foreign investments and the probability that a violation of an investment obligation could generate 'reputational costs.' Breach of an investment award may deter potential private investors and lower the motivation of potential contracting states to conclude future investment treaties with the violator.¹⁸

To sum up, from the realist perspective, the prominent factors affecting compliance with investment awards are the threat of sanctions (mainly imposed by other states) and 'reputational costs' that may influence the flow of foreign investment into that particular state. Additional negative measures adopted by other states' institutions (like enforcement proceedings administered in other states' courts)¹⁹ are also expected to be considered by states, but measures undertaken by diverse non-state actors (such as Non-Governmental Organizations) would generally be downplayed. Realists and major actors in the transnational economic system (e.g., investors and traders) alike share rational thinking. The realist tradition is largely focused on one type of legal actors - sovereign

Compliance' (2022), 13 *Journal of International Dispute Settlement* 179, 181-182; Richard H. Steinberg, 'Wanted – Dead or Alive: Realism in International Law' in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack (eds), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (CUP, 2013) 146; Andrew T. Guzman, 'A Compliance-Based Theory of International Law' (2002), 90 *California Law Review* 1823, 1836-1837; Jack Goldsmith and Eric Posner, *The Limits of International Law* (OUP, 2005), 4-17, 26-38; Anne-Marie Slaughter, 'International Law and International Relations Theory: A Prospectus' in Eyal Benvenisti and Moshe Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation* (CUP, 2004) 16, 21-28.

¹⁶ See, e.g. Ryan, above note 14, 81-82. See also Anne van Aaken and Betül Simsek, 'Rewarding in International Law' (2021), 115 *American Journal of International Law* 195, 199-200.

¹⁷ For example, an analysis of Argentina's decision to substantially comply with a set of investment awards in October 2013 (after declining to compensate investment award creditors during 2007-2013) indicates that a variety of sanctions and threats significantly influenced the Argentinian government to comply. These included the US and some other countries effectively blocked loans from the World Bank, and also voted against the extension of loans to Argentina from the Inter-American Development Bank. Hirsch 'Explaining Compliance', above note 10, 699-700 and see the references therein. See also Peat, above note 15, 192-197.

¹⁸ On the impact of 'reputational costs' on compliance with international law, see, e.g., Ryan, above note 14, 93-94; Van Aaken and Simsek, above note 16, 201; Andrew T. Guzman, 'The Design of International Agreements' (2005), 16 *European Journal of International Law* 579, 595; Andrew C. Blandford, 'Reputational Costs Beyond Treaty Exclusion: International Law Violations as Security Threat Focal Points' (2011), 10 *Washington University Global Studies Law Review* 669, 674-680.

¹⁹ On enforcement of investment awards by domestic courts, see, e.g., Dolzer, Kriebaum and Schreuer, above note 4, 447 et seq.

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

states (e.g., highlighting the influence of inter-state sanctions on compliance), and it tends to downplay the role of non-state actors which often play a major role in transnational law.

(b) The Social Constructivist Perspective: Social constructivism is one of the leading schools in international relations and it has been significantly influenced by sociological theory.²⁰ From this perspective, states are social actors rooted in social relations which constitute their interests and motivate them. The critical components of the international social system include shared understandings, social norms, expectations, as well as knowledge. Physical elements are part of the international system but are secondary to social and ideational elements which infuse them with meaning. The international system and states do not exist independently of the thoughts and ideas of the people involved; rather, they are constructed by diverse historical interactions. International political and economic relations (and related concepts) are human constructs and they exist as inter-subjective beliefs which are widely shared among people.²¹ Norms and identities are of major importance in constructivist literature. Finnemore emphasizes that norms influence the formation of interests, and changing norms are likely to alter state interests.²² The role of collective identities is particularly underscored in constructivist literature²³ and Hopf states that 'identities are the most proximate causes of choices, preferences, and action.'²⁴ State identities are constructed by their interaction with

²⁰ On the central tenets of the sociological perspective on international law, see M. Hirsch, 'The Sociological Perspective on International Law', in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, eds, *International Legal Theory: Foundations and Frontiers* (CUP, 2022) 282, 283 et seq.

²¹ On the social constructivist approach in international relations, see Michael Barnett, 'Social Constructivism', in John Baylis, Steve Smith, and Patricia Owens (eds), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International relations* (9th ed., OUP, 2023) 194, 195-202; Reus-Smit, above note 15, 304-305; Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics* (CUP, 1999) 3; Ian Johnstone and Arun Sukumar, 'Constructivism, Interpretation, and Cognitive Studies', in Anne van Aaken and Moshe Hirsch (eds.), *International Legal Theory and the Cognitive Turn* (OUP, forthcoming 2024); Martha Finnemore, 'Constructing Norms of Humanitarian Intervention' in Peter J Katzenstein (ed), *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics* (Columbia University Press, 1996) 153; Jutta Bruneel and Stephen J. Toope, 'International Law and Constructivism' (2000), 39 *Columbia Journal of Transnational Law* 19.

²² Martha Finnemore, 'Constructing Norms of Humanitarian Intervention' in Peter J Katzenstein (ed), *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics* (Columbia University Press, 1996) 153, 157-158.

²³ See, e.g., Alexander Wendt, 'Collective Identity Formation and the International State' (1994), 88 *American Political Science Review* 385, 386.

²⁴ T. Hopf, 'The Promise of Constructivism in International Relations Theory' (1998), 23 *International Security* 171, 174.

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

domestic societies, other international actors, and international social structures.²⁵ Interests are often dependent on identities.²⁶

In light of the emphasis placed in social constructivist literature on norms, it is not surprising that constructivists have found considerable common ground with international law scholars. From this perspective, legal rules are constitutive not only through constraining states' behaviour but also through affecting their socialization and collective identities.²⁷ Decision-makers involved in international legal issues are viewed here as motivated by social factors, such as values, identities, and legitimacy, rather than a calculation of material interests.²⁸ Legal obligations are perceived in this context as social standards of appropriate behaviour. The prospects of compliance with international law are influenced, for example, by the answer to the question of whether the particular legal obligation constitutes a social norm internalized by the particular state, as well as the *legitimacy* of the particular legal obligation or tribunal.²⁹

As to compliance with investment awards, the social constructivist approach highlights that states are more inclined to comply with investment awards rendered by *legitimate* tribunals,³⁰ and that *ideational-ideological* attitudes prevailing in particular states are also likely to influence the prospects of compliance.³¹ Social pressure exerted by various actors in the international community may also affect decision-makers when considering compliance with investment awards. From this perspective, the imposition of economic

²⁵ Alexander Wendt, 'Collective Identity Formation', above note 23, 387; Peter J Katzenstein, Ronald L Lepperson and Alexander Wendt, 'Norms, Identity, and Culture in National Security' in Peter J Katzenstein (ed), *The Culture of National Security: Norms and Identities in World Politics* (Columbia University Press, 1996) 35-36.

²⁶ Wendt, 'Collective Identity Formation', above note 23, 386, 390; Hopf, above note 24, 176.

²⁷ See, e.g., Reus-Smit, above note 15, 304.

²⁸ See, e.g., Kal Raustiala and Anne-Marie Slaughter, 'International Law, International Relations and Compliance' in Walter Carlsnaes, Thomas Risse, and Beth A Simmons (eds), *Handbook of International Relations* (Sage, 2002) 538, 538, 540.

²⁹ On the impact of legitimacy on compliance with international law, see, e.g., Chris A Thomas, 'The Concept of Legitimacy and International Law' (LSE Law, Society and Economy Working Papers, 2013) 14-16; Beth A. Simmons, 'Compliance with International Agreements' (1998), 1 *Annual Review of Political Science* 75, 79-80.

³⁰ Thus, for example, an analysis of the factors influencing Argentina *not* to comply with a series of investment awards from 2007 to 2013 indicates that the hostile approach adopted by the Argentinian government vis-à-vis ICSID was prominently influenced by the ICSID tribunals' 'legitimacy deficit' in Argentina. The ruling government and Peronist groups supporting it raised significant doubts regarding the independence and impartial attitude of these tribunals. Hirsch, 'Explaining Compliance', above note 10, 692-693 (and see the references therein).

³¹ One of the main reasons explaining Argentina's above refusal to comply with a set of ICSID awards (from 2007 to 2013) concerns the Peronist ruling coalition's prevailing ideology and its hostile attitude vis-à-vis the neo-liberal ideology associated with the World Bank (to which ICSID tribunals are linked). Large groups in Argentina associated the World Bank with neo-liberal ideology, and the neo-liberal policies adopted by the previous governments were often blamed for the 2001 financial crisis. Hirsch, 'Explaining Compliance', above note 10, 692-693.

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

sanctions is significant not only because of the above realist approach's emphasis on the material costs of sanctions but also because of the stigmatizing effects that often accompany such sanctions (that may affect states' identity).³²

In sum, the social constructivist perspective highlights how social factors influence state behaviour and underlines that the prospects of compliance with investment awards depends to a significant measure on the legitimacy of the particular tribunal, ideological attitudes prevailing in the particular society, and social pressure levelled at non-compliant states. As to transnational law, the constructivist approach is inclined to focus on social processes and tends to downplay rational-choice motivations (that are prevalent among many actors in the transnational economic system). Generally, constructivists are more amenable than realists to accepting that non-state actors play a significant role in the transnational legal system (e.g., in the context of building social pressure to comply).

(c) *The Liberal Perspective:* The liberal approach to international politics has become a significant ideological force after 1945 and some of its well-known proponents in international law scholarship embrace significant features of transnational law. Liberal theory accepts some of the underlying assumptions of the realist approach and generally posits that states act in accordance with their conceptions of national interest. Liberals agree that states act to rationally promote their interests, but unlike realists they do not consider the state as a unitary entity ('black box'). States' preferences are significantly shaped in response to the preferences of domestic groups (e.g., political parties or NGOs) and individuals within each state. The liberal perspective, and particularly the neo-liberal institutionalist strand, emphasizes the important role of non-state actors in world politics. It particularly highlights the role of international institutions that implement functions states cannot perform alone. One of the key arguments of the liberal approach is that a state behaviour in the international sphere is significantly influenced by the type of political regime. A significant body of liberal literature explores the links between *democratic governance* and peaceful relations, and between the rule of law within a state and the prospects of compliance with international law. Non-liberal governments are generally considered to be among the major causes of international conflict and insecurity. Liberal states have representative governments, independent and professional judiciaries dedicated to the rule of law, and they secure civil and political rights.³³

³² On international social control mechanisms and their impacts on compliance with international law, see Moshe Hirsch, *Invitation to the Sociology of International Law* (OUP, 2015), 167-169.

³³ On the liberal approach in international relations literature and its perspective on international law, see Tim Dunne, 'Liberal Internationalism' in John Baylis, Steve Smith and Patricia Owens (eds), *The Globalization of World Politics* (9th ed., OUP, 2023) 103-113; Reus-Smit, above note 15, 304; Andrew Moravcsik, 'Liberal Theories of International Law', in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack (eds),

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

Prominent scholars extending the liberal approach to the international legal realm highlight the concepts of ‘transnational society’ and ‘transnational law’.³⁴ Slaughter observes that transnational law includes national laws designed to reach actors beyond national borders (extraterritorial jurisdiction), various agreements between the government institutions of multiple states, rules adopted by trans-governmental regulatory organizations (including non-binding guidelines and model codes), and rules emanating from traditional sources of public international law (treaties and customary law).³⁵ And she clarifies that in transnational commerce, ‘the law is the law selected by individual actors to govern the interpretation and application of bilateral commercial agreements and the mode of resolving disputes arising out of those agreements.’³⁶

Extending the above arguments to the compliance debate, the proponents of the liberal approach contend that compliance with international law significantly depends on the preferences and ideologies of domestic groups, the regime type, as well as international institutions. From this perspective, compliance hinges not only on ‘horizontal’ inter-state activities (such as states’ sanctions) but also on ‘vertical’ enforcement that is often embedded in domestic and international bodies (including courts).³⁷ Since democratic leaders are more likely to face higher domestic costs for violating their international obligations, they are more inclined (compared to autocratic leaders) to uphold international law.³⁸ Thus, relations between liberal states (within the ‘zone of law’) are more governed by international law, while relations involving non-liberal states (within the ‘zone of politics’) are more prone to be governed by political considerations.³⁹ Transparency is also significant for compliance with international law. Actions undertaken by democratic states are generally more exposed to public scrutiny, and

Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art (CUP, 2013) 83; Raustiala and Slaughter, above note 28, 547-548; Slaughter, ‘International Law and International Relations Theory’, above note 15, 29-32; Anne Marie Slaughter, ‘International Law in a World of Liberal States’ (1995), 6 *European Journal of International Relations* 503.

³⁴ Anne-Marie Slaughter, ‘A Liberal Theory of International Law’ (2000), 94 *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law* 240, 242-246; Andrew Moravcsik, ‘Liberal Theories of International Law’, above note 33, 83-84.

³⁵ Slaughter, ‘A Liberal Theory of International Law’, above note 34, 245.

³⁶ Slaughter, ‘A Liberal Theory of International Law’, above note 34, 244.

³⁷ Moravcsik, Liberal Theories of International Law, above note 33, 96-97, 101-105.

³⁸ See, e.g., Jana Von Stein, ‘The Engines of Compliance’ in Jeffrey L. Dunoff and Mark A Pollack (eds), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (CUP, 2013) 477, 486, 483.

³⁹ Raustiala and Slaughter, above note 28, 547-548; Anne-Marie Slaughter, ‘International Law in a World of Liberal States’, above note 33, 532-534; on the impact of democratic regimes on compliance with soft law, see Daniel E. Ho, ‘Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement the Basle Accord?’ (2002), 5 *Journal of International Economic Law* 647, 672, 676-678.

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

breaches of international obligations are more likely to encounter public criticism by domestic non-state actors as well as other states.⁴⁰

To sum up, the liberal approach to compliance with investment awards tends to downplay the significance of inter-state sanctions⁴¹ and highlight the role of non-state actors, primarily domestic groups and institutions (but also international institutions). Domestic groups may influence their governments to comply or not comply⁴² with investment awards,⁴³ and democratic countries are more likely to adhere to their investment obligations.⁴⁴ The liberal approach exhibits some emblematic features of transnational law, and this is prominent with respect to international commercial arbitration.

III. Concluding Remarks

International investment law constitutes a unique sphere of transnational law; notably involving a mix of public and private actors from different states that interact in a multi-layered legal system composed of domestic law, international law and some ‘soft’ rules. While international investment law embodies some essential characteristics of transnational law, it also displays certain distinctive traits absent in most other fields of transnational law (e.g., regulating long-term relationships between two very different types of actors). Each of the three international relations perspectives presented above reflects some traits of transnational law. Considering the above three international relations perspectives (realist, constructivist and liberal approaches), the liberal approach appears to better reflect the emblematic features of transnational law. As

⁴⁰ On the influence of transparency on compliance with international law, see, e.g., Von Stein, above note 38, 486. See also Ronald B. Mitchell, *Compliance Theory: A Synthesis* (1993), 2 *Review of European Community and International Environmental Law* 327, 327, 330-331.

⁴¹ On the realist emphasis on inter-state sanctions, See Section II(a) above.

⁴² Domestic group may pressure their governments not to comply with their investment obligations. For example, some domestic groups pressure their governments to discriminate against foreign investors; see, e.g., *S.D. Myers v Canada* (Partial Award of 13 November 2000) UNCITRAL, para 9 and see also paras 118-124, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>.

⁴³ Domestic groups include political parties and the above Argentine decision *not* to comply with a series of investment awards during the period of 2007 -2013 is clearly related to the power of the Peronists parties in Argentina’s political system and the ideology of the ruling coalition during that period. Hirsch, *Explaining Compliance*, above note 10, 698-699.

⁴⁴ The argument that liberal-democratic states are more likely to comply with their international investment obligations may find some support in the decision of the Argentine government to comply in 2013 with the above series of investment awards. Argentina is an electoral democracy and despite some criticism in this sphere, freedom of expression is guaranteed by law, the freedoms of assembly and association are generally respected, opposition parties have realistic opportunity to compete for political power, and the government does not restrict access to the internet (which is widely used). These essential civil liberties allowed certain opposition groups to criticize the government for its hostile attitude towards ICSID and exerted some pressure to comply with its international investment obligations. Hirsch, *Explaining Compliance*, above note 10, 704-705

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN TRANSNATIONAL LAW: COMPLIANCE WITH INVESTMENT AWARDS

Vol. 1 – 2024

discussed above, some well-known proponents of the liberal approach in international law literature explicitly embrace significant features of transnational law.

The discussion on compliance with awards rendered by investment tribunals directs our attention to multiple actors involved in this sphere (both state and non-state actors) as well as diverse factors motivating states' decisions concerning compliance or non-compliance. Each of the above theoretical lenses highlights a different set of variables and downplays some other factors. While each theoretical approach has some explanatory value, clearly no single perspective captures all factors involved in the in the complex process leading decision-makers to comply with investment awards or not.

The above analysis suggests that a multiple theoretical approach - which employs variables highlighted by the three principal perspectives - can provide a comprehensive and meaningful explanation for multi-dimensional processes taken place in the real life of transnational investment law. Decisions regarding compliance are adopted by policy-makers who are often influenced by factors emphasized by more than a single theoretical perspective (e.g., both by realist-realist and constructivist factors). In addition, such decisions commonly emerge from a process of interactions between several decision-makers (ministers, advisors, bureaucrats, etc.), and each of them is influenced by a different blend of realist, constructivist and liberal factors.

International law and its critical misrepresentations

*Jean d'Aspremont**

Abstract:

Whether they represent themselves as orthodox, positivist, interdisciplinary, postmodern, postcolonial, feminist, queer, sociologist, empiricist, etc. international legal scholars all profess their adoration of, and subjection to, critique. Indeed, the overwhelming majority of scholars describe themselves as well as their work as being critical. Critical is the common go-to adjective to represent one's handling of international law. Whatever the formidable and compelling merits of some of those works that represent themselves as critical, this essay argues that it is quite *incongruous* for international legal scholars seek that their work be adorned with critical credentials. This essay provides two reasons for the incongruity of such critical representations. First, it recalls that the critical attitude is the very legacy of modernity and thus synonymous with all what it has done to the world since modernity. Second, it highlights the tension between international legal scholars' search for critical credentials and their self-righteous continuous contribution to a virilist, violent, capitalist, and western-centric discipline. The essay continues with a few observations on the idea of a post-critique. A postscript has been added to reflect on international law's critical misrepresentation and the current atrocities witnessed in some parts of the world as this article went to press.

Keywords: international law, legal theory, critique, critical legal studies, modernity, post-structuralism, post-critique, Gaza

In the 21st century, any scholarly engagement with international law is expected to be *critical*. Doing scholarship and doing critique are mere synonyms for international lawyers: No piece of international legal scholarship can qualify as such and be deemed publishable if it is not demonstrated that it carries a critical argument. Said differently, there is hardly an international legal scholar who is not portraying her own work and herself as being critical. As a result, anything that has to do with the study of international law is bound to affirm and claim critical credentials. Critique is the sovereign of the international legal scholarship.

* Professor of International Law, Sciences Po Law School and University of Manchester. This article was presented at a seminar organized by Giulio Bartolini at the University Roma Tre and was the object of a discussion led by Professor Beatrice Bonafé. I am thankful to the two of them as well as all the participants for their insightful remarks.

To take only a few examples of such unfettered reign of the idea of critique over the international legal scholarship, 'critical' is nowadays an adjective that is systematically mobilized to describe a type of perspective on international law,¹ a type of international law,² a mode of thinking,³ a way to do research,⁴ a type of scholarship,⁵ a way to teach international law,⁶ an academic practice,⁷ a type of intervention,⁸ a manner in which one engages with the history of international law,⁹ a type of theory,¹⁰ a way to introduce international law,¹¹ an attitude in relation to international law,¹² a set of concepts about international law,¹³ a type of challenge to international law,¹⁴ etc. Obviously, not everyone that uses such self-portrayal means what being critical actually entails in the same manner. There usurpingly are as many understandings of critique as they are international lawyers labelling their work 'critical'. Yet, such polysemy does not question the sovereignty of critique over the international legal scholarship as an expectation and

¹ See e.g. Emmanuel H. D. De Groof, Micha Wiebusch (eds), *International Law and Transitional Governance Critical Perspectives* (Routledge, 2020); CUSATO E, JONES E, OHDEDAR B, BUENO DE MESQUITA J. Symposium Introduction: Critical Perspectives on Global Law and the Environment. *Asian Journal of International Law*. 2022;12(1):1-8; T. Smith, Critical perspectives on environmental protection in non-international armed conflict: Developing the principles of distinction, proportionality and necessity, *32 Leiden Journal of International Law* (2019), 759-779.

² Anthony Carty, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, EJIL 1991; Prabhakar Singh, and Benoît Mayer (eds), *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism* (OUP, 2014).

³ Andrea Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking* (Oxford, 2016); Singh, Prabhakar, and Benoît Mayer (eds), 'Introduction: Thinking International Law Critically One Attitude, Three Perspectives', in Prabhakar Singh, and Benoît Mayer (eds), *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism* (OUP, 2014), 1-26.

⁴ M. Koskenniemi, 'What is Critical Research in International Law? Celebrating Structuralism', *29 Leiden Journal of International Law* (2016):727-735.

⁵ Chimni BS, *New Approaches to International Law: The Critical Scholarship of David Kennedy and Martti Koskenniemi*. In: *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*. Cambridge University Press; 2017, 246-357;

⁶ Luis Eslava (2020) *The teaching of (another) international law: critical realism and the question of agency and structure*, *The Law Teacher*, 54:3, 368-384,

⁷ A. Rasulov *What Is Critique?: Towards a Sociology of Disciplinary Heterodoxy in Contemporary International Law*. In: d'Aspremont J, Gazzini T, Nollkaemper A, Werner W, eds. *International Law as a Profession*. Cambridge University Press; 2017:189-221.

⁸ Jochen von Bernstorff, *The critic*, Jean d'Aspremont and Sahib Singh (eds), *Concepts for International Law* (Edward Elgar, 2019), 154-163.

⁹ Jennifer Pitts, "The Critical History of International Law." *Political Theory*, vol. 43, no. 4, 2015, pp. 541-52; Jean d'Aspremont, *Critical histories of international law and the repression of disciplinary imagination*, *London Review of International Law*, Volume 7, Issue 1, March 2019, Pages 89-115.

¹⁰ Johns F. *Critical International Legal Theory*. In: Dunoff JL, Pollack MA, eds. *International Legal Theory: Foundations and Frontiers* (CUP, 2022), 133-152; Bill Bowring, *Critical legal theory and international law*. In Emilios A. Christodoulidis, Ruth Dukes & Marco Goldoni (eds.), *Research handbook on critical legal theory*. Edward Elgar Publishing (2019).

¹¹ Olivier Corten, François Dubuisson, Vaios Koutroulis, *A critical introduction to international law* (ULB edition, 2019); Wade Mansell, Karen Openshaw, *International Law: A Critical Introduction* (Hart, 2013)

¹² J. d'Aspremont, *The Critical Attitude and the History of International Law* (Brill, 2019).

¹³ Joseph Weiler, Alan Tzvika (eds), *Nissel International Law: Critical Concepts in Law* (Routledge, 2011)

¹⁴ Euan MacDonald, *International Law and Ethics after the Critical Challenge: Framing the Legal within the Post-Foundational* (Nijhoff, 2011).

a self-representation. After famously proclaiming to be all legal realist,¹⁵ or legal formalist,¹⁶ international lawyers now all trumpet their allegiance to the critique of international law.

It must be acknowledged that, in recent decades, the idea of critique has often been associated with a specific type of engagement with (or attitude towards) international law, namely one that is disruptive of the liberal and modern concept of international law.¹⁷ When used in this way, critique refers to what is called the “new streams”¹⁸ or the “new approaches”¹⁹ and is ascribed to a certain group of people – the ‘crits’ – who, despite refusing to be identified as a stream or a school²⁰ share some affinity in the way they engage with international law in various ways: they mobilize tools from structuralism;²¹

¹⁵ Harlan Grant Cohen, ‘Are We (Americans) All International Legal Realists Now?’ in *Concepts on International Law in Europe and the United States* (Chiara Giorgetti & Guglielmo Verdirame, eds., Cambridge University Press, Forthcoming); This echoes the famous question: “are we all legal realists?”. See also Gregory S. Alexander, *Comparing the Two Legal Realisms—American and Scandinavian*, 50 AM. J. COMP. L. 131, 131 (2002); Brian Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, 76 TEX. L. REV. 267, 267-68 (1997); Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, 76 CAL.L. REV. 465, 467 (1988).

¹⁶ On this question, see the remarks of d’Aspremont, Jean, *International Lawyers and Legal Forms: Transatlantic Denials* (September 14, 2017). Forthcoming in Chiara Giorgetti & Guglielmo Verdirame (eds), *Concepts on International Law in Europe and the United States* (Cambridge University Press, xxxx). See also Jean d’Aspremont, *After Meaning. The Sovereignty of Forms in International Law* (Edward Elgar, 2021), 93-100. On the idea that formalism has a bad connotation, see D. Bederman, *The Spirit of International Law* (The University of Georgia Press, 2002), at 163 and 171.

¹⁷ For a history of the consolidation of this type of critique in international legal thought, see Rasulov, Akbar, *New Approaches to International Law: Images of a Genealogy* (2012). Jose Maria Beneyto and David Kennedy (eds.), *New Approaches to International Law: The European and the American Experiences* (TMC Asser-Springer, 2012), pp. 151-191; see also Fleur Johns, “Critical International Legal Theory” in J. L. Dunoff and M. A. Pollack (eds), *International Legal Theory. Foundations and Frontiers* (CUP, 2022) 3, 133, at 144-148.

¹⁸ Jeffrey Dunoff and Mark A. Pollack, “Introduction to International Legal Theory. Taking Stock, Looking Ahead”, in J. L. Dunoff and M. A. Pollack (eds), *International Legal Theory. Foundations and Frontiers* (CUP, 2022) 3, at 19. D. Z. Cass., *Navigating the newstream: recent critical scholarship in international law*. 65 *Nordic Journal of International Law*, 65(1996), 341-384; David W. Kennedy, *A New Stream of International Law Scholarship*, 7 *Wis. Int’l L. J.* 1 (1988).

¹⁹ B.S. Chimni, *New Approaches to International Law: The Critical Scholarship of David Kennedy and Martti Koskenniemi*. In: *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press; 2017:246-357; José María Beneyto, David Kennedy, *New Approaches to International Law. The European and the American Experiences* (Springer, 2013); Ntina Tzouvala, *New Approaches to International Law: The History of a Project*, *European Journal of International Law*, Volume 27, Issue 1, February 2016, Pages 215–233.

²⁰ Fleur Johns, “Critical International Legal Theory” in J. L. Dunoff and M. A. Pollack (eds), *International Legal Theory. Foundations and Frontiers* (CUP, 2022) 3, 133, at 133.

²¹ On the structuralist foundations of M. Koskenniemi’s account of international legal argumentation, see Akbar Rasulov, “From Apology to Utopia and the Inner Life of International Law”, 29 *Leiden Journal of International Law*, (2016) 641-666; Sahib Singh, ‘International legal positivism and new approaches to international law’, in J. Kammerhofer and J. d’Aspremont (eds), *International Legal Positivism in a Postmodern World*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), pp. 291–316; Justin Desautels-Stein, ‘International legal structuralism: a primer’ (2016) 8 *International Theory* (forthcoming); E. Jouannet comes with a similar but more nuanced account. See E. Jouannet, ‘A critical introduction’, in M. Koskenniemi, *The Politics of International Law* (Oxford: Hart, 2011), pp. 2 and 7-12.

they popularize findings already made in the 1970s²² and early 1980s,²³ in literary and linguistic studies; they draw the attention to the structural biases, institutional strategies, and special ethos that inform the delivery of meaning by international legal forms;²⁴ they share a concern with “the ambivalent operations of power in global order, and the role of international law and lawyers within these”;²⁵ they seek to reveal the ideological²⁶, neo-colonizing²⁷ and phallo-centric²⁸ dimensions of the world-making performances of international law.²⁹ Interestingly, this group of scholars whose work is associated with the

²² G. Steiner, *After Babel. Aspects of Language and Translation* (Oxford University Press, 1975).

²³ Robert Cover, “The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative”, 97 *Harvard Law Review*, 4, at 9.

²⁴ David Kennedy, *A World of Struggle*; Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law – 20 Years Later*, 20 *European Journal of International Law* (2009) 7-19.

²⁵ Fleur Johns, “Critical International Legal Theory” in J. L. Dunoff and M. A. Pollack (eds), *International Legal Theory. Foundations and Frontiers* (CUP, 2022) 3, 133, at 135.

²⁶ Ntina Tzouvala, *Capitalism As Civilisation. A History of International Law* (CUP, 2020); Rose Parfitt, *The Process of International Legal Reproduction. Inequality, Historiography, Resistance* (CUP, 2019); C Miéville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (Haymarket Books, 2006); L Obregon, ‘Empire, Racial Capitalism and International Law: The Case of Manumitted Haiti and the Recognition Debt’ 31 *Leiden Journal of International Law* (2018) 597.

²⁷ James Gathii, “The Agenda of Third World Approaches to International Law (TWAIL)” in J. L. Dunoff and M. A. Pollack (eds), *International Legal Theory. Foundations and Frontiers* (CUP, 2022) 153; Justine Bendel, “Third World Approaches to International Law: Between theory and method” in Rossana Delplano and Nicholas Tsagourias (eds), *Research Methods in International Law. A Handbook* (Edward Elgar, 2021) 402; Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (CUP, 2012); Sundya Pahuja, *Decolonising International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality* (CUP, 2011); Sundya Pahuja, ‘The Postcoloniality of International Law’ 46 *Harvard International Law Journal* (2005) 459; N Berman, ‘In the Wake of Empire’ 14 *American University International Law Review* (1999) 1515; M Mutua, ‘What is TWAIL?’ 94 *American Society of International Law Proceedings* (2000) 31; A Anghie, ‘The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities’ 27 *Third World Quarterly* (2006) 740; BS Chimni, ‘Third World Approaches to International Law: A Manifesto’ 8 *International Community Law Review* (2006) 18; M Mutua, ‘Savages, Victims and Saviors: The Metaphor of Human Rights’ 42 *Harvard International Law Journal* (2001) 201

²⁸ See Karen Engle, Vasuaki Nesiah and Dianne Otto, “Feminist Approaches to International Law” in J. L. Dunoff and M. A. Pollack (eds), *International Legal Theory. Foundations and Frontiers* (CUP, 2022), 174; Gina Heathcote and Paola Zichi, “Feminist methodologies” in Rossana Delplano and Nicholas Tsagourias (eds), *Research Methods in International Law. A Handbook* (Edward Elgar, 2021) 458; C. Chinkin, S. Wright and H. Charlesworth, ‘Feminist Approaches to International Law’, 85 *American Journal of International Law* 613 (1191); Hilary Charlesworth, and Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis* (Manchester University Press, 2000); H. Charlesworth, “Feminist Ambivalence about International Law”, 11 *International Legal Theory* (2005) 1; Hilary Charlesworth, *Prefiguring Feminist Judgment in International Law*, in T. Lavers and L. Hodson (eds), *Feminist Judgments in International Law*, Hart Publishing, 2019; H. Charlesworth, “The Sex of the State in International Law”, in: *Sexing the subject of law*, N. Naffine and R. Owens (ed.), LBC Information Services, 1997; K. Knop, “Borders of the Imagination: The State in Feminist International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 88, *The transformation of Sovereignty* (April 6-9, 1994), pp. 14-18; D. Otto, “Resisting the heteronormative imaginary of the nation-state. Rethinking kinship and border protection”, in: *Queering International Law. Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, D. Otto (ed.), Routledge Research in International Law, 2018.

²⁹ M. Koskenniemi, “The Politics of International Law – 20 Years Later”, 20 *European Journal of International Law* (2009), p. 7-19; Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists* (OUP, 2012); Sundhya Pahuja, “Decolonization and the eventness of international law”, in Fleur Johns, Richard Joyce and Sundhya Pahuja (eds), *Events: The Force of International Law* (Routledge, 2011), 91-105. See also the success of the so-called constructivist approaches to world-making, see Jutta

idea of critique later have tried to abandon their self-representation as constitutive of a “new stream” or of “new approaches” but they have never distanced themselves from the idea of critique.³⁰

It is submitted here that notwithstanding such specific association of critique with the abovementioned “new streams” or “new approaches” over the last decades, the search for critical credentials is an endeavor shared by all those who study international law. Even those who espouse other representations of their work systematically describe what they do as “criticizing” international law, its deeds, its effects, its scope, its institutions, the interpretations thereof, etc. In that sense, it is fair to say that being critical is not the appanage of the abovementioned “new streams” or the “new approaches”. Notwithstanding the absence of a semantic consensus as to what being critical requires, the flag of critique is arguably waved by everyone throughout the entire scholarly spectrum. Whether they represent themselves as orthodox, positivist, interdisciplinary, postmodern, postcolonial, feminist, queer, sociologist, empiricist, etc. international legal scholars all profess their adoration of (and subjection to) critique. Whilst geometry may be the only universal discourse outside the humanities,³¹ being critical is possibly the only posture universally shared by those doing international legal scholarship.

The reign of critique over international legal scholarship is not new. As early as 1908, Lassa Oppenheim, in his seminal article on the “Science of International Law” in the *American Journal of International Law* was proclaiming that the criticism of the existing rules and scope of international law is one of the main tasks of the science of international law.³² Although there have been variations in the vocabulary of critique – from *criticisms* of international law to the *critique* of international law – the overwhelming majority of scholars have, since international law became a self-standing object of scholarly study – that is since the creation of professorships specifically dedicated to the teaching of

Brunnée and Stephen Toope, “Constructivism and International Law”, in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, eds., *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (Cambridge University Press, 2012) 119-145; Jutta Brunnée and Stephen Toope, *International Law and Constructivism: Elements of an International Theory of International Law*, 39 *Columbia Journal of Transnational Law* (2000) 19-74; N. Onuf, *World of Our Making: Rules and Rules in Social Theory and International Relations* (University of South Carolina Press, South Carolina, 1989); N. Onuf, ‘The Constitution of International Society’, 5 *European Journal of International Law* 1, at 6. For compilation of the concepts at work in world-making by international law, see Jean d’Aspremont and Sahib Singh (eds), *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought* (Edward Elgar, 2019). See also the general observations of Andrea Bianchi, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking* (OUP, 2016), 16-19.

³⁰ See T. Skouteris “Fin de NAIL: New Approaches to International Law and its Impact on Contemporary International Legal Scholarship” 10 *Leiden Journal of International Law* (1997) 415-420.

³¹ Michel Serre, *Geometry* (trans. Randolph Burks) (Bloomsbury, 2017).

³² L. Oppenheim. “The Science of International Law: Its Task and Method.” *The American Journal of International Law*, vol. 2, no. 2, 1908, pp. 313–56.

international law,³³ of learned societies and of scholarly periodicals,³⁴ described themselves as well as their work as being critical. This is no surprise given, as will be discussed in this essay, the kinship between international law and modern thought.³⁵ Even those works associated with the “new streams” and “new approaches” constitute a continuation of modern thought.³⁶ This is why it is argued here that being critical, both as an expectation and a self-representation, is a posture that dates back to the very consolidation of international law as a discipline, which has always meant *a critical discipline*.

The foregoing should suffice to explain why I confidently claim here that doing scholarship and doing critique are mere synonyms for international lawyers. The idea that doing scholarship necessarily entails a search for critical credentials is however not the point that this essay seeks to make but only is its premise. Actually, the argument which the rest of this essay will substantiate is that, however common it may be for international legal scholars to refer to the idea of critique to qualify themselves or their work, such qualification is a profound idiosyncrasy. The more specific claim made in this essay is that, whatever the formidable substantive merits of some of those works that

³³ Stephen C Neff reports that an early professorship in the subject was established at the University of Turin in 1851. The Chichele Chair of International Law and Diplomacy was established in 1859 at Oxford University. The Whewell Chair in International Law at Cambridge University was created in 1867. Although it had tried to appoint Wheaton in the 1840s, Harvard Law School appointed its first international law professors in 1898. See Stephen C Neff, *Justice Among Nations* (Harvard University Press 2014) 304. See also the remarks of I de la Rasilia del Moral, ‘The Ambivalent Shadow of the Pre-Wilsonian Rise of International Law’ [2014] 7 ELR 2. For some general remarks on the professionalization of international law see J. d’Aspremont, *The professionalization of international law* in J d’Aspremont and others, *International Law as Profession* (CUP 2017); Anne Orford, ‘Scientific Reason and the Discipline of International Law’ [2014] 25 European Journal of International Law 369, 373; Benjamin Allen Coates, *Legalist Empire. International Law and American Foreign Relations in the Early Twentieth Century* (OUP, 2016) 18-21, 61-68; A Mills, ‘The Private History of International Law’ [2006] 55 ICLQ 1–50. O. Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary* (Cambridge University Press 2005).

³³ Albert Geouffre De Lapradelle, *De la nationalité d'origine, droit compare, droit interne, droit international* (A Giard & E Brièr 1893).

³⁴ See eg the creation of the *Revue Générale de Droit International et de Legislation Comparée* and later the *Revue Générale de Droit International Public* in 1894. See generally S Neff, *Justice Among Nations: A History of International Law* (Harvard University Press 2014) 300.

³⁵ See infra section 1.

³⁶ See gen. Terry Eagleton, *The Function of Criticism* (Verso, 2005), at 98-99. It has sometimes been claimed that the critique that emerged in the last part of the 20th century did not surface all of a sudden but drew on modernity itself, for it is an expression of modernity being defeated by its own criteria of validity and universality. See gen. Peter Sloterdijk, *Critique of Cynical Reason* (University of Minnesota 1987). See also Jean-François Lyotard, *La Condition Postmoderne* (Editions de Minuit 1979) 51 (hereafter Lyotard, *Condition Postmoderne*); Theodor Adorno and Max Horkheimer, *Dialectic of Enlightenment* (Verso 1997) 7–9. Cf the notion of autoimmunity of Jacques Derrida, *The Beast and the Sovereign*, vol 2 (University of Chicago Press 2011) 84 (For Derrida, autoimmunity consist “for a living body in itself destroying, in enigmatic fashion, its own immunitary defenses, in auto-affecting itself, then, in an irrepressibly mechanical and apparently spontaneous automatic, fashion, with an ill which comes to destroy what is supposed to protect against ill and safeguard immunity”).

represent themselves as critical, it is quite *incongruous* for international legal scholars to subject themselves to the reign of critique and seek that their work be adorned with critical credentials. This argument about the incongruity of the idea of critique – which will surely prove polemical, if not counter-intuitive, to most readers – is what the rest of this essay will seek to articulate.³⁷

Two main reasons are specifically put forward here to contest the reference to critique by most international legal scholars. These two reasons should be exposed right away. The first reason is that the invocation of critique to depict international legal scholarship does not do a favour to the latter. If being critical is being ahead of one's time, contributing to knowledge, being instrumental to the betterment of the world, revealing the hidden truths that lies behind international law and international legal practices, mobilizing the idea of critique is not the right thing to do. Being critical is actually nothing cool, fashionable, contemporary, progressive, or cutting-edge. The critical attitude is the very legacy of modernity and thus synonymous with all what it has done to the world since modernity. In that sense, critique, both as an expectation or a self-portrayal, makes international legal scholars look like reliquiae that would be better off in a museum of fossils. This first motive for contesting of the idea of critique, both as an expectation and a self-representation, is predicated on the claim references to critique contribute to international legal scholarship's ossification.

The second reason for challenging the invocation of critique to describe what international legal scholars do pertains to the speciosity of such expectation or self-portrayal. Indeed, it is quite infuriating to see so much effort going into such critical self-portrayals whereas the discipline self-righteously continues to be so virilist, violent, capitalist, and western-centric. How can one seriously claim to be critical and produce critical legal scholarship whilst contributing to a virilist, violent, capitalist, and western-centric, discipline? This second motive for the rejection of the idea of critique builds on the idea that there is a great deal of obscenity in the scholarly pretense to critique.

The rest of the essay fleshes out and illustrates the two-fold incongruity of the idea of critique in international legal scholarship. This essay first elaborates on epistemological classicism that the idea of critique carries and its making of international legal scholarship a very ossified activity that is in no way cutting-edge, revelatory of the unknown, and ahead of its time (1). It then continues the discussion by demonstrating

³⁷ At the time of writing this essay, the world has been witnessing one of the most brutal violence committed, in the name of international law, by a State against a civilian population ever seen in recent decades. Surely, for all the victims as well as all those that condemn such atrocities, there is hardly anything 'critical' in such mobilizations of international law. This is a point on which I had the opportunity to express my position elsewhere and which is not further developed here.

that critique, both as an expectation and a self-portrayal, can hardly be reconciled with the virilist, violent, capitalist, and western-centric dimensions of the international legal scholarship (2). The discussion is continued with a few concluding remarks about the the idea of a post-critique in international legal scholarship (3). A postscript has been added to reflect on international law's critical misrepresentation and the current atrocities witnessed in some parts of the world as this article went to press (4)

Before developing the two reasons why critique, both as an expectation and a self-portrayal, is incongruous, a remark of the utmost importance is in order. The claim made here is about the way in which the international legal scholarship portrays itself and the type of credentials it seeks to be garnished with. *It is not a claim about the substantive merits of what can be found in the international legal scholarship that portrays itself as critical.*³⁸ To be clear, the present author considers that some of the scholarship falling under the banner of “new streams” and “new approaches” is possibly the best and most intellectually engaging of all what the international legal literature has produced since the creations of the first periodicals dedicated to international law. Many of the charges against the liberal concept of international law, against its false universality, and against its bourgeois, imperialistic, capitalist, racist and phallo-centric ideologies are extremely compelling and must be entertained. One can especially be thankful that the 1990s witnessed the rise of engagements like those provided by TWAIL, feminist studies and all those contesting the modern premises of international law.³⁹ So the point in this essay is not that any international legal scholarship that deems itself critical is incongruous and idiosyncratic. What is incongruous is the representation that such scholarship makes of itself as well as its subjection to the long established reign of critique.

1. Critique and epistemological classicism: the ossification of the international legal scholarship

It is submitted here that the very idea of critique was born with modern thought.⁴⁰ Modern thought has always defined itself by its critical questioning of the necessities that govern action, perception, experience, and discourses⁴¹ and a contestation of those

³⁸ For a strong rejection of the claim that any questioning of critique is reactionary or conservative, see Rita Felski, *The Limits of Critique* (University of Chicago Press, 2015), at 8.

³⁹ In that sense, I can only reject in the strongest terms possible terms the type of international legal scholarship that question the gains of such works. See e.g. Naz K. Modirzadeh, '[L]et Us All Agree to Die a Little': TWAIL's Unfulfilled Promise, *Harvard International Law Journal* (forthcoming).

⁴⁰ This is one of the main theses defended by Reinhart Koselleck in *Kritik und Krise* (Verlag Karl Albert, 1959). See also Terry Eagleton, *The Function of Criticism* (Verso 2005) and Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXIe siècle* (Climats, 2023).

⁴¹ Terry Eagleton, *The Function of Criticism* (Verso 2005) 9–10; Hayden White, *Tropics of Discourse: Essays in Cultural Criticism* (Johns Hopkins University Press 1978) 1 (hereafter White, *Tropics of Discourse*).

necessities that are unacknowledged and unconsented.⁴² To put it differently, the modern formation of a non-dogmatic subject “release[d] from his self-incurred tutelage”⁴³ is the formation of a critical subject. The modern mind even invented a word for such ‘critical’ consciousness: *Enlightenment*. Enlightenment is synonymous with critique.⁴⁴ For the moderns, being enlightened means nothing more than the awareness and evaluation of the necessities governing actions, perceptions, experiences and discourses⁴⁵ and the corresponding confidence in one’s ability to de-fatalise⁴⁶ such necessities. This is why, since the Enlightenment, everyone has been expected to be critical, such critique being constitutive of the modern subject self-determination.⁴⁷ Being a modern subject is to live in the permanence of the critical judgement, to live under the reign of critique.⁴⁸ Putting the world, oneself, others, the latter’s sayings and findings on trial is the way in which the modern mind determine itself. Modernity has thus inaugurated the age of the permanent trial whose critical judgement is determinative of knowledge as the condition of truth which each modern subject ought to police.⁴⁹ As a result, critique is constitutive of thought as a whole: there cannot be thought that is not critical.⁵⁰

The foregoing explains why it is argued here that promoting critique as the central expectation and self-representation of one’s engagement with international law amounts to perpetuating what modern minds have done for several centuries: organizing the permanent trial of the world, of oneself, of others, of the latter’s sayings and findings.⁵¹ Yet, no trial, not even the permanent trial permanently conducted by the modern mind, takes place without the prior postulation of values, norms, standards of normality,

⁴² See the famous ‘What is the Enlightenment?’ by Immanuel Kant.

⁴³ See the famous essay of Immanuel Kant entitled “What is Enlightenment?” in the December 1784 issue of the *Berlinische Monatsschrift* edited by Friedrich Gedike and Johann Erich Biester. On the idea that Kant’s 1781 *Critique of Pure Reason* consolidated systematized and formalized two centuries of critical thought, see Jürgen Habermas, *The Philosophical Discourse of Modernity. Twelve Lectures* (translated by Frederick Lawrence) (Polity Press, 1987), at 16. See also Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXIe siècle* (Climats, 2023), at 26. On the idea that Kant should be seen as the inventor of critique, see François Châtelet, *Une histoire de la raison* (Seuil, 1992), at 136. On Kant and critique, see gen. Gilles Deleuze, *la philosophie critique de Kant* (PUF, 1963). On the idea that Kant brought about an urge for critique, see Bruno Latour, *L’Espoir de Pandore* (trad. Didier Gille) (La Découverte, 2007), at 29.

⁴⁴ Terry Eagleton, *The Function of Criticism* (Verso 2005) 9–10

⁴⁵ Michel Foucault, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France (1982-1983)* (Gallimard Le Seuil 2008) 15–16.

⁴⁶ I borrow this term from Nikolas Rose, *Governing the Soul. The Shaping of the Private Self* (Free Association Books 1999) xii.

⁴⁷ Terry Eagleton, *The Function of Criticism* (Verso 2005); Frédéric Lordon, *La société des affects. Pour un structuralisme des passions* (Seuil, 2013), at 276.

⁴⁸ Laurent de Sutter, *Pour une clinique*, in L. de Sutter (ed.), *Postcritique* (PUF, 2019), 209, at 223 ; Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXIe siècle* (Climats, 2023), at 56

⁴⁹ Michel Foucault, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France (1982-1983)* (Gallimard Le Seuil, 2008), at 21-22; Michel Foucault, *Qu’est-ce que la critique?* (Vrin, 2015), at 47.

⁵⁰ Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXIe siècle* (Climats, 2023), at 203.

⁵¹ Laurent de Sutter, *Pour une clinique*, in L. de Sutter (ed.), *Postcritique* (PUF, 2019), 209, at 228.

presuppositions, frameworks of intelligibility, vocabularies, patterns of thoughts, etc. A trial is always caught in a pre-existing discourse. In that sense, a trial is necessarily conservative and reactionary as it is meant to reaffirm an already-postulated thought. The same goes with the critical attitude of the modern mind and that of international lawyers. In fact, the critique of international law always re-affirms its object, whether a practice, a norm, a vocabulary, a binary opposition, an origin or foundation, etc. Said differently, critique is always confined to the values, norms, standards of normality, presuppositions, frameworks of intelligibility, vocabularies, patterns of thoughts, of those narratives and system of thoughts it seeks to reveal, question or unravel.

The conservatism of any critical move as well as the impossibility of a critique that is meta or external have long been acknowledged in the literature. For instance, such a confinement of critique to its object is what Barthes famously identified as the ‘tragedy’ of writing.⁵² Louis Althusser said even more explicitly that there is no meta or external critique, for a critique is always embedded in its object.⁵³ Michel Foucault famously said that the critique of order necessarily belongs to that order.⁵⁴ Derrida similarly showed how much subversion is bound to be internal, and how deconstruction is condemned to be limited by its own object.⁵⁵ Edward Said has also argued that any critical consciousness is bound to be part of its actual social world and of a certain literal body.⁵⁶ In the same vein, Rita Felski has convincingly claimed that critical scholars cannot pride themselves on being very different to the texts that they subject to scrutiny and that critique can never be external and non-complicit.⁵⁷ In the same vein, Judith Butler has similarly argued that the performativity of any critical performance in the present is always dependent on the mobilisation of a certain past and of a normative heritage.⁵⁸ Likewise, Hayden White specifically demonstrated how every discipline is made up of (and organised around) a set of restrictions on thoughts that inevitably repress imagination.⁵⁹

It is thus uncontroversial to claim that there is an inevitable degree of conservatism inherent in critique and a critique cannot be meta or external to its object. The type of critical scholarship that was once referred to as a “new stream” or as part of the “new

⁵² R Barthes, *Le degré zéro de l'écriture* (Editions du Seuil, 1972) 66-67.

⁵³ Louis Althusser, *Être Marxiste en Philosophie* (Presses Universitaires de France, 2015), at 308.

⁵⁴ Michel Foucault, *Les mots et les choses* (Gallimard, 1966), at 12.

⁵⁵ J Derrida, *De la grammatologie* (Editions de Minuit, 1976) 38; See also Jacques Derrida, *L'écriture et la différence* (Editions du Seuil), 1967, at 47.

⁵⁶ Edward Said, *The World, the Text, and the Critic* (Harvard University Press, 1983), at 16.

⁵⁷ Rita Felski, *The Limits of Critique* (University of Chicago Press, 2015), at 116 and 146-147.

⁵⁸ J Butler, ‘Critically Queer’ 1 *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies* (1993) 17, 24. See also Didier Eribon, *La société comme verdict* (Flammarion, 2020), at 67.

⁵⁹ H White, *Tropics of Discourse: Essays in Cultural Criticism* (John Hopkins UP, 1978) 126-27.

approaches” is not spared by such conservatism.⁶⁰ Such critical works, like the rest of the international legal scholarship, remain confined to the values, norms, standards of normality, presuppositions, frameworks of intelligibility, vocabularies, patterns of thoughts, etc. of the very object which they scrutinize. This has been widely documented in the international legal literature itself, especially in relation to critical historical narratives,⁶¹ to the meaning-centrism and formalism of critical works about international law,⁶² to the hermeneutics of suspicion and the modern epistemology of secret that drive the critical literature,⁶³ the empiricist and contextualist genre at work in such critical works,⁶⁴ etc. Such strand of the international legal scholarship, just like any other scholarly engagement with international law, is always caught in a very traditional and modern idea of critique, one that can never elude the values, norms, standards of normality, presuppositions, frameworks of intelligibility, vocabularies, patterns of thoughts, etc of the very discursive position it attempts to challenge.

The idea of critique, as an expectation and a self-representation, is incongruous because of the two-fold orthodoxy that has been stressed in this section. On the one hand, the idea of critique that dominates the international legal literature as a whole boils down to the very legacy of modernity and is thus the expression of a very traditional epistemology. On the other hand, critique, in such modern sense, can never do away with its object but, on the contrary, is bound to re-affirm the latter’s values, norms, standards of normality, presuppositions, frameworks of intelligibility, vocabularies, patterns of thoughts, etc.

2. Critique and its uncritical dimensions: the obscenity of the international legal scholarship

The previous section has argued that the idea of critique, both as a dominant expectation and self-representation of the international legal literature, is incongruous according because of its inexorable orthodoxy. It is the object of this section to articulate another reason for taking a dim look at the expectations and representations of the international legal literature as being critical. The present section particularly argues that all those scholarly works that portray themselves as critical are obscene. They are obscene, according to the argument made in this section, because such works represent themselves as critical and profess to make critical claims while being part of a virilist,

⁶⁰ See gen. P Schlag “Le Hors de Texte, C’est Moi” The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction’ 11 *Cardozo Law Review* (1990) 1631, 1631.

⁶¹ Jean d’Aspremont, Critical Histories of International Law and the Repression of Disciplinary Imagination (May 4, 2019). 7 *London Review of International Law* (2019); M Koskenniemi, ‘Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View’ 27 *Temple International and Comparative Law Journal* (2013) 215, at 216.

⁶² Jean d’Aspremont, *After Meaning. The Sovereignty of Forms in International Law* (Edward Elgar, 2021).

⁶³ Jean d’Aspremont, *The Epistemology of Secret in International Law* (forthcoming, 2025).

⁶⁴ Jean d’Aspremont, International Law and the Rage against Scienticism, *European Journal of International Law*, Volume 33, Issue 2, May 2022, Pages 679–694

capitalist, and western-centric literature. These traits of the international legal literature, it is argued here, hardly congruous with the latter's critical expectations and self-representations.

Before developing further the idea that international legal scholarship is obscene a preliminary observations must be formulated. It is important to highlight that the features discussed in this section concern the way in which the production of international legal scholarship is configured and organized and not the world-making effects of such scholarship. In fact, such virilist, violent, capitalist, and western-centric, characteristics of the international legal literature which this section seeks to highlight relate to a specific economy at work in the creation of such literature and are alien to the undoubtedly virilist, violent, capitalist, and western-centric world which some of this scholarship certainly contributes to shape.

The first feature of the international legal scholarship which makes the latter's critical expectations and self-representations obscene is its virilism.⁶⁵ Indeed, international legal scholarship is dominated by a quest of strength. Contributing to scholarship is about producing an argument whose strength will outclass other arguments and bring one's peers to their knees. Producing a scholarly contribution is about demoting others, repudiating current thinking, being right and proving others are wrong. Making a scholarly contribution is also about showcasing one's intellectual strength, often with the help of massive and bulky footnotes referring to a huge intellectual and literary archive. Footnotes also play the chivalric role of signaling one's loyalty and one's nemeses. What is more, writing international legal scholarship is often conducted in a way that demonstrates the mastery of a sophisticated language, often through the use of a complex terminological apparatus. Most of the time, scholarship also is the seat of a wide variety of intimidating tactics meant to daunt anyone who would ever think to challenge the argument concerned.⁶⁶ Actually a piece of scholarship which would not be sufficiently virile, as is understood here, has much less chance to be published or to gain visibility. Last but not least, establishing oneself in international legal scholarship calls for mass publication, and thus another deployment of strength. Building a name and a career in the field require rolling out huge quantities of contributions at a very fast pace, which is yet another sign of the virilism of this activity.⁶⁷

⁶⁵ On the virilism of modern thought as a whole, see Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXI^e siècle* (Climats, 2023) 321. See also Gianni Vattimo, *Les aventures de la différence* (Les Editions de Minuit, 1985, p. 22. In the same vein, Jean Baudrillard, *Le crime parfait* (Galilée, 1995), at 18.

⁶⁶ I have examined such intimidating tactics elsewhere. See Jean d'Aspremont, *Wording in International Law* 25 *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 575-602.

⁶⁷ On the push for a slow scholarship, see gen. Yvonne Hartman & Sandy Darab (2012) *A Call for Slow Scholarship: A Case Study on the Intensification of Academic Life and Its Implications for Pedagogy*, 34 *Review of Education, Pedagogy, and Cultural Studies* (2021) 49-60; A. Mountz, A. Bonds, B. Mansfield, J.

Another feature of international legal scholarship which makes the idea of critique obscene is the violence around which scholarly engagements with international law are organized. The violence I have in mind here is the symbolic violence (with the passive complicity of authors themselves)⁶⁸ and the lack of accountability at work in processes of review of scholarly works. This is really a huge scandal of contemporary academia, including international legal academia. And like for most big scandals, all actors and stakeholders in the field are complicit. Contemporary academia has instituted a system whereby journal and book series editors can hide behind a fake veil of scientificity and conceal their sovereign power. Indeed, under the banner of quality control and peer-review practiced by all scholarly journals and book series, a huge exercise of power goes unacknowledged and is unaccounted for. Editors, shielded by the peer-reviewers, can wield their swords at whim, make heads roll, hamper careers without being ever accountable for a decision which they ultimately are the only ones to take – and not the reviewers. But the journals and book series editors are not the only ones to go unchecked. Reviewers themselves, shielded by anonymity and empowered by journals or book series editors, can go on destroying peers' works, sometimes with a very disturbing brutality. It is argued here that anonymous peer-review, as is it currently instituted in international legal academia, facilitates terror in the profession. It is true that many of the so-called 'peer-reviewers' take their role seriously, provide constructive comments and help refine articles. Yet, peer-reviewers, whatever their good faith, inevitably exercise a form of symbolic violence: they speak the language of the right and the wrong, they award marks and judgements, they repudiate arguments, they discontinue emerging or nascent ideas, they even sometimes participate in terminating careers and throwing authors in depression. However good-intentioned reviewers are, reviewing a draft manuscript is a form of symbolic violence and it is impossible to justify that the latter is exercised anonymously. What is most distressing in this scandalous institutional practice of violence is that the first victims of such symbolic violence are the young colleagues from less mainstream institutions – and surely from outside the Global North. This is even more disturbing given the extent to which such scholars are even more dependent for their career advancement on being published in the refereed journals fetishized by the field.

It is similarly obscene that international legal scholars depict their work and themselves as critical whereas they simultaneously contribute to an activity that functions as a

Loyd, J. Hyndman, M. Walton-Roberts, W. Curran, For Slow Scholarship: A Feminist Politics of Resistance through Collective Action in the Neoliberal University, 14 *An International Journal for Critical Geographies* (2015) 1235–1259; M. Kuus, M., For Slow Research. 39 *International Journal of Urban and Regional Research* (2015) 838-840.

⁶⁸ See gen. Didier Eribon, *La société comme verdict* (Flammarion, 2020), at 61-62.

capitalist economy.⁶⁹ It is not only that the academic publication industry is a huge source of revenue for the main publishing houses often at the expense of low-paid and hard-working scholars in precarious situations, which is truism.⁷⁰ It is also that international legal scholarship functions as a capitalist economy which constantly extracts thoughts from texts for the sake of producing more texts and hence more value. In fact, international legal scholarship constitutes a highly valuable textual resource which is constantly being exploited for the sake of producing more of such resource.⁷¹ In that sense, one can say that there is a huge intellectual extractivism at work in the international legal scholarship whereby truth materials are constantly extracted from the texts in the hands of international lawyers, even leading to an exhaustion of thoughts and leaving no new thought to be thought.⁷² This analogy with a capitalist economy is further supported by international lawyers' permanent dissatisfaction with the state of the international legal scholarship and their correlative constant thirst for a surplus of scholarship, such surplus being in return valued and maximized by the main publishing houses. And this is not to mention the huge process of reification at work in this capitalist industry whereby those at the periphery accept their fate as a normal state of affairs while those at the centre and endowed with the skills to navigate that industry never question their privileges.⁷³

Finally, the international legal scholarship stands out as a very western-centric activity. Indeed, the main centre where the contours, contents, and actors of international legal scholarship are determined are most of the time located in the Global North. Even if the copy-editing and the printing may itself take place elsewhere, international legal scholarship has its headquarters in the Global North. What is more, international legal scholarship, either in paper or digital, is channeled through expensive modes of inscription which a large part of the planet, often located outside the Global North, cannot afford. Likewise, international legal scholarship continues to follow some scriptural traditions that were invented in the West and that are now expected to be practiced by

⁶⁹ For Louis Althusser, the modern philosophical tradition initiated by Descartes and the self-centrism it promoted worked hand-in-hand with the rising bourgeoisie and the emergence of capitalist ideology. See Louis Althusser, *initiation à la philosophie pour les non-philosophes* (Presses Universitaires de France 2014) 196–197, 351.

⁷⁰ On the idea of an academic industry, see Jan Klabbers, "The Ethics of Inter-disciplinarity and the Academic Industry" (on file with the author).

⁷¹ On the idea that we are all compelled to produce truth like we must produce income and wealth, see Michel Foucault, *Dits et écrits, II* (Gallimard, 2001), at 176. See the idea of economy of truth of Michel Foucault. See Michel Foucault, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au Collège de France. 1977-1978* (Gallimard, 2004), at 241.

⁷² See the remarks of Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXIe siècle* (Climats, 2023), at 341.

⁷³ See gen. Georg Lukács *History and Class Consciousness* (Verso, 2023) (originally published in German in 1923).

anyone who seeks to contribute to it.⁷⁴ Even if nowadays very important scholarly hubs have arisen outside the Global North and influential non-Western scholarly journals have established themselves, it is difficult to turn a blind eye to the resilience of western-centrism in international legal scholarship as is described here. Obviously, such western-centrism has been at the heart of a growing part of the legal scholarship, especially by those TWAIL and all the compelling literature informed by post-colonial studies. Yet, even such literature has to conform the literary practices set in the Global North and undergo the scrutiny organized by publishers based in the Global North.

It is all such characteristic of contemporary of international legal scholarship that make the idea of critique, as an expectation and a self-representation, an obscenity. It is arguably obscene to profess and boast about the critical dimension of one's scholarly work given how much such work always comes to feed a virilist, violent, capitalist, and western-centric activity. Until the abovementioned practices around which the international legal scholarship is organized and configured are abandoned, it will remain very incongruous to refer to the idea of critique to describe international lawyers' scholarly engagements with international law.

3. Concluding remarks: the time for a post-critique in international law?

This essay has tried to show why the idea of a critique, both as an expectation and a self-representation of the international legal scholarship, is incongruous. Be it because it evokes a very traditional epistemology or because it fits badly with an activity that is virilist, violent, capitalist, and western-centric activity, the idea of critique that is systematically mobilized by international legal scholars constitutes an indecent pretence. If the idea of critique is incongruous as has been argued in this essay, the question arises whether international lawyers should jettison such reference. In other words, the incongruity of the critical credentials sought by the international legal scholarship calls for a reflection on whether international lawyers should inaugurate an era of post-critique. Providing a few thoughts on the idea of a post-critique in international law is the object of these concluding observations.

The idea of a post-critique is not new. As early as 1958, Michael Polanyi promoted the idea of a move away from the idea of an observed reality external to us which can be revealed

⁷⁴ On the idea that Lieber, who fought in the Prussian army against Napoleon's troops at Waterloo in 1815, contributed to the import of the German system of referencing into US law schools, see Vincent Genin. *Le laboratoire belge du droit international: Une communauté épistémique et internationale de juristes (1869–1914)* (with a foreword by Martti Koskeniemi), (Académie Royale des Sciences, des Lettres et de Beaux-Arts de Belgique, 2018, at 55–56.

without the mobilization of prior commitments.⁷⁵ Although not using the very concept of post-critique, Roland Barthes had, in the 1970s already played with the idea of a constant attitude of transgression, of cracking, of outmaneuvering, of displacement of the modern discourse in place, an attitude which cannot not be a mere reversal, opposition or rejection of that discourse.⁷⁶ Likewise, Gilles Deleuze called for a move away from critique by invoking the idea clinic – which he opposed to a critique –⁷⁷ as well as the necessity to speak one's native language as foreign.⁷⁸ More recently, in her famous *The Limits of Critique*, Rita Felski has defended the embrace of a post-critique whereby interpretation becomes a coproduction between actors that brings new things to light rather than an endless rumination on a text's hidden meaning or representational failures.⁷⁹

For her, such post-critique is a way to turn reading into an act of composition, of creative remaking, that binds text and reader in ongoing struggles, translations, and negotiations.⁸⁰ In an even more recent book, Laurent de Sutter has similarly advocated a post-critical attitude whereby weakness – rather than strength – is valued and promoted.⁸¹ For him, a post-critique is an anti-foundational and non-originist mode of thinking whereby one does not systematically put the world, oneself, others, the latter's sayings and findings on trial to determine the right and the wrong.⁸² Post-critique is a type of engagement that is not premised on values, norms, standards of normality, presuppositions, frameworks of intelligibility, vocabularies, patterns of thoughts, of those narratives and system of thoughts it seeks to reveal, question or unravel because it seeks to think about the disorder, the impossible, the unknown, and the obscure.⁸³

Such reflective ventures into what a post-critique era could look like are very insightful. There is no doubt that scholarly engagements with international law would benefit enormously from many of the proposals made by the abovementioned of thinkers of the post-critique. Whilst the point here is certainly not to transpose any of the post-critical proposals mentioned above to the international legal scholarship, such proposals can help imagine what a post-critical international legal scholarship could look like. The

⁷⁵ Michael Polanyi, *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy* (The University of Chicago Press, 1958), at 295 and 311.

⁷⁶ Roland Barthes, *Le grain de la voix. Entretiens 1962-1980* (Seuil, 1981), at 34, 53-54, 139, 156 and 175. See more generally Roland Barthes, *Critique et vérité* (Seuil, 1999).

⁷⁷ Gilles Deleuze, *Clinique et Critique* (Editions de Minuit, 1999).

⁷⁸ Gilles Deleuze and Felix Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?* (Editions de Minuit, 2019).

⁷⁹ Rita Felski, *The Limits of Critique* (University of Chicago Press, 2015), at 174.

⁸⁰ Rita Felski, *The Limits of Critique* (University of Chicago Press, 2015), at 182.

⁸¹ Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXIe siècle* (Climats, 2023), at 22-24.

⁸² Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXIe siècle* (Climats, 2023), at 20 and 342

⁸³ Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXIe siècle* (Climats, 2023), at 144, 209 and 320.

following accordingly provides an account of some of the post-critical features of an international legal scholarship that would have stripped itself from its critical veneer.

So, what would a post-critical international legal scholarship would look like? First, and this is the claim that has been entertained throughout this essay, international legal scholars, in a post-critique era, would cease to seek to portray their work and themselves as critical for the reasons developed in the previous paragraphs. A post-critique era for international law is an era where the very idea of critique would have no purchase and no descriptive use. Second, a post-critique era would be an era where the modes of inscription, of production, and of distribution of international legal scholarship would no longer be in the hands of capitalist ventures located in the Global North. This may entail, among others, having recourse to new open access platforms, new materials, and new actors for the inscription, production and distribution of international legal scholarship. Third, a post-critical international legal scholarship would be a type of literature that has emancipated itself from any epistemology of truth as well as the determination of the right and the wrong.

This also entails rehabilitating narration as a mode to constitute the world⁸⁴ and cultivating an approach to scholarship that is narrative rather than scientific. This simultaneously means international legal scholarship would be explicitly acknowledged and described as nothing more and nothing less than a way to produce new stories about international lawyers and thus “new traveling possibilities”⁸⁵ in contemporary legal thought and practice. Fourth, and this is a feature flowing from the previous one, inaugurating a post-critical era would necessitate seriously challenging the hermeneutic of suspicion directly inherited from modern thought and whereby the scholar is elevated into a secret-hunter whose main job is to reveal the invisible and the unknown. This entails playing down the constant search for hidden content in international law and tame international legal scholars’ need to be constantly performing an act of revelation.⁸⁶ Fifth, a post-critical international legal scholarship would de-reify rules, legal practices, and legal institutions.

⁸⁴ On the idea that all narratives belong to the order of meaning of ‘the real’ as much as scientific discourses, see the remarks of Hayden White, *Tropics of Discourses. Essays in Cultural Criticism* (The Johns Hopkins University Press, 1986), 122. See also Hayden White, *The Content of the Form. Narrative Discourse and Historical Representation* (John Hopkins University Press, 1987), at 5.

⁸⁵ Bruno Latour. *Reassembling the Social. An Introduction to Actor-Network Theory* (Oxford University Press, 2005), at 12.

⁸⁶ I have attempted this elsewhere. See Jean d’Aspremont, *The Epistemology of Secret in International Law* (2024). In the same vein, see Laurent de Sutter, *Superfaible. Penser aux XXIe siècle* (Climats, 2023), at 319 and 346.

This corresponds to a discontinuation of the understanding of such rules, legal practices and legal institutions as ‘things-in-the world’, thereby showing that they have no materiality other than their being ideas produced by a discursive experience.⁸⁷ Sixth, a post-critical international legal scholarship would cease to turn a blind eye to the challenges raised by post-structuralist thought,⁸⁸ especially the latter’s challenge of meaning-centrism and of originism.⁸⁹ Seventh, the post-critical posture envisaged here would also bring about a halt to the quest for coherence and would value disorder.⁹⁰ Finally, a post-critique would be an era where international legal scholarship re-invests in affects and emotions, thus terminating the ban on the study thereof set by modern critical scientificity.⁹¹

⁸⁷ With respect to international organizations, I have explored this idea in Jean d’Aspremont, *The Experiences of International Organizations. A Phenomenological Approach to International Institutional Law* (Edward Elgar, 2023).

⁸⁸ The point here is certainly not that the work of poststructuralist thinkers like Derrida has been overlooked by legal scholars, let alone by international legal scholars (see e.g. the very serious engagement with Jacques Derrida by David Kennedy, “Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship”, 21 *New England Law Review* (1985-1986) 209, at 284-287). It is more that, in international legal scholarship, just like in legal scholarship in general, a great deal of post-structuralist thought has been obfuscated and hijacked by the debate on the merits of deconstruction (for some famous examples of a discussion of Derrida through the sole lens of deconstruction, see J.M. Balkin, “Deconstructive Practice and Legal Theory”, 96 *Yale Law Journal* (1987) 743; J.M. Balkin, “Deconstruction’s Legal Career”, 27 *Cardozo Law Review* (2005) 719. See the criticisms of Balkin’s treatment of Deconstruction by Pierre Schlag, “Le Hors de Texte, C’est Moi’. The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction”, 11 *Cardozo Law Review* (1990) 1631). On the claim that the attention in legal scholarship was deflected away from Derrida by virtue of the debate on deconstruction, see Peter Goodrich, “Europe in America: Grammatology, Legal Studies, and the Politics of Transmission” 101 *Columbia Law Review* (2001), 2033-2084, at 2037-2042. On the idea that Derrida’s has been a fashionable label but was not really read, see Peter Goodrich, Florian Hoffmann, Michel Rosenfeld and Cornelia Vismann, “Introduction: A Philosophy of Legal Enigmas”, in Peter Goodrich, Florian Hoffmann, Michel Rosenfeld, and Cornelia Vismann (eds), *Derrida and Legal Philosophy* (Palgrave MacMillan, 2008), 1, at 4, and 7-10. On the idea that the reception of the work of Derrida and especially the main insights of Grammatology has yet to occur in legal academia, see Peter Goodrich, “Europe in America: Grammatology, Legal Studies, and the Politics of Transmission” 101 *Columbia Law Review* (2001), 2033-2084, at 2041-2042. See however the use of Derrida by Pierre Schlag: Pierre Schlag, “Le Hors de Texte, C’est Moi’. The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction”, 11 *Cardozo Law Review* (1990) 1631. For an account of the common themes and sensibilities shared by critical legal scholars and Derrida, see Serpil Tunç Utebay, *Justice en tant que loi, justice au-delà de la loi. Hobbes, Derrida et les Critical Legal Studies* (L’Harmattan, 2017), esp. 177-221. For an interesting rebuttal by Derrida’s himself of the uses of deconstruction in the United States, see Jacques Derrida, “Letter to a Japanese Friend”, in David Wood and Robert Bernasconi (eds), *Derrida and Différance* (Northwestern University Press, 1988) 1, at 3.

⁸⁹ I have tried to take post-structuralist thinking seriously elsewhere. See Jean d’Aspremont, *After Meaning. The Sovereignty of Forms in International Law* (Edward Elgar, 2021); Jean d’Aspremont, “Two Attitudes Towards Textuality in International Law: The Battle for Dualism”, 42 *Oxford Journal of Legal Studies* (2022) 963.

⁹⁰ See my remarks, Jean d’Aspremont, “The chivalric pursuit of coherence in international law”, 36 *Leiden Journal of International Law* (2023) 1.

⁹¹ See my remarks in Jean d’Aspremont, “Affects, Emotions, and the Cartesian Epistemology of International Law”, 14 *Journal of International Dispute Settlement* (2023) 281. See also Anne Saab, “Emotions and International Law” (2021) 10 (3) *ESIL Reflections*; Andrea Bianchi and A Saab, “Fear and International Law-making: An Exploratory Inquiry” 32 *Leiden Journal of International Law* (2019) 351.

The number of post-critical moves which could be attempted with a view to re-invent international legal scholarship beyond the idea of critique can be multiplied *ad infinitum*. The foregoing is only meant to give a few hints at what a post-critical international legal scholarship could look like. Whether it is possible or realistic to achieve such post-critical moves and do away with the idea of critique in international legal thought is not a relevant question and ought not to be raised here. What matters is rather that the abovementioned brief account of what a post-critical international legal scholarship could look like reminds us, as any exercise of imagination, that international legal scholarship ought not to be the way it currently is, let alone to constantly mobilize, whether as an expectation or a self-representation, the idea of critique. This is too much of a self-misrepresentation as well as the expression of a very inappropriate self-complacency.

4. Postscript

The first draft of this article was written in September 2023, that is on the eve of the gruesome massacres of the 7th of October 2023 and the ensuing genocidal extermination of civilian populations in Gaza as a response to it. The systematic violations of international law's most fundamental prohibitions, with the disgusting complicity of growingly authoritarian⁹² countries of the Global North which we have witnessed ever since may make the epistemological discussion provided by this article look rather futile. In front of such atrocities and the colonial brutality they recall, one could even feel uncomfortable producing scholarly pieces like this one instead of taking to the street to demand one's government to stop its unbearable complicity with abominations one never thought humanity, in the 21st century, would still be capable of (watching silently).⁹³ Surely, all those currently suffering, starving, freezing, being maimed, and dying along the Mediterranean Sea (and elsewhere) must not find much solace in an scholarly piece like this one.

And yet, the atrocities currently unfolding in the world, the colonial super brutality they embody, and the systematic violations of international law they entail are not totally disconnected from the epistemological discussion carried out in the previous sections. Indeed, international law, although blatantly violated by (and thus the first victim of) those States and individuals instrumental in such evil as well as those assisting them, is

⁹² As this article was written, Western governments were engaged in massive repression against those people (especially students) peacefully protesting against current atrocities which the same governments have been complicit with.

⁹³ It is commonly acknowledged that one must enjoy some bourgeois quietness and be spared by bombs as well as starvation to afford mulling over the way in which international lawyers think. On the relationship between scholarly works and the bourgeois way of life, see the remarks of Michel Foucault, *Dits et écrits, I* (1954-1975) (Gallimard, 2001), at 685. See also Régis Debray, *Le Scribe* (Editions Grasset et Fasquelle, 1980), at 121 and 221.

not innocent. Its state-centrism, its enabling of some calibrated violence in armed conflicts, its growingly unbridled right of self-defense (whose application in the present situation is very contestable), its overly onerous and intent-based definition of genocide, its overly demanding concept of complicity, its reductive understanding of colonialism, etc is conducive to the current extermination of civilian populations in the Middle East. This is why, if one's engagement with international law is not that which overtly questions the (centrality of the) doctrine of statehood,⁹⁴ the very extensive enabling of violence by international law, the scope of its core prohibitions, its narrow definitions of the inhumane, etc, there would be an intolerable indecency in describing one's work on international law as critical. International law is not only the object of study of a virilist, violent, capitalist, and western-centric discipline as was discussed in the previous sections. One must always simultaneously remember that it is also the very words of international law that enable the despicable arm currently witnessed as well as the discourse that supports it.

The study as well as the use of a discourse that promotes the sovereignty of state, a licence to slaughter in the name of a holy right to self-defence, the denial of genocide and colonialism, etc. cannot seriously be critical, let alone critically studied, as long as its main categories are not undone or reappropriated. This is one more reason why critical representations of one's engagement with international law are misrepresentations and should be abandoned.⁹⁵

⁹⁴It is to decry what modern statehood has done to people and to the world, that, for the rest of my career as a writer, I will not write the word 'state' with a capital S. Comp. with the concept of "ideological alibi" of the State by Arjun Appadurai, *Modernity at Large. Cultural Dimensions of Globalization* (University of Minnesota Press, 1996), at 159.

⁹⁵ The foregoing is not to deny that international law remains a formidable tool of contestation at both the international and domestic levels. In that regard, one can only rejoice that some States have decided to use international law's discursive tools to secure the condemnation of the current mass murders (See e.g. ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Order of 26 January 2024). Yet, one should not idealize such critical potential in the use of international law for that the very same categories of international law are cynically mobilized by those committing and those being complicit with such atrocities, thereby strongly debilitating the critical potential of international law and making it very ambiguous.

La necesaria debida diligencia del sector financiero: más lagunas que propuestas*

*José Elías Esteve Moltó**
*Maria Chiara Marullo**
*Estrella del Valle Calzada**

Introducción

1. El sector financiero ante los Principios Rectores: balance y propuestas de la nueva Hoja de Ruta UNGP's 10+
 - A. Balance de los Principios Rectores sobre el sector financiero
 - B. Los actores financieros ante la nueva Hoja de Ruta UNGP's 10+ y la adenda de los Principios Rectores sobre inversiones
2. Las distintas iniciativas para crear un marco de debida diligencia para el sector financiero
 - A. Aportaciones de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
 - B. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable
 - C. Principios de Banca Responsable
 - D. Principios de Ecuador
 - E. Principios para la Inversión Responsable
3. Algunas propuestas en el ámbito europeo y la oportunidad perdida de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad
4. Conclusiones

Resumen: El impacto sobre los derechos humanos y el medio ambiente del sector financiero resulta innegable. Siendo así, el Grupo de Trabajo sobre las cuestiones de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, en su nueva Hoja de Ruta *UNGP's 10+*. *A road map for the next decade of business and human rights* ha visto la necesidad de acompañar la propuesta de un informe relativo *Inversionistas, enfoques ambientales, sociales y de gobernanza y derechos humanos* de mayo de 2024. Junto a esta

* Estudio desarrollado en el marco del Grupo Emergente de la Generalitat Valenciana CIGE/2022/63 *Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos y medio ambiente*; y del proyecto *Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente para los nuevos retos (IN-JUSTICE)*, PID2021-1265520B-I00, "Proyectos de generación de conocimiento" del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 del Ministerio de Industria, Economía y Competitividad.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Institut de Drets Humans, Universitat de València.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Derecho Privado de la Universitat Jaume I.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Institut de Drets Humans, Universitat de València.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

iniciativa, se han venido presentando otras propuestas de carácter no vinculante, como los Principios de Banca Responsable, los Principios de Ecuador, o los Principios de Inversión Responsable, junto a la inclusión de este sector en las Líneas Directrices de la OCDE o en los informes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Llama la atención que, pese a la remarcada necesidad de generar un marco regulatorio para este sector financiero, la nueva Directiva de debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad de la Unión Europea excluya de este ámbito a las finanzas.

Palabras clave: Empresas, derechos humanos, debida diligencia, principios rectores, sector financiero, inversiones, banca responsable, criterios ESG, Principios Ecuador, OCDE.

Introducción

Resulta innegable el afirmar que el sistema financiero internacional ha tenido y continúa teniendo un determinante impacto en los derechos humanos de gran parte de la población mundial. Y esta no es una cuestión que se desprende de los indeseables efectos del mal llamado neoliberalismo económico actual. Una somera revisión de los hechos en la forma de cómo se fraguó y se expandió durante siglos el colonialismo europeo en el planeta apunta a esta realidad. Baste recordar que recientemente el mismo Banco de Inglaterra ha venido a reconocer que durante más de dos siglos y bajo la dirección de veinticinco gobernadores, esta institución financió y se lucró del comercio de esclavos. En este mismo sentido, y en el contexto del movimiento *Black lives matter*, el Banco Central de Países Bajos (el DNB), mediante una declaración pública de su presidente actual, reconocía su pasado esclavista durante la etapa colonial¹. Asimismo, esta práctica execrable se atribuye al fundador de la banca Credit Suisse, Alfred Escher, en una investigación publicada por la Universidad de Zurich².

Este lucro del pasado colonial conecta a su vez con la financiación de conflictos armados y dictaduras durante el siglo XX, lo que a todas luces confirma la célebre sentencia atribuida a Balzac en la que determinaba que, “Detrás de cada fortuna hay un gran crimen”. Resulta una obviedad el asegurar que las guerras sin la financiación de los grandes inversores y la participación de las empresas armamentísticas no tendrían los devastadores efectos que se han padecido en este último siglo. También son conocidas las multimillonarias ganancias de JP Morgan financiando la I Guerra Mundial y la reconstrucción, o los negocios del Schroeder, Rockefeller and Company Investment Bank durante la II Guerra Mundial con la Alemania Nazi mediante la participación de préstamos con la entidad suiza del Bank for International Settlements, y en cuyas operaciones

¹ Muñoz Rojo, “Un banco español reconoce su papel en la esclavitud”, El Salto, 26 febrero (2022), en <https://www.elsaltodiario.com/colonialismo/un-banco-espanol-reconoce-su-papel-en-la-esclavitud>.

² University of Zurich, Department of History, “Zurich Was Linked to Slavery through State Bonds, Trade and Plantations”, (2020), en <https://www.news.uzh.ch/en/articles/2020/Slavery.html>.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

financieras intervinieron directores del Banco de Inglaterra o de los bancos alemanes, Reichsbank y JH Stein Bank³.

Y todos estos precedentes no llevan hasta la actualidad donde poco o nada han cambiado en los criterios de la mayoría de las inversiones del sector financiero. En los últimos años se han denunciado e incluso judicializado casos como el del Riggs Bank por blanquear el dinero de las dictaduras de Pinochet o el del actual mandatario de Guinea Ecuatorial, Teodoro Obiang⁴. Esta cooperación criminal bancaria no resulta una novedad y se ha trasladado a otros contextos, como los de crímenes de guerra de pillaje de recursos. Así, por ejemplo, en el antiguo Sudán, distintas organizaciones de derechos humanos presentaron una querrela en Francia contra el banco BNP Paribas por complicidad en crímenes de guerra en la región de Darfur. Y mientras el excomandante de las milicias yanyauid ya está encausado ante el Tribunal Penal Internacional, el ministerio público en París continúa investigando a la entidad financiera, que fue sancionada por el Departamento de Justicia norteamericano acusándolo de haber actuado como el banco central *de facto* de Sudán⁵. Más recientemente, la Global Alliance for Banking on Values ha publicado el informe *Financiar la guerra, financiar la paz*, en la que se acusa a los principales bancos y fondos de inversión internacionales de financiar las guerras de los dos últimos años con más de 1 billón de dólares⁶.

Ahora bien, los actores financieros en estos escenarios de violaciones de derechos humanos, no se limitan a la banca comercial, sino que los supuestos organismos internacionales de financiación del desarrollo han sido acusadas de forma reiterada de prácticas que cuestionan los derechos humanos. Las políticas de austeridad que exige por ejemplo el FMI desde hace décadas en la concesión de sus préstamos “menoscaban derechos”. En concreto, un exhaustivo análisis de estos programas concedidos con el propósito de rescatar economías tras la pandemia de la Covid-19 por parte del FMI apuntan a que “exacerban la pobreza y la desigualdad y deterioran los derechos”⁷.

Habida cuenta de todos estos hechos, cabe preguntarse en primer lugar en qué medida, iniciativas como los Principios Rectores y su nueva Hoja de Ruta *UNGP’s 10+. A road map for the next decade of business and human rights*, pueden contribuir a mitigar estos efectos perniciosos del sector financiero. Pero, este artículo interpela no únicamente a estos Principios Ruggie y la labor del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos de la ONU, sino que plantea las contribuciones de otras iniciativas de

³ Montesinos, “Convertir las guerras en negocio”, *Centre Delàs d’Estudis per la Pau*, 21 marzo (2022), en <https://centredelas.org/actualitat/convertir-las-guerras-en-negocio/?lang=es>.

⁴ Astaud, “El Riggs Bank ‘blanquea’ a los dictadores”, *Le Monde Diplomatique*, agosto (2005), en <https://mondiplo.com/el-riggs-bank-blanquea-a-los-dictadores>.

⁵ Nikolaeva & Protard, “France opens probe into BNP Paribas over its role in Sudan”, *Reuters*, 24 septiembre (2020), en <https://www.reuters.com/article/us-france-bnp-paribas-probe-sudan-idUSKCN26F37Q>.

⁶ Global Alliance for Banking on Values, “Financiar la Guerra. Financiar la Paz. Cómo la Banca con Valores promueve la paz en un mundo cada vez más conflictivo”, (2024), en <https://www.gabv.org/resources-research/financiar-la-guerra-financiar-la-paz-como-la-banca-con-valores-promueve-la-paz-en-un-mundo-cada-vez-mas-conflictivo/>.

⁷ Human Rights Watch, “Bandage on a Bullet Wound. IMF Social Spending Floors and the Covid-19 Pandemic”, (2023), en <https://www.hrw.org/report/2023/09/25/bandage-bullet-wound/imf-social-spending-floors-and-covid-19-pandemic>.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

carácter internacional y de la normativa europea, que surgen con el propósito de instaurar una más que necesaria cultura y regulación de la debida diligencia para las instituciones financieras en su sentido más amplio.

1. El sector financiero ante los Principios Rectores: balance y propuestas de la nueva Hoja de Ruta UNGP's 10+

A. Balance de los Principios Rectores sobre el sector financiero

Cuando el 6 de julio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁸ aprobaba los “*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*”⁹, una de las objeciones que se planteó desde los inicios, consistió en la ausencia de especificidad alguna de los principios, según el sector productivo o económico implicado. Bien es sabido, que tanto los efectos nocivos sobre los derechos humanos, como las posibles vías de prevención y reparación, varían de forma considerable en función de la actividad empresarial. Es más, la gravedad de posibles violaciones de derechos humanos de algunos sectores controvertidos como los extractivos o la industria armamentística, pueden acrecentarse si el dominante sector financiero invierte de forma decidida en dichas actividades y en contextos concretos. De esta forma, por ejemplo, en el contexto de conflictos armados, la apuesta financiera por el sector armamentístico con la expectativa de ver reportados ingentes beneficios económicos, cuestiona todo el andamiaje de estos Principios Rectores.

Y es por ello, que no causa extrañeza que el Grupo de Trabajo sobre las cuestiones de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, al hacer balance de la primera década de vigencia de estos principios, hiciera referencia a este ámbito financiero. Precisamente, el 22 de abril de 2021 en el 47º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, este mecanismo extraconvencional de la ONU conformado por cinco expertos independientes, al presentar su Informe titulado *Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio*, referenciaba en su parte introductoria el contexto en el que se fraguaron dichos principios: la crisis económica mundial del 2008 provocada por el descontrol de este sector financiero. Y con esta vocación de “arreglar el desequilibrio entre el Estado, las personas y los mercados (...) y, en última instancia, salvar las diferencias entre las fuerzas económicas y el respeto por las personas”¹⁰, se aprueba este proyecto onusiano.

⁸ Resolución del Consejo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/4, 17º período de sesiones.

⁹ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"». A/HRC/17/31 de 21 de marzo de 2011.

¹⁰ “Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”, UN Doc. A/HRC/47/39, 22 abril 2021, Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio, puntos 4 y 5.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

Básicamente el grueso del informe se fracciona en un balance sobre los tres grandes pilares de los Principios Rectores, pero antes de adentrarse en el clásico marco de “proteger, respetar-remediar”, se dedica un amplio capítulo a esta “plataforma conjunta” de los principios rectores. El balance celebra algunos avances, pero no niega en admitir lagunas, como las relativas a la “forma desigual y relativamente limitada”, en el que las instituciones financieras han acogido los principios (apartado 22). Se cita que algunas instituciones multilaterales, como el Banco Europeo de Inversiones, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, la Corporación Financiera Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, “hacen referencia a la debida diligencia en materia de derechos humanos en sus políticas operacionales”¹¹.

Ahora bien, se reconoce que prácticamente estas referencias han quedado en papel mojado, ya que no se llega a emplear esta debida diligencia a la hora de analizar y mitigar los riesgos para los derechos humanos en las financiaciones de grandes proyectos. Es más, no se oculta la decepción por la cual “la Cumbre de Finanzas en Común de 2020 —la primera cumbre mundial de todos los bancos públicos de desarrollo— se negó a incluir los derechos humanos en el programa y en la declaración resultante de la Cumbre” (apartado 24). A todo ello debe añadirse, que otra de las grandes instituciones económicas internacionales surgidas de Bretton Woods, el Fondo Monetario Internacional, incluso ha sido abiertamente criticado por el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos al desestimar el impacto social de sus actividades sobre las poblaciones (apartado 25)¹². Así pues, el balance de la implementación de los principios rectores por el sector financiero no solo resulta paupérrimo, sino que además denuncia el Grupo de Trabajo, que incurre en graves contradicciones entre los distintos organismos de la ONU. En este sentido, se apunta a que mientras algunas entidades como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos o la Organización Internacional del Trabajo han apostado por este nuevo paradigma, la gran mayoría de oficinas ignoran dichos postulados. Es por ello, que el informe textualmente remarca “la falta de compromiso de las Naciones Unidas como organización” (apartado 26), que ha sido también apuntada por el mismo Secretario General, que no duda en señalar que “el sistema de las Naciones Unidas predique con el ejemplo” (apartado 27).

Este mismo reproche se le dedica a los Estados, como máximos responsables del primer pilar de proteger los derechos humanos frente a las actividades empresariales. De esta forma, en el capítulo dedicado a la “coherencia de las políticas multilaterales”, se reitera la disfunción de las instituciones financieras respecto a estos principios, recordando la obviedad por la cual las decisiones tomadas en estos organismos corren a cargo de las representaciones de los mismos Estados como miembros (apartado 51).

¹¹ Y se añade que esas referencias también quedan consignadas “en declaraciones más amplias en materia de políticas para otras instituciones de financiación del desarrollo, como el Banco Mundial y el Banco Africano de Desarrollo” (apartado 23, UN Doc. A/HRC/47/39). Precisamente en relación con el Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional, la Profesora López-Jacoíste efectuó un minucioso estudio sobre la cuestión que debe consultarse a tal efecto; véase E. López-Jacoíste Díaz, *El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y los Derechos Humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, (2013).

¹² *Ibid*, pp. 315 y ss. Pese a la existencia desde el 2001 de una Oficina de Evaluación Independiente del FMI, concluye esta monografía, que “desde la perspectiva de los derechos humanos, esta Oficina resulta inadecuada como mecanismo de rendición de cuenta”.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

Asimismo, en el ámbito del segundo pilar de los principios rectores relativo al respetar de las empresas del capítulo IV del informe, se consigna a un apartado específico a los “agentes financieros”. Más allá de remarcar la relevancia del sector sobre los derechos humanos y el medio ambiente, se pone en valor alguna iniciativa que atisba un posible cambio de paradigma. En este sentido, se pone como ejemplo a la Alianza de Inversores por los Derechos Humanos o los llamados Principios para la Inversión Responsable, que ajustan sus prácticas de inversión a los Principios Rectores¹³. Ahora bien, pese a los loables propósitos de esta propuesta responsables de inversión que queda consignada en su Plan Estratégico 2021-2024, a la misma se la deberá juzgar por los hechos y no por sus consignas. Cierta escepticismo genera que entre las firmas fundadoras de esta plataforma consten entidades bancarias como BNP Paribas¹⁴, que han sido acusadas ante distintas jurisdicciones de la comisión de graves violaciones de derechos humanos.

Con todo, pese a esta genuina desconfianza, resulta incluso una excepción el haber vinculado el ejercicio del poder económico y financiero a los Principios Rectores. En este sentido, el propio documento de Balance de la ONU apunta a que el principal desafío en la materia se detecta en la ignorancia de la mayor parte de las grandes Bolsas de Valores a estos postulados (apartado 79). Pese a este panorama adverso, se identifican muestras de cambio, como el que se regula en el Reglamento (UE) 2020/852, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles¹⁵, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. Precisamente debe remarcarse que este llamado “reglamento de taxonomía” establece un sistema común de clasificación por el cual toda actividad económica sostenible seis objetivos en este ámbito de protección climática y ambiental que prevé la norma europea. Siendo así, y según su artículo 3, estas actividades e inversiones deben ajustarse a unos criterios ahí establecidos y respetar unas “garantías mínimas”. Y precisamente se efectúa para este propósito al artículo 18 en el cual al margen de las cuestiones climática y ambientales, dicha actividad empresarial deberá ser conforme a lo establecido, entre otros, a los Principios Rectores de la ONU, no causando “un perjuicio significativo” a los mismos (art. 18.2)¹⁶.

¹³ A/HRC/47/39, apartado 78.

¹⁴ Véase la web de la plataforma en <https://www.unpri.org/about-us/about-the-pri>.

¹⁵ Reglamento de taxonomía que ha sido desarrollado por el Reglamento Delegado (UE) 2021/2139 de la Comisión de 4 de junio de 2021 por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se establecen los criterios técnicos de selección para determinar las condiciones en las que se considera que una actividad económica contribuye de forma sustancial a la mitigación del cambio climático o a la adaptación al mismo, y para determinar si esa actividad económica no causa un perjuicio significativo a ninguno de los demás objetivos ambientales, aplicable desde 1 de enero de 2022.

¹⁶ Reglamento (UE) 2020/852, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles. Art. 18. Garantías mínimas. “Las garantías mínimas a que se refiere el artículo 3, letra c), serán los procedimientos aplicados por una empresa que lleve a cabo una actividad económica para garantizar la conformidad con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, incluidos los principios y derechos establecidos en los ocho convenios fundamentales a que se refiere la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y la Carta Internacional de Derechos Humanos.”

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

Así pues, regulaciones europeas como ésta, aunque con sus limitaciones, abren nuevas vías y apuntalan una de las principales conclusiones del documento de balance del Grupo de Trabajo, y es que “los enfoques voluntarios no son suficientes por sí solos”; es más, “las medidas legales son fundamentales pero no suficientes para asegurar el respeto de los derechos humanos por las empresas” (párrafo 114). Con este propósito de enmienda y de urgente necesidad, este mismo mecanismo extraconvencional de la ONU ha venido a adoptar una nueva Hoja de Ruta.

B. Los actores financieros ante la nueva Hoja de Ruta UNGP’s 10+ y la adenda de los Principios Rectores sobre inversiones

Tras efectuarse dicho balance de los Principios Ruggie, se le encomendó al Grupo de Trabajo mencionado, la elaboración de una nueva “hoja de ruta para el próximo decenio” denominada UNGP’s 10+”. El documento final titulado *UNGP’s 10+. A road map for the next decade of business and human rights*, el cual se estructura a través de ocho áreas de acción, y cada una de ellas a su vez, se subdivide hasta en un total de 18 objetivos prioritarios¹⁷. Tras consignar esta hoja ruta que los Principios Rectores deben convertirse en la “brújula para afrontar los desafíos globales” mediante la ejecución de unos objetivos coordinados, se referencia el papel del sector financiero en distintas partes del informe. En este sentido, se exige una coherencia política a los Estados en acciones de inversión (meta 2.1), y se dedica un capítulo específico al sector financiero en la meta 6.1. Abiertamente se reconoce su papel clave y crítico en el marco de dar respuesta a este reto global y se le califica como la “mayor palanca” que puede conducir al ansiado cambio de paradigma en los negocios. Se considera que debe enfatizarse la apuesta por la S (Social) en la implementación de los Criterios ESG (Environmental, social and corporate governance); recientemente, sobre esta cuestión han alcanzado un acuerdo el Consejo y el Parlamento Europeo acerca de una propuesta de Reglamento sobre las actividades de calificación ambiental, social y de gobernanza (ESG) con el propósito que estas calificaciones sean “transparentes y reguladas”¹⁸.

Junto a estas propuestas de la Hoja de Ruta, debe recordarse que el mismo informe de balance del primer decenio del Grupo de Trabajo, en el epígrafe relativo al mandato y a la metodología, reconoció “el papel fundamental de los actores financieros para avanzar en el respeto de los derechos humanos por las empresas”. Es más, “el informe va acompañado de una adición sobre la adopción de los Principios Rectores entre los inversores institucionales y sobre las futuras prioridades de una inversión respetuosa de los

¹⁷ Un Working Group on Business and Human Rights, *UNGP’s 10+. A roadmap for the next decade of business and human rights*, Ginebra, noviembre 2021, en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/ungps10plusroadmap.pdf>.

¹⁸ Consejo de la Unión Europea, “Calificaciones ambientales, sociales y de gobernanza: el Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo”, 14 febrero (2024) en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/02/05/environmental-social-and-governance-esg-ratings-council-and-parliament-reach-agreement/>. “Con arreglo a las nuevas normas, los proveedores de calificaciones ASG tendrán que estar autorizados por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA), que se encargará de su supervisión, y deberán cumplir una serie de requisitos en materia de transparencia”.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

derechos”¹⁹. Esta adenda deriva de una primera iniciativa de la UNGP’s 10+, en la que tras efectuar un proceso de investigación y consulta con distintos fondos de inversión e instituciones financieras, públicas y privadas, acabó por emitir un primer informe específico sobre el sector²⁰.

Este documento revisa todos aquellos derechos que deben ser respetados en el ámbito de cualquier actividad inversora, destacando la necesidad de generar un entorno facilitador para la consecución de dicho objetivo. Al mismo tiempo, no duda en detallar los tímidos avances, pero principalmente las todavía existentes lagunas y obstáculos en la materia; y todo ello, para acabar apuntando toda una serie de recomendaciones para los Estados, instituciones inversoras y otros actores. Más allá de redundantes de las consabidas declaraciones programáticas, el informe concluye en la necesidad de aprobar “relevantes marcos regulatorios” (conclusión D), haciendo un llamamiento a los Estados a imponer normas de debida diligencia al sector e incluso a aumentar los impuestos a las ganancias de capital a corto plazo.

Asimismo, dicha iniciativa enmarcada en el UNGP’s 10+, ha finalizado con un reciente informe de 2 de mayo de 2024, titulado *Inversionistas, enfoques ambientales, sociales y de gobernanza y derechos humanos*²¹, en el que el Grupo de Trabajo al mismo tiempo que admite el alza exponencial de inversiones y productos financieros con el enfoque ESG, admite que toda actividad conexas a prácticas de corrupción o que afecte al cambio climático, inevitablemente causa un perjuicio a los derechos humanos. En la fase de consultas a este documento, ya se fijaba la atención en distintas variantes críticas de la actividad del sector, como puedan ser, inversiones de riesgo en fase inicial en tecnología de vigilancia e inteligencia artificial, concesión de préstamos sin referencia a la debida diligencia o inversiones en bonos verdes con efectos perniciosos sobre los derechos humanos²². Y de nuevo, en el informe, se alerta precisamente de prácticas tales como el *greenwashing* o el *human rights-washing*.

El Grupo de Trabajo identifica toda una serie de indicadores e iniciativas que en la práctica orientan a los inversionistas en el ámbito del respeto a los derechos humanos, mencionando algunas como, las de la World Benchmarking Alliance, Corporate Human Rights Benchmark, Workforce Disclosure, Ranking Digital Rights y KnowTheChain²³. Con todo existe un consenso unánime al apuntar que dicha información resulta insuficiente y que las actuales metodologías de calificación resultan confusas y poco precisas, lo que da lugar a variaciones considerables en las puntuaciones de distintos de productos financieros, según la entidad emisora (párrafo 21). Es más, dichas valoraciones no deben

¹⁹UN Doc. A/HRC/47/39, *op. cit.*, apartado 10, pp. 3-4.

²⁰ Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, “Taking stock of investor implementation of the Guiding Principles on Business and Human Rights”, A/HRC/47/39/Add.1, Human Rights Council, Forty-seventh session, 21 June–9 July 2021, Agenda item 3, 17 junio 2021.

²¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Inversionistas, enfoques ambientales, sociales y de gobernanza y derechos humanos*, UN Doc. A/HRC/56/55, Consejo de Derechos Humanos, 56º período de sesiones 18 de junio a 12 de julio de 2024 Tema 3 de la agenda, 2 de mayo de 2024.

²² Véanse el contexto y antecedentes del informe en <https://www.ohchr.org/es/calls-for-input/2023/investors-esg-and-human-rights>.

²³ UN Doc. A/HRC/56/55, *cit.*, párrafo 18.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

ser únicamente cuantitativas, sino cualitativas. En este sentido, resulta pertinente la reflexión del informe concluyendo que: *“No basta, por ejemplo, con que los proveedores de datos evalúen si las empresas cuentan con una política de derechos humanos. Deben analizar la naturaleza de esa política y evaluar si el consejo de administración realiza un seguimiento de las consecuencias para los derechos humanos...”*²⁴. Así pues, prosigue el documento, la información al inversionista debe provenir de un doble análisis: el de la materialidad financiera (riesgos y oportunidades de la inversión o visión “desde fuera” de cómo impacta la misma en la empresa participada) y el de la materialidad del impacto (o visión “hacia fuera” de los efectos de la inversión) (párrafo 26).

A continuación, se analiza el papel del Estado como agente económico y se describen numerosas prácticas de iniciativas estatales en las que las instituciones del Estado exigen a las empresas inversionistas el ajuste de sus actividades a los criterios ESG. Se muestran ejemplos, de esta “taxonomía” sostenible y respetuosa con los derechos humanos en países de las regiones latinoamericanas, africanas o del sudeste asiático, pero una vez más pese a la inclusión y publicación de estas cláusulas, la realidad en distintas ocasiones parece no converger con estos postulados. Baste revisar los efectos perniciosos de las actividades de las grandes corporaciones (ya sean occidentales o chinas, entre otras) en estos territorios, para constatar que la brecha entre la realidad y la voluntad sigue siendo considerable. Siendo así, el mismo informe no titubea al alertar del “riesgo de ecoblanqueo y de una defensa impostada de los derechos humanos” y de todo tipo de prácticas engañosas en distintas inversiones (párrafo 47). Sin embargo, y pese a estas reticencias, el capítulo C del informe relativo a “acceso a mecanismos de reparación” no contiene ninguna nueva propuesta específica en este ámbito. Tan sólo se limita a señalar que existe algún precedente de disputa resuelta a través de los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE y a anunciar que los Principios del Ecuador procederán a la creación de un mecanismo de reparación –por el momento no materializado–, al mismo tiempo que alienta acudir al arbitraje y a la mediación (párrafo 81). El informe finaliza con múltiples recomendaciones a los Estados y a los agentes inversionistas, pero que como suele ser habitual en estos casos, su aplicación e integración va a depender de forma exclusiva de la voluntad discrecional de estos actores.

2. Las distintas iniciativas de crear un marco de debida diligencia para el sector financiero

En este punto queda fuera de toda cuestión el impacto que puede tener el sector financiero en nuestro sistema económico, y de forma particular, en la conducta empresarial. Se constata la capacidad de las instituciones y entidades financieras para vulnerar derechos humanos y medioambientales –como cualquier otro sector, aunque con efectos expansivos–, o para contribuir a su vulneración cuando se insertan en los primeros eslabones de las cadenas de valor de sectores empresariales de alto riesgo para las personas y el medioambiente: sin financiación de las actividades, se imposibilita su desarrollo o mantenimiento.

El Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos sentenció con firmeza que los Principios Rectores necesariamente tenían que ser objeto de aplicación al sector financiero. Y ello, en tanto el mismo Principio 14 indica con claridad que se aplican a todas

²⁴ UN Doc. A/HRC/56/55, *cit.*, párrafo 24.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

las empresas, con independencia de “tamaño, sector, contexto operativo, propiedad y estructura”. En coherencia, el sector financiero no podría ser arbitrariamente excluido. Afirmada su integración y aplicando el principio 13, se diseñan dos posibles contextos: por un lado, que las entidades financieras contribuyan directamente a los impactos adversos en los derechos humanos –o vulneraciones de derechos, en sentido menos eufemístico–; y por otro, que lo hagan como parte integrante de la “relación comercial” establecida o cadena de valor en la que se incluyen. En cualquiera de los casos, las empresas deberán evitar causar impactos adversos a los derechos humanos y tratar de prevenirlos o mitigarlos mediante procesos de diligencia debida.

En línea con ello, y más allá de los Principios Rectores, en este apartado referiremos a un conjunto de iniciativas encaminadas a diseñar marcos de diligencia debida para las empresas, tanto específicos para el sector financiero, como generales y de aplicación a todas las empresas y sectores de actividad. Dentro de este análisis no exhaustivo, referiremos a relevantes desarrollos por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las Líneas Directrices de la OCDE, así como otros instrumentos sectoriales, como los Principios de Banca Responsable, los Principios de Ecuador o los Principios de Inversión Responsable²⁵.

El trazado de este panorama de iniciativas será prueba de la necesaria inclusión del sector financiero para la coherencia de cualquier formulación en el ámbito de empresas y derechos humanos. Esta aproximación nos permitirá cuestionar, en un ulterior epígrafe, la (in)coherencia de excluirlo de forma persistente de las iniciativas de diligencia debida obligatoria, general y sectorial, surgidas del marco normativo de la Unión Europea.

A. Aportaciones de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

El Alto Comisionado (ACNUDH) ha reiterado, siempre que ha tenido oportunidad, su posición a favor de la inclusión de los sectores financieros e inversionistas en los instrumentos de regulación empresarial, cualquiera que sea su participación en la financiación. Además, en el marco de sus respuestas a peticiones formuladas, ha tenido ocasión de responder a cuestiones concretas sobre la aplicación de las obligaciones empresariales de los Principios Rectores al sector financiero²⁶.

Una de las peticiones formuladas versaba sobre el significado de la “vinculación directa” en su aplicación al sector financiero y las empresas participadas, y fue respondida por el ACNUDH con un interesante informe sobre los factores que influenciaban la forma en la que el sector bancario podía estar envuelto en “impactos adversos sobre los derechos

²⁵ Dentro de este listado no exhaustivo podrían haberse incluido, entre otras, iniciativas como las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional o el Global Compact. También resulta de especial interés la *Investor Alliance for Human Rights*, iniciativa para inversores institucionales. Fue creada en el año 2018 por *Interfaith Center on Corporate Responsibility* y se trata de una plataforma de acción colectiva para la inversión responsable centrada en la responsabilidad de los inversores de respetar los derechos humanos.

²⁶ Entre otras, véanse: OHCHR, “The issue of the applicability of the Guiding Principles on Business and Human Rights to minority shareholdings” 26 abril (2013), en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/LetterSOMO.pdf>; OHCHR, “Request from the Chair of the OECD Working Party on Responsible Business Conduct”, 27 noviembre (2013), en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/LetterOECD.pdf>.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

humanos”, así como su responsabilidad de reparación²⁷; todo ello sobre la base del contenido de los Principios Rectores en la materia. Algunas de las notas más relevantes de su minucioso análisis inciden en cómo las entidades financieras pueden causar un impacto adverso cuando sus actividades, por sí solas, en acción u omisión, “eliminan o reducen la capacidad de una persona (o grupo de personas) de disfrutar de un derecho humano”²⁸.

En estos casos, se entiende que existe un vínculo directo a los efectos de los Principios Rectores (principio 13), generando una relación comercial entre entidad financiadora y financiada y, por tanto, comportando una obligación de desarrollar procesos de diligencia debida que integren los riesgos de las participadas. En consonancia, y con base en las aportaciones del ACNUDH, el conocimiento de una entidad financiera de situaciones de vulneración de derechos humanos por parte de la financiada y la ausencia de medidas de prevención o mitigación de los daños convierte la actuación de quien financia en una contribución al impacto adverso²⁹.

B. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable

Las Líneas Directrices de la OCDE constituyen a la fecha uno de los códigos de conducta empresarial responsable más extendidos a nivel internacional, así como un elemento de referencia fundamental para cualquier política que aborde la cuestión de empresas y derechos humanos. Las Líneas Directrices, aprobadas en 1976, han sido actualizadas en varias ocasiones desde su aprobación, destacando las modificaciones realizadas en 2011, para ajustarse a lo dispuesto en los Principios Rectores y, más recientemente, en 2023³⁰. Al igual que los Principios Rectores, las Líneas Directrices no realizan menciones expresas al sector financiero o inversionista, si bien se asume que resultan de aplicación a todos los sectores empresariales, incluyendo necesariamente el de la financiación o la inversión comercial. Pero no solo eso, sino que la OCDE atribuye al sector financiero un papel clave

²⁷ OHCHR, “Response to Request from BankTrack for Advice Regarding the Application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the Context of the Banking Sector”, 12 junio (2017), en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>.

²⁸ *Ibid*, p. 5. Se señala, a modo de ejemplo: “se puede considerar que un banco que proporciona financiamiento a un cliente para un proyecto de infraestructura que conlleva claros riesgos de desplazamientos forzados ha facilitado –y por lo tanto contribuido a– cualquier desplazamiento que ocurra, si el banco sabía o debería haber sabido que los riesgos de desplazamiento estaban presentes, pero no tomó medidas para tratar de que su cliente los previniera o mitigara”.

²⁹ En consonancia, siguiendo lo dispuesto por el ACNUDH, podría determinarse que una entidad financiera está contribuyendo a un impacto adverso cuando: “(i) las acciones y decisiones del banco por sí solas fueron suficientes para dar lugar a un impacto adverso en los derechos humanos, sin la contribución de clientes u otras entidades; (ii) si el banco estaba incentivando el daño; (iii) si el banco estaba facilitando el daño; (iv) o si sistemas de derechos humanos de una entidad financiera y sus procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos son inapropiados o deficientes. *Ibid*, pp. 8-9.

³⁰ OECD, “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable”, (2023), en <https://www.oecd.org/publications/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales-sobre-conducta-empresarial-responsable-7abea681-es.htm>. Sobre su actualización, véase: OECD Watch, NOVA, “Exploring new frontiers in the updated OECD Guidelines”, (2023), en <https://novabhre.novalaw.unl.pt/wp-content/uploads/2024/02/Blog-compendium-on-the-Updated-OECD-2023.pdf>.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

en la construcción de una economía global sostenible. Sin embargo, también se asume que las propias características de este sector, entre ellas la extensión y diversificación de las relaciones comerciales, pueden “dificultar” una aplicación efectiva de los sistemas de diligencia debida. Para salvar posibles titubeos en su aplicación, la OCDE, y en particular el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable, ha venido trabajando en informes que clarifican y aportan respuestas concretas respecto a la relación entre las Líneas Directrices y el sector financiero³¹.

Uno de los informes más relevantes en la materia aborda la consideración del concepto de “relaciones comerciales” en el marco específico del sector financiero, esencial en materia de conducta empresarial y diligencia debida³². El concepto es definido en las Líneas Directrices como “toda relación con socios comerciales, entidades que pertenezcan a la cadena de suministro o cualquier otra entidad pública o privada, directamente ligada a sus actividades comerciales, productos o servicios”³³. En la aplicación de este concepto al sector financiero, el Grupo de Trabajo sintetizó que se trataba de una definición amplia, y dado que las Líneas Directrices operan con descripciones no exhaustivas de términos clave, su posible uso o alcance no está limitado a sectores ni a determinados tipos de empresas o de relaciones comerciales. Por ende, incluiría también al sector financiero en la “relación comercial” o en la cadena a la que aplicar los procesos de diligencia debida³⁴.

Asumida la integración de este sector en el ámbito de las Líneas, desde el Centro de Conducta Empresarial Responsable de la OCDE se ha trabajado en un enfoque práctico y constructivo sobre cómo los inversionistas están llamados a implementar las Líneas Directrices, y en particular, los marcos de diligencia debida en sus diversas fases. Se aportan guías prácticas y muy detalladas sobre la correcta implementación, y se plantean temas de gran relevancia, como la conveniente decisión de desinversión en algunos casos o la participación en la reparación en caso de que el inversionista contribuya a causar “impactos negativos” cubiertos por las Líneas Directrices³⁵. Si bien los trabajos publicados no constituyen nuevos estándares de conducta, sí los ajustan en su interpretación a las particularidades de las operaciones de actores inversionistas o financieros³⁶.

³¹ Pueden consultarse todos los informes y manuales elaborados hasta la fecha en el siguiente enlace: <https://mneguidelines.oecd.org/rbc-financial-sector.htm>.

³² OECD, “Scope and application of business relationships in the financial sector under OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, (2014), en <https://mneguidelines.oecd.org/global-forum/GFRBC-2014-financial-sector-document-2.pdf>.

³³ Líneas Directrices, párr. 14 (comentario sobre los principios generales).

³⁴ OECD, “Scope and application...”, *cit.*, p. 3.

³⁵ *Ibid*, pp. 47-48. A este particular, se precisa que «en los casos en los que un inversionista “causa” o “contribuye a causar” un impacto negativo cubierto por las Líneas Directrices, el inversionista debe abordar este impacto ofreciendo la oportuna reparación e informando sobre las medidas adoptadas».

³⁶ Con gran acierto, en los informes de la OCDE en la materia se adopta como punto de partida la distinta significación del concepto de “diligencia debida” en el marco de las Líneas Directrices o en el marco de la inversión. Tal y como refiere, para las Líneas Directrices, “la debida diligencia es el proceso de identificar, prevenir, mitigar, y comunicar los llamados impactos negativos”, mientras que en el ámbito de las inversiones refiere mayoritariamente a “un proceso que se lleva a cabo antes de realizar ciertas inversiones o de nombrar a un administrador de activos, con el objetivo de identificar y evaluar los riesgos legales y financieros”. Véase: OECD, “Los inversionistas institucionales y la conducta empresarial responsable. Aspectos clave para la debida diligencia según las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”, (2017), p. 7, en <https://mneguidelines.oecd.org/los-inversionistas-institucionales-y-la-conducta-empresarial-responsable.pdf>.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

Es preciso mencionar que, con arreglo a las Líneas Directrices, la debida diligencia implica varios procesos: (i) la identificación de impactos negativos reales y potenciales; (ii) la prevención o mitigación de impactos negativos; (iii) y el diseño de respuestas ante dichos impactos, con seguimiento y comunicación de los resultados³⁷. A los efectos de trasladar estos procesos al sector inversionista, se afirma que las entidades financiadoras deben identificar los impactos negativos, reales y potenciales, en las carteras de inversión, así como también, explicar cómo se abordan dichos impactos, “haciendo seguimiento de los resultados del propio inversionista en la gestión de los riesgos e impactos (de la conducta empresarial responsable) en su cartera” y comunicando los resultados³⁸.

Una de las ventajas de este desarrollo profuso por parte del Centro de Conducta Empresarial Responsable de la OCDE es que favorece la presentación de quejas sobre estas materias ante los órganos de resolución de problemas de las Líneas Directrices: los Puntos Nacionales de Contacto (PNC). De hecho, la práctica totalidad de los informes publicados sobre el sector financiero abordan también el involucramiento de los inversionistas en este mecanismo. Estas aportaciones guardan reflejo en las estadísticas sobre la presentación de quejas. Según un reciente informe de la organización OECD Watch, el sector financiero se encuentra en el segundo puesto, por detrás de la minería, en el número de quejas recibidas³⁹.

Entre los múltiples casos presentados contra entidades del sector financiero se encuentra *Milieudefensie et al c. ING*. En julio de 2019 se presentó la primera queja ante los PNC por parte de una ONG frente a una entidad bancaria, en este caso ING, a razón de los impactos generados por las empresas a las que financiaba en el sector del aceite de palma en Indonesia –en particular, Noble Group Ltd., Bolloré Group/Socfin Group S.A. y Wilmar International Ltd–. La contribución de ING a las vulneraciones provocadas por las empresas financiadas se justificaba en el alto grado de previsibilidad de los riesgos y en la inacción de ING a la hora de diseñar políticas de diligencia debida ajustadas a las actividades de las entidades con las que mantenía una “relación comercial”. La queja fue aceptada por el PNC holandés y finalizó con una declaración con recomendaciones, ante la terminación prematura de las conversaciones entre las partes.

Entre las recomendaciones, el PNC recuerda que si una financiadora tiene conocimiento de impactos en términos de derechos humanos directamente vinculados a las operaciones que realizan las entidades con las que mantienen operaciones comerciales, y no toma medidas razonables para tratar de prevenir o mitigar los impactos, “con el tiempo podría considerarse que está facilitando la continuación de la situación y, por tanto, se

³⁷ Sobre su implementación, resulta de gran interés consultar la guía elaborada por la organización: OECD, “Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable”, (2018), en <https://mneguidelines.oecd.org//Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>.

³⁸ OECD, “Los inversionistas institucionales...”, *cit.*, p. 17.

³⁹ OECD Watch, “Get Fit. Closing gaps in the OECD Guidelines to make them fit for purpose”, (2021), p. 8, en https://oecd.mnkp.hu/CMS/Content/felelos_uzelti_magatartas_dok/oecd-watch-get-fit-closing-gaps-in-the-oecd-guidelines-to-make-them-fit-for-purpose-1_en.pdf.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

encuentra en una situación de «contribución»⁴⁰. Además, entre las medidas razonables que recomiendan adoptar menciona el planteamiento de la cuestión a la entidad a la que se financia, persuadir a otros bancos para que se unan al planteamiento, o supeditar la concesión de más financiación a la corrección de la situación. Las propias deficiencias de este mecanismo extrajudicial hacen que el procedimiento no haya avanzado ni haya generado efectos más allá de lo mencionado⁴¹.

Desde las aportaciones de la OCDE parece haberse consolidado la aplicación al sector financiero de las Líneas Directrices. Pese al carácter no vinculante de estas previsiones, se pone de manifiesto la extraordinaria capacidad de las partes financiadoras para incidir sobre el comportamiento empresarial de toda la cadena de valor, en un pretendido efecto “palanca”⁴², condicionando a las empresas participadas para que modifiquen su conducta empresarial. En caso contrario, su inacción, en el marco de la relación comercial y el vínculo directo establecido, estaría contribuyendo a la causación de las vulneraciones de derechos.

C. Principios de Banca Responsable

De instrumentos de aplicación general a todos los sectores empresariales, pasamos a analizar marcos regulatorios específicos para el sector financiero y bancario. Los Principios de Banca Responsable (PBR) sintetizan una propuesta de alineamiento de la actividad bancaria con estándares ESG. Fueron elaborados bajo el auspicio de la Iniciativa Financiera del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP-FI), entidad que refiere a la iniciativa como “el marco bancario sostenible más importante del mundo”⁴³. Su contenido, estructurado en torno a 6 principios⁴⁴, tiene como principal valor añadido que está alineado con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, con el Acuerdo de París sobre el cambio climático y con los Principios Rectores, e interpela a las entidades que se adhieran a que interioricen este alineamiento en sus estructuras internas.

⁴⁰ National Contact Point for Responsible Business Conduct The Netherlands, “Final Statement Milieudefensie/Friends of the Earth Netherlands, WALHI/Friends of the Earth Indonesia and SDI/Friends of the Earth Liberia versus ING. Final Statement”, (2022), p. 9, en <https://www.oecdwatch.org/complaint/milieudefensie-et-al-vs-ing/>.

⁴¹ En relación con un caso reciente, la organización Inclusive Development International presentó a comienzos de 2024 sendas quejas contra proveedores de índices de inversión “sostenible” –MSCI, FTSE Russell, S&P DJI Netherlands y S&P Dow Jones Indices– por incumplir los procesos de diligencia debida y contribuir con sus inversiones, además etiquetadas como socialmente responsables, a la financiación del ejército de Myanmar y sus prácticas violentas, represivas y criminales. Las quejas fueron presentadas ante los PNC de Estados Unidos, Países Bajos y Reino Unido. Pueden consultarse todas las quejas presentadas ante PNC contra el sector financiero en el siguiente enlace: https://www.banktrack.org/campaign/full_table_of_oecd_complaints_involving_financial_institutions.

⁴² OECD Watch propone un listado de cuestiones que podrían tenerse en consideración a la hora de determinar la influencia que puede ejercer una entidad inversionista sobre la participada. Véase: OECD Watch, “OECD Watch Submission to the OECD Investment Committee. Effective application of the OECD Guidelines to the financial sector”, (2009), en <https://www.oecdwatch.org/wp-content/uploads/sites/8/2009/03/Effective-application-of-the-OECD-Guidelines-to-the-financial-sector.pdf>

⁴³ En <https://www.unepfi.org/banking/bankingprinciples/>.

⁴⁴ Los seis principios son: (1) alineamiento; (2) impacto y fijación de objetivos; (3) clientes y usuarios; (4) partes interesadas; (5) gobernanza y cultura; (6) transparencia y responsabilidad.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

En el marco de esta iniciativa, la implementación de un proceso de diligencia debida está próximo al principio 2, según el cual los bancos deben realizar un análisis de los riesgos en la sociedad, el medio ambiente y la economía, para identificar los impactos más significativos y establecer objetivos que los aborden. A tal fin, y al igual que con la consecución del resto de principios, esta iniciativa proporciona guías prácticas para facilitar su implementación⁴⁵.

A la fecha (2024), se contabilizan más de 345 firmantes, que representan a su vez más de un 50% de los activos bancarios globales, según datos de UNEP-FI⁴⁶. Como en la gran mayoría de las iniciativas, sus principales deficiencias surgen cuando entramos a valorar su implementación real y su capacidad de fiscalizar el comportamiento de las entidades adheridas. De forma meramente ejemplificativa, las organizaciones de la sociedad civil que componen la Campaña Banca Armada –entre ellas el Centre Delàs d'Estudis per la Pau y SETEM–, recogen en sus informes cómo muchas de las entidades que suscriben estos Principios de Banca Responsable participan en la financiación del negocio armamentístico⁴⁷.

2.4. Principios de Ecuador

Los Principios de Ecuador se definen como un marco para la inversión sostenible circunscrito al sector financiero⁴⁸. Fueron elaborados en 2003 por un grupo de instituciones financieras, bajo el impulso de la Corporación Financiera Internacional –integrante del Grupo Banco Mundial– y establecen parámetros para evaluar y gestionar el riesgo ambiental y social derivado de la financiación de grandes proyectos en diferentes sectores industriales. Si bien su primera versión data del año 2003, los Principios han sido sometidos a un proceso de revisión periódico, con una última versión publicada en el año 2020.

El instrumento se compone de 10 principios, con un contenido íntimamente conectado con las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional. En atención a lo dispuesto, las instituciones que voluntariamente se adhieran a este documento se comprometen a no otorgar financiación a proyectos que no cumplan con los requisitos marcados por los Principios de Ecuador. Si en sus inicios en el año 2003 la propuesta contaba únicamente con 10 signatarios, en la actualidad los Principios ya han sido

⁴⁵ Véase: UNEP-FI, “Principios para la Banca Responsable. Documento Guía”, (2019), en <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2022/07/PRB-Guidance-Documents-Spanish-Principios-Para-La-Banca-Responsable-Documents-Guia.pdf>.

⁴⁶ Puede consultarse el listado de entidades adheridas en el siguiente enlace: <https://www.unepfi.org/banking/prbsignatories/>.

⁴⁷ Entre otras, entidades como Banco Santander, BBVA, Deutsche Bank o BNP Paribas. Véase: Fraile, Carbonell, Calvo, “La financiación de las armas y la (i)responsabilidad social corporativa”, 63 *Centre Delàs d'Estudis per la Pau*, (2024), en https://centredelas.org/wp-content/uploads/2024/03/Informe63_FinancamentArmesIResponsabilitatSocialCorporativa_CAS.pdf.

⁴⁸ “Los Principios de Ecuador. EP4”, (2020) en https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2020/09/EP4_Spanish.pdf. Para más información sobre su proceso de formación e implementación, visítese: <https://equator-principles.com/>.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

integrados por más de 130 instituciones financieras nacionalizadas en casi 40 países diferentes⁴⁹.

Pese a la adhesión de un número importante de instituciones financieras a lo que parecen ser unos principios “loables”, son numerosas las denuncias formuladas contra los impactos generados por algunas de las principales instituciones adheridas. En este sentido, entre otras, la plataforma conocida como “Equator Banks, Act!”⁵⁰, lleva años denunciando la participación de algunas de estas empresas en proyectos que han desembocado en desastres climáticos y vulneraciones de derechos de las comunidades rurales e indígenas⁵¹. Así, aprovechando su último proceso de revisión, la plataforma inició una campaña para tratar de que la nueva versión de los Principios de Ecuador afrontara por fin el objetivo que anuncian sus promotores, cual es evitar la financiación de proyectos con impacto negativo en las personas y en el medio ambiente. Para ello, consideraban del todo imprescindible el endurecimiento del contenido de los Principios y el monitoreo transparente y eficaz de su implantación –no por medio de meros informes de autorregulación empresarial–.

Estas reformas más garantistas no fueron finalmente incorporadas en la nueva revisión de los Principios de Ecuador. Desde entonces, la organización BankTrack continúa con iniciativas vinculadas a las deficiencias de estos Principios. En el año 2023, esta organización creó una plataforma de quejas con la que pretendía llamar la atención de la marcada ausencia de un canal de denuncias propio en el marco del sistema institucional de los Principios⁵². Desde la implantación de este sistema “alternativo”, todas las quejas recibidas serán remitidas al órgano gestor de los Principios⁵³ y a las entidades involucradas, dando publicidad y difusión a todo el proceso.

En definitiva, los Principios de Ecuador continúan siendo señalados porque su desarrollo no es coherente con la literalidad de su contenido. Además de normas mínimas, no disponen de medidas de monitoreo exhaustivo y eficaz, razones por las que esta iniciativa queda convertida en una nueva estrategia para preservar la imagen corporativa de las

⁴⁹ Para el análisis del listado completo de instituciones financieras adheridas, visítese: <https://equator-principles.com/members-reporting/>.

⁵⁰ Para más información, visítese la web: <https://www.equatorbanksact.org/>.

⁵¹ De entre los proyectos financiados por instituciones adheridas a los Principios de Ecuador que han sido objeto de denuncias, podemos señalar el Proyecto Hidroeléctrico Agua Zarca (Honduras) o el Proyecto Presa Barro Blanco (Panamá). En proceso de financiación, se encontrarían, entre otros, el Oleoducto de crudo de África Oriental (Uganda). También puede encontrarse información sobre estos y otros casos en los informes realizados por la plataforma BankTrack, encargada de dar seguimiento a compromisos de sostenibilidad de entidades financieras desde una perspectiva analítica y crítica. A tal efecto, visítese: <https://www.banktrack.org/>.

⁵² BankTrack, “As a 20th anniversary gift, we’ve made the Equator Principles a complaints channel”, 4 junio (2023), en <https://www.banktrack.org/article/as-20th-anniversary-gift-weve-made-the-equator-principles-association-a-complaints-channel>. Puede consultarse este canal de denuncias diseñado por BankTrack en el siguiente enlace: <https://www.equator-complaints.org>.

⁵³ Hasta comienzos de 2024, el órgano gestor de los Principios de Ecuador era la Asociación de Principios de Ecuador. Este órgano fue disuelto y en la actualidad ha sido sustituido por el Grupo de Signatarios de los Principios de Ecuador.

entidades financieras. Pese a ello, la gravedad de la situación, si cabe, se acrecienta, al conocer que a comienzos de 2024 cuatro de los bancos más grandes del mundo –Citi, BofA, JPMorgan Chase y Wells Fargo– decidieron retirarse de forma silenciosa de los Principios, ya de por sí, normas mínimas y timoratas en el ámbito del control del sector financiero⁵⁴.

2.5. PRINCIPIOS PARA LA INVERSIÓN RESPONSABLE

Con una mirada muy semejante a la de los Principios de Ecuador, unos años después, en 2006, nacieron los Principios de Naciones Unidas para la Inversión Responsable (UNPRI)⁵⁵: un proyecto impulsado por Naciones Unidas a través la Iniciativa Financiera del PNUMA y el Pacto Mundial para promover la incorporación de una dimensión social y ambiental en las políticas de inversión.

Los UNPRI se sintetizan como una iniciativa creada desde el sector empresarial, por inversores y para inversores⁵⁶. Su formulación define la inversión responsable “como una estrategia y práctica para incorporar factores ambientales, sociales y de gobierno corporativo en las decisiones de inversión y el ejercicio activo de la propiedad”. Se trata de principios formulados de forma generalista y amplia, por lo que su contenido está diseñado para que puedan ser adaptados a cualquier tipo de sector.

A grandes rasgos, las entidades se comprometen a incorporar las cuestiones ESG en el análisis de las inversiones y en los procesos de toma de decisiones, buscando también su incorporación por parte de las entidades en las que invierten. Desde este planteamiento, se formularon seis principios y acciones para su implementación, planteados de forma absolutamente genérica, y que cada año se desarrollan y proyectan en sus planes estratégicos. A la fecha son más de 5.300 las entidades adheridas⁵⁷.

El principal problema de esta iniciativa íntegramente empresarial es que no incluye mención alguna a derechos humanos ni obligaciones de los entes inversionistas, lo cual, de entrada, parece deslegitimar esa manida “responsabilidad” y “sostenibilidad” a la que refieren sus compromisos. En línea con esta crítica general, los Principios tampoco prevén ningún mecanismo de monitoreo de la actividad empresarial, más allá de lo dispuesto en el principio sexto sobre la presentación voluntaria de informes propios sin revisión de agentes externos. Sin exigibilidad ni monitoreo, la iniciativa vuelve a quedarse en meros compromisos corporativos y estrategias de ensalzamiento de la imagen empresarial.

De lo desarrollado se extrae que si bien son numerosas las iniciativas que pretenden establecer marcos de diligencia debida para este sector, al final, todas carecen de capacidad de forzar su cumplimiento. Esta ausencia de vinculatoriedad pretendía ser

⁵⁴ Lakhani, “US banks abandon bare minimum environmental standards project, alarming climate groups”, 6 marzo (2024), en <https://www.theguardian.com/business/2024/mar/05/us-banks-leave-esg-finance-climate-crisis>.

⁵⁵ “Principios para la Inversión Responsable”, (2006), en <https://www.unpri.org/download?ac=10970>.

⁵⁶ Como define la página web de la iniciativa, se permite la adhesión a entidades propietarias de activos, gestoras de inversiones o proveedoras de servicios de inversión. Puede consultarse en: <https://www.unpri.org>.

⁵⁷ Puede consultarse el listado de signatarios en el siguiente enlace: <https://www.unpri.org/signatories/signatory-resources/signatory-directory>.

salvada por las iniciativas que podían llegar de la Unión Europea, si bien el resultado final, tal y como se expondrá en el siguiente epígrafe, sigue perpetuando las carencias.

3. Algunas propuestas en el ámbito europeo y la oportunidad perdida de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

El proceso de diligencia debida de los UNGP ha sido ampliamente asimilado en las normas y orientaciones promovidas por otros organismos e instituciones internacionales⁵⁸. En 2016 el *Committee of Ministers of the Council of Europe*, adoptó una recomendación, CM/Rec⁵⁹, donde instaba a los gobiernos a aplicar los UNGP y a revisar periódicamente su cumplimiento en relación con la contratación pública, los acuerdos comerciales, la promoción de las inversiones y el acceso a la justicia de los posibles afectados por los impactos adversos de las actividades empresariales. En estas orientaciones se insta a las empresas a aplicar procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos en todas sus operaciones, conforme a los UNGP.

Las estrategias empresariales en términos de protección y garantía de derechos humanos, protección del medioambiente, participación e inclusión de todos los *stakeholders* y acceso a los mecanismos de remedio, estarían dejando de ser sinónimo de meras acciones filantrópicas para convertirse en herramientas de gestión en las cadenas de valor que deberían orientar los esfuerzos de la empresa matriz, la que controla o que tiene influencia sobre las demás empresas que pertenecen a su cadena, hacia la búsqueda de una sostenibilidad a futuro⁶⁰.

Bajo este enfoque indicamos cómo en el seno de la OCDE fueron adoptadas⁶¹ y han sido recientemente actualizadas un conjunto de directrices globales sobre diligencia debida, así como orientaciones específicas⁶², además de documentos sectoriales⁶³. Mencionamos

⁵⁸ Sobre este tema véanse, entre otros, Cantú, “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”, XV Anuario mexicano de derecho internacional, (2015), pp. 611-658; y Fasciglione, “The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the Legal Systems of EU Countries July 2016”, 10 (1) Human Rights & International Legal Discourse (HR&ILD), pp. 97-116; Fasciglione, “Implementing “Responsible Business Conduct” Approaches Under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights at the Time of COVID-19”, 5(3) European papers: a journal on law and integration, (2020), pp. 1435-1450.

⁵⁹ Human Rights and Business – Recommendation CM/Rec (2016)3 of the Committee of Ministers to Member States (2016). Más información en <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7302-human-rights-and-business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-member-states.html>.

⁶⁰ Sobre este tema entre otros, Álvarez Rubio, “Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la debida diligencia en derechos humanos”, en M. C. Marullo, L. Sales Pallarés y F. J. Zamora Cabot, *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Colex, (2023).

⁶¹ Las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales han sido revisadas en diferentes ocasiones (en 1979, 1984, 1991, 2000 y 2011). Tal y como se ha mencionado con anterioridad, en la revisión del año 2011, hubo un cambio de paradigma ya que las directrices se alinearon a los UNGP.

⁶² “El Medio Ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales Herramientas y Enfoques Empresariales”, (2006), <https://doi.org/10.1787/9789264066106-es>.

⁶³ “Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado”, (2021), en <https://www.oecd.org/development/guia-de-la-ocde-de-debida-diligencia-para-cadenas-de-suministro-responsables-en-el-sector-textil-y-del-calzado-59ec2bd3-es.htm>; “Guía de la OCDE de diligencia debida para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo”,

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

también las normas de Desempeño de la CFI⁶⁴, los Principios de Ecuador del Banco Mundial en las que se ha adaptado el enfoque de los UNGP.

En un plano interno, a través de Planes de Acción Nacionales⁶⁵, los Estados empezaron a incluir este procedimiento⁶⁶. Pero es sabido que esta inclusión no ha sido satisfactoria en muchos países ya que muchos planes nacionales no establecieron obligaciones y responsabilidades concretas para las empresas y no se crearon autoridades estatales para la vigilancia del proceso con posibilidad de sancionar el incumplimiento de las obligaciones⁶⁷. Por lo tanto, esta integración no ha supuesto un avance real en la gestión de las cadenas de valor y, frente a esta situación, siempre en un plano interno, se negociaron otros instrumentos relativos al seguimiento y vigilancia de las cadenas de valor, con la finalidad de paliar la ausencia de justiciabilidad directa⁶⁸.

A modo de ejemplo, el Gobierno alemán, en el contexto previo a la adopción de la Ley alemana sobre las obligaciones de diligencia debida de las empresas, *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*⁶⁹ y antes la revisión del plan de acción que empezó en el año 2020⁷⁰, encargó a organismos independientes la realización de estudios de base que examinen sistemáticamente y desde una posición de neutralidad hasta qué punto las leyes y políticas de este país estaban en consonancia con los UNGP⁷¹. El Instituto Alemán de Derechos Humanos recibió en 2021 el encargo del Ministerio Federal de Asuntos

(2018), en <https://www.oecd.org/development/guia-de-la-ocde-de-diligencia-debida-para-la-participacion-significativa-de-las-partes-interesadas-del-sector-extractivo-9789264264267-es.htm>.

⁶⁴ “Normas de desempeño sobre sostenibilidad ambiental y social”, (2012), en <https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/mgrt/ifcperformancstandardsspanish.pdf>.

⁶⁵ Para más información sobre los planes nacionales, de gran interés el mapa global del Danish Institute for Human Rights. Más información en: <https://globalnaps.org/>.

⁶⁶ Cantú Rivera, “Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno”, 17 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (2017); Galimberti Díaz-Faes, “Debida Diligencia en Derechos Humanos: en camino hacia la legalización”, *Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, número 135, (2023); Márquez Carrasco, “Los planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos de los estados miembros de la Unión Europea: especialmente al plan español”, en C. Márquez Carrasco y Vivas Tesón, (coords), *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus estados miembros*, (2017), Aranzadi Thomson Reuters, pp. 81-104; Esteve Moltó, “Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes. Referencia al plan español”, 34 *Anuario español de derecho internacional*, (2018) (Ejemplar dedicado a: El Derecho Internacional en un mundo cambiante: entre el inmovilismo y la ruptura), pp. 729-751; Pigrau Solé, “El Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos de España. Balance y retos pendientes”, 17 *Policy Paper ICIP*, (2018), pp.1-6.

⁶⁷ “Assessment of Existing National Action Plans (NAPs) on Business and Human Rights”, (2017), en <https://www.dejusticia.org/en/publication/assessment-of-existing-national-action-plans-naps-on-business-and-human-rights-2017/>.

⁶⁸ Bueno, “The Swiss Responsible Business Initiative and its Counter-Proposal: Texts and Current Developments”, (2018), en <https://blog.journals.cambridge.org/2018/12/07/the-swiss-responsible-business-initiative-and-its-counter-proposal-texts-and-current-developments/>; Jentsch, “Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and the Swiss Responsible Business Initiative”, 5 *EUI Working Papers MWP*, (2018), pp. 1-19, en http://diana-niue.it:8080/bitstream/handle/1814/59084/MWP_WP_Jentsch_2018_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶⁹ La Ley de diligencia debida en la cadena de suministro, más información en: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Gesetze/Wirtschaft/lieferkettensorgfaltspflichtengesetz.html>.

⁷⁰ Más información en: <https://globalnaps.org/country/germany/>.

⁷¹ Sobre este tema, véase: Methven O’Brien, “Empresas y derechos humanos, Planes de Acción Nacionales”, en <https://www.icip.cat/perlapau/es/articulo/planes-de-accion-nacionales/>.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

Exteriores de elaborar una Evaluación Nacional de Referencia para la actualización del Plan y, en relación con ello, desarrollar propuestas para la revisión⁷². En el informe final se evidencia como uno de los principales objetivos del primer plan no se había alcanzado. De hecho, se establecía que el 50% de las empresas alemanas con más de 500 empleados deberían haber integrado el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos

para 2020. Sin embargo, los resultados mostraron que las cifras reales habían sido muy inferiores, estamos hablando de un 20% de empresas que habían incorporado satisfactoriamente las directrices de diligencia debida en materia de derechos humanos basadas en los UNGP.

Con estos datos en la mano, se decidió revisar las medidas del plan y además crear un instrumento vinculante, la Ley sobre el control de las cadenas de valor, que vio la luz en el año 2021 y que tiene como objetivo principal mejorar el desempeño empresarial en derechos humanos estableciendo requisitos para la gestión responsable de las cadenas de valor y las obligaciones de diligencia debida según las empresas o capacidad de influencia en cada sector. La ley entró en vigor el 1 de enero de 2023 para empresas con sede en Alemania y empresas con una sucursal en Alemania según el artículo 13 d del Código de Comercio alemán con al menos 3.000 empleados, y para las empresas con al menos 1.000 empleados, a partir del 1 de enero de 2024.

Pasando ahora al ámbito regional europeo, en los últimos diez años se han negociado una serie de iniciativas sobre la información y gestión de los riesgos no financieros y un desempeño más sostenible de las empresas europeas en terceros países en las que se han incorporado obligaciones concretas de diligencia debida. Las instituciones europeas han puesto en marcha un paquete de normas en materia de sostenibilidad que abarcan los derechos humanos y, en algunos casos, también objetivos medioambientales y de gobernanza más amplios para determinados sectores industriales y cadenas de valor⁷³. Mencionamos por ejemplo la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera como compromiso de transparencia empresarial⁷⁴. Reglamento sobre productos asociados a la deforestación⁷⁵, Reglamento pilas⁷⁶, la propuesta de Reglamento

⁷² “National Baseline Assessment. Contribution to the update of the National Action Plan on Business and Human Rights”, (2024), en <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/en/publikationen/detail/national-baseline-assessment-1>.

⁷³ Como parte del Pacto Verde Europeo, véase, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es

⁷⁴ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos Texto pertinente a efectos del EEE, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>.

⁷⁵ Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 995/2010, en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80809>.

⁷⁶ Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se modifican la Directiva 2008/98/CE y el Reglamento (UE) 2019/1020 y se deroga la Directiva 2006/66/CE, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-81096>.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

sobre trabajo forzoso⁷⁷, la propuesta para restringir los envases⁷⁸, Propuesta sobre el blanqueo ecológico⁷⁹.

Pero la joya de la corona, la que había sido anunciada como norma de armonización y europeización del proceso de diligencia debida⁸⁰, es la Directiva de Diligencia Debida para la Sostenibilidad Corporativa⁸¹, sobre la que se llegó a un acuerdo 15 de marzo de 2024 y ahora, el 24 de abril del año 2024 el Parlamento Europeo ha dado luz verde a la espera del voto final en mayo 2024⁸².

Esta norma representa seguramente un paso necesario en la lucha contra la impunidad empresarial, aunque no podemos dejar de lado todas las cuestiones que al final no se abordarán en este texto que se aprobará en unos días. Aun así, somos de la opinión de que se trata de un texto importante y, si se trabaja bien de cara a la transposición en los distintos ordenamientos jurídicos, podrá aportar algunas mejoras en la gestión de las cadenas de valor, pese a sus carencias antes mencionadas. Debido a la limitación de nuestra investigación, pasaremos a analizar dos cuestiones: la elección del acto legislativo y la exclusión del sector financiero del ámbito de aplicación de la norma.

Nuestra primera cuestión reside en la elección del acto legislativo empleado que seguramente revela un nivel máximo de cautela de las instituciones comunitarias que en diferentes ocasiones no encuentran una fórmula más eficaz para lidiar entre la protección de los mercados europeos, la protección de las empresas europeas y la protección de las personas y de sus derechos, tanto dentro del territorio europeo como fuera⁸³.

Una Directiva en el ordenamiento jurídico europeo es una norma general de Derecho derivado, que debería establecer estándares mínimos para su posterior transposición en

⁷⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0453&from=RO>. Véanse también, “Trabajo forzoso: el Consejo adopta su posición para prohibir los productos del trabajo forzoso en el mercado de la UE”, en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/01/26/forced-labour-council-adopts-position-to-ban-products-made-with-forced-labour-on-the-eu-market/>.

⁷⁸ “Nuevas normas europeas para reducir, reutilizar y reciclar los envases”, en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240419IPR20589/nuevas-normas-europeas-para-reducir-reutilizar-y-reciclar-los-envases>.

⁷⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive), en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A0166%3AFIN>.

⁸⁰ Documento 6533/24, 13 March 2024 (OR. en) 7327/1/24 REV 1 LIMITE- DRS 29- SUSTDEV 38- COMPET 264- CODEC 668 - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 - Analysis of the final compromise text with a view to agreement: “The proposal aims to set out a horizontal framework to foster the contribution of businesses operating in the single market towards the achievement of the Union’s transition to a climate- neutral and green economy in line with the European Green Deal and the UN Sustainable Development Goals”, p.2.

⁸¹ Greco, “Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection?”, 1 *Diritti umani e diritto internazionale, Rivista quadrimestrale*, (2023), pp. 5-34.

⁸² Methven O'Brien, Martin-Ortega “Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective”, (2022=, en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702560/EXPO_IDA\(2022\)702560_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702560/EXPO_IDA(2022)702560_EN.pdf)

⁸³ Sales Pallarés, Marullo, “El dilema de la UE y los Derechos Humanos: ¿protegemos a la empresa o al individuo?”, en A. Sánchez Frías y F. Peña Díaz (coords); A. Salinas de Frías y E. Martínez Pérez (Dirs), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch (2018).

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

cada Estado miembro conforme a su ordenamiento jurídico. Ahora bien, en este caso concreto no se entiende, de un lado, el detalle tan minucioso del proceso de diligencia debida en la directiva, que dejará muy pocos márgenes de mejoras a los países de cara a su transposición⁸⁴. Además, del otro lado, si el principal objetivo de la directiva es evitar la inseguridad jurídica y resolver los problemas derivados del posible conflicto de leyes en el tiempo en el espacio en relación con otras iniciativas europeas y con legislaciones nacionales sobre gestión de las cadenas de valores, (objetivo que aparece de forma general y simplista en sus considerandos pero que no acabamos de entender cuál serían las medidas concretas para resolver tal conflicto en el texto del articulado)⁸⁵, opinamos que hubiese sido más adecuado optar por un Reglamento, como norma de aplicación directa e inmediata.

La segunda cuestión podemos resumirla como “expectativas vs la realidad”⁸⁶. Durante el procedimiento legislativo en el seno de las instituciones de la Unión Europea, las buenas intenciones y expectativas de todos los actores involucrados en las consultas públicas y en la posterior negociación, de extender las responsabilidades por las vulneraciones de derechos humanos y por los daños medioambientales a los actores económicos más grandes y poderos en los mercados europeos y establecer una conexión entre la infracción de una obligación de diligencia debida con la responsabilidad civil, se vieron afectadas el texto que finalmente verá la luz en mayo 2024.

De hecho, podemos ver como los ámbitos de aplicación de la norma, la rendición de cuentas del sector privado, las sanciones y los incentivos, y por último la participación de todas las partes interesadas, como los pueblos indígenas y los consumidores en los procesos de diligencia debida y en la toma de decisiones, siguen como cuestiones abiertas y resueltas insatisfactoriamente en la norma europea.

En relación con el ámbito material, en un intento de combinar intereses de actores divergentes⁸⁷, esta propuesta resulta ser contradictoria. En los acuerdos alcanzados, los

⁸⁴ Muy interesante resulta el informe de The Danish Institute for Human Rights: “The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Maximising impact through transposition and implementation”, en <https://www.humanrights.dk/publications/eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-maximising-impact-through>.

⁸⁵ Considerando 14^a: “This Directive is without prejudice to obligations in the areas of human, employment and social rights, protection of the environment and climate change under other Union legislative acts. If the provisions of this Directive conflict with a provision of another Union legislative act pursuing the same objectives and providing for more extensive or more specific obligations, the provisions of the other Union legislative act should prevail to the extent of the conflict and should apply to those specific obligations. Examples of these obligations in Union legislative acts include obligations in the Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council (Conflict Minerals Regulation)³⁵, Regulation (EU) 2023/1542 of the European Parliament and of the Council (Batteries Regulation)³⁶ or Regulation (EU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council (Regulation on deforestation-free supply chains).

⁸⁶ Sobre este aspecto véanse: Aprobación de la Directiva de Diligencia Debida de las Empresas en materia de Sostenibilidad: un hito de los derechos humanos que no alcanza la verdadera justicia empresarial, en: <https://empresasresponsables.org/aprobacion-de-la-directiva-de-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad-un-hito-de-los-derechos-humanos-que-no-alcanza-la-verdadera-justicia-empresarial/>.

⁸⁷ Márquez Carrasco, “Todos los ojos puestos en Bruselas: Las claves de la futura directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial”, 1 *Revista de Empresas y Derechos Humanos*, (2023), en

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

países han optado por limitar el ámbito personal de las empresas obligadas a ejercer este proceso, quedado, además, fuera de este ámbito de aplicación de la norma gran parte de las actividades relativas al sector financiero, en contraposición con los UNGP y las Guías de la OCDE⁸⁸. En su reunión del 28 de febrero, el Comité de Representantes Permanentes no pudo dar su aprobación al texto presentado por la Presidencia. Por consiguiente, la Presidencia ha propuesto modificarlo para responder a las “preocupaciones” expresadas por las Delegaciones. Se han introducido los siguientes cambios en el texto:

Scope: the general thresholds of the proposal have been increased, in order to reduce the number of EU and non-EU companies that would fall under the scope of the Directive (from 500 employees to 1000, from EUR 150 million turnover to EUR 450 million). In addition, the thresholds applicable to the franchisors have been adapted accordingly. Finally, the high-risk sectors approach has been deleted. The review clause now refers to the possibility to later address the high-risk sectors approach, if necessary. Furthermore, after further analysis, paragraph (2a) of Article 2 on non-operational holdings was reintroduced, with changes in order to take into account the concerns expressed by some delegations⁸⁹.

Asimismo, en relación a la exclusión del sector financiero, ya en el primer acuerdo, alcanzado en diciembre 2023 y posteriormente defraudado, no se incluyeron los organismos de pensiones, los FIA y los OICVM, que fueron suprimidos de la letra a) del primer párrafo del artículo 3. Esto se debió a la posición contraria de algunas

<https://revistadeempresasyderechoshumanos.colex.es/wp-content/uploads/2023/08/hgiygj.pdf>.

⁸⁸ *Financial Sector and the European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive Statement by the United Nations Working Group on Business and Human Rights: The Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR) has reiterated through both its general guidance and its responses to requests for interpretation of the Guiding Principles that the underlying responsibility to respect human rights remains the same for all financial institutions, even if the means through which they meet that responsibility may differ. This is reinforced by responses by the Working Group to specific questions, in its communications to the financial sector where a complaint has been made, in reports to the Human Rights Council and in country visits reports. The OECD has also clarified that the financial sector, in all aspects, are included within the scope of its Guidelines. This position has been affirmed by a number of OECD’s National Contact Points. Further, the Working Group noted that the financial sector has a particularly important role in respecting human rights consistent with the Guiding Principles. In its stocktaking exercise of the implementation of the Guiding Principles over the first decade since their adoption, the Working Group recognized that “financial actors have an unparalleled ability to influence companies and scale up on the implementation of the Guiding Principles”. In the Equator Principles, which include the relevant provisions of the Guiding Principles, the signatories from the financial sector state that they “recognise that our role as financiers affords us opportunities to promote responsible environmental stewardship and socially responsible development, including fulfilling our responsibility to respect human rights by undertaking due diligence in accordance with the Equator Principles”. Más información en:* <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/workinggroupbusiness/Statement-Financial-Sector-WG-business-12July2023.pdf>.

⁸⁹ Documento 6533/24,13 March 2024 (OR. en) 7327/1/24 REV 1 LIMITE- DRS 29- SUSTDEV 38- COMPET 264- CODEC 668 - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 - Analysis of the final compromise text with a view to agreement, p.3.

LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS*

Vol. 1 – 2024

delegaciones; países que Según Eurostat representaban conjuntamente alrededor del 71 % de los activos y pasivos financieros de las sociedades financieras de la UE⁹⁰

Por otro lado, en lo relativo al concepto de cadena de actividades se restringe su aplicación *aguas abajo* reduciendo de esta forma aún más el ámbito de aplicación:

The definition of ‘chain of activities’ implies, for regulated financial undertakings, that only the upstream part of the activities of the financial sector would be covered by the definition. All references to financial activities in the downstream part of the chain of activities, as well as references to the specificities of the financial sector in the due diligence procedure have been deleted⁹¹.

Cabe mencionar que voces importantes internas de este sector, en los últimos meses habían abiertamente apoyado la directiva europea entendiéndola, además, que el sector ya tiene obligaciones directas conforme a los marcos normativos existentes generales y sectoriales sobre gestión empresarial sostenible. El Grupo de Inversores Institucionales sobre el Cambio Climático, el Foro Europeo de Inversión Sostenible, el Interfaith Center sobre Responsabilidad Corporativa y la Alianza de Inversores por los Derechos Humanos mostraron su apoyo al acuerdo alcanzado⁹². De esta forma también el Comité Ejecutivo del BCE y vicepresidente del Consejo de Supervisión del BCE, en la conferencia *The decade of sustainable finance: half-time evaluation*:

In other words, in the absence of clear reasons to the contrary, which I fail to see, financial undertakings should not be treated differently from other companies, including in the context of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) that is currently being discussed by co-legislators. At the ECB, we consider that this can help to ensure that financial institutions – including banks – systematically integrate sustainability matters into their decision making and risk management practices. Not excluding the financial sector from the remit of the CSDDD can further help to create greater certainty around financial institutions’ obligations in this area and around climate- and environment-related litigation risks for the financial sector⁹³.

Resulta del todo inaceptable que una normativa que nace con la finalidad de establecer una armonización europea sobre la gestión de riesgos a largo plazo no aborde el papel central del sector financiero para las inversiones responsables. Sin duda esta exclusión resulta incoherente con las políticas europeas que se han puesto en marcha o ya en vigor; y, además, creará desigualdades entre los distintos sectores en el mercado único europeo.

⁹⁰ Financial corporations - statistics on financial assets and liabilities, 2023, más información en: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Financial corporations - statistics on financial assets and liabilities#Assets and liabilities](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Financial_corporations_-_statistics_on_financial_assets_and_liabilities#Assets_and_liabilities).

⁹¹ Documento 6533/24, 13 March 2024 (OR. en) 7327/1/24, p. 5.

⁹² IIGCC-PRI-Eurosif-ICCR-IAHR - Joint public statement on the CSDDD vote, más información en: <https://www.we-support-the-csddd.eu/wp-content/uploads/2024/04/2024.02.06-IIGCC-PRI-Eurosif-ICCR-IAHR-Joint-public-statement-on-CSDDD-vote.pdf>.

⁹³ Keynote speech by Frank Elderson, Member of the Executive Board of the ECB and Vice-Chair of the Supervisory Board of the ECB, at the conference on “The decade of sustainable finance: half-time evaluation” organised by S&D and QED. Más información En: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2023/html/ecb.sp231114~5bf50e8b7a.en.html>.

4. Conclusiones

De lo desarrollado se extrae que el rol fundamental que está llamado a desarrollar el sector bancario inevitablemente puede derivar en la contribución a la mejora de la calidad de vida de las personas y del estado del medio ambiente, o todo lo contrario; contribuir a la perpetuación de las vulneraciones de derechos mediante su financiación económica. Esto le concede al cumplimiento de los estándares por parte de este sector de un efecto multiplicador: potenciando las vulneraciones o contribuyendo a su reducción.

Desmontadas las dudas sobre la aplicación de los Principios Rectores al sector financiero, a la hora de efectuar un balance sobre los últimos supuestos avances en la debida diligencia en el sector financiero, se pueden identificar distintas propuestas provenientes de varios organismos internacionales. Entre estas iniciativas se ha mencionado, de forma no exhaustiva, la inclusión de los inversionistas en las Líneas Directrices de la OCDE, los Principios de Banca Responsable, los Principios para la Inversión Responsable o los Principios de Ecuador; proposiciones que han sido señaladas en el mencionado Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Inversionistas, enfoques ambientales, sociales y de gobernanza y derechos humanos*⁹⁴.

Ahora bien, pese a todas estas declaraciones que pretenden alinear de buena fe y de manera voluntaria el sistema financiero a otros principios también programáticos, como los Principios Ruggie o los Objetivos de Desarrollo Sostenible, lo cierto es que sus efectos no acaban de vislumbrarse en la práctica. Si se atisba la realidad más allá de estas declaraciones de buenas intenciones se puede comprobar que ninguno de los principales bancos e inversionistas del planeta cumple con estos postulados; lo que aboca irremediablemente a concluir que se está haciendo un espurio ejercicio de blanqueo de estas grandes corporaciones. En efecto, una reciente investigación de la organización BankTrack asegura que ninguno de los cincuenta principales bancos del mundo ajusta sus políticas e inversiones a una tangible mejora en cumplimiento de los derechos humanos⁹⁵. Esta ausencia total de debida diligencia y de rendición de cuentas del sector genera situaciones de impunidad que no hacen sino perpetuar la contribución de las finanzas a la generación y persistencia de conflictos.

Únicamente una estricta regulación nacional e internacional puede conducir a una progresiva tendencia que pueda iniciar la reversión de dicha situación. En el ámbito europeo, la UE da una de cal y otra de arena, excluyendo por un lado de la Directiva de Debida Diligencia para la sostenibilidad corporativa al sector financiero, y por otro, aprobando Reglamentos como el de “taxonomía” que ha sido desarrollado por el Reglamento Delegado (UE) 2021/2139. Asimismo, normas nacionales, como la Ley alemana sobre las obligaciones de diligencia debida de las empresas o la francesa, pueden habilitar exigencias judiciales de responsabilidades a responsables del sector, en caso de

⁹⁴ UN Doc. A/HRC/56/55, *op. cit.*, párrafo 49.

⁹⁵ Hodgson, “Banks failing on human rights, says Banktrack”, CapitalMonitor, 26 octubre (2023), en <https://capitalmonitor.ai/institution/banks/banks-failing-on-human-rights-says-banktrack/>.

**LA NECESARIA DEBIDA DILIGENCIA DEL SECTOR FINANCIERO:
MÁS LAGUNAS QUE PROPUESTAS***

Vol. 1 – 2024

graves violaciones de derechos humanos. Así, por ejemplo, la investigación del banco BNP Paribas por complicidad en crímenes de guerra en la región de Darfur o el caso abierto mediante el principio de jurisdicción universal contra el anterior gobernador del banco central de Siria⁹⁶ acusado de financiar crímenes de guerra y contra la humanidad muestran la vía a seguir.

En definitiva, el regular y ajustar las actividades del sector financiero a unos estándares internacionales de cumplimiento de normas ambientales y de derechos humanos, más que una tarea titánica, se presenta como un completo cambio de paradigma del sistema internacional. Dicho ejercicio supone el enfrentarse a la existencia de paraísos fiscales o al ingente lavado de dinero procedente de la criminalidad transnacional. Tan solo mencionar, que “la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito estima que \$2,4 billones de dinero ilícito se blanquean a través del sistema bancario mundial cada año”, y todo ello teniendo en cuenta que solo “el 1 por ciento del tráfico ilegal es detectado por las autoridades”⁹⁷.

En conclusión, los hechos resultan concluyentes, “el sistema bancario mundial es una red de delincuencia” y la voluntad política de los Estados frente a esta lacra, no es otra que la de la pasividad o, en el mejor de los casos, la impotencia. Baste una somera lectura de los Papeles de Panamá o de los miles de documentos filtrados de los FinCEN Files para percatarse de esta gran asignatura pendiente para la política y el derecho internacionales.

⁹⁶ AFP, “Guerre en Syrie: la France enquête depuis 2016 sur le rôle de l'ancien gouverneur de la banque centrale”, 5 junio (2024), en <https://www.justiceinfo.net/fr/132773-guerre-en-syrie-la-france-enquete-depuis-2016-sur-le-role-de-lancien-gouverneur-de-la-banque-centrale.html>.

⁹⁷ Beams, “El sistema bancario mundial es una red de delincuencia”, 24 septiembre (2020), en <https://www.wsws.org/es/articulos/2020/09/24/ban2-s24.html>.

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

Armed to the Teeth: Navigating the Murky Waters of International Law and Private Maritime Security*Marco Odello e Edward Ditchfield***Abstract**

Antipiracy activities were developed in the 1990s, particularly outside the coast of Somalia. Several international and national initiatives were taken by States and International Organizations to protect vessels in the more affected areas. The use of national armed forces and private security companies showed that problems raised by international law were quite complicated. The rules that would apply in the fight against piracy, but also concerning other international crimes that could occur on the sea, were not clearly regulated under the law of the sea and other international and national rules. This article tries to understand the problems that emerge in the quite unregulated area of the law that may affect the response by States and other entities, like International Organizations, shipping companies and security providers, in the fight against different types of crimes that may affect the international shipping trade. Even though antipiracy activities are not much in the news as in the 1990s, there is still a need for clearer regulations, standards and rules that would be applicable in addressing a series of crimes that may occur on the sea. International cooperation and coordination are an essential factor for effective responses to challenges that maritime trade is facing.

A. Introduction

There has been an increase in the activities related to maritime transport and commercial trade in recent years. Around 90% of traded goods are carried across the oceans, and the number of goods loaded worldwide has shown a regular increase, with a slight reduction due to the Covid-19 pandemic in 2020. The total amount of goods went from 5,984 million tons in 2010 to 10,648 million tons in 2020.¹

At the same time, there has been a growing international concern regarding the increase of different types of criminal activities that may take place in the sea and affect the security of vessels and their personnel.

Traditional piracy activities, which saw an expansion around certain coastal areas and on specific sea routes, has over the years been accompanied by other types of crimes. They include armed robbery, kidnapping, terrorism, illicit traffics and smuggled goods such as drugs and weapons, unlawful fishing, illegal immigration, human trafficking and smuggling.

Not all the above-mentioned activities would affect private and merchant ships in the same way. Different regulations and international agreements have been adopted to face

¹ UNCTAD (2021). *Review of Maritime Transport 2021*. United Nations publication. Sales No. E.21.11.D.21. New York and Geneva, p. 3 Table 1.1.

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

some of the security challenges that affect maritime activities. Naval operations, often under a multinational agreement, have been deployed by international organizations and groups of States to address some of the security threats. In some cases, national security or military officers have been deployed on board, usually with the agreement of the officers' State. In other cases, private security personnel have been hired by shipping companies to ensure self-defense in case of criminal attacks against their vessels.

However, there are some unclear situations that are caused by existing regulations and international rules that apply to the maritime environment. Some of the problems related to security on the sea may also be linked to lack of clear international rules related to the obligations and rights of States, both coastal and flag States in terms of rules applicable to the maritime environment and on vessels. Some other problems affect flag States, shipping companies, and coastal States in areas that are not strictly linked to the maritime context, for instance in relation to the possible use of armed personnel on board and regulations concerning the use of firearms, which fit more into administrative and criminal law of different jurisdictions.

An example of the possible legal problems and conflict between different jurisdictions and rules is well illustrated by the *Enrica Lexie* case,² where the interpretation and application of both national and international legal rules led to a lengthy legal and diplomatic dispute between India and Italy that ended in 2021 with an arbitration award.

The scope of this article is to highlight the legal conundrum that surrounds the maritime environment when addressing and providing vessels' security. The article is divided into two parts. The first section shall provide an overview and discussion of the major legal issues that States, shipping companies, and private security services may face when they try to ensure the protection of ships and personnel against illegal activities usually performed by criminal gangs and groups.

The second section shall focus more specifically on the analysis of the legal complexities that would affect the use of private security personnel on board. This is particularly relevant in relation also to the fact that more and more shipping companies rely upon private security personnel because States' officials would not be able, due to the numbers and the possible jurisdictional problems that shall be discussed, to provide security in most cases. Therefore, there is a trend in hiring Private Maritime Security Companies (PMSCs) following the practice of Private Military and Security Companies who are hired with private contracts. This practice, which has been already used on many occasions on land, and that led to the adoption of the Montreux Document,³ is taken into consideration in relation to the maritime environment. However, the context and rules that surround and regulate the activities on board are quite different from the rules that would apply on land.

² PCA, The 'Enrica Lexie' Incident, Italy v. India, Award, Case No 2015-28 (May 21, 2020).

³ ICRC, The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict (Geneva International Committee of the Red Cross/FDFA, 2009).

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

The scope of this article is to point out some specific problems and suggest the possible options that would help in providing a clearer set of rules in the context of maritime security.

B. Security at Sea: Piracy and Other Illegal Acts

When referring to the potential criminal activities at sea that mainly affect private vessels, the traditional and more familiar crime that most people would mention is piracy. For at least three centuries, piracy has been considered a major threat to international trade, affecting boats and their personnel. Without describing the historical evolution of international legal rules related to piracy, it is relevant for the purpose of this article to focus on some definitions and practices adopted by States and International Organizations (IOs), in particular the United Nations (UN) and the International Maritime Organization (IMO), to face the resurgence of piracy at the beginning of the Twenty First Century.

With the collapse of the situation in Somalia, in the late 1990s, due to the civil war and the lack of a central political authority, the coast of Somalia became one of the main operating bases for pirates. The position of Somalia, in the Horn of Africa, facing the Indian Ocean and the Gulf of Aden and therefore the access to the international trade through the Suez Canal, was an ideal point for conducting criminal operations that would take place on the sea. In that case, the Somali authorities were unable to control the shores and even less the coastal routes through which most merchant vessels were cruising.⁴ In 2008, a total of 135 piracy attacks were registered, with 44 seized ships and more than 600 seafarers kidnapped and held for ransom. These threats to the international maritime transportation, mainly bordering the coast of Somalia, led to a renewed international attention to the phenomenon of piracy.

Piracy is defined in Article 101 of the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)⁵ as:

‘(a) any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed:

(i) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft;

(ii) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State;

(b) any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft;

(c) any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in subparagraph (a) or (b)’.’

⁴ See generally Mario Silva, *Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law*, 50(3) VA. J. INT'L L. 553-578 (2010).

⁵ UN General Assembly, *Convention on the Law of the Sea*, 10 December 1982, UNTS (1994) Vol. 1833, 1-31363, pp. 397-581 available at: <https://www.refworld.org/docid/3dd8fd1b4.html> (accessed Aug. 4, 2022).

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

One of the main problems in the definition is that it limits the definition to acts committed on the high seas or in a place outside the jurisdiction of any State. This definition presumes that all coastal States would be able to effectively control the sea and waters under their jurisdiction. In 2006, the IMO adopted a resolution⁶ including the following definition of armed robbery at sea:

‘Armed robbery against ships means any of the following acts:

1. any illegal act of violence or detention or any act of depredation, or threat thereof, other than an act of piracy, committed for private ends and directed against a ship or against persons or property on board such a ship, within a State’s internal waters, archipelagic waters and territorial sea;
2. any act of inciting or of intentionally facilitating an act described above’.

The definition is very similar to the one referring to piracy, however, it says that it refers to acts “other than an act of piracy”. The only difference, the exclusion of aircraft aside, seems to be the location of the act, rather than the specific acts. Here as well, it is worth noting that two maritime areas, the Contiguous Zone and the Exclusive Economic Zone are not mentioned, but this issue shall be discussed later.

Other violent crimes can be considered acts of terrorism. However, there is a major difference in relation to the motivations for the criminal act because the act of terrorism would be determined by the “political” or “ideological” aims of the act, while piracy and armed robbery would be defined by “private ends”. However, there could be some possible links between the two crimes, because a terrorist group could use violence to take a vessel that could then be used for a terrorist action or “ideological” aims.⁷

One of the most important cases of this type of potential link is the *Achille Lauro* hijack, a cruise ship taken by Palestine Liberation Organization members in the Mediterranean Sea in 1985.⁸ The case led the adoption of the 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation (SUA).⁹

The SUA Convention criminalizes acts that would endanger the navigation, including seizing control of a ship by force or threat of force, and committing an act of violence

⁶ IMO, resolution A.1025(26), Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships (Jan. 18, 2010).

⁷ See generally Adam J. Young & Mark J. Valencia, *Conflation of Piracy and Terrorism in Southeast Asia: Rectitude and Utility*, 25(2) CONTEMPORARY SOUTHEAST ASIA, 269-283 (August 2003); Alexander Spencer, *Romantic Stories of the Pirate in IARRRH: The Failure of Linking Piracy and Terrorism, Narratives in Germany*, 15(3) INT. STUD. PERSPECT., 297-312 (Aug. 2014). On the discussion between ‘private ends’, ‘non-political ends’ and ‘non-public ends’ see generally Douglas Guilfoyle & Rob McLaughlin, *The Crime of Piracy in THE AFRICAN COURT OF JUSTICE AND HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS IN CONTEXT: DEVELOPMENT AND CHALLENGES* 388-408 (Charles C. Jalloh, Kamari M. Clarke, & Vincent O. Nmehielle eds 2019).

⁸ See generally Malvina Halberstam, *Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety*, 82(2) AM. J. INT’L L. 269 (1988).

⁹ UN General Assembly, Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation (Mar. 10, 1988) No 29004, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3664.html> (hereinafter SUA)

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

against a person on ship if it is likely to endanger the safety of the ship.¹⁰ A relevant aspect of the SUA Convention is that it fills up the gap between piracy and armed robbery, mentioned before, as it refers to unlawful acts committed on, or by ships navigating from, or to high seas (Article 4) and also to the offences committed in the State's territory (Article 6). As the condition of private ends is not mentioned in the text of the Convention, unlawful acts for both political and private purposes would be covered. This rule was later reinforced by the 2005 Protocol to the SUA Convention (SUA 2005),¹¹ in the new Article 3bis which extends the application of SUA 1988 "when the purpose of the act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act",¹² which may include: using explosive, radioactive material or BCN (biological, chemical, nuclear) weapons; discharging oil, liquefied natural gas or other HNS from a ship; using a ship to cause death or injury; transporting on board a ship any explosive, radioactive material, any BCN weapons or any source material etc.¹³

Having considered the main legal instruments related to certain criminal acts that may affect the security of maritime traffic, it is now time to briefly consider the possible issues related to the protection and prevention of these acts under both national and international law.

C. Prevention and Protection Concerning Maritime Security: National and International Practices

To face the increasing number of criminal acts against merchant vessels, the international community developed a series of instruments, as mentioned before, and also recommendations and guidelines for States that were particularly affected by piracy, supporting governmental cooperation to detect security threats and take preventative measures against security incidents affecting ships or port facilities used in international trade.¹⁴ The IMO defined the Somali piracy High Risk Area (HRA)¹⁵ in the Indian Ocean in 2010 where there was considered a higher threat of attack from pirates, and where additional security requirements may be necessary.

International responses to piracy have not been uniform and resulted in a series of initiatives by individual States and by different organizations. Following several United

¹⁰ SUA 1988, art. 3.

¹¹ IMO, Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (Oct. 14, 2005), <https://www.refworld.org/docid/49f58c8a2.html>.

¹² SUA 2005, art. 3.bis 1(a).

¹³ SUA 2005, art. 3.bis 1(a) and (b).

¹⁴ See amendments to the International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974, and of the International Ship and Port Facility Security (ISPS) Code, both adopted on 12 December 2002 by the Conference of Contracting Governments to the SOLAS 1974 (London, Dec. 9 to 13, 2002); **Regulation (EC) No 725/2004 of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on enhancing ship and port facility security (Text with EEA relevance) (Apr. 29, 2004) O.J. (L 129), 6 - 91.**

¹⁵ According to IMO, the HRA is an area which is defined in the Best Management Practices for Protection against Somalia Based Piracy, MSC1/Circ.1339 (Sept. 14, 2011), unless otherwise defined by the flag State.

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

Nations Resolutions,¹⁶ several States participated in military operations aimed at combating piracy, such as NATO's "Ocean Shield",¹⁷ EUNAVFOR's "Atalanta",¹⁸ EUCAP's "Nestor",¹⁹ Combined Task Force (CTF) 151.²⁰ These missions were conducted by States' navies deploying official State ships. This practice was based on directives adopted by IMO, which privileged State-led and controlled missions in antipiracy activities.²¹ For many years (between 1993 and 2015), the IMO's Maritime Safety Committee suggested that "flag States should strongly discourage the carrying and use of firearms by seafarers for personal protection or for the protection of a ship".²² Other options included:

- State Affiliated Escort: Escort by a State military asset.
- Vessel Protection Detachment (VPD): Uniformed military personnel embarked on a vessel with explicit approval of the Flag State.
- Private Maritime Security: Embarked private security force personnel hired by the shipping industry.
- Coastal State Embarked Personnel: Embarked armed personnel originating from the coastal State, based on arrangements between ship operators and the providing national authorities—not necessarily endorsed by the Flag State.

The IMO supported regional initiatives that led in 2006 to the Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia (ReCAAP)²³ and in 2009 to the Djibouti Declaration and Code of Conduct,²⁴ adopted by States in the

¹⁶ Between UNSC Res 1816 (June 2, 2008) and UNSC Res 2020 (Nov. 22, 2011), 15 resolutions were adopted in relation to piracy, affecting the Somalian coast and the Horn of Africa.

¹⁷ NATO—OPERATION OCEAN SHIELD, <http://www.mc.nato.int/missions/operation-ocean-shield.aspx> (Apr. 12, 2023).

¹⁸ NAVAL TODAY, ITALY TAKES OVER COMMAND OF COUNTER-PIRACY MISSION ATALANTA (Jul. 28, 2017), <http://navaltoday.com/2017/07/28/italy-takes-over-command-of-counter-piracy-mission-atalanta/>.

¹⁹ EU NAVFOR, EUCAP NESTOR, THE REPUBLIC OF SEYCHELLES COAST GUARD AND EU NAVAL FORCE WARSHIP CONDUCT COUNTER-PIRACY EXERCISE (Apr. 26, 2016), <https://eunavfor.eu/news/eucap-nestor-eu-naval-force-and-seychelles-coast-guard-hold-combined-counter-piracy-exercise>.

²⁰ COMBINED MARITIME FORCES, CTF 151: COUNTER-PIRACY, <https://combinedmaritimeforces.com/ctf-151-counter-piracy/> (Apr. 11, 2023).

²¹ IMO, MSC1/Circ.1332 (June 16, 2009) and MSC1/Circ1337 (Aug. 4, 2010); for the latest revised version of IMO, BEST MANAGEMENT PRACTICES FOR PROTECTION AGAINST SOMALIA BASED PIRACY (BMP4) see MSC1/Circ1339 (Sept. 14, 2011); BMP4 was withdrawn in June 2018 and replaced by BIMCO, ICS, IGP&I CLUBS, INTERTANKO AND OCIMF, BMP5: BEST MANAGEMENT PRACTICES TO DETER PIRACY AND ENHANCE MARITIME SECURITY IN THE RED SEA, GULF OF ADEN, INDIAN OCEAN AND ARABIAN SEA, Version 5 (Jun. 2018), <https://www.ics-shiping.org/publication/bmp5-hi-res-needs-further-compression-not-clear-on-date-only-one-available-is-for-a-related-file/>.

²² IMO, MSC/Circ 623 (June 18, 1993) Annex, para. 40; MSC1/Circ1333, Annex, para. 5 (June 26, 2009) which was then revoked by MSC1-Circ 1333-Rev.1 (June 12, 2015), Annex, paras 3–8.

²³ ReCAAP has 20 Contracting Parties today, including 14 Asian and 4 European countries, Australia, and the USA, <https://www.recaap.org/> (Apr. 2, 2023).

²⁴ IMO, The Code of Conduct concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden, also referred to as the 'Djibouti Code of Conduct', adopted on Jan. 29, 2009; Jeddah Amendment to the Djibouti Code of Conduct, Jeddah (Jan. 10–12, 2017); so far, 20 countries from the 21 eligible ones have signed the document, <https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/A2%20Revised%20Code%20Of%20Conduct%20Concerning%20The%20Repression%20Of%20Piracy%20Armed%20Robbery%20Against%20Ships%20Secretariat.pdf> (Apr. 1, 2023).

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

HRA under the auspices of the IMO. In 2008, African States under the Maritime Organisation of West and Central Africa (MOWCA) adopted a draft Memorandum of Understanding (MoU)²⁵ that should provide shared and coordinated activities by coastguards in relation not only against piracy but also against other criminal acts, such as human trafficking, terrorism, and pollution, around the coast of Africa. Proposals in the draft MOU were later included in the so-called Yaoundé Code of Conduct as a regional maritime security framework.²⁶

All these initiatives show a willingness of collaboration and coordination among States that are particularly affected by illegal acts that occur on the sea. Such forms of cooperation are in line with the obligation under Article 100 UNCLOS.

However, the number of criminal activities that affect vessels, and the problems that arise in terms of coastal States' jurisdictions, may bring further complications in the use of security personnel on board. Some of these issues shall be discussed below, before addressing more specifically the use of different options by flag States and coastal States to ensure the protection of maritime traffic and seafarers.

D. Law of the Sea, Coastal States, Port States and Flag States

The maritime environment is mainly regulated by the 1982 Convention on the Law of the Sea (UNCLOS),²⁷ which defined several marine zones based on previous regulations. The zones are Internal Waters and Territorial Sea, Contiguous Zone, Exclusive Economic Zone (EEZ) and the High Sea, and Archipelagic Waters. It is not the scope of this article to discuss these zones in detail. What is relevant for present purposes is to highlight some problems that emerge in relation to the obligations and rights of States and ships when it comes to the protection of vessels, which navigate from one area to the other of the sea, and the use of security personnel on board.

Article 2(3) UNCLOS provides that sovereignty over the territorial sea is exercised subject to the Convention as well as "other rules of international law" and Article 56(2) UNCLOS which obliges coastal States to give "due regard to the rights and duties of other States". In principle, the rights of the coastal State over the territorial sea, up to 12 nautical miles, provide full jurisdiction in the area. For other parts of the sea, beyond the 12 nautical miles, in particular the Contiguous Zone and the EEZ which may extend to 24 and 200

²⁵ MOWCA, Memorandum of Understanding on the establishment of a Sub-regional Coastguard Network for the West and Central African Sub-region, 13th General Assembly of Ministers, Dakar, Senegal (Jul. 30, 2008), <https://www.imo.org/en/OurWork/Security/Pages/Code-of-Conduct-against-illicit-maritime-activity.aspx> (Apr. 2, 2023).

²⁶ ECCAS, ECOWAS, GGC, Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy, Armed Robbery against Ships, and Illicit Maritime Activity in West and Central Africa, adopted by a Heads of State Meeting in Cameroon's capital Yaoundé (Jun. 25, 2013), signed by ministerial level representatives of 22 States immediately afterwards https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/code_of_conduct%20signed%20from%20ECOWAS%20site.pdf (Mar. 21, 2023).

²⁷ UN General Assembly, Convention on the Law of the Sea (Dec. 10, 1982), 1833 U.N.T.S. 397, UNTS, Vol 1833, 1994 p. 397, No. 32363.

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

nautical miles, respectively, the rights of coastal states are much more limited. According to Article 33(1) UNCLOS:

‘In a zone contiguous to its territorial sea, described as the contiguous zone, the coastal State may exercise the control necessary to:

- (a) prevent infringement of its customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea;
- (b) punish infringement of the above laws and regulations committed within its territory or territorial sea’.

This means that in the Contiguous Zone coastal States have only limited jurisdiction. According to UNCLOS a State has the right to both prevent and punish infringement of fiscal, immigration, sanitary, and customs laws within its territory and territorial sea, to strengthen a State’s law enforcement capacity and prevent criminals from fleeing or entering the territorial sea.²⁸ More limited rights apply in the EEZ.²⁹ However, other international law obligations may apply to address unlawful acts covered by the SUA Convention in Article 3, including the seizure of ships by force; acts of violence against persons on board ships; and the placing of devices on board a ship which are likely to destroy or damage it. According to Article 4 SUA “This Convention applies if the ship is navigating or is scheduled to navigate into, through or from waters beyond the outer limit of the territorial sea of a single State, or the lateral limits of its territorial sea with adjacent States”.

This means that crimes that fit into the SUA Convention would fall under the coastal State’s jurisdiction and enforcement powers.

On the other side, the flag State rules apply on board based on Article 92(1) UNCLOS and the exclusive flag jurisdiction,³⁰ apart from some exceptions based on International Law³¹ which may allow for concurrent jurisdiction by two or more States. Article 94 (1) UNCLOS provides that every State is required to “effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag”.

For the purposes of this article, the relevant obligations and rights of flag States concerns the control and regulations on the use of armed personnel on board for security purposes.

I. Anti-piracy and Vessels’ Security

As mentioned before, the focus in the early years of the 2000s was on piracy in the areas outside the coast of Somalia. Missions were planned and deployed by States’ navies and the IMO recommended the deployment of Vessel Protection Deployment (VPD) units

²⁸ U.S. DEPARTMENT OF THE NAVY, **ANNOTATED SUPPLEMENT FOR THE COMMANDER’S HANDBOOK ON THE LAW OF NAVAL OPERATIONS**, NWP 9 (Rev. A)/FMFM 1-10), paras 1.5.1 & 2.4.1 (1989).

²⁹ UNCLOS, art. 56.

³⁰ See also art. 5(1) Convention on the High Seas (Apr. 29, 1958), A/CONF.13/L.58, 1958, UNCLOS, Off. Rec., vol. 2, 146, 450 U.N.T.S 1, 82.

³¹ See generally Zwinge, Tamo, *Duties of Flag States to Implement and Enforce International Standards and Regulations - And Measures to Counter Their Failure to Do So*, 10(2) J. INT’L BUS. & L., 297 (2011).

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

composed of State officials (like marines' corps or Navy units). Multinational Navy Operations (MNO) were protected by official State immunity because they mainly operated with States' agreement, under the UN and IMO resolutions and on the high seas.

However, as the *Enrica Lexie* case showed, the use of State officials on private merchant ships created a series of problems related to the application of State official immunities. Other problems are linked to the rules that would apply in relation to the presence and use of firearms on board. These rules may be in conformity with the flag State's rules. However, they may apply when the ship is located on the high seas, but when entering the coastal States' and port States' waters, the rules might be different, and the ship would fall under the specific States' jurisdictions. Similar problems would apply in case merchant vessels and shipping companies would employ PMSCs and personnel instead of State officials.

Following the controversial *Enrica Lexie* dispute, States and the IMO became less reluctant—or more open—to the use of PMSCs.³² In 2012, three months after the *Enrica Lexie* incident, the IMO provided some regulations for port and coastal States,³³ for flag States³⁴ and for shipowners, ship operators, and shipmasters³⁵ in relation to the use of PMSCs and their personnel.

A recent example of States' developments in the regulation of vessels' security is provided by The Netherlands. The *Merchant Shipping (Protection) Act* which entered into force in February 2022,³⁶ and *Decree of 22 December 2021, laying down rules for the implementation of the Protection Act Merchant's (Decision protection merchant navy) as well as fixing the time of entry into force of the Merchant Protection Act*³⁷ followed by the Merchant Shipping Protection Regulation³⁸ amended the previous 2011 legislation that allowed only VPD units from the Ministry of Defense.³⁹ With the new legislation and regulations, Dutch merchant shipping companies may ask the Dutch Coastguard for an authorization to employ PMSC's personnel, based on decisions by the Minister of Justice and Security and the Minister of Defence.⁴⁰

³² IMO, MSC1/Circ. 1443 (May 25, 2012).

³³ IMO, MSC1/Circ. 1408/Rev.1 (May 25, 2012).

³⁴ IMO, MSC1/Circ.1406/Rev. 2 (May 25, 2012).

³⁵ IMO, MSC1/Circ. 1405/Rev.2 (May 25, 2012).

³⁶ The Minister of Justice and Security (The Netherlands), *Merchant Shipping (Protection) Act*, The Hague, 15 May 2019, (entered into force 1 February 2022), https://www.ndfr.nl/content/BWBS0000985-20220201#BWBS0000985-20220201_16259244, [accessed May 11, 2024].

³⁷ The Minister of Justice and Security (The Netherlands), *Decree of 22 December 2021, laying down rules for the implementation of the Protection Act Merchant's (Decision protection merchant navy) as well as fixing the time of entry into force of the Merchant Protection Act*, Official Journal 2022(3) of 4 January 2022, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2022-3.html#extrainformatie> (accessed 12 May 2024)

³⁸ The Minister of Justice and Security (The Netherlands), Merchant Shipping Protection Regulation, The Hague, January 19th 2022, and Explanatory Notes, <https://www.government.nl/documents/regulations/2022/03/28/merchant-shipping-protection-regulation-and-explanatory-notes> [accessed May 11, 2024].

³⁹ Tweede Kamer der Staten Generaal (The Netherlands), *Beveiliging zeevaartroutes tegen piraterij; Brief regering; Beleidskader militaire Vessel Protection Detachment (VPD) ter bescherming van individueel zeetransport* (15-06-2011), Kamerstuk 32706 Nr. 9 (24-06-2011).

⁴⁰ 2022 Act, *supra*, note 22, arts 3-5.

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

It is worth noting that the basic principle of the 2022 *Merchant Shipping (Protection) Act* is that the protection of merchant shipping vessels will be offered as far as possible by military personnel, in accordance with the operational concept of the Commander of the Armed Forces. Therefore, the priority is still for Government protection. The option of protection by a licensed maritime security company arises if the requested protection cannot be provided, or if costs become excessive”.⁴¹

This option is subject to several conditions. For instance, PMSCs must hold certificates issued in accordance with international standards and Dutch regulations;⁴² the conditions under which private security guards are authorized to use force in the event of an imminent risk of piracy are partly laid down in the 2022 *Act*⁴³ and partly in the 2021 *Decree*.⁴⁴

Finally, it is relevant noting that PMSCs can be used on Dutch vessels only in the Somali piracy area, around the Horn of Africa and the Gulf of Aden.⁴⁵ Therefore, private security personnel cannot be used in other piracy affected areas, like the Gulf of Guinea or the Malacca Strait.

It is not possible in this context to submit more detailed discussion on the development and debate on the use of PMSCs and the examination on their role in relation to State security options. Some of these issues shall be further discussed in the second part of this article.⁴⁶

Furthermore, it should be stressed that the problem of maritime security is not limited to piracy. As mentioned before, there are other illegal and criminal acts that may affect vessels while navigating. Armed robbery and kidnapping could occur in maritime zones that are not necessarily the high seas. The definition of piracy is usually limited to activities conducted on the high seas; however, as shall be discussed below, for certain purposes, including combating piracy, the Contiguous Zone and the EEZ are treated as high seas, whereas for other activities they are not.

⁴¹ 2021 *Decree*, *supra*, note 37, art. 2.2.

⁴² Art 13.2 of the 2022 *Act*, *supra*, note 22; and art. 5.1 of the 2021 *Decree*, *supra*, note 37.

⁴³ 2022 *Act*, *supra*, note 22, arts. 9-11.

⁴⁴ 2021 *Decree*, *supra*, note 37, Ch. 3.

⁴⁵ 2021 *Decree*, *supra*, note 37, art. 1.2.

⁴⁶ For more analysis and discussions on the regulation and problems related to the use of vessels' security, see: Christopher Spearin, 'Private Military and Security Companies v. International Naval Endeavours v. Somali Pirates', *Journal of International Criminal Justice*, (10) 2012, pp. 823–837; Bibi van Ginkel, Frans-Paul van der Putten and Willem Molenaar, *State or Private Protection against Maritime Piracy? A Dutch Perspective*, Clingendael Report (The Hague: Clingendael, 2013); Giles Scott-Smith and Marcel Jansen, 'Holding on to the Monopoly on Violence? The Use of Armed Force, the Dutch Approach to PMSCs, and the Anti-Piracy Case', *St Antony's International Review*, 9(2) 2014, 54–70. Eugenio Cusumano and Stefano Ruzza, 'Contractors as a Second Best Option: The Italian Hybrid Approach to Maritime Security', *Ocean Development & International Law*, 46(2), 2015, pp. 111–22; Renée de Nevers, 'Sovereignty at Sea: States and Security in the Maritime Domain', *Security Studies*, 24(4), 2015, 597–630; Eugenio Cusumano, Stefano Ruzza, *Piracy and the Privatisation of Maritime Security* (Palgrave Macmillan: 2020).

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

It is also worth mentioning that many flag States would not be able to provide enough State official units to protect the vessels registered with them, because the great majority of merchant vessels are registered in only a few States, for reasons that it is not possible to discuss here. For instance, according to the London based Lloyd’s insurance company, 16% of the worlds’ fleet is registered with Panama, followed by Liberia and the Marshall Islands,⁴⁷ with a total of more than 18,000 vessels.

Therefore, the question is whether it would be more realistic and feasible to split States’ international anti-piracy activities and operations—policing—from protection for private vessels in a clearer way.

National Navies and official State ships, including coastguard units, could focus on patrolling the high seas for prevention purposes. They would be protected and justified by multilateral agreements and other international rules addressing maritime security, including specific UN Security Council resolutions. They would also be covered by official State immunity due to the international protection of maritime shipping routes that includes the fight against piracy. Those obligations, that are incorporated within an international crime’s definition, would concern the generality of States, including their obligation to cooperate to address and deal with the fight against the specific crime.

Protection of individual vessels could be delegated to PMSCs. However, this option would need further clarification and regulations, both under national and international law, due to the overlapping jurisdictional and regulatory matters that may involve different States’ regulations and private actors’ duties. These aspects shall be addressed in the next section of the article.

E. The Regulatory Evolution of (Armed) Private Maritime Security

The use of private security at sea either as deterrent or as a manifestation of force is hardly new. Indeed, for centuries, privately armed ships, even effectively private navies, were, depending upon the prevailing political needs of the day, either covertly tolerated or even actively encouraged as a privatization of the State’s use of violence to settle inter-State disputes, cloaked with legal legitimacy under letters of marque and reprisal.⁴⁸ During his career, a mariner could alternate between the roles of naval officer, privateer, or even pirate, depending upon contemporary political exigencies.

So blurred did the boundaries become, and so abused as an instrument of State foreign policy, that, in arguably the most concise exercise of international legal drafting in history, privateering was abolished by a mere five words⁴⁹ under the Declaration of Paris

⁴⁷ LLOYD’S LIST, TOP 10 FLAG STATES 2020 (Dec. 3, 2020), <https://lloydslist.maritimeintelligence.informa.com/LL1134965/Top-10-flag-states-2020>.

⁴⁸ See for example art. 1, Section 8 of the Constitution of the United States of America, *USA: Constitution* (Sept. 17, 1787, still in force), which allocates, alongside the power to declare war, the granting of “Letters of Marque and Reprisal” to the Congress.

⁴⁹ “Privateering is, and remains, abolished”.

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

1856⁵⁰—a prohibition today accepted as a broader rule of customary international law.⁵¹ Thus was broken the link between public and private force and security at sea, with legal violence reserved for States either under the laws of war or in the sphere of maritime security, such as the interdiction of suspected pirates.⁵² For private shipping, the use of force became limited to a right of self-defense.⁵³

Yet effective maritime security is an expensive business. For example, in 2010, just past the peak of Somali piracy, the One Earth Future Foundation, as part of its Oceans Beyond Piracy project, estimated the combined cost of the naval resources required to police the Horn of Africa that year to be in the region of \$2 billion,⁵⁴ with ship owners spending up to an additional \$2.5 billion on onboard security equipment and personnel.⁵⁵ In these current, straightened economic times, with the ongoing conflict in Ukraine further refocusing military spending priorities, it is hardly surprising that greater reliance is being placed on PMSCs—including those providing armed guards. What is surprising, however, is the speed with which the presence of such companies, and indeed of armed guards, has been accepted.

While never actually illegal under international law,⁵⁶ at least on the high seas where each ship sails under the exclusive jurisdiction of its flag State,⁵⁷ the IMO's Maritime Safety Committee's (MSC) position on the deployment of armed guards has evolved considerably in recent years. A mere 30 years ago, in 1993, the MSC categorically stated: "the carrying and use of firearms for personal protection or protection of a ship is strongly discouraged."⁵⁸ Indeed, in 2009, during the height of Somali piracy, the MSC, "for legal and safety reasons",⁵⁹ admonished flag States to "strongly discourage the carrying and use of firearms by seafarers for personal protection or for the protection of a ship",⁶⁰ before adding: "The use of privately contracted armed security personnel on board ships may lead to an escalation of violence."⁶¹ Unarmed private security personnel, by comparison, "should be fully acceptable to provide an enhanced lookout capability".⁶² Moreover, in referring to the measures ships "should"⁶³ take to protect themselves,⁶⁴ the MSC was

⁵⁰ Declaration Respecting Maritime Law, Paris (Apr. 16, 1856), art. 1.

⁵¹ See Michael P. Scharf, *Accelerated Formation of Customary International Law*, ILSA J. INT'L & COMP. L. 305, at 320 (2014).

⁵² See UNCLOS, arts. 105 & 107; see also Convention on the High Seas, arts. 19 & 21.

⁵³ See generally Chandler P. Anderson, Ellery C. Stowell & Maurice Leon, *The Status of Armed Merchantmen*, 11 PROCEEDINGS OF THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW AT ITS ANNUAL MEETING (1907-1917), 11 (1917).

⁵⁴ One Earth Future, *The Economic Cost of Maritime Piracy*, One Earth Future Working Paper (Dec. 2010), at 16.

⁵⁵ *Id.*, at 14–15.

⁵⁶ See, for example, IMO, MSC.1/Circ.1333, Annex, para. 7 (June 26, 2009).

⁵⁷ See UNCLOS, art. 92.

⁵⁸ IMO, MSC/Circ.623, Annex, para. 40 (June 18, 1993).

⁵⁹ IMO, MSC.1/Circ.1333, Annex, para. 5 (June 26, 2009).

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*, at Annex, para. 7.

⁶² *Id.*, at Annex, para. 6.

⁶³ *Id.*, Annex, para. 3.

⁶⁴ For the measures recommended by the MSC, see IMO, MSC.1/Circ.1334 (June 23, 2009).

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

again at pains to stress the potential for legal and safety issues “[w]ith respect to the carriage of firearms on board”.⁶⁵

Although such recommendations remain in place,⁶⁶ just two years later in 2011, the MSC issued detailed guidance on the use of on board armed private security personnel for the shipping industry,⁶⁷ for flag States,⁶⁸ and for port and coastal States,⁶⁹ with recommendations for PMSCs themselves following in 2012.⁷⁰ Nevertheless, the MSC was at pains to stress both to the shipping industry⁷¹ and to flag States⁷² that this was not intended as an endorsement of their use—with port and coastal States further reassured that such recommendations were not intended to interfere with their sovereign rights or exercise of jurisdiction.⁷³ Rather, the guidance simply reflected the changing reality that “the deployment of armed security personnel on board ships has become an accepted industry and flag state practice in certain circumstances.”⁷⁴

Notwithstanding such increased reliance on PMSCs and their armed guards by many shipping companies and flag States, the shipping industry’s BMP5 “does not recommend or endorse the general use of PMSCs onboard merchant ships”,⁷⁵ though it does still recognize the value of “experienced and competent unarmed PMSCs”.⁷⁶ When it comes to Privately Contracted Armed Security Personnel (PCASP), BMP5 simply recasts its formulaic response: “BMP does not recommend or endorse the general use of PCASP onboard merchant ships.”⁷⁷ Whether utilizing armed or unarmed personnel, it simply recommends compliance with ISO 28007-1:2015,⁷⁸ a somewhat paradoxically IMO-supported standard for a practice the MSC prefers not to encourage,⁷⁹ but which it helped to guide despite “not support[ing] self-certification or self-regulation by the private maritime security sector”.⁸⁰

⁶⁵ IMO, MSC.1/Circ.1333, Annex, para. 4 (June 26, 2009).

⁶⁶ Note: IMO, MSC.1/Circ.1333 was revoked and replaced by MSC.1/Circ.1333/Rev.1 (June 12, 2015)—though, substantively, Annex, paras 3–7 have been replicated in the latter instrument.

⁶⁷ IMO, MSC.1/Circ.1405 (May 23, 2011); since replaced by IMO, MSC.1/Circ.1405/Rev.2 (May 25, 2012).

⁶⁸ IMO, MSC.1/Circ.1406 (May 23, 2011); since replaced by IMO, MSC.1/Circ.1406/Rev.3 (June 12, 2015).

⁶⁹ IMO, MSC.1/Circ.1408 (September 16, 2011); since replaced by IMO, MSC.1/Circ.1408/Rev.1 (May 25, 2012).

⁷⁰ IMO, MSC.1/Circ.1443 (May 25, 2012).

⁷¹ See IMO, MSC.1/Circ.1405, Annex, para. 1 (May 23, 2011).

⁷² See IMO, MSC.1/Circ.1406, Annex, para. 1 (May 23, 2011).

⁷³ See IMO, MSC.1/Circ.1408, Annex, para. 2 (Sept. 16, 2011).

⁷⁴ IMO, ‘Private Armed Security’, <https://www.imo.org/en/OurWork/Security/Pages/Private-Armed-Security.aspx> [accessed April 11, 2023].

⁷⁵ BMP5, *supra*, note 21, at 19.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ ISO, *Ships, and marine technology — Guidelines for Private Maritime Security Companies (PMSC) providing privately contracted armed security personnel (PCASP) on board ships (and pro forma contract) — General (ISO 28007-1:2015)* (2015).

⁷⁹ See, respectively IMO, MSC.1/Circ.1405, Annex, para. 1 (May 23, 2011) and IMO, MSC.1/Circ.1406, Annex, para.1 (May 23, 2011).

⁸⁰ IMO, ‘Private Armed Security’, <https://www.imo.org/en/OurWork/Security/Pages/Private-Armed-Security.aspx> [accessed Apr. 11, 2023].

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

Although both the IMO's MSC and major shipping associations such as the International Chamber of Shipping, BIMCO, and INTERTANKIO—all three among the authors of BMP5—may prefer a world without armed guards, or indeed even PMSCs at all, on merchant ships traversing the world's shipping lanes, such views no longer reflect the reality; as they themselves reluctantly acknowledged. Still, new realities often bring with them new legal complexities and problems, some of which will be considered below.

F. The Question of Jurisdiction(s)

In drafting its guidance to maritime stakeholders in 2011 and 2012, the MSC stressed “the need for extreme caution in matters relating to liability, jurisdiction, sovereignty, ships in transit and rights of innocent passage, among other issues.”⁸¹ Space precludes discussion of all of these here, but in the sphere of private maritime security, jurisdiction is by far the most important complexity to arise; for all of the MSC's other concerns turn, to a greater or lesser extent, on the key nexus of jurisdiction—who can exercise it, who cannot, and when its bases clash, such as when State sovereignty and the varying pre-eminence afforded to littoral States under UNCLOS's zonal system qualifies or overrides flag State exclusivity.

While this is an issue applicable to the conduct of PMSCs across the board, it bears especial significance when it comes to those deploying armed guards, which this article will focus on. Because, as the *Enrica Lexie* case demonstrated all too clearly, States generally take exception to armed personnel entering their waters without their express permission. Where those personnel are private actors, shorn of the immunities potentially available to their public counterparts and acting for pecuniary motives, the consequences, such as criminal liability, may be significantly more serious.

So, to whom does the task of regulating PMSCs fall? As is hardly surprising of a general Law of the Sea treaty designed to enumerate the rights of States and to regulate their general conduct, UNCLOS does not cover this specific matter. True, it codifies certain maritime conduct as criminal under international law, such as piracy,⁸² but notwithstanding the essential requirement of being a private actor in order to commit piracy,⁸³ it exclusively reserves maritime security enforcement therefor to public actors⁸⁴—or at least to those acting with State sanction.⁸⁵ Equally, no other international treaty currently exists to provide a legal framework for the existence, operation, or accountability of PMSCs. Nor, as seen above, does the IMO actively regulate such actors; it merely provides guidance to them, their principals, and flag and littoral States. Any question of jurisdiction, and the possible regulation that comes with it, must therefore, for now at least, be determined by recourse to general rules of international law.

⁸¹ *Id.*

⁸² See UNCLOS, arts. 100–107.

⁸³ See UNCLOS, art. 101.

⁸⁴ UNCLOS, arts. 105 and 107.

⁸⁵ See UNCLOS, art. 107.

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

The starting point for matters of jurisdiction at sea is UNCLOS. Should a ship never sail out of its own State's⁸⁶ territorial sea, the issue of security—be it provided by private or public actors—would be purely a matter for the municipal law of that State, such waters being designated under Article 2 as the littoral State's sovereign territory.⁸⁷ Beyond those 12 nautical miles,⁸⁸ however, things start to get a little more nuanced.

By virtue of Article 91 UNCLOS, it is for each State to “fix the conditions for the grant of its nationality to ships”,⁸⁹ with ships entitled to fly that State's flag possessing that State's nationality.⁹⁰ Furthermore, under Article 92, ships “shall be subject to [the flag State's] exclusive jurisdiction on the high seas.”⁹¹ Although the ‘high seas’ are defined under Article 86 as “all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic waters of an archipelagic State”,⁹² the combined effect of Articles 58⁹³ and 86⁹⁴ is for most purposes to treat all waters seawards of the territorial sea as the high seas, with littoral States exercising only limited jurisdiction over both the Contiguous Zone⁹⁵ and the EEZ.⁹⁶

What this means in terms of armed guards on private shipping is that, legally, in the words of the MSC, such authorization is at “the prerogative of flag States”,⁹⁷ falling under that State's exclusive jurisdiction.⁹⁸ As such, ultimately not just the lawfulness of armed guards, but also the regulations concerning their qualifications, permitted arms and ammunition, as well as their rules of engagement fall to be determined by the municipal law of the flag State. Whilst legally that concept may be clear, practically, the inherent lack of uniformity of such a system is problematic—with ship owners and their operators, often with vessels flagged as is convenient, needing to determine and navigate a raft of different legal regimes, some far laxer than others. As context, the most recent guide⁹⁹ available from the website of the International Chamber of Shipping is already at least six years out of date.

Still, all well and good on the high seas. However, ships must sail to land at some point. Indeed, for merchant ships, that is their very purpose: to transfer goods and materials from one port to another. In doing so, they may not just traverse from the ports of State A to State B (each of which must permit the embarkation/disembarkation of armed guards)

⁸⁶ See UNCLOS, art. 91.

⁸⁷ UNCLOS, art. 2.

⁸⁸ See UNCLOS, art. 3; see also UNCLOS, art. 4.

⁸⁹ UNCLOS, art. 91.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ UNCLOS, art. 92.

⁹² UNCLOS, art. 86.

⁹³ Entitled ‘Rights and duties of other States in the exclusive economic zone’.

⁹⁴ Which defines the concept of ‘High Sea’.

⁹⁵ See UNCLOS, art. 33(1).

⁹⁶ See UNCLOS, art. 56(1)(b).

⁹⁷ IMO, MSC.1/Circ.1443, Annex, para. 1.2 (May 25, 2012).

⁹⁸ *Id.* See also UNCLOS, art. 92; and see, further, UNCLOS, art. 94.

⁹⁹ International Chamber of Shipping, *Comparison of Flag State Laws on Armed Guards and Arms on Board, 2017* (Mar. 2017), <https://www.ics-shipping.org/publication/comparison-of-flag-state-laws-on-armed-guards-2017/> [accessed Apr. 11, 2024].

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

but pass through the waters of other States on route. Each of those littoral States must thus also permit private armed guards. If they do not, then a ship carrying such personnel through their territorial sea would likely not be complying with the rules of innocent passage,¹⁰⁰ triggering littoral State jurisdiction.¹⁰¹ Moreover, as the possession of firearms is often relevant to customs laws, such jurisdiction could conceivably similarly arise within the Contiguous Zone.¹⁰²

What is more, these are just the ‘simple’ jurisdictional issues concerning authorization. With shipowners, charterers, operators, and insurers potentially all based in different States, each with their own regulatory frameworks concerning private armed guards, issues such as liability arising from their improper use could well trigger overlapping jurisdictional claims—even before one considers the nationalities of the private security personnel (or their ‘victims’) themselves. Brevity prevents consideration of the details of such additional complexities here. Nevertheless, what it is important to consider is whether an appropriate regulatory framework could be developed to reconcile in broader terms potential jurisdictional issues arising from the deployment of PCASP.

G. Coherent Regulation on the Horizon, or Hidden Rocks Ahead?

What is abundantly clear from the above discussion is that no such overarching legal framework currently exists. Moreover, while the present regulatory patchwork of international law in the form of general jurisdictional principles arising both under UNCLOS and via customary international law, fleshed-out by individual States, both flag and littoral, as a matter of domestic law, and buttressed by IMO guidance and general industry compliance with ISO 28007-1:2015 may practically limp along like an antiquated slow steamer, it could hardly be labelled as satisfactory.

The shipping industry operates today in a maritime sphere where flag States are more willing to authorize the deployment of private armed guards,¹⁰³ on the one hand, while, on the other, a majority of littoral States do not allow them to operate in their territorial waters.¹⁰⁴ With this tension between different regulations operating in different jurisdictions, practical solutions inevitably arise. Should private armed guards be a necessity, ships can always be re-flagged to more accommodating flag States. Overcoming prohibition by littoral States, however, cannot be so easily cloaked with legal legitimacy. After all, the very purpose of the voyage is to sail to or from such States.

¹⁰⁰ For the right of innocent passage, see UNCLOS, art. 17.

¹⁰¹ See UNCLOS, arts. 17–19 & 21, especially arts. 19(1) & 21(1)(a).

¹⁰² See UNCLOS, art. 33(1)(a); and see, further, the (admittedly limited) consultation exercise with littoral States conducted by the World Customs Organization in 2013: <https://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/activities-and-programmes/firearms.aspx> [accessed April 11, 2023].

¹⁰³ See, for example, the UK Government’s *Interim guidance for UK flagged shipping on the use of armed guards* (2015) <https://www.gov.uk/government/publications/interim-guidance-to-uk-flagged-shipping-on-the-use-of-armed-guards-to-defend-against-the-threat-of-piracy-in-exceptional-circumstances/ddd> [accessed Apr. 11, 2023].

¹⁰⁴ IMCO, ICS, IFSMA, IGP&I, INTERTANKO, INTERCARGO, INTERMANAGER, and OCIMF, *Global Counter Piracy: Guidance for Companies, Masters and Seafarers* (2018), at 38.

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

Faced with potential legal sanctions upon entering the territorial sea, or perhaps even the Contiguous Zone's customs regime, of the littoral State, and with their task of escorting the ship through potentially hostile waters complete, some PCASP may simply elect to dump their arms and ammunition overboard.¹⁰⁵ Indeed, by 2012, the “most cost-effective approach”¹⁰⁶ to the problem was the innovative development of floating armories,¹⁰⁷ anchored beyond the geographical limits of littoral State jurisdiction,¹⁰⁸ where PCASP, their arms, ammunition, and other kit can be embarked and disembarked¹⁰⁹ almost as easily as borrowing and returning a library book.¹¹⁰ Like the shipboard presence of PMSCs more generally, with no international legal regime expressly regulating floating armories,¹¹¹ under Article 92 UNCLOS, they and their conduct ultimately fall under their flag State's jurisdiction just like any other ship—provided they remain on the high seas.

Indeed, so pervasive has the presence of floating armories become, that in 2020 the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) issued a Manual for Criminal Justice Practitioners, specifically highlighting the complex web of international and municipal laws that may cover their operation, as well as potential pitfalls to their operation such as compliance with international sanctions and arms embargoes.¹¹² Whilst they recognized both the “legal and logistical concerns”¹¹³ arising from the use of floating armories, PCASP, and PMSCs more generally, the UNODC stopped short of calling for increased international regulation.

Faced with the jurisdictional complexities highlighted above, such regulation would certainly appear desirable. Given the vital importance of shipping to the global economy, it is somewhat nonsensical that such a significant aspect of maritime security is left to a disparate patchwork of general international law and specific flag and littoral State laws and policies, with those private actors operating in this arena often having to resort to practical wrangling and maneuvering, such as dumping arms and floating armories, in order to navigate it. With the IMO's (and many States') approach having shifted from condemnation to tacit acceptance, matched by industry's growing utilization of PMSCs and PCASP, the matter has become more acute as the number of privately armed actors at sea has proliferated.¹¹⁴

¹⁰⁵ See Anna Petrig, *The Use of Force and Firearms by Private Maritime Security Companies Against Suspected Pirates*, 62 INT'L & COMP. L.Q., 667, at 686 (2013).

¹⁰⁶ UNODC, *Summary of Laws Regulating Floating Armouries and their Operations: Annex A to Maritime Crime: A Manual for Criminal Justice Practitioners* (2020), at 4.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*, at 4–5.

¹¹¹ *Id.*, at 10.

¹¹² *Id.*, at 15.

¹¹³ *Id.* at 4 & 5.

¹¹⁴ See, for example, Clive R. Symmons, *Embarking Vessel Protection Detachments and Private Armed Guards on Board Commercial Vessels: International Legal Consequences and Problems under the Law of the Sea*, 51 MILITARY LAW AND THE LAW OF WAR REVIEW, 21, (2012) at 24,

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

Moreover, increased regulation—and, perhaps more importantly, the standardization of regulations—concerning PCASP is needed not just to ensure effective protection of the globe’s maritime spaces, but also to protect those personnel so engaged. As the *Enrica Lexie* case demonstrated all too clearly, armed personnel can easily fall foul of littoral State laws concerning the mere possession of arms, not just when and how they are used. PCASP, devoid of the immunities potentially available to uniformed personnel comprising a VPD, are particularly vulnerable to being detained as pawns in broader intra-State disputes—for example, in the State of Hormuz or in the disputed waters of the South China Sea—especially during times of heightened geopolitical tensions.

Clearer regulation would also better protect PCASP (as well as those shipping companies hiring them) from potential liability, both criminal and civil, not just from their onboard presence but also from their actual use of force should it be deployed. For example, legally, PCASP can clearly use their weapons defensively, invoking the inherent right of self-defense, to protect either themselves or their/another ship.¹¹⁵ Should the force they direct against a vessel be excessive or unreasonably deployed, their conduct could meet the definition of piracy under Article 101 UNCLOS, rendering them subject to criminal enforcement by any State, some of which still impose the death penalty for piracy.¹¹⁶ Such conduct could also fall foul of Article 3(b) SUA’s endangerment of safe navigation offence—and, the SUA being subject to national interpretation, could even conceivably risk being deemed as ‘terrorism’ under Article 3bis(1)(a)(iii).

Yet is regulation practical? Drawing a comparison with the position of Private Military/Security Companies on land is illustrative. In 2008, the International Committee of the Red Cross, in consensus with 17 States, and having consulted industry representatives and other civil society actors, issued the Montreux Document, designed to set out both “[p]ertinent international legal obligations relating to private military and security companies”¹¹⁷ and “[g]ood practices relating to private military and security companies”.¹¹⁸ The document itself did not seek to legitimize or delegitimize the use of such companies;¹¹⁹ rather, it simply recognized the reality of their use.¹²⁰ Crucially, it is not a legally binding instrument;¹²¹ though it is clearly intended to help guide the future practice of both States and industry.¹²²

Formulated around the height of Somali piracy, the Montreux Document, does acknowledge “the contracting of PMSCs to protect merchant shipping against acts of piracy”,¹²³ although it goes on to label the fight against piracy “as a matter of law

¹¹⁵ See generally, in relation to vessels flying the UK’s flag, the UK Government’s 2015 *Interim guidance for UK flagged shipping on the use of armed guards*, *supra*, note 103.

¹¹⁶ See, for example, India, *Maritime Anti-Piracy Act*, Section 3, Bill No. 369 of 2019 (Dec. 19, 2022).

¹¹⁷ ICRC, *supra*, note 3, Part One, at 11, *et seq.*

¹¹⁸ *Id.*, Part Two, at 16, *et seq.*

¹¹⁹ *Id.* at 41.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.*, at 9.

¹²² *Id.*, at 10.

¹²³ *Id.*, at 39.

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

enforcement”.¹²⁴ This is important, for despite the document not distinguishing between the use of private military and security companies on land or at sea, its focus is exclusively on the use of such companies during armed conflicts, and on ensuring that they comply with international humanitarian law.¹²⁵ So far, at least, the problems giving rise to security concerns at sea sufficient to trigger the presence of armed private maritime security—piracy, terrorism, smuggling, trafficking, illicit trade in weapons or narcotics, etc.—arise not from armed conflict but from the criminal actions of non-State actors. Therefore, they do not trigger issues of international humanitarian law.

Perhaps that is part of the problem, explaining why oversight of the maritime realm has been neglected for so long. The backdrop to the Montreux Document was the significant presence of private military and security companies in Iraq in the early 2000s, as well as the abuses linked to them.¹²⁶ On land, such companies will inevitably encounter enemy combatants and/or civilians. When they do, those events will often play out very publicly under the glare of the world’s 24/7 media, with public outcry for accountability.

This is not the case at sea, however. What happens on the waters over the horizon is hidden from public view, with no civilians at risk of getting in the way, other than seafarers who are seen to have voluntarily signed on for such dangers. Indeed, successfully defended attacks may never come to light, shipping interests not wishing to raise their insurance premiums or risk investigation by reporting them, or what ultimately happened to their perpetrators. Accordingly, the impetus for increased regulation is lacking, especially if that would increase the burden on industry. Increased regulation of private armed guards, whilst certainly desirable, would thus appear not to be that high a priority—at least for now.

H. Conclusion

Security threats and challenges at sea are nothing new; they have existed since Antiquity. That the burden of these threats falls disproportionately on private maritime actors is not new either. What has changed in recent years, however, is the growing acceptance that private actors can play an important role in helping to defend global maritime interests and combating those threats, such as piracy. Initially strongly discouraged, both the IMO and States—albeit to differing degrees—have moved to a position somewhere between tacit acceptance and ‘soft law regulation’ (in the form of guidance and best practices) of an increased private security role.

The growing use of PMSCs, and PCASP in particular, however, raises important practical and legal questions, especially in relation to jurisdiction concerning such personnel, their conduct, their weaponry, and their rules of engagement. With an expanding disconnect between more permissive flag States, on the one hand, and restrictive littoral States on the other, the potential for jurisdictional conflict to arise has increased significantly. As

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ See Nigel D. White, *The Privatisation of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group’s Draft Convention*, 11 H.R.L.REV, 133, at 133–135 (2011).

ARMED TO THE TEETH: NAVIGATING THE MURKY WATERS OF INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE MARITIME SECURITY

Vol. 1 – 2024

the number of different legal regimes grows, so too does the complexity for individual maritime and security operators seeking to navigate them—a problem likely only to worsen in the immediate future.

Although few might argue with private shipping interests expending their own (often significant) resources to protect their interests and security, thus removing that burden from States, the increasing weaponization of merchant ships is an issue that should not be ignored. So far, serious incidents and jurisdictional conflicts have been avoided, partly by using practical measures such as the dumping of weapons at sea or the anchoring of floating armories beyond the boundaries of littoral State jurisdiction. Nevertheless, safety and security at sea should not be left to float or sink on such practical maneuvering. A solid regulatory bedrock to adequately govern armed private security personnel is required to protect all legitimate maritime actors, including those personnel themselves.

PCASP form an effective deterrent and protective force: with the UNODC reporting that no ship fielding such guards had been successfully taken by pirates as of 2019.¹²⁷ The PMSC armed guard genie is thus well and truly out of its bottle; and it will not be going back in, especially in today's world of heightened security threats.

In the end, if regulation is to come, it can only come from States, either directly or via the IMO. At present, such a development does not appear likely; nor, indeed, a priority. Perhaps then, in the short term, the answer lies in soft, non-legally binding but widely recognized instruments, such as the IMO's MSC's guidance, ISO 28007-1:2015, and the shipping industry's own BMP5. More useful may be an equivalent of the Montreux Document to help stimulate future practice, but one reflective of the roles of PMSCs in a security and law enforcement context—especially a maritime one—not set against a backdrop of armed conflict.

Ultimately, perhaps 'security issues' at sea such as piracy and robbery are best categorized as just that: law enforcement. Whether private actors should play a role—any role—in such processes may well be debatable. Yet for now, at least, that debate has passed unargued. Real questions concerning the private use of force at sea do, however, remain. There was a reason, after all, why the frustrated community of States ultimately outlawed privateering. That, though, remains a matter for a future voyage.

¹²⁷ UNODC, *supra*, note 106, at 4.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

**La contribution des ONG au développement de la jurisprudence de la Cour
africaine des droits de l'homme et des Peuples**

Kazadi Mpiana Joseph

Professeur de Droit public à l'Université de Lubumbashi (UNILU) et à l'Université
Nouveaux Horizons (UNH)

Mots clés. ONG, Cour africaine, déclaration d'acceptation de la compétence, requérants, arrêt, retrait, observateur.

Résumé

Les ONG des droits de l'homme font partie des entités habilitées à saisir la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en matière contentieuse. Cette saisine est conditionnée par leur statut d'observateur devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et par le dépôt de l'Etat défendeur de la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour. Au cours de ces seize ans depuis le début des travaux de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, les ONG ont présenté seules ou conjointement avec des individus des requêtes en nombre trop limité permettant à la Cour africaine de rendre certains grands arrêts au regard des questions abordées. Cette contribution des ONG demeure faible et il faudrait que la saisine de la Cour africaine soit régulièrement complétée par celle de la Commission africaine et du Comité africain d'Experts sur les droits et bien-être de l'enfant. Dispensées de prouver l'intérêt à agir ou la qualité de victime, les ONG bénéficient d'un accès libéral devant la Cour africaine sous réserve du respect des conditions fixées par les articles 5 (3) et 34 (6) du Protocole de Ouagadougou.

Sommaire

Introduction. 1. Les ONG dans le système africain des droits de l'homme. 2. La saisine de la Cour africaine par les ONG. 3. Appréciation de la compétence personnelle de la Cour à l'égard des ONG requérantes. 4. La portée des requêtes des ONG. 5. L'exécution des décisions de la Cour africaine. 6. Le retrait de la déclaration. 7. Perspectives. Conclusion

Introduction

Les ONG figurent aux côtés des individus, de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Commission africaine), des Etats et des organisations inter-gouvernementales africaines parmi les requérants susceptibles de saisir la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Cour africaine) conformément à l'article 5 du Protocole de Ouagadougou¹. Si la saisine de celle-ci par la Commission

¹ Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples adopté le 9 juin 1998 à Ouagadougou. Il est entré en vigueur le 25

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

africaine, les Etats et les organisations inter-gouvernementales africaines ne pose pas de conditions particulières et ce, malgré la saisine aléatoire de la Cour africaine par la Commission africaine, la jurisprudence de la Cour africaine se développe depuis 2009 grâce à l'initiative des individus et des ONG.

Analysant l'article 5 du Protocole de Ouagadougou relatif aux requérants devant la Cour africaine, Stéphane DOUMBE-BILLE distingue deux catégories: d'une part les requérants de droit ayant un accès direct (Les Etats, les Organisations intergouvernementales africaines et la Commission africaine) et d'autre part les requérants conditionnels représentés par les ONG et les individus. Au-delà de l'apparence d'une rédaction simple de l'article 5 précité, son analyse ne présente pas moins un mécanisme complexe².

Cet accès libéral à la Cour africaine au profit des requérants précités sous réserve de la satisfaction des conditions fixées par les articles 35 (3) et 34 (6) du Protocole de Ouagadougou traduit ce que Téléphore ONDO qualifie de « démocratisation de l'accès au prétoire » de la Cour africaine³.

Pour mieux comprendre les requérants (non institutionnels) habilités à saisir la Cour africaine, il convient de se référer aux articles 5 (3) et 34 § 6 du Protocole de Ouagadougou créant la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples⁴. Les conditions posées à la saisine de cette Cour par les individus et les ONG sont reproduites aussi bien dans le Protocole de Sharm El-Sheik du 1^{er} juillet 2008 portant fusion de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (non encore en vigueur)⁵ que par le Protocole de Malabo de 2014 amendant le Protocole de 2008 (non encore en vigueur)⁶.

Cet article n'évoque pas la participation des ONG à la procédure de demande d'avis consultatif. Ce prétoire est accessible aux Etats membres de l'Union africaine, aux organes de l'Union africaine et aux organisations africaines reconnues par l'Union africaine. Les ONG y figurent lorsqu'elles réunissent les conditions d'une organisation africaine reconnue par l'Union africaine. Dans son Avis consultatif du 26 mai 2017, la Cour africaine a précisé que lorsqu'il s'agit des ONG, une organisation peut être considérée africaine si

janvier 2004. Sur les 55 Etats africains, 52 l'ont signé. 34 Etats ont déjà déposé leurs instruments de ratification.

[https://au.int/sites/default/files/treaties/36393-sl-PROTOCOL TO THE AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS ON THE ESTABLISHMENT OF AN AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS 0.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36393-sl-PROTOCOL%20TO%20THE%20AFRICAN%20CHARTER%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLES%20RIGHTS%20ON%20THE%20ESTABLISHMENT%20OF%20AN%20AFRICAN%20COURT%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLES%20RIGHTS%200.pdf) consulté le 18 juin 2024.

² St. DOUMBE-BILLE, « Le mécanisme de saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples est-il approprié à sa fonction ? », in *Réciprocité et universalité: sources et régimes du Droit international des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur d'Emmanuel Decaux*, Paris, Pédone, 2017, pp. 587-604.

³ T. ONDO, « La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: entre particularisme et universalité », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol.1, 2017, pp. 244-262, spéc. à la p. 246.

⁴ Au regard de la lecture combinée de ces deux dispositions, les ONG dotées du statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'homme peuvent saisir directement la Cour africaine dès lors que l'Etat défendeur a déposé la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour africaine de recevoir les requêtes provenant des ONG et des individus.

⁵ La lecture combinée des articles 8 et 30 (f) du Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

⁶ Protocole portant amendements au protocole portant statut de la cour africaine de justice et des droits de l'homme adopté à Malabo le 27 juin 2014. La lecture combinée des dispositions des articles 9 (3) et 30 (f) reproduit l'essentiel de l'exigence de la déclaration prévue par l'article 34 § 6 du Protocole de Ouagadougou pour les individus et les ONG et ce, en plus du statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples exigé des ONG.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

elle est enregistrée dans un Etat africain et est dotée de structures aux niveau sous-régional, régional ou continental et elle mène des activités au-delà du territoire dans lequel elle est enregistrée, de même que toute organisation de la diaspora reconnue comme telle par l'Union africaine. En bref, seules les ONG africaines reconnues par l'Union africaine peuvent demander des avis consultatifs à la Cour. La simple qualité d'ONG bénéficiant du seul statut d'observateur à la Commission africaine ne lui confère pas le droit de saisir la Cour africaine par voie consultative⁷.

La présente réflexion analyse aussi la pertinence du fond des requêtes en y recherchant les « grands arrêts » du point de vue de leur contribution. Elle interroge aussi le niveau d'exécution par les Etats défendeurs des mesures décidées par la Cour africaine des requêtes initiées par les ONG seules ou conjointement avec les individus. Pour mieux mener cette étude, la casuistique nous sert de guide en mobilisant la jurisprudence de la Cour africaine, en opérant un tri sélectif pour ne retenir que les affaires portées devant la Cour africaine par les ONG agissant seules ou conjointement avec les individus. Elle recourt à l'herméneutique juridique en dégagant l'interprétation des dispositions pertinentes des textes juridiques relatifs aux droits de l'homme, celle de la Cour africaine et, dans une certaine mesure celle de la doctrine.

L'herméneutique juridique est insuffisante pour nous éclairer sur les raisons de certaines spécificités du système africain des droits de l'homme qui se nourrissent de considérations d'ordre culturel, anthropologique sans lesquelles il nous semble difficile de pénétrer les méandres des réticences des Etats à déposer la déclaration permettant aux individus et aux ONG de saisir la Cour ou de déposer l'instrument de leur retrait. Ces considérations et spécificités africaines irradiant aussi le processus d'exécution des mesures décidées ou recommandées par la Cour africaine. Cette évidence de la spécificité des conceptions des droits de l'homme avait été soulignée par KEBA MBAYE considérant que les droits de l'homme ne procèdent pas partout de la même conception, de la même formulation, du même contenu, n'obéissent pas aux mêmes règles de reconnaissance, de promotion et de protection et ont donc une certaine spécificité, compte tenu des données philosophiques et économiques notamment. Or ces données sont intimement liées à la géographie et à l'histoire, comme le sont celles relatives à la politique et à la sociologie⁸. Ces spécificités permettent de mieux saisir la dynamique et les vicissitudes de la

⁷ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Demande d'avis consultatif introduite par *Socio-economic rights and Accountability Project (SERAP)*, N° 001/2013. Avis consultatif du 26 mai 2017. La Cour africaine a déjà exercé la fonction consultative dans 15 demandes d'avis. 11 de ces 15 ont été radiées du fait de l'incompétence de la Cour. Pour une analyse de l'exercice de cette fonction consultative de la Cour africaine, voir C. V. NOUZI KEMKENG et J. BASAANE GNEBA, « L'office consultatif de la Cour d'Arusha au regard de ses premiers avis (2009-2019) in C. MAIA et J.-B. HARELIMANA (dir.), *La protection des droits humains en Afrique : perspectives actuelles*, Saint-Ouen, Les éditions du Net, collection Jus Gentium & Africa, 2024, pp. 145-166 ; T. M. MAKUNYA et S. ZIGASHANE BITAGIRWA « La compétence consultative de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : entre restrictions organiques et limitations matérielles », in E. BAKAMA BOPE et S. MAKAYA KIELA (dir.), *Droit international des droits de l'homme, justice transitionnelle et Droit international pénal*, Kinshasa, Editions CAD, 2020, pp. 9-49 ; P. MPUNGA BIAYI, « La fonction consultative de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples: Heurs et malheurs des avis du juge régional des droits de l'Homme ». *L'Observateur des Nations Unies*, 2023, Vol. 55, N° 2, pp.73-95.

⁸ KEBA MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pédone, 1992, p. 50.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

protection des droits de l'homme devant la Cour africaine et ce, au-delà d'une approche fondée exclusivement sur l'interprétation.

La perspective ou l'angle d'analyse qui oriente notre réflexion a intéressé moins la doctrine qui se focalise à mettre en exergue d'une manière globale les difficultés d'accès des ONG et des individus devant la Cour africaine en indexant, entre autres, les réticences de nombreux Etats à déposer la déclaration précitée⁹. Certaines études relatives aux ONG soulignent le rôle qu'elles jouent dans le système africain des droits de l'homme aussi bien devant la Cour africaine que devant la Commission africaine ou le Comité africain d'experts sur les droits et bien-être de l'enfant¹⁰.

La démarche de cet article est différente dans la mesure où elle se focalise, à travers une exploration jurisprudentielle, sur les requêtes portées par les ONG, seules ou conjointement avec les individus pour apprécier leur apport au développement du Droit régional africain des droits de l'homme. Certains arrêts-phares ou grands arrêts rendus par la Cour africaine proviennent des initiatives des ONG. La doctrine qui analyse la jurisprudence de la Cour africaine recourt soit à une grille thématique, soit à une présentation de grands axes de cette jurisprudence. Ces travaux de doctrine sont pris en compte dans cet article qui isole de cette jurisprudence celle portant l'empreinte des ONG afin d'en apprécier la valeur ajoutée au système africain de protection des droits de l'homme.

Vingt-ans après l'entrée en vigueur du Protocole de Ouagadougou (2004) et dix-huit ans après l'enrôlement de la première requête (2008), il est possible de dresser un premier bilan de l'activité contentieuse de la Cour africaine partant de requêtes présentées par les ONG, de leur traitement par la Cour ainsi que de leur contribution au développement du Droit régional africain des droits de l'homme. Au cours de cette réflexion nous nous proposons à répondre à cette question : l'accès à la Cour africaine par les ONG a-t-il contribué au développement de la jurisprudence de la Cour africaine ? Il s'agit, en d'autres termes, de questionner, à travers le nombre de requêtes présentées par les ONG de manière solitaire ou conjointement avec les individus, leur examen par la Cour africaine, l'apport au développement du droit régional africain des droits de l'homme.

L'hypothèse est que le droit d'accès des ONG, malgré les contraintes étatiques et les conditions d'une ouverture démocratique au prétoire de la Cour africaine, demeure très

⁹ St. DOUMBE-BILLE, « Le mécanisme de saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples est-il approprié à sa fonction »? in *Réciprocité et universalité: sources et régimes du Droit international des droits de l'homme*, Paris, Pédone, 2017, pp. 587-604; C.V.N. KEMKENG, « La déclaration de l'article 34 (6) du Protocole de Ouagadougou dans le système africain des droits de l'homme: entre régressions continentales et progressions régionales », *Annuaire africain des droits de l'homme*, vol. 2, 2018, p.179; W. HOFFNER, « L'accès de l'individu à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revista Juridica*, Vol.2, N° 43, pp. 825-883, J. KAZADI MPIANA, « La saisine du juge africain des droits de l'homme par les individus et les ONG. Regards critiques sur les premiers arrêts et décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue de Droit international et de droit comparé*, 2013, n° 3, pp. 315-352.

¹⁰ M. SOGNIGBE-SANGBANA « Les Organisations non gouvernementales dans le système africain des droits de l'homme: essai de systématisation du rôle des ONG dans le contentieux régional des droits de l'homme », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol.5, 2021, pp. 231-252.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

limité à l'usage de quelques ONG se comptant au bout des doigts. Cet accès limité influe sur la qualité et la quantité de la jurisprudence de la Cour africaine même s'il convient de reconnaître que cet accès a été à la base de certains « grands arrêts » de la Cour africaine au regard des affaires tranchées.

Au-delà de la mise en exergue de cette contribution, l'article analyse aussi les obstacles liés au nombre peu élevé des requêtes provenant des ONG et propose des pistes de solution pour accroître la participation des ONG au processus d'exercice par la Cour africaine de sa compétence contentieuse

1. Les ONG dans le système africain des droits de l'homme¹¹.

Le dictionnaire de Droit international public définit une organisation (internationale) non gouvernementale comme une association privée qui exerce ses activités à but non lucratif, sur le plan interne ou dans le cadre international¹². Il est difficile de dégager un statut commun aux différentes organisations internationales non gouvernementales¹³.

La convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales (OING) s'applique aux associations, fondations et autres institutions privées (ci-après dénommées ONG) qui remplissent les conditions suivantes: a) avoir un but non lucratif d'utilité internationale; b) avoir été créées par un acte relevant du droit interne d'une Partie; c) exercer une activité effective dans au moins deux États; et d) avoir leur siège statutaire sur le territoire d'une Partie et leur siège réel sur le territoire de cette Partie ou d'une autre Partie¹⁴.

Chaque Etat peut définir l'ONG à son gré tout en faisant ressortir le caractère non lucratif des activités réalisées si ce n'est de manière accessoire ou aléatoire. En droit congolais, est réputée Organisation non gouvernementale, ONG en sigle « l'association sans but lucratif, dotée de la personnalité juridique dont l'objet concourt au développement social, culturel et économique des communautés locales »¹⁵. L'une des définitions que le législateur congolais donne du défenseur des droits de l'homme peut s'adapter à une ONG des droits de l'homme. Par défenseur des droits de l'homme, il faut entendre « (...) 2. Toute institution ou tout organisme légalement constitué qui travaille à la promotion, à la protection et à la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales tels que garanties par la Constitution, les lois de la République, les instruments nationaux,

¹¹ Nous utilisons ici l'expression « système africain des droits de l'homme » en nous limitant au niveau continental tel qu'il est reflété principalement par la Cour africaine, la Commission africaine et le Comité africain d'experts sur les droits et bien-être de l'enfant.

¹² J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 793.

¹³ Pour un aperçu général de différents statuts, du droit applicable et de leur évolution, voir, entre autres, N. LEROUX, *La condition juridique des organisations non gouvernementales internationales*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Yvon Blais, 2010; J.-Cl. SHANDA TONME, *Le système des Organisations internationales non gouvernementales: émergence d'un droit international spécifique ?*, Paris, L'Harmattan, 2020; E. TRAMONTANA, *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, Padova, Cedam, 2014.

¹⁴ Cette convention a été conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe le 24 avril 1986.

¹⁵ Loi n° 004/2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique. Journal officiel de la RDC, 42^e année, N° spécial, 15 août 2001. Art.33.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

régionaux et internationaux en fonction de ses attributions (...) »¹⁶. Cette définition peut s'adapter aux différents Etats. Les ONG habilitées à solliciter le statut d'observateur œuvrent dans le domaine des droits de l'homme.

La Commission africaine les associe à ses travaux à travers le statut d'observateur reconnu à celles qui se conforment aux critères qu'elle fixe. La Commission africaine ne définit pas une ONG. Le Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme du 1^{er} juillet 2008 entend par Organisation non gouvernementale africaine une ONG aux niveaux sous-régional, régional ou interafricain, y compris celles de la diaspora telles que définies par le Conseil exécutif. Cette définition est plus formaliste en se rattachant sur les conditions à réunir mais plutôt que sur la substance de l'ONG. C'est pourquoi, du point de vue du contenu, la définition proposée par le législateur congolais peut être retenue pour toute ONG tandis que les définitions proposées par la Convention européenne et le dictionnaire de Droit international sont retenues concernant les Organisations internationales non gouvernementales.

L'octroi du statut d'observateur auprès de la Commission africaine permet aux ONG de participer directement aux activités de la Commission. La Règle 72 du Règlement intérieur de la Commission est relative aux ONG et se réfère pour l'essentiel aux dispositions pertinentes portant critères d'octroi et de maintien du statut d'observateur au profit des ONG¹⁷.

Plusieurs résolutions ont été adoptées et modifiées par la Commission africaine portant critères de reconnaissance du statut d'observateur aux ONG définissant, entre autres, leurs droits et obligations¹⁸. La résolution en vigueur au moment où nous rédigeons cet article date du 9 novembre 2023. C'est la Résolution sur les critères d'octroi et de maintien du statut d'observateur aux organisations non gouvernementales en charge des droits de l'homme et des peuples en Afrique¹⁹.

¹⁶ Loi n° 23/027 du 15 juin 2023 relative à la protection et à la responsabilité du défenseur des droits de l'homme en RDC, Journal officiel de la République démocratique du Congo, 8 juillet 2023, col.3.

¹⁷ Règle 72: Organisations non gouvernementales Conformément à la Résolution de la Commission sur les critères d'octroi et de maintien du statut d'observateur aux organisations non gouvernementales actives dans le domaine des droits de l'homme et des peuples en Afrique, ces organisations peuvent obtenir le statut d'observateur auprès de la Commission. Les organisations non gouvernementales ayant le statut d'observateur auprès de la Commission africaine jouissent des droits et remplissent les obligations stipulés dans la Résolution susmentionnée. La Commission peut décider de prendre des mesures contre un observateur qui ne remplit plus les critères ou omet de s'acquitter de ses obligations, tels qu'énoncés dans la Résolution susmentionnée. L'observateur sera avisé et, chaque fois que cela est jugé nécessaire, invité à exprimer son point de vue avant qu'une telle décision ne soit prise.

¹⁸ A TITRE ILLUSTRATIF NOUS POUVONS CITER LA RESOLUTION SUR LA COOPERATION ENTRE LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES ET LES ONG AYANT LE STATUT D'OBSERVATEUR AUPRES D'ELLE. CADHP/RES.30 (XXIV) 98; RESOLUTION SUR LA REVISION DES CRITERES D'OCTROI ET DE JOUISSANCE DU STATUT D'OBSERVATEUR AUX ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES S'OCCUPANT DES DROITS DE L'HOMME AUPRES DE LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES. CADHP/RES.33 (XXV)99 ; RESOLUTION SUR LES CRITERES D'OCTROI ET DE MAINTIEN DU STATUT D'OBSERVATEUR AUX ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES EN CHARGE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES EN AFRIQUE - CADHP/RES.361(LIX)2016 DU 4 NOVEMBRE 2016.

¹⁹ CADHP/Rés.572 (LXXVII) 2023 du 9 novembre 2023.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 - 2024

A titre illustratif, toute ONG qui sollicite l'octroi du statut d'observateur auprès de la Commission est invitée à présenter une requête documentée auprès du Secrétariat de la Commission en vue de s'assurer de sa volonté et de sa capacité à œuvrer pour la réalisation des objectifs de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (la Charte africaine). Elle doit, en conséquence avoir des objectifs et des activités conformes aux principes fondamentaux et aux objectifs énoncés dans l'Acte constitutif de l'Union africaine (UA), dans le préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (le Protocole de Maputo) ; être une organisation œuvrant dans le domaine des droits humains en Afrique; domaine des droits humains en Afrique ; c) déclarer ses ressources financières.

Les ONG étrangères peuvent aussi demander le statut d'observateur en se conformant aux conditions ci-après : l'enregistrement dans un Etat partie à la Charte africaine et avoir un bureau régional ou une représentation dans un Etat africain.

La demande du statut d'observateur doit être formulée au moins trois mois avant la session ordinaire accompagnée de documents suivants : a) une lettre de candidature adressée au Secrétariat et demandant le statut d'observateur ; une liste des membres du Conseil et des autres membres de l'ONG ; les statuts de l'ONG, signés et légalisés ; le certificat du statut juridique de l'ONG délivré par l'autorité gouvernementale compétente dans l'Etat où l'ONG est basée ; les sources de financement de l'ONG ; le dernier bilan financier de l'ONG ayant fait l'objet d'un audit indépendant; le dernier Rapport d'activités annuel de l'ONG et un plan d'action global ou plan stratégique de l'ONG en cours, signé ou approuvé par les membres compétents de l'ONG s'étalant sur deux ans au minimum, et qui contient les objectifs de l'ONG pendant la période spécifiée, la liste des activités à entreprendre, le calendrier de leur réalisation, les lieux de mise en œuvre, les stratégies pour les mettre en œuvre et les groupes cibles.

Les observateurs s'engagent à établir des relations étroites de coopération avec la Commission et à entreprendre des consultations régulières avec elle sur les questions d'intérêt commun. Ils doivent en outre présenter leurs rapports d'activités une fois tous les deux (2) ans à la Commission.

Le statut d'observateur peut être suspendu ou retiré à toute ONG qui ne remplit plus les critères, après examen de la Commission. Le site web de la Commission africaine nous renseigne que plus de mille ONG bénéficient de ce statut d'observateur²⁰. La reconnaissance formelle des ONG au sein du mécanisme africain permet à celles-ci d'accéder et de participer pleinement aux activités de la Commission, tant en matière de promotion que de protection²¹.

Le Règlement intérieur du Comité africain d'Experts sur les droits et bien-être de l'enfant (CAEDBE) institue aussi des relations entre le Comité et les ONG. Aux termes de la règle 84, les ONG travaillant dans le domaine des droits et du bien-être de l'enfant, et ayant des objectifs et des activités conformes aux principes et objectifs énoncés dans la Charte Africaine des enfants peuvent bénéficier du statut d'observateur auprès du Comité. Une

²⁰ <https://achpr.au.int/fr/network/ngos> consulté le 3 juillet 2024.

²¹ RACHIDATOU ILLA MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*. Un organe de contrôle au service de la Charte africaine, Paris, Karthala, 2013, p. 283.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

ONG qui demande le statut d'observateur doit se conformer aux principes et exigences énoncés dans les critères d'octroi du statut d'observateur adoptés par le Comité.

Les ONG interviennent devant la Cour africaine soit *proprio motu* quand elles prennent l'initiative de saisir en leur propre qualité la Cour africaine en tant que requérantes soit lorsqu'elles représentent ou assistent des victimes ou des requérants individuels. Elles peuvent aussi, en cas de besoin, agir en qualité d'*amicus curiae*. En effet, la Cour africaine, dans sa recherche d'informations, peut demander à toute personne ou institution de son choix d'exprimer un avis ou lui faire un rapport, sur un point déterminé²².

Il résulte que les ONG sont associées à la promotion et à la protection des droits de l'homme dans le système africain. C'est au regard de ce rôle que les ONG dotées du statut d'observateur auprès de la Commission africaine peuvent saisir la Cour africaine sous réserve du respect de l'exigence de la déclaration prévue par le paragraphe 6 de l'article 34 du Protocole de Ouagadougou. Bien que le Protocole ne reconnaisse ce droit qu'aux ONG dotées du statut d'observateur auprès de la Commission africaine, nous sommes d'avis qu'une ONG dotée du statut d'observateur auprès du Comité et non auprès de la Commission serait autorisée à saisir la Cour africaine. Cette interprétation tient compte du rôle sans cesse émergent de ce Comité dans l'exercice de ses fonctions et elle est compatible avec l'ouverture de la saisine de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme au CAEDBE. En se démarquant d'une interprétation littérale, la Cour africaine pourrait aisément autoriser les ONG dotées du statut d'observateur auprès du CAEDBE de la saisir²³.

Après avoir rappelé la place des ONG dans le système africain des droits de l'homme à travers leur statut d'observateur, il importe d'illustrer leur qualité en tant que requérants devant la Cour africaine

2. La saisine de la Cour africaine par les ONG

La saisine de la Cour africaine par les ONG est soumise à deux conditions, à savoir la détention par elles du statut d'observateur auprès de la Commission africaine et le dépôt de la déclaration prévue par l'article 34 § 6 permettant aux Etats d'autoriser la Cour à recevoir les requêtes provenant des ONG et des individus. Les ONG peuvent, *proprio motu*, saisir la Cour africaine en qualité de requérantes agissant seules²⁴ ou conjointement avec d'autres²⁵. Elles peuvent aussi s'associer aux individus pour présenter des requêtes²⁶ ou

²² Règle 55 du Règlement de la Cour africaine du 25 septembre 2020.

²³ Art.30 (C) du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

²⁴ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Affaire Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. la République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 001/2014. Arrêt du 18 novembre 2016.

²⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Requête 046/2016. *Affaire Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human rights and Development in Africa (IHRDA) c. République du Mali*. Arrêt du 11 mai 2018.

²⁶ A titre illustratif, Requête 042/2020. *Tike Mwambipile & Equality Now c. République unie de Tanzanie*. Arrêt du 1^{er} décembre 2022. La Cour africaine s'est déclarée compétente, mais la requête était irrecevable du fait qu'une communication portant sur les violations similaires avait été réglée par le Comité africain d'experts des droits et du bien-être de l'enfant (CAEDBE). Cette conclusion n'a pas été partagée par deux juges qui ont joint leur opinion dissidente (le juge Rafaâ Ben Achour et le juge Blaise Tchikaya). Voir aussi *Affaire Ayants droit de feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablassé, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo & le*

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

représenter les individus ou un groupe d'individus²⁷. La Cour africaine a procédé à la jonction d'instance de certaines affaires impliquant les ONG et les individus²⁸. Certaines ONG dépourvues du statut d'observateur ont présenté des requêtes à la Cour africaine qui a déclaré celles-ci irrecevables²⁹.

Le libellé de l'article 5 (3) du Protocole de Ouagadougou n'exige pas du requérant la qualité de victime que ce soit un requérant individuel ou une ONG. Cette ouverture, s'inscrivant dans le prolongement de la pratique initiée par la Commission africaine au profit des ONG³⁰, est différente de l'accès au prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme qui exige la qualité de victime sur le fondement de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme³¹. En droit européen des droits de l'homme, le requérant individuel doit avoir été victime d'une violation des droits garantis pour être habilité à exercer le recours individuel. Il doit justifier d'un intérêt personnel à agir. L'article 34 précité n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'*actio popularis* et ne les autorise pas à demander à la Cour européenne des droits de l'homme l'examen, *in abstracto*, de la non-conformité d'une loi à la Convention³².

La particularité de l'accès des individus et des ONG devant la Cour africaine ne repose sur aucun intérêt personnel à agir. La Cour africaine l'a rappelé au § 55 de l'arrêt rendu dans l'affaire *XYZ c. République du Bénin* : « La Cour note que ces dispositions n'obligent pas les individus ou les ONG à démontrer un intérêt personnel dans une requête pour accéder à la Cour. La seule condition préalable est que l'Etat défendeur, en plus d'être partie à la Charte et au Protocole, ait déposé la Déclaration permettant aux individus et aux ONG d'introduire des requêtes devant la Cour. Cela tient compte des difficultés pratiques que les victimes de violations des droits de l'homme peuvent rencontrer pour porter leurs

Mouvement Burkinabè des droits de l'homme et des peuples c. le Burkina Faso. Requête n° 013/2011. Arrêt du 24 mars 2014 ; arrêt sur les réparations du 5 juin 2015.

²⁷ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Requête 042/2016. Collectif des Anciens travailleurs du laboratoire (ALS) c. République du Mali*. Arrêt (compétence et recevabilité) du 28 mars 2019. Le collectif des anciens travailleurs du laboratoire étaient représentés d'une part par la Fédération internationale des droits de l'homme et d'autre part par l'Association malienne des droits de l'homme.

²⁸ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Jonction d'instance des affaires. 1. Tanganyika Law Society. 2. The Legal and Human rights Centre c. République-unie de Tanzanie*. Requête n° 009/2011. Révérend Christopher R. Mtikila c. République-unie de Tanzanie. Requête n° 011/2011.

²⁹ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Requête 006/2011. *Association Juristes d'Afrique pour la Bonne gouvernance c. République de Côte d'Ivoire*. Décision du 16 juin 2011. La Cour africaine avait décidé de renvoyer cette affaire devant la Commission africaine.

³⁰ Il n'est pas nécessaire que l'auteur ou les auteurs soient la victime ou les victimes, ni même qu'il existe un lien quelconque entre l'auteur et la victime. RACHIDATOU ILLA MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*. Un organe de contrôle au service de la Charte africaine, Paris, Karthala, 2013, p. 285.

³¹ Article 34 – Requêtes individuelles. *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles*. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit. Souligné par nous.

³² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*. 10^{ème} éd., Paris, PUF, 2011, p. 741.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

plaintes devant la Cour, permettant ainsi à toute personne de porter ses plaintes devant la Cour sans avoir besoin de démontrer un intérêt individuel direct dans l'affaire »³³.

Dans le cadre de la Cour africaine, la qualité pour agir prévaut sur l'intérêt à agir qui est exigé dans la plupart des systèmes de protection des droits de l'homme et devant le juge interne. L'intérêt à agir est défini par le dictionnaire de droit international comme « l'intérêt juridique qui fonde l'action en justice d'un sujet de droit et en commande la recevabilité ». Entendu dans ce sens l'intérêt juridique à agir ne fait pas partie de conditions de recevabilité des requêtes des individus et des ONG devant la Cour africaine³⁴. Les rédacteurs du Protocole se sont en effet délibérément refusés d'insérer dans le texte l'exigence préalable de la qualité de victime qui constitue une traduction processuelle de l'intérêt à agir³⁵.

La qualité de requérant reconnue à une ONG dans le cadre du système de la CEDEAO des droits de l'homme dépend de sa qualité de victime. Au regard de l'article 10 (d) du Protocole additionnel de 2005 de la CEDEAO toute personne victime de violations des droits de l'homme peut saisir la Cour de justice de la CEDEAO³⁶. Elle a rappelé l'exigence de cette qualité dans plusieurs arrêts. A titre illustratif, dans l'affaire *Administrateurs du centre pour la paix et la gestion des conflits en Afrique et la Fondation Rethink Africa & 3 autres contre l'Etat fédéral du Nigeria* : « la règle cardinale en matière d'accès à la Cour est que seules les victimes directes de violations des droits de l'homme peuvent la saisir pour obtenir réparation de la violation de leurs droits (...). En substance, les victimes directes alléguant une violation de leurs droits et ayant un intérêt direct, personnel et certain sont les seules parties qui, par nature, ont qualité pour demander réparation d'une telle violation qui, d'ordinaire, ne peut être transférée à une autre personne ou organisation (...) »³⁷.

Dans le cadre de la Cour africaine, les ONG peuvent même tenter des actions au nom des victimes « lorsque l'intérêt public est en cause et qu'elles ne sont donc pas tenues de fournir une procuration de leur part pour les représenter »³⁸. En l'espèce, la Cour note que les Requérants sont des ONG intervenant dans le domaine de la protection des droits de l'homme en Afrique et ayant, au surplus, le statut d'observateur auprès de la

³³ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Affaire XYZ c. République du Bénin*. Requête n° 59/2019. Arrêt du 27 novembre 2020. Voir aussi § 31.

³⁴ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 596.

³⁵ Pour une étude relative à l'intérêt à agir devant la Cour africaine, voir KOFFI ARNAUD KPLA, « La notion d'intérêt dans la procédure contentieuse devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol 6, 2022, pp. 63-81, spéc. à la p. 69.

³⁶ Protocole additionnel (A/SP.1/01/05) portant amendement du préambule, des articles 1^{er}, 2, 9, 22 et 30 du Protocole A/P1/7/91 relatif à la Cour de justice de la Communauté, ainsi que de l'article 4 paragraphe 1 de la version anglaise dudit Protocole.

³⁷ Cour de justice de la CEDEAO. *Affaire Administrateurs du Centre pour la paix et la gestion des conflits en Afrique et la Fondation Rethink Africa & 3 autres contre l'Etat fédéral du Nigeria*. Requête N° ECW/CCJ/APP/16/21. Arrêt N° ECW/CCJ/JUD/2022. Arrêt du 39 mars 2022, § 33.

³⁸ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Affaire Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et autres c. République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 041/2016. Arrêt du 5 septembre 2023, § 74.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

Commission. Dès lors, il n'y a pas lieu de leur exiger de prouver un intérêt personnel pour introduire une requête devant la Cour³⁹.

Une telle jurisprudence devrait stimuler davantage les ONG à saisir la Cour dès lors que les conditions posées par les articles 5 (3) et 34 (6) du Protocole de Ouagadougou sont réunies. Cette évidence constitue une différence fondamentale avec les requêtes individuelles qui visent dans la plupart des cas des réparations aux violations des droits dont ils ont été victimes.

Cette situation favorable est différente de la qualité de victime exigée de la part du requérant dans certains systèmes de protection des droits de l'homme. Dans le système européen des droits de l'homme pour qu'un requérant puisse se prétendre victime, il faut qu'il existe un lien entre lui et la ou les violations de la Convention qu'il dénonce⁴⁰. Une telle qualité de victime n'est pas exigée au regard de la jurisprudence de la Cour africaine. Les requêtes des ONG ne visent pas des violations individuelles des droits de l'homme, si ce n'est de manière subsidiaire. Elles visent plutôt des violations « structurelles » des obligations internationales contenues dans les législations nationales. C'est dans cette direction qu'elles orientent leurs requêtes.

Lorsqu'elle est saisie par les ONG la Cour africaine vérifie les conditions de compétence personnelle et de recevabilité.

3. Appréciation de la compétence personnelle de la Cour à l'égard des ONG requérantes

En vertu de la règle 41 (3.e) du Règlement de la Cour africaine du 25 septembre 2020, lorsque le requérant est une ONG, elle doit fournir un document indiquant qu'elle est dotée du statut d'observateur auprès de la Commission africaine. Dans le cadre des requêtes présentées par les ONG de manière solitaire ou conjointement avec les individus, la Cour africaine vérifie cette qualité dans le chef des ONG en recourant aux différents procédés. Elle se montre moins rigoureuse. Elle a, à titre illustratif, dans l'affaire *Legal & Human rights Centre et Tanzanian Human rights defenders Coalition c. République unie de Tanzanie*, noté que les requérants avaient déposé un courrier confirmant le statut d'observateur du premier requérant et que le statut d'observateur du deuxième requérant est indiqué sur le site internet de la Commission africaine⁴¹. Dans l'affaire *APDH c. la République de Côte d'Ivoire*, le greffe avait obtenu auprès de la Commission africaine la confirmation que l'ONG APDH jouissait effectivement du statut d'observateur⁴².

³⁹ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Affaire *Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et autres c. République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 041/2016. Arrêt du 5 septembre 2023, § 70.

⁴⁰ F. SUDRE et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 9^e éd., PUF, Thémis droit, 2019, p. 893.

⁴¹ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Legal & Human rights Centre et Tanzanian Human rights defenders Coalition c. République unie de Tanzanie*. Requête n° 039/2020. Arrêt du 13 juin 2023, § 24.

⁴² Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Affaire Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. la République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 001/2014. Arrêt du 18 novembre 2016, § 33.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

Dans l'affaire *Convention nationale des syndicats du secteur Education (CONASYSED) c. la République du Gabon*, le greffe de la Cour africaine avait écrit à la CONASYSED pour lui demander de produire à la Cour ses documents statutaires et de préciser son statut juridique⁴³.

Dans l'affaire *Confédération syndicale des travailleurs du Mali contre le Mali*, la Cour africaine s'est déclarée incompétente pour défaut, de la part de la requérante de bénéficiaire dudit statut⁴⁴. Au contraire, dans l'affaire du *Collectif des Anciens travailleurs de la Semico tabakoto c. la République du Mali*, elle s'est déclarée compétente sans analyser la nature juridique de ce collectif. Elle a toutefois déclaré la requête irrecevable pour défaut du mandat exprès du représentant d'agir au nom des requérants devant la Cour africaine⁴⁵.

Le statut d'observateur se greffe sur la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour africaine par l'Etat, car les deux conditions sont cumulatives. A travers leurs requêtes, moins nombreuses, les ONG participent à l'émergence de la jurisprudence de la Cour africaine et enrichissent notamment le catalogue des instruments juridiques des droits de l'homme applicables par la Cour africaine. L'examen de ces requêtes permet de saisir cette contribution.

4. La portée des requêtes des ONG

La Cour africaine a reçu, depuis 2008 jusqu'aujourd'hui (30 juin 2024), 342 affaires contentieuses dont 223 représentant 65 % ont été vidées. Du point de vue des requérants, les requêtes des individus sont les plus nombreuses (316), suivies de celles des ONG (22) et en fin de la Commission africaine (3)⁴⁶. Du point de vue du recours interétatique, une seule affaire a été portée à la connaissance de la Cour africaine⁴⁷. Elle a rendu au total 404 arrêts (jusqu'au 30 juin 2024) comprenant différents types d'arrêts, notamment les arrêts relatifs à l'incompétence, à l'irrecevabilité, au fond, aux réparations, aux révisions, à l'interprétation ainsi qu'aux différents types d'ordonnances, entre autres,

⁴³ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Convention nationale des syndicats du secteur Education (CONASYSED) c. la République du Gabon*. Requête n° 12/2011. Décision du 15 décembre 2011.

⁴⁴ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Confédération syndicale des travailleurs du Mali contre la République du Mali*. Requête n° 003/2017. Arrêt du 25 juin 2021.

⁴⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Collectif des anciens travailleurs de la Semico Tabakoto c. République du Mali*. Arrêt (compétence et recevabilité) du 27 novembre 2020.

⁴⁶ <https://www.african-court.org/cpmt/statistic> consulté le 18 juin 2024.

⁴⁷ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Requête 007/2023. République démocratique du Congo contre République du Rwanda. Affaire enrôlée le 21 août 2023. La Cour a déjà rendu une ordonnance. *Affaire République démocratique du Congo contre République du Rwanda. Requête n° 007/2023. Ordonnance (demande de procédure accélérée)*. 7 mars 2024. Pour une analyse de cette ordonnance, B.CROSS-DESS DONGAR et Nouwagnon Olier AFOGO, « Sur la responsabilité du Rwanda dans le conflit armé en République démocratique du Congo : l'ordonnance du 7 mars 2024 de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples » in <https://droit-et-politique-en-afrique.info/wp-content/uploads/2024/06/Dongar-Afogo-A-propos-de-la-responsabilite-du-Rwanda-dans-le-conflit-arme-en-RDC.pdf> consulté le 21 juin 2024.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

les ordonnances portant mesures provisoires, les ordonnances de jonction, de procédure⁴⁸.

Bien que la première affaire de la Cour africaine fût enrôlée en 2008 et que le premier arrêt date du 15 décembre 2009, c'est à partir du 14 juin 2013 que la jurisprudence de cette Cour a été portée sur les fonts baptismaux à travers le premier arrêt sur le fond. Cette situation est à prendre en compte dans l'analyse de la jurisprudence de cette Cour qui n'a cessé, depuis 2013, de prospérer et de retenir l'attention de la doctrine si bien que celle-ci l'intègre de plus en plus dans ses travaux soit de manière spécifique soit dans le cadre des ouvrages relatifs à la protection des droits de l'homme dans une optique holistique⁴⁹.

Les statistiques ci-haut mentionnées renseignent que les requêtes provenant des ONG devancent celles de la Commission africaine, l'un des requérants institutionnels, et se situent en deuxième position⁵⁰. Elles démontrent que les individus constituent la clé de voûte du système africain des droits de l'homme et des peuples incarné au plus haut niveau continental par la Cour africaine. Elles reflètent aussi le peu d'attractivité de ce système de protection à l'égard des ONG partant du nombre de requêtes provenant de leur initiative (22). Ce nombre fort limité contraste avec le nombre d'ONG dotées du statut d'observateurs auprès de la Commission africaine qui se situerait au-delà de mille.

Il va s'en dire que notre analyse se concentre sur les affaires contentieuses à l'initiative des ONG ayant été définitivement vidées pour apprécier leur contribution⁵¹. En revanche

⁴⁸ <https://www.african-court.org/cpmt/statistic> consulté le 17 juin 2024.

⁴⁹ A titre illustratif, G. LE FLOCH (dir.), *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, Pédone, 2023; A. SOMA et S. MWIN SOG ME DABIRE, *Commentaire des grands arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, L'Harmattan, 2022; P. L. BADUGUE, *Manuel de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples*, Louvain-La-Neuve, Academia-L'harmattan, 2020; L. BURGORGUE-LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Editions A. Pédone, 2020; SAIDOU NOUROU TALL, *Droit du contentieux international africain*, Paris, L'Harmattan, Dakar, Credila, 2018; L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, *Traité de Droit international des droits de l'homme*, Deuxième éd., Paris, Pédone, 2018; S. HANFFOU NANA, *La Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Etude à la lumière de l'expérience européenne*, Paris, Connaissances et savoirs, 2017. L'Université de Pretoria en collaboration avec la Cour africaine publie les Recueils de la jurisprudence de la Cour africaine. L'annuaire africain des droits de l'homme, qui est à son septième volume, constitue une vitrine sur la jurisprudence de la Cour africaine largement commentée par la doctrine.

⁵⁰ Au regard de l'article 5 (1) du Protocole de Ouagadougou, les requérants institutionnels sont constitués par la Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples, l'Etat partie qui a saisi la Commission, l'Etat partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme, les Organisations intergouvernementales africaines.

⁵¹ Les affaires suivantes peuvent être évoquées: *Requête 039/2020. Legal and Human Rights Centre and Human Rights and Tanzania Human rights Defenders Coalition c. République unie de Tanzanie* (18 novembre 2020-13 juin 2023); *Requête 042/2020 Tike Mwambipale & Equality Now c. République unie de Tanzanie* (18 novembre 2020-1er décembre 2022); *Requête 046/2016 APDF & IHRDA c. République du Mali* (26 juillet 2016-11 mai 2018); *Requête 001/2014 APDH c. République de Côte d'Ivoire* (12 juillet 2014-18 novembre 2016); *Requête 013/2011. The Beneficiaries of the late Norbert Zongo and Blaise Ilboudo et le Mouvement burkinabè des droits de l'homme et des peuples c. République du Burkina Faso* (21 décembre 2011-05 juin 2015); *Requête 009/2011. The Tanganyika Law Society and Legal and Human rights centre c. République unie de Tanzanie* (02 juin 2011-14 juin 2013); *Association Juristes d'Afrique pour la bonne gouvernance c. République de Côte d'Ivoire* (04 mai 2011-16 juin 2011. Cette affaire avait été transférée à la Commission

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

il est difficile de tirer les leçons des affaires en cours sur saisine des ONG étant donné que ces affaires ne sont pas définitivement vidées⁵².

Dans la contribution des ONG au développement du Droit régional africain des droits de l'homme et des peuples, nous pouvons citer quelques arrêts emblématiques.

Le premier arrêt sur le fond de la Cour africaine (14 juin 2013) résulte d'une jonction d'instance de deux requêtes dont l'une portée par deux ONG tanzaniennes et l'autre par un ressortissant tanzanien⁵³. Les requérants avaient déposé des requêtes introductives d'instance contre le défendeur (la République unie de Tanzanie) alléguant que ce dernier avait, à travers certaines modifications de sa Constitution, violé le droit de ses citoyens à la liberté d'association et au droit de participer aux affaires publiques de leur pays et le droit d'être protégé contre la discrimination en interdisant aux candidats indépendants de se présenter aux élections présidentielles, parlementaires et locales. En d'autres termes, les candidats aux différentes élections devaient provenir de partis politiques⁵⁴.

Examinant le fond des requêtes, la Cour africaine avait reconnu la violation par l'Etat défendeur, entre autres, du droit à l'égalité et du droit de prendre part à la direction des affaires publiques. Elle avait par conséquent, ordonné à l'Etat défendeur, de « prendre toutes les mesures constitutionnelles, législatives et autres dispositions utiles dans un délai raisonnable afin de mettre fin aux violations constatées et informer la Cour des mesures prises à cet égard (...) »⁵⁵.

Ce premier arrêt de la Cour africaine sur le fond inaugure une jurisprudence qu'un auteur qualifie de contrôle de systèmes constitutionnels nationaux⁵⁶, car certaines requêtes

africaine des droits de l'homme et des peuples) ; *Requête 041/2016. La Lidho, Le MIDH, la FIDH & others c. République de Côte d'Ivoire* (18 juillet 2016).

⁵² *Requête 001/2024. Institute of Human rights and development in Africa & Solomon Joojo Cobbinah c. République du Ghana* (25 septembre 2023); *Requête 044/2020 Legal and Human rights Center c. République unie de Tanzanie* (20 novembre 2020); *Requête 041/2020. Legal and Human rights Centre and Liberation Mwang'ombe c. République unie de Tanzanie* (19 novembre 2020); *Requête 036/2020. Legal and Human Rights Centre and Tanganyika Law Society c. République unie de Tanzanie* (16 octobre 2020); *Requête 017/2020. Mouvement burkinabè des droits de l'homme et des peuples (BDHP) c. République du Bénin, République de Côte d'Ivoire, République du Mali* (11 mai 2020); *Requête 014/2020 Elie Sandiwidi et Mouvement burkinabè des droits de l'homme et des peuples c. République du Burkina Faso, République du Bénin, République de Côte d'Ivoire, République du Mali* (03 mars 2020); *Requête 006/2018. Anciens travailleurs de la SOMADEX c. République du Mali* (20 février 2018).

⁵³ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Jonction d'instance des affaires. 1. Tanganyika Law Society. 2. The Legal and Human rights Centre c. République-unie de Tanzanie. Requête n° 009/2011. Révérend Christopher R. Mtikila c. République-unie de Tanzanie. Requête n° 011/2011.*

⁵⁴ Pour un examen de cet arrêt, voir A.D. OLINGA, « La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples (Arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes *Tanganyika Law Society & The Legal and Human rights Centre c. Tanzanie* et *Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie*), *La Revue des droits de l'homme*, Vol. 6, 2014, connection on 12 October 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/953> ; DOI : 10.4000/revdh.953

⁵⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Jonction d'instance des affaires. 1. Tanganyika Law Society. 2. The Legal and Human rights Centre c. République-unie de Tanzanie. Requête n° 009/2011. Révérend Christopher R. Mtikila c. République-unie de Tanzanie. Requête n° 011/2011. Arrêt du 14 juin 2013.*

⁵⁶ J.-S. M'PIGA-NKOUOMI, « Le contrôle des systèmes constitutionnels nationaux par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue française de Droit constitutionnel*, 2023, pp. 361-379.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

portées devant la Cour africaine concernent, entre autres, les modifications de la Constitution, des lois électorales, des lois sur les organes de gestion électorale, sur le statut des juges constitutionnels, l'indépendance du Conseil supérieur de la magistrature, etc. Par l'examen de ces requêtes mettant en exergue les éléments essentiels d'exercice de la souveraineté, la Cour africaine participe à l'instar d'autres juridictions instituées par les organisations internationales africaines à la consolidation démocratique au sein des Etats, nonobstant la résistance de certains d'entre eux⁵⁷. Elle participe avec d'autres juridictions régionales africaines à l'émergence d'un juge électoral africain »⁵⁸. Pour Abdoulaye SOMA, cet arrêt de la Cour africaine préserve la démocratie électorale car en censurant l'interdiction des candidatures indépendantes, la Cour participe ainsi de cette logique d'ouverture démocratique des candidatures aux élections⁵⁹.

A travers l'examen des violations des obligations internationales des Etats du fait de leurs Constitutions, la Cour africaine inaugure une sorte d'interaction lui permettant d'influencer les Constitutions de manière bivalente comme l'observe NTOLO NZEKO AUBRAN DONADONI consistant d'une part à soumettre les lois constitutionnelles au contrôle de « supraconstitutionnalité » et d'autre part elle la protège en participant au contrôle de constitutionnalité des normes⁶⁰. Cette immixtion, autorisée de la Cour africaine dans les éléments essentiels d'exercice de la souveraineté (Constitution, loi électorale, participation à la direction des affaires publiques, l'indépendance des juges constitutionnels, l'organisation des élections, les organes de gestion électorale) a constitué le prétexte pour certains Etats visés par les procédures y relatives à déposer les instruments de retrait de leurs déclarations.

Constatant la non-exécution par l'Etat défendeur des mesures décidées par la Cour africaine, les deux ONG *Legal and Human rights Centre* et *Tanganyika Law Society* ont introduit une nouvelle requête en 2020 devant la Cour africaine, le deuxième requérant Révérend Mtikila étant décédé dans l'entretemps. Cette affaire est en cours et la Cour africaine a déjà rendu une ordonnance portant sur les mesures provisoires. Les

⁵⁷ Pour un aperçu sur cette contribution, voir R.L. MARTIAL ZONGO, « L'office du juge régional africain dans la consolidation démocratique au sein des Etats » in C. MAIA et J.-B. HARELIMANA (dir.), *La protection des droits humains en Afrique : perspectives actuelles*, Saint-Ouen, Les éditions du Net, collection Jus Gentium & Africa, 2024, pp.199-227. La résistance peut prendre plusieurs formes, notamment celle du retrait de l'instrument de la déclaration prévue par l'article 34 (6) du Protocole de Ouagadougou comme le Bénin, la Côte d'Ivoire, la Tanzanie et le Rwanda. Voir aussi A.D. OLINGA, « La promotion de la démocratie et d'un ordre constitutionnel de qualité par le système africain des droits fondamentaux : entre acquis et défis », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol.1, 2017, pp.221-243.

⁵⁸ H. SEGNONNA ADJOLOHOUN et E. M. NGANGO YOUMBI, « L'émergence d'un juge électoral régional africain », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol.3, 2019, pp. 22-48.

⁵⁹ A. SOMA, « Commentaire. Affaire Mtikila et autres c. République-Unie de Tanzanie, Requêtes n° 009/2011 et 011/2011 » in A. SOMA et S.M.S. ME DABIRE (dir.), *Commentaire des grands arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, L'Harmattan, 2022, pp. 61-73, spéc. À la p. 73.

⁶⁰ NTOLO NZEKO AUBRAN DONADONI, « La Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples et la Constitution », *Revue française de Droit constitutionnel*, 2020/1, N° 121, pp. E1 à e 25.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

requérants affirment que l'Etat défendeur n'a pas modifié son cadre constitutionnel et juridique de manière à permettre les candidatures indépendantes⁶¹.

Cette deuxième requête traduit les efforts de ces deux ONG à engager l'Etat défendeur à entreprendre les réformes nécessaires pour rendre son cadre juridique conforme à ses obligations en matière de protection des droits de l'homme notamment le droit de prendre part à la direction des affaires publiques sans discrimination entre les candidats en raison de leur appartenance aux partis politiques ou en leur qualité d'indépendants.

Les réparations aux violations structurelles que sollicitent les ONG sont aussi d'ordre structurel car elles visent la modification de l'ordre juridique pour le rendre conforme aux obligations internationales des Etats. Ainsi dans l'affaire *Legal & Human rights Centre et Tanzanian Human rights defenders Coalition c. République unie de Tanzanie*, la Cour avait ordonné à l'Etat défendeur de prendre toutes les mesures constitutionnelles et législatives nécessaires, dans un délai raisonnable, et en tout état de cause, n'excédant pas deux (2) ans, afin de modifier l'article 148 (5) du CPP de manière à (le) rendre conforme aux dispositions de la Charte et de faire cesser les violations dudit instrument⁶².

A l'initiative des ONG, la Cour africaine a appliqué certains instruments juridiques internationaux. C'est le cas de l'affaire *APDF et IHRDA c. Le Mali* ayant permis à la Cour africaine d'appliquer pour la première fois le Protocole de Maputo sur les droits de la femme en Afrique et la Charte africaine sur les droits et bien-être de l'enfant sur certaines questions pertinentes relatives, entre autres, au consentement au mariage, à l'âge minimum du mariage, à la succession. Les requérants soutiennent que la loi malienne portant Code des personnes et de la famille viole, à travers certaines de ses dispositions, les instruments juridiques internationaux auxquels le Mali est partie à l'instar du Protocole de Maputo sur les droits des femmes en Afrique, la Charte africaine sur les droits et bien-être de l'enfant, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Ces violations portent notamment sur l'âge minimum de mariage pour les filles, leur consentement, la dévolution successorale des femmes au Mali ainsi que la persistance de pratiques traditionnelles.

Analysant la requête, la Cour africaine conclut « qu'il incombe à l'Etat défendeur de garantir le respect de l'âge minimum du mariage, à savoir 18 ans et le droit à la non-discrimination. Que ne l'ayant pas fait, l'Etat défendeur a violé les articles 6 b du Protocole de Maputo, 2,4 (1) et 21 de la CADBEE (...) »⁶³. Commentant cet arrêt, PASSEKTALE Liliane

⁶¹ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Requête 036/2020. *Legal and Human Rights Centre and Tanganyika Law Society c. République-unie de Tanzanie*. Ordonnance (mesures provisoires). 30 octobre 2020.

⁶² Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Legal & Human rights Centre et Tanzanian Human rights defenders Coalition c. République unie de Tanzanie*. Requête n° 039/2020. Arrêt du 13 juin 2023, § 24. Dans le cas d'espèce, l'article 148 (5) du CPP ne laissait au juge aucune possibilité d'accorder la liberté sous caution, dès lors que l'infraction objet de la poursuite fait partie de celles énumérées à l'article 148 (5) du CPP. Cette pratique prive effectivement la personne poursuivie de son droit à ce que sa cause soit entendue et l'empêche, surtout de faire valoir des circonstances particulières qui pourraient permettre au juge de lui accorder la liberté sous caution. § 151.

⁶³ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Requête 046/2016. Affaire *Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human rights and Development*

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

SANO NIKIEMA rappelle que « cette décision constitue non seulement le premier procès dans lequel la Cour s'est prononcée sur le Protocole de Maputo, mais aussi sa première sanction contre la violation de ce Protocole. Ainsi, elle est porteuse de leçon pour l'ensemble des Etats membres qui ont des législations influencées par la religion (...) »⁶⁴. L'affaire *Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. la République de Côte d'Ivoire* illustre une autre contribution des requêtes provenant d'ONG. Cette contribution se situe à trois niveaux : le contenu de la requête ; la qualification des instruments juridiques dont la violation est alléguée et la qualité *d'amicus curiae*⁶⁵.

La requérante, une ONG de droit ivoirien, dotée du statut d'observateur auprès de la Commission africaine saisit la Cour africaine aux fins de constater que la loi n° 2014-335 portant modification de loi n° 2001-634 du 9 octobre 2001 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement de la Commission électorale indépendante (CEI) ivoirienne. Pour la requérante, cette loi est non conforme particulièrement à la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance d'une part et d'autre part au Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits. Dans le cas d'espèce, la requérante allègue la violation, entre autres, par l'Etat défendeur, de son engagement de créer un organe électoral indépendant et impartial prévu dans les deux instruments juridiques précités.

Pour déterminer si la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance était un instrument juridique relatif aux droits de l'homme susceptible d'être appliqué par la Cour africaine, celle-ci avait sollicité l'avis de la Commission de l'Union africaine et de l'Institut africain de droit international qui ont tous conclu que la Charte précitée constitue un instrument juridique pertinent relatif aux droits de l'homme. Après avoir pris note de ces observations, la Cour africaine conclut que « l'obligation des Etats parties à la Charte africaine sur la démocratie et au Protocole de la CEDEAO sur la démocratie de créer des organes électoraux nationaux indépendants et impartiaux vise la mise en œuvre des droits ci-dessus mentionnés (...), à savoir le droit, pour chaque citoyen, de participer librement à la direction des affaires publique (...) De ce qui précède, la Cour conclut que la Charte africaine sur la démocratie et le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie sont

in Africa (IHRDA) c. République du Mali. Arrêt du 11 mai 2018, § 78. Dans le dispositif, la Cour africaine ordonne à l'Etat défendeur (le Mali), de modifier la loi contestée en l'harmonisant avec les instruments internationaux et de prendre les dispositions utiles afin de mettre fin aux violations constatées.

⁶⁴ L. PASSEKTALE SANO NIKIEMA, « Commentaire. Affaire APDF et IHRDA c. République du Mali, Requête n° 046/2016 » in A. SOMA et S.M.S. ME DABIRE (dir.), *Commentaire des grands arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, L'Harmattan, 2022, pp.107-118, spéc. à la p. 109. Voir aussi K. KOMBO BRENDA, « Silences that speak volumes : the significance of the African Court Decision in APDF and IHRDA V Mali for Women's Human rights on the continent », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol. 3, 2019, pp. 389-413.

⁶⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Affaire Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. la République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 001/2014. Arrêt du 18 novembre 2016.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

des instruments relatifs aux droits de l'homme, au sens de l'article 3 du protocole, et qu'elle a, en conséquence, compétence pour les interpréter et les faire appliquer»⁶⁶.

Pour une commentatrice de cet arrêt, il revêt une importance fondamentale et historique car la Cour africaine était saisie pour la première fois sur le fondement de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance⁶⁷ d'une part et sur celui du Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance d'autre part. Ces deux textes juridiques internationaux intègrent ainsi, pour la première fois, le droit applicable par la Cour africaine en tant qu'instruments juridiques pertinents relatifs aux droits de l'homme. Sauf erreur de notre part, c'est aussi pour la première fois que la Cour africaine fait appel à *l'amicus curiae*. La Commission de l'Union africaine est un organe de l'Union africaine. En revanche l'Institut africain de droit international dont l'avis était aussi sollicité est une organisation africaine reconnue par l'Union africaine. Son statut juridique le rapproche d'une ONG.

Cette orientation jurisprudentielle de la Cour en intégrant les deux instruments juridiques précités a été confirmée par plusieurs arrêts dans lesquels la Cour africaine a interprété la Charte africaine de la démocratie, des élections et la gouvernance d'une part et le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance comme étant des instruments pertinents des droits de l'homme⁶⁸. La Cour africaine avait conclu, du point de vue du fond de l'affaire que l'Etat défendeur avait violé son engagement de créer un organe électoral indépendant et impartial notamment à cause du déséquilibre dans la composition de la CEI au profit du pouvoir.

Dans l'Affaire *Ayants droit de feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablassé, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo & le Mouvement Burkinabè des droits de l'homme et des peuples c. le Burkina Faso*⁶⁹, bien que la requête du Mouvement Burkinabè des droits de l'homme et des Peuples (MBDHP) se greffe sur celle des ayants droit, nous pouvons relever que la Cour africaine, pour la première fois, a déterminé, sur la base de considérations d'équité, certains montants d'indemnisation financière dus par l'Etat défendeur (le Burkina Faso), aux conjoints, fils, filles et père et mères des défunts. Pour cette ONG, la constatation par la Cour de la violation par l'Etat défendeur de ses obligations en matière des droits de l'homme constituait une forme de réparation en plus de l'allocation d'un franc CFA symbolique pour le préjudice moral subi par cette ONG.

⁶⁶ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Affaire Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. la République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 001/2014. Arrêt du 18 novembre 2016, §§ 63-65.

⁶⁷ S.Y. OUATTARA, « Commentaire. Affaire APDH c. République de Côte d'Ivoire, Requête n° 001/2014 et requête n° 003/2017 », in A. SOMA et S.M.S. ME DABIRE (dir.), *Commentaire des grands arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, L'Harmattan, 2022, pp. 75-85, spéc. à la p. 76.

⁶⁸ A titre illustratif, Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Affaire XYZ c. République du Bénin*. Requête n° 59/2019. Arrêt du 27 novembre 2020 ; *Affaire Laurent Gbagbo c. République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 025/2020. Ordonnance (Mesures provisoires), 25 septembre 2020, § 15 ; *Affaire Houngue Eric Noudehouenou c. République du Bénin*. Requête n° 028/2020. Arrêt (Fond et réparations), 1^{er} décembre 2022, § 31.

⁶⁹ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Ayants droit de feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablassé, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo & le Mouvement Burkinabè des droits de l'homme et des peuples c. le Burkina Faso*⁶⁹. Requête n° 013/2011. Arrêt du 24 mars 2014 ; arrêt sur les réparations du 5 juin 2015.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

Samson MWIN SOG Me DABIRE souligne les spécificités de cette affaire. C'est la seule affaire à ce jour dont l'examen a donné lieu à trois arrêts de la Cour : un arrêt sur les exceptions préliminaires, un arrêt au fond et un arrêt sur les réparations⁷⁰.

Cet arrêt exclusif sur les réparations oriente la jurisprudence de la Cour dans la détermination des modalités de réparation. La Cour se prononce aussi sur les réparations non-pécuniaires⁷¹.

Dans l'affaire *Ligue ivoirienne des droits de l'homme et autres c. République de Côte d'Ivoire*⁷², les requérantes (ONG) allèguent des violations des droits de l'homme consécutivement au déversement, le 19 août 2006, de déchets toxiques dans le district d'Abidjan et sa banlieue. Statuant sur le fond, la Cour africaine avait reconnu la violation par l'Etat défendeur, entre autres, du droit à un environnement satisfaisant et global, propice au développement prévu par l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. L'une des particularités de cet arrêt réside dans l'enrichissement du catalogue des instruments juridiques relatifs aux droits de l'homme.

La Cour africaine a considéré que la Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles signée le 15 septembre 1968 à Alger (la Convention d'Alger) est un instrument pertinent des droits de l'homme rentrant dans le droit applicable par la Cour africaine au sens de l'article 3 du Protocole de Ouagadougou⁷³. Elle s'inspire de sa jurisprudence dans l'affaire *APDH c. la République de Côte d'Ivoire*⁷⁴ pour déterminer si une convention est un instrument des droits de l'homme⁷⁵. La Cour note

⁷⁰ SAMSON MWIN SOG Me DABIRE, « Commentaire. Affaire Ayants droit de feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiemma dit Ablassé, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo & Le Mouvement burkinabè des droits de l'homme et des peuples (MBDHP) c. Burkina Faso, requête n° 0113/2011 » in A. SOMA et S.M.S. ME DABIRE (dir.), *Commentaire des grands arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, L'Harmattan, 2022, pp. 151-169.

⁷¹ Pour un aperçu de cette jurisprudence dans une optique de la comparaison avec d'autres juridictions, voir P. JOURDAIN, « Les réparations non-pécuniaires dans la pratique de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol.7, 2023, pp. 116-136. Dans une approche globale de la jurisprudence de la Cour africaine relative aux réparations, TARISAI MUTANGI, « Tracing the developing reparations jurisprudence of African Court on Human and Peoples' rights as reflected in its first Cases of Mtikila, Zongo and Konate » in A. FUENTES, A. RUDMAN (ed.), *Human Adjudication in Africa. Challenges and Opportunities within the African Union and Sub-regional Human rights systems*, Pretoria, PULP, 2023, pp. 2-28.

⁷² Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Affaire *Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et autres c. République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 041/2016. Arrêt du 5 septembre 2023

⁷³ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Affaire *Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et autres c. République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 041/2016. Arrêt du 5 septembre 2023, § 40.

⁷⁴ Affaire *APDH c. République de Côte d'Ivoire*, Requête n° 001/2014. Arrêt du 18 novembre 2016.

⁷⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Affaire *Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et autres c. République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 041/2016. Arrêt du 5 septembre 2023 : « La Cour observe que, pour déterminer si une Convention est un instrument des droits de l'homme, elle considère qu'il y a lieu de se rapporter principalement à son objet qui est décliné, soit par une énonciation expresse de droits subjectifs au profit des individus ou groupes d'individus, soit par la prescription, pour les États parties d'accomplir une action particulière. La Cour rappelle sa jurisprudence dans l'affaire *APDH c. République de Côte d'Ivoire* selon laquelle les obligations incombant à un État partie d'accomplir certaines actions visent à mettre en œuvre les droits subjectifs correspondants garantis aux individus », § 32.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

que l'État défendeur est partie à la Convention d'Alger dont les dispositions ne sont pas formulées en termes de droits spécifiques reconnus aux individus. Toutefois, certaines dispositions de ladite Convention imposent aux États parties des obligations dont le but est de mettre en œuvre les droits reconnus aux individus ou groupes d'individus dans divers traités relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'État défendeur⁷⁶.

A travers cette interprétation libérale la Cour africaine intègre une convention antérieure à l'adoption de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples parmi les instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme susceptibles d'application par la Cour africaine.

Cette argumentation est appréciable car elle tend à démontrer qu'une convention des droits de l'homme ne se traduit pas nécessairement par l'énonciation des droits, mais qu'il est possible de dégager des droits à partir d'une convention dont l'objet n'est pas celui d'énoncer des droits. Si l'intégration de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance d'une part et le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance d'autre part n'ont pas suscité des difficultés de leur intégration dans les instruments juridiques pertinents des droits de l'homme, tel n'est pas le cas *a priori* avec la convention d'Alger adoptée en 1968 bien avant le début du processus de construction du système africain de protection des droits de l'homme. Cette extension du champ couvert par les droits de l'homme rend poreuse la frontière entre une convention des droits de l'homme « par nature » et une convention des droits de l'homme « par interprétation ». Cet enrichissement du droit applicable par la Cour africaine participe de ce qu'Alioune SALL a pu qualifier, dans un autre contexte, de singularité juridique africaine⁷⁷.

Dans l'affaire *Tike Mwambipili et Equality Now c. République- unie de Tanzanie*⁷⁸, la Cour africaine a considéré qu'une décision sur le fond rendue par le Comité africain d'Experts sur les droits et bien-être de l'enfant (CAEDBE) réglait un différend au sens de l'article 56 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Par conséquent la requête était irrecevable.

Cette conclusion de la Cour africaine n'a pas été convaincante au regard de la nature juridique du CAEDBE- un mécanisme quasi-juridictionnel doté d'un pouvoir de recommandation et non de décision au sens d'acte obligatoire. C'est dans cette optique que deux juges ont joint leur opinion dissidente en soutenant que la « décision » du CAEDBE devrait être entendue dans le sens d'une simple recommandation qui ne tranche pas ou ne règle pas l'affaire. C'est à tort que la Cour n'a pas examiné cette requête au fond⁷⁹. Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement de l'affaire *Dexter Johnson c. la République*

⁷⁶ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Affaire *Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et autres c. République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 041/2016. Arrêt du 5 septembre 2023, § 34.

⁷⁷ ALIOUNE SALL, *Singularités juridiques africaines*. Ce que l'Afrique apporte au droit, Paris, l'Harmattan, 2023.

⁷⁸ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Tike Mwambipili et Equality Now c. République- unie Tanzanie*. Requête n° 042/2020. Arrêt du 1^{er} décembre 2022.

⁷⁹ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Tike Mwambipili et Equality Now c. République- unie Tanzanie*. Requête n° 042/2020. Arrêt du 1^{er} décembre 2022. Opinion dissidente du juge Rafea Ben Achour et opinion dissidente du juge Blaise Tchikaya.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

du Ghana, dans laquelle la Cour africaine avait considéré qu'une communication examinée par le Comité des droits de l'homme et ses constatations règle les mêmes questions dont elle est saisie par le requérant et ce, peu importe que la décision du Comité des droits de l'homme ait été appliquée ou non ou encore peu importe que ladite décision soit considérée comme ayant force obligatoire ou non⁸⁰. La Cour a, par conséquent, déclaré la requête irrecevable⁸¹.

Au-delà de ces requêtes examinées, les ONG peuvent contribuer à l'émergence des arrêts-pilotes. Le Règlement intérieur de la Cour africaine (25 septembre 2020) prévoit une procédure en matière d'arrêt-pilote. La Cour peut, d'office ou à la demande des parties, initier la procédure d'arrêt pilote lorsque plusieurs requêtes dirigées contre le (s) même (s) défendeur (s) révèlent l'existence d'un problème structurel ou systémique dans l'(les) État(s) défendeur(s). Dans son arrêt pilote, la Cour identifie aussi bien la nature du problème structurel ou systémique que le type de mesures correctives que l'État défendeur doit adopter au niveau national, conformément au dispositif de l'arrêt et fixe le délai dans lequel ces mesures doivent être mises en œuvre⁸². La Cour n'a pas encore rendu, à notre connaissance, des arrêts-pilotes. Les ONG sont mieux placées pour promouvoir de tels arrêts au regard de la saisine libérale dont elles bénéficient et du défaut de devoir justifier l'intérêt à agir devant la Cour africaine.

Cette voie mérite d'être explorée d'autant plus que les activités des ONG, aussi bien du point de vue de la promotion que de la protection visent des remèdes à apporter au cadre juridique de l'Etat concerné pour le rendre plus conforme aux obligations en matière des droits de l'homme. Certains Etats ont exécuté de bonne foi et d'autres ont marqué leur indifférence à l'égard des décisions de la Cour africaine.

5. L'exécution des décisions de la Cour africaine

Du point de vue de l'exécution des ordonnances et des arrêts de la Cour africaine, les rapports d'activités que la Cour africaine présente annuellement à la Conférence de l'Union africaine contient des informations relatives à l'état d'exécution de ses mesures. Nous évoquons ici l'exécution des décisions sur les requêtes provenant des ONG agissant comme requérantes solitaires ou conjointement avec les individus. Les quelques affaires examinées qui traduisent ce que MAMADOU HEBIE a pu qualifier de « pauvreté du nombre et de l'objet des affaires tranchées »⁸³ se fonde principalement sur cinq affaires que nous avons analysées ayant prospéré, car vidées par la Cour africaine. Nous ne prenons pas en considération l'affaire *Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et*

⁸⁰ Pour une étude sur les constatations du Comité des droits de l'homme et leurs effets, voir G.D. MBARA A BETSEM, *La chose constatée devant le Comité des droits de l'homme des Nations unies. Contribution à la théorie de l'expertise internationale*, Paris, L'harmattan, 2021; KOMLA BASSAH, *Le pouvoir de décision du Comité des droits de l'homme des Nations unies. Entre légitimité, autorité et effectivité*, Paris, L'Harmattan, 2023.

⁸¹ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Affaire *Dexter Johnson c. République du Ghana*. Requête n° 016/2017. Arrêt du 28 mars 2019 (Compétence et recevabilité), § 54. Les deux juges précités ont émis leur opinion dissidente.

⁸² Règlement de la Cour africaine. Règle 66.

⁸³ MAMADOU HEBIE, «L'exécution des décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples », *Revue générale de droit international public*, 2017, N° 3, pp. 689-726.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

*autres c. République de Côte d'Ivoire*⁸⁴ étant donné que l'arrêt de la Cour est relativement récent.

Dans le Rapport sur la mise en œuvre des arrêts rendus par la Cour africaine⁸⁵, celle-ci a fait état de l'exécution par le Burkina Faso du contenu de ses arrêts dans l'affaire *Ayants droit de feus Norbert Zongo et autres*⁸⁶. A titre illustratif, le 28 novembre 2016, l'État défendeur a publié l'arrêt de la Cour dans son Journal officiel et dans l'un des quotidiens « Sidwaya ». En juillet 2017, l'État défendeur a également indiqué que le résumé de l'arrêt avait été publié sur son site Internet officiel. Le 11 avril 2018, il a transmis un rapport détaillant les mesures prises pour se conformer à l'arrêt. Le rapport indique que tous les amendements ordonnés par la Cour en matière de dépénalisation de la diffamation ont été mis en œuvre par la promulgation de la Loi n° 057- 2015/CNT et de la loi n° 058-2015 CNT du 4 septembre 2015 portant régime juridique de la presse écrite au Burkina Faso. Le résumé officiel de l'arrêt a été publié au journal officiel du 15 octobre 2015, tous les paiements ont été effectués comme ordonné et le casier judiciaire du Requéant a été expurgé.

Dans l'affaire *Actions Pour la Protection des Droits de L'Homme*⁸⁷, le Rapport de la Cour africaine indique que le 28 août 2019, le Greffe a reçu un courriel envoyé au nom de l'État défendeur dans lequel il indique qu'après des consultations publiques, il avait adopté une nouvelle loi modifiant la composition de l'organe de gestion des élections. L'État défendeur estime s'être conformé à l'arrêt de la Cour, pour avoir procédé à ces modifications⁸⁸.

Dans l'affaire *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa*⁸⁹, la Cour africaine renseigne que l'État défendeur n'a toujours pas fait rapport sur les mesures prises et le délai imparti pour le faire avait expiré le 11 août 2020. Le délai imparti pour faire rapport des mesures prises pour mettre en œuvre l'arrêt sur les réparations avait expiré le 24 septembre 2022. L'État défendeur n'a toujours pas déposé de rapport à cet effet⁹⁰.

⁸⁴ Requête n° 041/2016. Arrêt du 5 septembre 2023.

⁸⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Soixante-septième session ordinaire de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples du 7 novembre au 2 décembre 2022. Rapport sur la mise en œuvre des arrêts rendus par la Cour africaine. Situation au 7 novembre 2022.

⁸⁶ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Affaire *Ayant droits de feus Norbert Zongo et autres* Requête n° 013/2011.

⁸⁷ Requête n° 001/2014. Arrêts du 18 novembre 2016 sur le fond et du 28 septembre 2017 aux fins d'interprétation d'un arrêt.

⁸⁸ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Soixante-septième session ordinaire de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples du 7 novembre au 2 décembre 2022. Rapport sur la mise en œuvre des arrêts rendus par la Cour africaine. Situation au 7 novembre 2022.

⁸⁹ Requête n° 046/2016 Arrêt du 18 novembre 2018 sur le fond.

⁹⁰ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Soixante-septième session ordinaire de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples du 7 novembre au 2 décembre 2022. Rapport sur la mise en œuvre des arrêts rendus par la Cour africaine. Situation au 7 novembre 2022. L'Etat défendeur ne s'est pas exécuté même en 2023 au regard du Rapport d'activités de la Cour africaine couvrant la période du 1^{er} janvier 2023 au 31 décembre 2023.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

L'affaire *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa*⁹¹ illustre le défaut par l'Etat défendeur d'adopter les mesures décidées par la Cour⁹².

Il en est de même de l'affaire *Tanganyika Law Society et Legal and Human Rights Centre et Rev. Christopher R. Mtikila*. Les promesses faites par l'Etat défendeur d'organiser un référendum pour une modification de la Constitution autorisant la présentation des candidatures indépendantes aux élections n'ont pas été tenues. En effet, comme l'indique la Cour africaine dans son Rapport précité, l'Etat défendeur a déposé trois rapports à cet égard les 17 avril 2015, 18 janvier 2016 et 3 janvier 2017. Il indiquait que la mise en œuvre de l'arrêt de la Cour était subordonnée au résultat d'un référendum sur le projet de Constitution et que celle-ci prévoyait des candidatures indépendantes aux élections locales, parlementaires et présidentielles. Le 3 janvier 2017, l'Etat défendeur a informé la Cour que le référendum n'avait toujours pas été organisé⁹³.

Ce défaut de l'Etat défendeur de se conformer à l'arrêt explique la présentation d'une autre requête à la Cour africaine par les ONG *Tanganyika Law Society et Legal and Human Rights Centre* en date du 16 octobre 2020 dont la principale demande est d'enjoindre l'Etat défendeur à prendre des mesures pour mettre en œuvre ledit arrêt. Aucune réponse n'a été soumise par l'Etat défendeur.

Des contraintes procédurales pèsent sur la contribution des ONG. Le principal obstacle demeure le nombre limité des Etats ayant déposé la déclaration ne représentant même pas le tiers des Etats qui ont ratifié le Protocole de Ouagadougou en prenant en compte les Etats ayant déposé leur instrument de retrait de ladite déclaration. Un autre obstacle est relatif aux ONG ayant la qualité de saisir la Cour qui n'exploitent pas *l'actio popularis* qui leur est reconnu pour porter davantage des requêtes devant la Cour. Dans dix-huit ans d'existence le nombre de requêtes provenant des ONG s'élève à 22. Ce chiffre fait état d'une moyenne de moins de deux requêtes par an. Les difficultés qu'éprouvent certaines ONG des droits de l'homme dans l'organisation de leurs activités peuvent inciter certaines à plus de réserve ou de retenue en s'abstenant de porter devant la Cour africaine des violations des droits de l'homme dont ils sont témoins dans leurs Etats ou dans d'autres Etats où elles déploient leurs activités. Les lois sur la protection des défenseurs des droits de l'homme adoptées dans plusieurs Etats africains font face à des pratiques ne créant pas un environnement favorable aux activités des ONG dans d'autres Etats. Au regard du

⁹¹ Requête n° 046/2016 Arrêt du 18 novembre 2018 sur le fond.

⁹² L'Etat défendeur n'a toujours pas fait rapport sur les mesures prises et le délai imparti pour le faire a expiré le 11 août 2020. Le délai imparti pour faire rapport des mesures prises pour mettre en œuvre l'arrêt sur les réparations a expiré le 24 septembre 2022. L'Etat défendeur n'a toujours pas déposé de rapport à cet effet. Voir Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Soixante-septième session ordinaire de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples du 7 novembre au 2 décembre 2022. Rapport sur la mise en œuvre des arrêts rendus par la Cour africaine. Situation au 7 novembre 2022.

⁹³ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Soixante-septième session ordinaire de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples du 7 novembre au 2 décembre 2022. Rapport sur la mise en œuvre des arrêts rendus par la Cour africaine. Situation au 7 novembre 2022. L'Etat défendeur ne s'est pas exécuté même en 2023 au regard du Rapport d'activités de la Cour africaine couvrant la période du 1^{er} janvier 2023 au 31 décembre 2023.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

danger réel que fait peser le retrait des déclarations d'acceptation de la compétence de la Cour au profit des ONG et des individus il importe d'analyser les effets de ce retrait au regard de la jurisprudence de la Cour africaine.

6. Le retrait de la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour africaine

Il est vrai que la déclaration prévue par l'article 34 (6) demeure un obstacle pour l'émergence d'un véritable *locus standi* des ONG. Cependant, nombreuses sont les ONG des Etats ayant déposé la déclaration et qui bénéficient du statut d'observateur auprès de la Commission africaine.

Depuis l'entrée en vigueur du Protocole de Ouagadougou en 2004 et le début des travaux de la Cour africaine en 2006, un nombre trop limité d'Etats a déposé la déclaration⁹⁴, et entre 2016 et 2020, une pratique s'est développée consistant pour certains Etats à retirer leur déclaration privant ainsi les ONG et les individus de la possibilité de saisir la Cour africaine⁹⁵.

De tous ces retraits celui de la Tanzanie est singulier et risque d'affecter l'exercice de la compétence contentieuse de la Cour. La plupart des requêtes individuelles ayant prospéré devant la Cour africaine ont été présentées par des individus ou des ONG évoluant en Tanzanie et Arusha la capitale abrite le siège de la Cour africaine. Cette proximité est mise à contribution. Ce retrait constitue, pour reprendre les termes de Laurence BURGORGUE-LARSEN, « une politique de rupture sans précédent ; c'est en effet la première fois que le pays hôte du siège d'une juridiction internationale décide de ne plus y être attiré au moyen de requêtes individuelles »⁹⁶. Certains auteurs critiquent la jurisprudence de la Cour africaine ayant donné l'occasion à quelques Etats de retirer leurs déclarations⁹⁷.

Selon le Rapport d'activités de la Cour africaine couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2023, seuls huit (8) Etats sur les 34 Etats parties au Protocole de Ouagadougou ont déposé leurs déclarations. Ce nombre aurait pu s'élever à ce jour à 12 si les quatre Etats (Bénin, Côte d'Ivoire, Rwanda et Tanzanie) n'avaient déposé les instruments de retrait de leurs déclarations. Ce nombre limité rétrécit la portée de l'accès libéral des ONG devant la Cour africaine étant donné que l'autre exigence de la qualité de statut d'observateur auprès de la Commission africaine ne constitue pas un sérieux obstacle.

Le retrait de cette déclaration produit des effets à l'égard des individus et des ONG dans les conditions fixées par la jurisprudence de la Cour africaine. Ce retrait ne produit aucun

⁹⁴ Au total douze (12) Etats ont déjà déposé la déclaration prévue par l'article 34 § 6 du Protocole de Ouagadougou: Bénin (2013), Burkina Faso (1998), Côte d'Ivoire (2013), Gambie (2011), Ghana (2011), Guinée-Bissau (2021); Malawi (2008), Mali (2010); Niger (2022), Rwanda (2013), Tanzanie (2010), Tunisie (2017).

⁹⁵ Le Bénin (2020), la Côte d'Ivoire (2020), le Rwanda (2016) et la Tanzanie (2019).

⁹⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context*. La justice qui n'allait pas de soi, Paris, Pédone, 2020, p. 109.

⁹⁷ DERICK de KLERK & A. RUDMAN, « The Ultimate Withdrawal: A Critical Analysis of the Jurisprudence of the African Court on Human and People' rights » in A. FUENTES, A. RUDMAN (ed.), *Human Adjudication in Africa. Challenges and Opportunities within the African Union and Sub-regional Human rights systems*, Pretoria, PULP, 2023, pp.30-55.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

effet rétroactif sur les affaires en cours ou celles portées dans le délai d'une année avant l'effectivité dudit retrait.

La jurisprudence de la Cour africaine est constante sur le respect du délai d'un an depuis le premier arrêt y relatif⁹⁸. Dans *l'affaire Landry Angelo Adalakoun et autres c. République du Bénin*, la Cour africaine a rappelé les effets du retrait par rapport à l'examen des requêtes en ces termes : « (...)À cet égard, conformément à la jurisprudence de la Cour, le retrait par l'État défendeur de sa Déclaration n'a pas d'effet rétroactif et n'a aucune incidence ni sur les affaires pendantes au moment dudit retrait ni sur les nouvelles affaires dont elle a été saisie avant la prise d'effet du retrait, un (1) an après le dépôt de l'instrument y relatif (...) »⁹⁹.

Le retrait de la déclaration du Bénin fut contesté devant la Cour africaine¹⁰⁰. Les Requérants alléguaient que par le retrait de sa Déclaration, l'État défendeur : i. viole la Charte et les normes internationales des droits de l'homme. ii. empêche ses citoyens d'accéder directement au système judiciaire régional pour y intenter une action en justice et demander réparation pour préjudice subi au sein de leur système interne, ce qui constitue une régression des droits.

Examinant la requête à la lumière du Droit international relatif aux déclarations d'acceptation de la compétence de certaines juridictions internationales, la Cour africaine détache la déclaration du Protocole qui la régit : « (...) *La raison en est que même si la déclaration est prévue par l'article 34 (6) du Protocole, elle est facultative par nature. Ainsi, en tant qu'acte unilatéral, la déclaration est un acte détachable du Protocole et peut, de ce fait, être retirée, sans que cela entraîne un retrait ou une dénonciation du Protocole. La Cour estime, en outre, que la nature facultative de la déclaration et son caractère unilatéral découlent du principe de base du droit international, à savoir le principe de la souveraineté des États (...)* La Cour conclut que l'État Défendeur est en droit de retirer la Déclaration qu'il avait faite en vertu de l'article 34 (6). En conséquence, la Cour accueille l'exception d'incompétence matérielle soulevée par l'État défendeur et déclare qu'elle n'est pas

⁹⁸ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda* (compétence), 3 juin 2016, § 69.

⁹⁹ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Affaire Landry Angelo Adalakoun et autres c. République du Bénin*. Requête n°012/2021. Arrêt du 4 décembre 2023, § 22 (ii). Voy. aussi *Affaire Dominick Damian c. République unie de Tanzanie*. Requête n° 048/2016. Arrêt du 4 juin 2020, § 2 ; *Affaire Andrew Ambrose Cheusi c. la République-unie de Tanzanie*. Arrêt du 26 juin 2020, § 38. Le retrait par la République unie de Tanzanie de sa déclaration le 21 novembre 2019 a pris effet à dater du 22 novembre 2020. *Affaire Baeden Dogbo Paul et Baendan M'Bouke Faustin c. République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 019/2020. Arrêt du 5 septembre 2023, *Sy Bi Gohoré Emile et autres c. République de Côte d'Ivoire* (Fond et réparations). Arrêt 15 juillet 2020, § 67. Le retrait par la Côte d'Ivoire de sa déclaration avait été notifié à la Commission de l'Union africaine le 29 avril 2020 et produit ses effets à l'égard des requêtes déposées postérieurement à cette date.

¹⁰⁰ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Affaire Glory c. Hossou et Landry Adalakoun c. République du Bénin*. Requête n° 016/2020. Arrêt du 2 décembre 2021.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

compétente pour connaître de la présente affaire. »¹⁰¹. Cette conclusion n'est pas partagée par le juge Bensaoula Chafika qui a joint une opinion dissidente¹⁰².

Cet arrêt a fait l'objet d'une analyse critique à l'aune du droit acquis, c'est-à-dire le droit fondamental au recours à la juridiction régionale des droits de l'homme. Alliant sécurité juridique et des questions d'ordre éthique posées par le retrait, les commentateurs s'interrogent si la Cour africaine disposait d'une possibilité de concilier les droits subjectifs acquis d'accès au juge par nécessité de sécurité juridique. Pour eux cet arrêt dévoile les insuffisances des garanties de sécurité juridique¹⁰³.

Cette opinion peut être partagée en se plaçant uniquement du point de vue des individus privés de la possibilité par le retrait d'accéder à la Cour africaine ; ce qui peut constituer une régression dans la protection des droits de l'homme si cette pratique de retrait était diffuse. Cependant, en se plaçant du point de vue de Etats, de l'insertion de cette déclaration dans le protocole et qui est maintenue dans les Protocoles ultérieurs (Protocole de fusion entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de l'Union africaine de 2008, le Protocole de Malabo de 2014), son importance fait que le système africain des droits de l'homme ne peut prospérer sans consentement des Etats. Le défaut de prévision dans le Protocole du droit de retrait de la déclaration n'est pas pertinent à notre avis. Par ailleurs quel intérêt gagnerait la Cour en se déclarant matériellement compétente à connaître du retrait de la déclaration si l'Etat défendeur ne lui offre aucune possibilité de collaboration quant à la procédure envisagée et éventuellement à l'exécution des mesures décidées par la Cour ?

7. Perspectives

Face aux contraintes liées au dépôt de la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour africaine par les Etats verrouillant *ipso facto* l'accès à cette Cour aux deux principaux requérants, il serait mieux d'entreprendre une réflexion pour comprendre une certaine méfiance réciproque ou tout au moins une attitude prudente de chacune de deux institutions. La Commission africaine est réticente à user de sa qualité de requérante pour saisir la Cour africaine. Celle-ci à son tour, depuis 2011, ne renvoie plus des requêtes à la Commission africaine.

La Commission africaine, l'un des requérants institutionnels dont la fonction de protection des droits de l'homme est complétée par la Cour africaine, n'a pas exploité sa fonction « névralgique » du système africain des droits de l'homme et des Peuples pour

¹⁰¹ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Affaire *Glory c. Hossou et Landry Adalakoun c. République du Bénin*. Requête n° 016/2020. Arrêt du 2 décembre 2021, §§ 32-36.

¹⁰² Opinion dissidente du juge Bensaoula Chafika. L'essentiel de son opinion peut être résumé dans deux paragraphes. La Cour aurait dû retenir sa compétence matérielle et passer à l'étape de la recevabilité et du fond si la requête était déclarée recevable (§ 12). Par cette jurisprudence, la cour a non seulement modifié le protocole par l'ajout du droit au retrait, mais encore a lié ce retrait à une condition *sine qua non*, le délai de préavis (§ 23).

¹⁰³ TETEVI DIDIER PRINCE-AGBODJA, B. CRISS-DESS DONGAR et NOUWAGNON OLIVIER AFOGU, « Le retrait du consentement des Etats à l'office de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: déni du droit d'accès des citoyens à la justice régionale? Le cas *Glory Cyriaque Hossou et un autre c. Bénin* », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol. 6, 2022, pp. 323-342.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

saisir la Cour africaine. Elle n'a, à ce jour, saisi la Cour africaine en matière contentieuse que dans trois affaires, toutes vidées par la Cour africaine¹⁰⁴. Dans ces conditions, s'interroge à juste titre Stéphane DOUMBE-BILLE, quel sens donner- dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples-au droit de saisine de la Cour par la Commission, particulièrement dans un contexte où celui-ci demeure rare¹⁰⁵ ?

La complémentarité entre la Commission et la Cour demeure une pétition de principe qui s'applique de manière sporadique¹⁰⁶ ou encore les deux institutions conçoivent leur complémentarité de manière pragmatique, essentiellement à travers la participation aux réunions annuelles qu'elles organisent et à l'harmonisation de leurs règlements intérieurs. L'aspect contentieux de cette complémentarité (la saisine de la Cour africaine par la Commission africaine d'une part et le renvoi des requêtes par la Cour africaine à la Commission africaine d'autre part) demeure balbutiant à telle enseigne qu'un auteur s'interroge s'il s'agit entre les deux de noces constructives ou d'une cohabitation ombrageuse¹⁰⁷. Du côté de la Cour africaine, il convient de relever qu'elle n'a renvoyé ou transféré à la Commission africaine que trois requêtes¹⁰⁸.

Cette situation peut s'expliquer par l'autonomie institutionnelle de la Cour et de la Commission africaines en dépit de leur complémentarité. L'article 2 du protocole de Ouagadougou énonce le caractère complémentaire de la fonction de la Cour africaine par rapport à celle de la Commission africaine. Cette complémentarité est précisée dans le Règlement intérieur de la Cour et consiste principalement dans l'organisation des réunions, l'harmonisation des règlements intérieurs, le transfert des requêtes à la Commission¹⁰⁹.

¹⁰⁴ *Requête 006/2012. The African Commission on Human and Peoples'rights c. République du Kenya* (18 mai 2012-23 juin 2022) ; *Requête 002/2013. The African Commission on Human and Peoples'rights c. Etat de Libye* (31 janvier 2013-3 juin 2016) ; *Requête 004/2011. The African Commission on Human and Peoples'rights c. Etat de Libye* (16 mars 2011-15 mars 2013)

¹⁰⁵ St. DOUMBE-BILLE, « Le mécanisme de saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples est-il approprié à sa fonction ? », in *Réciprocité et universalité: sources et régimes du Droit international des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur d'Emmanuel Decaux*, Paris, Pédone, 2017, pp. 587-604.

¹⁰⁶ Pour une analyse de la complémentarité, C.V. KEMKENG, *La protection des droits de l'homme en Afrique. L'interaction entre Commission et Cour africaines des droits de l'homme et des Peuples*, Paris, l'Harmattan, 2020.

¹⁰⁷ SAMIR SERO ZIME YERIMA, « La Cour et la Commission africaines des droits de l'homme et des Peuples: noces constructives ou cohabitation ombrageuse ? », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol.1, 2017, pp. 357-385.

¹⁰⁸ *Affaire Soufiane Ababou c. République démocratique d'Algérie. Requête 002/2011* (décision du 16 juin 2011); *Daniel Amare et Mulugeta c. République de Mozambique* (décision du 16 juin 2011); *Association Juristes d'Afrique pour la Bonne gouvernance c. République de Côte d'Ivoire. Décision du 16 juin 2011. Requête 005/2011; Requête 006/2011. La Cour africaine avait décidé de renvoyer cette affaire devant la Commission africaine. La Cour s'était déclarée incompétente pour défaut de statut d'observateur auprès de la Commission africaine de la requérante.*

¹⁰⁹ Règlement intérieur de la Cour du 25 septembre 2020. Règle 34. Réunions entre la Cour et la Commission: 1. En vue de renforcer la complémentarité prévue à l'article 2 du Protocole, la Cour se réunit avec la Commission au moins une fois par an et chaque fois que cela s'avère nécessaire. 2. Le Bureau de la Cour peut rencontrer celui de la Commission aussi souvent que nécessaire. Règle 35 Harmonisation des Règlements intérieurs : 1. Conformément à l'article 33 du Protocole, la Cour consulte la Commission, chaque fois que de besoin, sur toute modification de son Règlement et sur toutes les questions de procédure qui régissent les rapports entre les deux institutions.

**LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

Vol. 1 – 2024

Dans *l'affaire Femi Falana c. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, la Cour africaine avait rappelé l'autonomie entre les deux institutions (Cour et Commission) et la complémentarité entre elles en ces termes : « Il ressort de l'analyse des articles 2 du Protocole et 29 du Règlement ainsi que des dispositions connexes du Protocole citées ci-dessus que la Cour ne peut pas obliger le défendeur à la saisir, même si celui-ci a qualité pour le faire. La relation entre la Cour et le défendeur est fondée sur la complémentarité. En conséquence, la Cour et le défendeur sont des institutions partenaires autonomes mais qui œuvrent de concert pour le renforcement de leur partenariat en vue de protéger les droits de l'homme sur tout le continent. Aucune de ces deux institutions a le pouvoir d'obliger l'autre à prendre une mesure quelconque »¹¹⁰.

Comme l'ont souligné Catherine MAIA et André-Marie GBENOU, si la pratique des renvois par la Commission se singularise par son extrême rareté, le renvoi des requêtes de la Cour africaine devant la Commission s'est interrompu depuis 2011 après une pratique initiale libérale¹¹¹. Le Règlement intérieur de la Commission africaine contient aussi des dispositions relatives à la saisine de la Cour par la Commission¹¹².

L'intégration du Comité africain d'Experts sur les droits et bien-être de l'enfant (CAEDBE) parmi les requérants habilités à saisir la Cour africaine en matière contentieuse peut accroître le nombre de requêtes provenant de requérants institutionnels¹¹³. Dans un avis du 5 décembre 2014, la Cour africaine n'avait pas reconnu au CAEDBE la qualité de requérant pour la saisir en matière contentieuse sur le fondement de l'article 5 du Protocole de Ouagadougou. Pour qu'il puisse saisir la Cour de quelque requête en vertu de l'article 5 dudit Protocole, le CAEDBE devrait être expressément ajouté à la liste des entités habilitées à introduire des requêtes devant la Cour. Elle est favorable à l'intégration dudit Comité dans la nomenclature des entités habilitées à saisir la Cour en matière contentieuse. La Cour constate qu'il s'est agi d'une omission couverte par l'article

¹¹⁰ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Affaire Femi Falana c. Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples*. Requête n° 019/2015. Ordonnance du 20 novembre 2015, §§ 15-16.

¹¹¹ C. MAIA et A.-M. GBENOU, « Le renvoi d'affaires entre la Commission et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: une procédure rarement mise en œuvre » in C. MAIA et J.-B. HARELIMANA (dir.), *La protection des droits humains en Afrique: perspectives actuelles*, Saint-Ouen, Les éditions du net, Collection Jus Gentium & Africa, 2024, pp. 79-97.

¹¹² Règlement intérieur de la Commission africaine (Mars 2020). Règle 130. Saisine de la Cour 1. La Commission peut, avant de statuer sur la recevabilité d'une Communication ayant fait l'objet d'une saisine en vertu des articles 48, 49 ou 55 de la Charte, décider que la Communication devrait être renvoyée à la Cour, sous réserve que l'État défendeur ait ratifié le Protocole de la Cour africaine. 2. La Commission devra obtenir le consentement du plaignant pour tout renvoi devant la Cour. 3. Conformément à l'article 5(1)(a) du Protocole de la Cour africaine, la Commission, en renvoyant la Communication, devient le Requéran dans la procédure devant la Cour. 4. La Commission n'examine aucune communication identique, pour l'essentiel, à une requête déjà tranchée par la Cour.

¹¹³ Dans la Feuille de route sur la complémentarité entre la Commission africaine et la Cour africaine (2023-2025), les deux organes entendent améliorer les conditions d'accès ou de procédure. Ils ont lancé à cet effet un appel au Président de la Commission de l'Union africaine afin qu'il accède à la demande formulée par le CAEDBE en vue de l'amendement de l'article 5 du Protocole permettant à ce dernier de saisir la Cour d'affaires contentieuses. Voir Annexe III du Rapport d'activités de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples du 1er janvier au 31 décembre 2022.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

30 (c) du Protocole relatif au statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (non en vigueur) qui confère au Comité la qualité pour saisir directement la Cour¹¹⁴.

La Cour africaine aurait pu admettre le CAEDBE parmi les requérants visés à l'article 5 du Protocole de Ouagadougou par une interprétation téléologique ou systémique plutôt que par un recours à l'interprétation littérale. Au cours de ces dix dernières années le CAEDBE exerce quasiment les mêmes fonctions que la Commission africaine bien que le domaine d'intervention dudit Comité soit limité aux droits des enfants

Conclusion

La saisine de la Cour africaine par les ONG lui a permis de rendre quelques « grands arrêts » au regard des questions abordées telles que l'élargissement du droit applicable par la Cour aux instruments juridiques comme la Charte africaine de la démocratie, des élections, de la gouvernance, du Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance ; de la Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles. En saisissant la Cour africaine de certaines violations structurelles des droits de l'homme, les ONG visaient la modification du cadre juridique des Etats défendeurs pour le rendre conforme à leurs obligations internationales, même si les Etats concernés n'ont pas toujours agi avec diligence, exception faite des Etats ayant donné suite aux décisions de la Cour. Certains arrêts, à leur initiative, ont porté sur des questions relevant de l'exercice de souveraineté des Etats à l'instar de l'exclusion des candidatures indépendantes aux élections présidentielles, parlementaires ou locales (Tanzanie) ou du déséquilibre de la composition de l'organe chargé du processus électoral en Côte d'Ivoire. C'est au regard de cette contribution des ONG que Laurence BURGORGUE-LARSEN rappelle que leur activisme a permis à la Cour de rendre des arrêts sur des questions aussi importantes que l'indépendance d'une Commission électorale ou encore l'égalité des hommes et des femmes dans le cadre du mariage¹¹⁵.

Dans l'ensemble, la contribution des ONG est en deçà des attentes et des perspectives au regard de nombreuses violations structurelles des droits de l'homme dans les Etats ayant déposé la déclaration, les seuls contre lesquels les requêtes des ONG peuvent être dirigées. Plusieurs ONG bénéficient du statut d'observateur auprès de la Commission africaine. Elles peuvent, à travers leurs actions de plaidoyer, inciter et encourager les Etats dans lesquels elles sont enregistrées ou opèrent à déposer les déclarations. Elles peuvent aussi encourager les Etats ayant retiré leurs déclarations de revenir sur leurs décisions souveraines pour permettre à la Cour de connaître d'un afflux important. Ceci peut ne pas suffire. Il constitue un pas pour que la contribution des ONG au développement du droit régional africain des droits de l'homme soit portée sur le boisseau.

Dans le système européen des droits de l'homme incarné par le Conseil de l'Europe les différents statuts des ONG (consultatifs et participatifs) leur ont permis de participer à la

¹¹⁴ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. En l'affaire demande d'avis consultatif introduite par le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant au sujet du statut du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant. Avis consultatif n° 002/2013. Avis du 5 décembre 2014.

¹¹⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context*. La justice qui n'allait pas de soi, Paris, Pédone, 2020, p. 418.

LA CONTRIBUTION DES ONG AU DEVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Vol. 1 – 2024

construction et à la consolidation de ce système¹¹⁶. L'apport des ONG au système américain de protection des droits de l'homme est aussi évoqué par Laurence BURGORGUE-LARSEN qui souligne que « sans l'activisme stratégique des ONG, le système interaméricain n'aurait jamais pris l'envergure qu'il a aujourd'hui, tant elles jouèrent un rôle cardinal pendant la période des dictatures »¹¹⁷.

Le nombre limité d'ONG ayant saisi la Cour africaine contraste avec une jurisprudence plus favorable à leur égard. Elles ne doivent justifier d'aucun intérêt à agir. C'est dans cette optique que « s'agissant de l'exception tirée du défaut d'intérêt à agir ou du défaut de qualité de victime des requérants, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle les articles 5 (3) et 34 (6) du Protocole n'obligent pas les individus ou les ONG à démontrer un intérêt personnel dans une requête pour saisir la Cour. La Cour observe que cette jurisprudence est fondée, entre autres, sur le fait qu'eu égard à leur mandat et à la nature même de leurs activités, les ONG sont habilitées à ester dans la mesure où elles agissent pour une cause d'intérêt public »¹¹⁸. Cette ouverture libérale au prétoire de la Cour africaine devrait constituer un catalyseur pour les ONG de multiplier les requêtes grâce auxquelles la Cour africaine forge et développe sa jurisprudence susceptible de contribuer au développement du Droit régional africain des droits de l'homme.

¹¹⁶ B. WASSENBERG, « La place des ONG au Conseil de l'Europe de 1952 à nos jours », *Relations internationales*, 2012/4, N° 152, pp. 77-92.

¹¹⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context*. La justice qui n'allait pas de soi, Paris, Pédone, 2020, p. 413.

¹¹⁸ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Affaire *Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et autres c. République de Côte d'Ivoire*. Requête n° 041/2016. Arrêt du 5 septembre 2023, § 69.

LIMBU V DYSON TECHNOLOGY LIMITED AND THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE

Vol. 1 – 2024

Limbu v Dyson Technology Limited and the forum non conveniens doctrine

Farah Y

Introduction

The High Court decision in *Limbu v Dyson* tests the application of the doctrine of *forum non conveniens* ('FNC') in international human rights litigation for the first time since the UK's withdrawal from the EU.¹ Until the UK-EU Withdrawal Treaty, the position of the Court of Justice of the European Union ('CJEU') on the application of FNC was stated in *Owasu v Jackson* where the Court ruled that national courts are not permitted to apply the doctrine of *forum non conveniens* ('FNC') where the defendant is domiciled in an EU member state², and the subject matter of the dispute falls within the scope of Brussels I³. As a result, in many international human rights litigation cases the jurisdiction of the English court over a company deemed domiciled in the UK under Article 63 of Brussels I could not have been disputed on the basis that England was not the appropriate forum.⁴ In *Vedanta* for instance, the allegation that England was FNC was only raised in relation to the request to join into the proceedings *Vedanta's* Zambian based Subsidiary under jurisdictional gateway 3.1(3) of Practice Directive 6B⁵. The same could not have been argued in relation to the parent company (*Vedanta Plc*) which was deemed domiciled in the UK.⁶ Following the withdrawal from the EU, the UK repealed Brussels I, restoring the application of English conflict of laws rules and with it the doctrine of FNC, which will now apply even to cases brought against a corporation with presence in the UK.

In this case review I advance two arguments. First, that the court's reasoning in *Dyson* conforms to the core justice values of the doctrine of FNC, and although it has harsh impact on poorly resourced claimants, it is a sound decision. Second, even when claimants are successful at convincing the court that England is the appropriate forum, due to the fact-intensive discovery nature of the FNC inquiry, arguing it, is time and cost inefficient, defeating in that the very need to secure access to justice and an effective remedy to victims of business-related human rights violations. Therefore, I reiterate in this piece the need for a statutory binding framework that will relieve claimants from demonstrating

¹ *Limbu v Dyson Technology Limited*, [2023] EWHC 2592 (KB)

² C-281/02 *Andrew Owusu v N. B. Jackson, trading as "Villa Holidays Bal-Inn Villas" and Others* [2005] E.C.R. I-1383

³ Council Regulation (EC) 1215/2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (2012) OJ L 351 [Hereinafter Brussels I Regulation]. Article 63 of Brussels I which deals with the domicile of corporations. On one occasion the court declined jurisdiction and found that the parent company was not domiciled in the UK. This was the case of *Vava v Anglo American of South Africa*³ (full citation) where claimants brought a claim against the South African gold mine before the High Court in relation to the illnesses silicosis and silico-tuberculosis.

⁴ *Okpabi and others v Royal Dutch Petroleum plc and another*, [2021] UKSC 3.

⁵ *Vedanta Resources v Lungowe* [2019] UKSC 20. See [Practice Direction 6B Service Out of the Jurisdiction](https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06/pd_part06b), https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06/pd_part06b

⁶ *Vedanta ibid.*

LIMBU V DYSON TECHNOLOGY LIMITED AND THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE

Vol. 1 – 2024

that England is the appropriate forum in relation to claims concerning human rights violations brought against UK present corporations.

I will provide a brief introduction to the doctrine of FNC under English law, and then summarise and critically assess the Dyson decision.

FNC under English law

The Jurisdiction of the English Court is discretional. This means that despite having jurisdiction under the civil procedural rules, the court may still decline jurisdiction if England is not deemed to be the appropriate forum (*forum conveniens*). In the leading case of *Spiliada* the Supreme Court reasoned that the *forum conveniens* is the forum in which the case may be tried more suitably for the interests of all parties and the ends of justice.⁷ Although, the doctrine of FNC has at times prevented claimants from pursuing a claim in England, and even on matters that implicate human rights violations, it is important not to lose sight that ultimately its application is intended to serve the ‘interests of the parties and of justice’. For this reason, the doctrine of FNC should be viewed as an instrument of justice. According to Fentiman this is reinforced by two features of the doctrine. First, even if England is not the *forum conveniens*, an order declining jurisdiction must not itself be unjust to a claimant. Second, it is reflected in its underlying objective that proceedings should be heard in the most cost-effective forum.⁸ Given that justice is the overriding consideration, staying a claim in favour of the most efficient forum, should in theory yield an efficient outcome, and an efficient outcome is in principle the just outcome.⁹ Therefore, the doctrine of FNC aims to remove inefficiencies caused by cost and delay which inevitably benefits the stronger and better-funded party. By locating proceedings in the most appropriate forum, it is more likely to eradicate the ‘inefficiency dividend’ which favours the stronger party, thereby ensuring relative equality of arms’.¹⁰

Moreover, a reassuring pre-condition for the application of the doctrine of FNC is that the party contesting the jurisdiction must identify another forum that has jurisdiction to determine the dispute. This applies both when challenging jurisdiction and when seeking permission to serve out of the jurisdiction, where the burden is on the Claimant to show that England is the appropriate forum.¹¹

The court applies the doctrine by following two stages. In stage I the court evaluates with which forum the claim has the most real and substantial connection,¹² which entails assessing the relative efficiency between England and the other available forum. As Lord Goff stated in *Spiliada* the court should give the appropriate weight to such factors considering all the circumstances of the case. In *Amin Rasheed Shipping Corporation* the court stated that ‘the court must consider the nature of the dispute, the legal and practical

⁷*Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* (“The Spiliada”) [1987] AC 460.

⁸ Fentiman, R, *International Commercial Litigation*, (2015) OUP 2nd ed., chapter 13.

⁹ *Ibid*, Fentiman, R,

¹⁰ *Ibid*, Fentiman, R., chapter 13 para 16.

¹¹ Practice direction 6B-Service out of the Jurisdiction *supra* (no 6). *Unwired Planet International Ltd v Conversant Wireless Licensing SÀRL* [2020] UKSC 37, paras [97]-[98].

¹²*Supra* no (7) *Spiliada*.

LIMBU V DYSON TECHNOLOGY LIMITED AND THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE

Vol. 1 – 2024

issues involved, such questions as local knowledge, availability of witnesses and their evidence and expense.¹³ It is not appropriate however to embark upon a comparison of the procedures, methods, reputation or standing of the courts of one country in comparison with those of another'.¹⁴ It may be the case that there is more than one factor that influence the court's decision of whether to exercise jurisdiction. However, the court may in such circumstances give significant weight to the 'dominant connecting factor' and decide whether based on that factor, England is the appropriate forum.¹⁵

These connecting factors may include the language of the parties, case management concerns and techniques such as the availability of remote hearing, the ability to join a party or ability to split the claim between the substantive claims relating to breach and the quantum of the compensatory damage, the existence of parallel proceedings and how advanced they are, the desire that all claims to be heard in the same forum, the identity of the applicable law and the cost of proving it, the location of witnesses and evidence¹⁶, the type of the claim, the location of the parties,¹⁷ the place where the wrongful act or omission occurred and the place where the harm occurred.¹⁸ Usually, in claims involving torts, the place where the tort is commissioned is usually the *prima facie* place with which the claim has the substantial connection. However, the importance of where the tort was commissioned may be 'dwarfed' by other considerations.¹⁹ These are all fact-intensive enquiries which will cost the parties time and expense which are counterproductive to the need of remediating victims who are often in a dire need for a reparation.

The second stage of the application of the FNC doctrine becomes relevant if the court reaches a conclusion that the on consideration of the connecting factors the foreign jurisdiction is the appropriate forum. At this stage, the claimant may provide 'cogent evidence' that by staying proceedings they will suffer substantial injustice. This will usually be proven by showing that the stay will deny them access to justice, or the right to an effective remedy.²⁰ Cogent evidence does not necessarily mean 'unchallenged evidence'.²¹ The Court does not need to be satisfied on the balance of probabilities that the risk will occur, suffice to provide cogent evidence that the risk exists.²²

In *Vedanta*, thousands of Claimants brought a tort action in relation to a gas leak at a mine operated by Vedanta's Zambian subsidiary. The Supreme Court found that even though Zambia was the appropriate forum, ordering a stay of proceedings in favour of Zambia will effectively deny the Claimants access to justice, because Zambia's civil justice system

¹³ *Amin Rashid Shipping Corporation v Kuwait Insurance* [1984] AC 50.

¹⁴ *Ibid*, *Amin Rashid Shipping*.

¹⁵ *JSC BTA Bank v Granton Trade Ltd* [2010] EWHC 2577 (Comm)

¹⁶ *Peacock v Del Seatek India and Hyundai HeAVY Industries Company* [2019] EWHC 2867 (Admiralty)

¹⁷ *Jefferies International Ltd v Cantor Fitzgerald & Co* [2020] EWHC 1381 (QB)

¹⁸ *Vedanta supra* no (5) at para [66].

¹⁹ *Dyson supra* no (1) at para [36], quoting also *VTB Capital Plc. v Nuritek International Corp* [2013] 2 AC 337. ("VTB")

²⁰ *Fentiman, R., supra* no (13).

²¹ *Vedanta supra* no (5) para at [96].

²² *Cherney v Deripaska* [2009] 2 CLC 408, at para [42].

LIMBU V DYSON TECHNOLOGY LIMITED AND THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE

Vol. 1 – 2024

had insufficient access to funding and local legal resources to enable the Claimants to obtain substantial justice in Zambia.²³

In Unilever, the claimants brought a claim in England against Unilever PLC, a company incorporated in Switzerland which was also deemed domiciled in the UK under Article 63 of Brussels I.²⁴ The claimants also joined its Kenyan subsidiary UTKL under UK Civil Procedure Rules utilising specifically paragraph 3.1(3) of Practice Directive 6B. The claimants argued that Unilever PLC owed them a duty of care to protect them from third parties who committed against them various grave crimes such as rape, and that they breached that duty. Although the harm was committed by a third party, the claims did centre around the direct involvement of the Kenyan subsidiary in managing the risk posed to the party to their employees (seasonal workers). The court declined jurisdiction over the Kenyan subsidiary on the basis that there was not a real issue between the claimants and Unilever plc.²⁵

Although the court declined jurisdiction based on the first point of Article 3.1(3) i.e. that there was not a real issue between the claimants and the First defendant (Unilever Plc), the trial court also proceeded to deal with whether England was the appropriate forum on the hypothetical assumption that they were wrong in their decision on the first point. The High Court reasoned that England was the appropriate forum and even if they were wrong on this finding, that staying proceedings will cause the Claimants substantial injustice. The Court reasoned that the Claimants will not be afforded effective legal representation in Kenya due to lack of effective legal representation and funding.²⁶ Another factor was that there was genuine fear about the safety of the Claimants should they try the claims in Kenya, due to the existing ethnic tension between the Claimants and another dominant ethnic group.

In Dyson, like in Unilever, the Claimants submitted that a stay would mean that they will not have access to legal representation in Malaysia arguing among other things that either there are not available lawyers with the expertise to deal with the case, and decisively that contingency fees basis will not be available in Malaysia. Additionally, they argued that they will be unable to participate effectively in a trial in Malaysia, either in person or remotely, due to the fear of detention in inhumane conditions and deportation should they return to Malaysia,²⁷ and that there was a real risk that the Malaysian court will not allow remote or a hybrid hearing.²⁸ The court was not convinced by these arguments. Relying on Vedanta,²⁹ the Court was not convinced that the case fell into one of those exceptional situations where the absence of funding litigation will lead to a real risk of the

²³ Vedanta *supra* no (5) at para [100].

²⁴ Article 63 of Brussels I *supra* no (6), considers a corporation domiciled in the place of its (a) statutory seat, (b) Central administration, (c) Principal place of business.

²⁵ AAA & Ors v Unilever Plc & Anor [2017] EWHC 371 (QB), permission to appeal was denied by the Court of Appeal in ([2018] EWCA Civ 1532). Under Para 3.1(3) jurisdictional gateway of Practice Directive 6B, it is a requirement to show that there is a real issue between the Claimant and the Anchor defendant (first defendant) to be able to join the non-UK based defendant.

²⁶ *Ibid* AAA & Ors, paras [168]-[170].

²⁷ Dyson *supra* no (1) at para [71].

²⁸ Dyson *Ibid* at para [92].

²⁹ Vedanta *supra* no (5) at para [93].

LIMBU V DYSON TECHNOLOGY LIMITED AND THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE

Vol. 1 – 2024

Claimants being deprived of substantial justice.³⁰ The court rightly stated that when assessing whether effective representation and availability of funding, the court should not aim for affording the Claimants the Rolls-Royce quality of legal representation. The Court instead evaluate whether there is a real risk-as opposed to making a finding on fact-that the Claimants will be deprived substantial justice.³¹

Limbu v Dyson Technology Limited

Mr. Limbu and 22 other migrant workers from Nepal and Bangladesh, and the personal representative of the estate of a deceased migrant worker from Nepal brought proceedings in England and Wales against three Defendants who are part of the Dyson group, two of these Defendants are domiciled in England (Dyson Technology Limited and Dyson Limited), and the third is domiciled in Malaysia (Dyson Manufacturing SDN BHD). The Claimants argued that the Defendants are jointly liable (with the primary tortfeasors) for the commission of the torts of false imprisonment, intimidation, assault, and battery, and that the Dyson Defendants had been unjustly enriched at the expense of the Claimants. The primary tortfeasors were not sued by the Claimants.

These claims differ from the other business and human rights litigation brought before the English Court such as *Vedanta*.³² and *Okpabi*³³ because the breaches the claimants complained about occurred during their employment by ATA/J (the primary tortfeasor), which is a third party operating along the supply chain of Dyson in Malaysia. The claims by the admission of both parties and confirmed by the court involved novel points of law (whether under English or Malaysian law), which focused on unjust enrichment, whether the unjust benefit in a claim for unjust enrichment must flow directly from the claimant to the defendant, and on tort, whether a party can be liable in negligence for the treatment by a third party.³⁴

The Defendants did not apply to strike out the claims or ask for a summary judgment, conceding that the claims are arguable,³⁵ the latter being a condition for the exercise of jurisdiction under the English Civil Procedure Rules. Instead, the first and second Defendants petitioned the court to stay proceedings because in their view Malaysia was the appropriate forum. The third Defendant asked the court to set aside the order serving them with these proceedings. The High Court agreed with the Defendants and found that Malaysia is the appropriate forum and that the Claimants will not suffer substantial injustice if the proceedings are stayed in favour of the appropriate forum.

The court found that there are connecting factors that favour `both jurisdictions. For example, the prospect of avoiding parallel proceedings, multiplicity of proceedings and

³⁰ *Dyson supra* no (1) at para [171].

³¹ *Dyson supra* no (1) at [140]. See also *Connelly* on the Rolls-Royce metaphor. *Connelly v RTZ Corpn plc* (No 2) [1998] AC 854 (“*Connelly*”).

³² *Vedanta supra* no (5).

³³ *Okpabi supra* no (4).

³⁴ *Dyson supra* no (1), para [18].

³⁵ *Dyson supra* no (1) para [18].

LIMBU V DYSON TECHNOLOGY LIMITED AND THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE

Vol. 1 – 2024

the risk of irreconcilable judgments thereof, favoured England as the appropriate forum.³⁶ In *Vedanta* this element was deemed very important but not exclusive of the other connecting factors³⁷. The court reasoned in *Dyson*, that despite the threat of parallel actions, and that the first and second defendants are situated in England the centre of gravity was 'where the primary underlying treatment about which the claimants complain took place'.³⁸ It is the place where the policy the claimants rely on is applied to activities which took place in Malaysia, and it is the place where the third defendant had their direct contractual relationship with ATA/J, and their 'primary responsibility for policing ATA/J's treatment of its employees'.³⁹

Moreover, another important factor shifting the centre of gravity to Malaysia as the appropriate forum was that Malaysian law was the applicable law to all matters put before the court. The court placed importance on the fact that Malaysian law may differ from English law on the questions of unjust enrichment and whether a party can be held liable for the actions of third-party. The novelty element of the points of law was decisive in reaching the decision that Malaysia was the appropriate forum. Moreover, the court reasoned that there are good policy reasons to allow Malaysian judges to consider these novel points of law. Equally, parties made extensive reliance on Malaysian constitutional and statutory law, which the court reasoned should best be considered by Malaysian Courts.

It worth noting that *Dyson* made few undertakings to the court on how they will proceed in the foreign jurisdiction if their claim on FNC was successful. Among these undertakings was the undertaking to submit to the Malaysian jurisdiction, not to seek security for costs, pay reasonable costs for instance for the assistance of the remote hearing, and pay the claimants' share of certain disbursements to the extent reasonably incurred and necessary⁴⁰. Although, these undertakings may have influenced the court in its evaluation whether England is the appropriate forum, on the face of it, these undertakings did not occupy a prominent status in the court's reasoned decision that Malaysia was the appropriate forum and that the claimants will not be caused substantial injustice if the claim is stayed in favour of the Malaysian jurisdiction.

Analysis

The *Dyson* case highlights the damage that the doctrine of FNC could inflict on Claimants prospects to seek a remedy before the English court in relation to claims with substantial connecting factors outside the jurisdiction. These connecting factors become more insubstantial when the cause of action is based on breaches committed by a third party operating along the supply chain of the business. Although they usually arise in the context of serious human rights violations such as forced labour as in the case of *Dyson*, they are framed in tort, or under a protective statutory regime applicable at the place where the harm occurred. Invariably, they raise important public policy concerns, and with it the need to address the underlying cause and offer remediation to victims.

³⁶ *Dyson supra* no (1), para [121].

³⁷ *Vedanta supra* no (5).

³⁸ *Dyson supra* no (1) at paras [103] and [122].

³⁹ *Dyson supra* no (1) para [103]

⁴⁰ *Dyson supra* no (1) at para [16].

LIMBU V DYSON TECHNOLOGY LIMITED AND THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE

Vol. 1 – 2024

Therefore, finding a solution to this challenge is very important both morally, and as a matter of public policy.

However, in *Lubbe* the UK Supreme Court being consistent in relation to the application of the doctrine of FNC stated that the public interest consideration which does not affect the private interest of the parties has no bearing on the decision whether the court must remove the stay order in favour of South Africa.⁴¹ In other words, the doctrine of FNC is only concerned with the private interest of the disputants. Therefore, it is wrong to expect of the English court to deviate from the doctrine's core principles, merely because the underlying nature of the dispute concerns the violation of human rights. Even if the FNC enquiry adjusts to accommodate the challenges brought about by international human rights litigation, an FNC inquiry before the court is fact specific and may require a long time to resolve and may include substantial financial resources. Thus, either way international human rights litigation in its current procedural design is not efficient.

Most notably, although not expressed forcefully by the various decisions which I covered in this case review, it appears that the court considers international comity and exercises judicial restraint before making a decision that implicates the sovereignty of another state by avoiding passing a judgement on the suitability or readiness of the civil justice system of another state.⁴² The principle of international comity is 'neither a matter of absolute obligation,' nor of 'mere courtesy and goodwill'.⁴³ The court often imbeds such values in its decision-making without clearly referring to them or identifying their jurisprudential foundation. The court in *Vedanta* stated that a court's conclusion that a competing jurisdiction would not provide substantial justice risks offending international comity.⁴⁴ In *Dyson* the court took notice of international comity and reasoned that the Malaysian courts should be able to determine public policy matters such as forced labour which in recent years has caught the attention of the people and policymakers in Malaysia.

However, it is difficult to ignore that in *Lubbe*, *Vedanta*, and *Unilever*,⁴⁵ the court effectively said that the absence of a developed funding system, and experienced lawyers at the appropriate forum will prevent the civil justice system in those states to effectively trial such procedurally complex cases. These are difficult decisions because the court indirectly passed judgement on the suitability of another sovereign to administer justice, when the justice enquiry should focus more on actual denial of access to justice, such as situations where cogent evidence shows that there is a real risk that justice will not be obtained in the foreign jurisdiction due to circumstances pointing to corruption, and lack of independence.⁴⁶ In other words, the court should not proceed on a quality comparative exercise between England and the appropriate jurisdiction. It is not about the risk of obtaining an inferior quality of access to justice, its more about the risk of its availability.

⁴¹ *Lubbe and Others v Cape Plc* [2000] 1 WLR 1545 ("Lubbe").

⁴² See Supreme court decision in *VTB* on the role of comity in the application of FNC. *VTB Capital plc v Nutritek International Corp* [2013] UKSC 5.

⁴³ *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

⁴⁴ *Vedanta supra* no (5) at para [12].

⁴⁵ *Lubbe supra* no (41) at para [277].

⁴⁶ *AK Investment CJSC v Kyrgyz Mobil Tel* [2011] UKPC 7, [2011] 4 All ER 1027 at para [95].

LIMBU V DYSON TECHNOLOGY LIMITED AND THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE

Vol. 1 – 2024

Although it is important to remediate victims, this model of access to justice for victims is not sustainable, and more so, it is not predictable.

However, it is important to note that the English courts have stressed that any finding of a real risk that a claimant will not obtain substantial justice at the foreign (appropriate) jurisdiction is fact sensitive and may have little influence in relation to another claimant litigating at a different time in relation to a different matter in the same jurisdiction.⁴⁷

Therefore, removing this challenge posed by the doctrine of FNC to international human rights litigation is not the job of judges and will require either a response by the British Parliament, or through a binding international framework for business and human rights. In a different article, I argued that statutory routes for civil litigation are simpler, more coherent, and more effective for victims to use than international tort litigation.⁴⁸ Such routes should also determine the application of FNC to claims brought by victims in relation to the breach of such treaties.

Although a binding international framework is most ideal, and is in the making, realistically it will take a long time before it is achieved, and unfortunately due to poor compliance by states with international law may be less effective than domestic law at a time when the need to justice for victims is paramount.⁴⁹ The latest version of the zero draft (2023) proposes in Article 9(3)(a) that a court should not apply the doctrine of FNC in situations where the alleged violator corporation is domiciled in that state, or where the victim has their natural habitat in that state.⁵⁰ Article 9(2) adopts a very permissive approach to determining the domicile of the corporation. If adopted, this approach will prevent the English court from applying FNC in relation to companies domiciled in the UK, even in relation to claims with substantial connecting factors with a foreign forum. However, it will not prevent the court from applying the doctrine to the foreign subsidiary such as the third Malaysian defendant in the case of Dyson. This approach is both measured, and sound because human rights claims raise important public policy concerns that will benefit of greater scrutiny at the place with which the claims are most closely connected with. In other words, the doctrine of FNC is more amenable to its core justice values when the claims are brought in relation to the non-UK corporation, and less in relation to a company present in the UK which through its actions or omissions has caused human rights violations, even if commissioned outside the UK. A statutory route however will express the commitment of the UK to holding to account UK present corporations to their victims in relation to human rights violations wherever they occur. Thus, this will affirm the relevance of the public interest when applying the doctrine of FNC, whilst striking the balance with the need to respect international comity.

The House of Lords is considering the Commercial Organisations and Public Authorities Duty (Human Rights and Environment) Bill. Section 8(4) stipulates that: 'For the purpose of this Act, Courts of England and Wales have jurisdiction over all commercial

⁴⁷ Mousavi-Khalkali v Abrishamchi [2019] EWHC 2364 (Ch) at para [22].

⁴⁸ Farah, Y., Kunuji, V., & Kent, A. (2023). Civil Liability Under Sustainability Due Diligence Legislation: A Quiet Revolution? King's Law Journal, 34(3), 499–523. <https://doi.org/10.1080/09615768.2023.2283234>

⁴⁹ Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Zero draft, July 2023, <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/binding-treaty/> (accessed on 11 July 2024).

⁵⁰ Zero draft, *ibid*.

LIMBU V DYSON TECHNOLOGY LIMITED AND THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE

Vol. 1 – 2024

organisations that are alleged to have breached their duties under section 2, regardless of the location of the harm or part thereof, or of the physical presence, registration, or domicile of a commercial organisation more directly linked to the harm'.⁵¹

This Bill, if adopted, will express the UK's interest in allowing all disputes implicating human rights violations committed by companies incorporated in the UK or non-UK corporations 'which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom',⁵² to be tried in the UK wherever the harm occurred, commissioned or sustained, irrespective of whether they have direct link with the harm. This is the type of shift which is required to alleviate the challenge brought about by the doctrine of FNC.

Although the bill will undoubtedly be met with strong resistance from businesses in the UK and elsewhere, I do think that it will offer a much-needed change in approach to facilitating the effective remediation of business-related human rights violations, allowing human rights defenders to focus their energy on tools that will have strong access to justice and remediation processes.

Conclusions

In this piece I have shown that the doctrine of FNC is an instrument of justice. It however makes seeking justice a thorny journey due to its fact-intensive enquiry, and the tricky need to respect international comity. These are all evaluative exercises that will sometimes lead to harsh but sound results. Therefore, to solve this access to justice problem for victims of business-related human rights violations one requires a policy decision by the UK Parliament or through a consolidation of the efforts been done on the international sphere. For this to happen, one must wait patiently and hope for the UK to recognise that corporations who are present in the UK must respect international human rights law, and therefore, expect to submit to the jurisdiction of the English court even where the claims are substantially connected with another available forum. Although I argued elsewhere that the international community should design alternative grievance routes to court litigation for victims to pursue when seeking remediation (ADR)⁵³, I think as long as this has not matured, victims should have access to English courts as a matter of right against UK present corporations allegedly implicated in human rights violations.

⁵¹ The Commercial Organisations and Public Authorities Duty (Human Rights and Environment) Bill, available on <https://bills.parliament.uk/publications/53150/documents/4066> . Last visited on 11 July 2024.

⁵² Section 1 of the Bill (*ibid*) adopts the definition of 'commercial organisation' under Section 7(5) of the Bribery Act 2020.

⁵³ Farah Y., and Makhoul M., 'The Remediation of Business-related Human Rights Violations caused by EU Oil and Gas Corporations', in Research Handbook on EU Energy Law and Policy, 2nd ed., in print, expected 2024.