

Statement by

Mr. Ali Garshasbi

Representative of the Islamic Republic of Iran
before

The Sixth Committee of the
71st Session of the United Nations General Assembly
on

**Report of the International Law Commission
on the work of its sixty-eighth session
(agenda item 78)**

**Cluster II
(Chapters VII and VIII)**

Crimes against humanity
Protection of the atmosphere

&

**Cluster III
(Chapters X, XI and XII)**

Protection of the environment in relation to armed conflicts
Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction
Provisional application of treaties

2 November 2016

New York

Mr. Chairman,

In my intervention, I would like to present our remarks concerning two of the items not previously presented by my delegation under Cluster II (i.e. Crimes against humanity and Protection of the atmosphere) and some assigned under Cluster III (namely Protection of the environment in relation to armed conflicts, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction and Provisional application of treaties).

On the topic of **crimes against humanity**, as we have previously stated, the very idea of drafting a new convention seems premature. Instances of crimes against humanity have been elaborated in numerous international instruments including the Statute of International Criminal Court. Thus, my delegation doubts whether the final outcome of the Commission in this regard could contribute considerably to the existing literature on the topic; this rationale is further bolstered by the fact that numerous national legislations provide for the definition and instances of crimes against humanity, most being akin to article 7 of the Rome Statute. Over and above, the principle of *aut dedere aut judicare* and bilateral judicial assistance agreements provide for sufficient legal basis for prevention and punishment of crimes against humanity.

Furthermore, the divergent views expressed by Member States during last year's Sixth Committee session calls into question the feasibility of the decision of the Commission to draft a Convention on crimes against humanity.

In this line, some of the draft articles add to the complexity of the issue and are prone to ignite further debate especially taking into account the diverse interpretations given so far by international tribunals on the notion of crimes against humanity, the non-universal nature of the definition codified in the Rome Statute and diverse definitions and interpretations adopted by Member States as drafted in draft article 5.

Concerning “**protection of the atmosphere**”, my delegation would like to thank Mr. Shinya Murase, the Special Rapporteur, for his work on the topic. We also thank the drafting Committee for adoption of the draft guidelines and the commentaries thereto. As we have noted earlier, the topic of protection of the atmosphere is fraught with difficulties as it is tightly interwoven with political, technical and scientific considerations. In this regard, we welcome the decision of the Special Rapporteur to deal with the question of the interrelation of the law of the atmosphere with other fields of international law (i.e. as stated in the report, law of the sea, international trade and investment law and international human rights law) and further to focus on implementation, compliance and dispute settlement issues. This is especially relevant taken into account the entry into force of the Paris Agreement by the end of the week, on 4 November 2016.

The Special Rapporteur's task was not, from the outset, aimed at neither filling all the existing gaps in the legal framework regulating protection of the atmosphere, nor was it supposed to provide a descriptive list of the existing principles of international environmental law. While it seems that in the work done so far, attempts have been made to strike a balance to that effect, the final outcome needs to properly reflect such a balance. We continue to follow the

ILC's work on this topic with interest and will submit our further remarks in a timely manner.

As regards **“Protection of the environment in relation to armed conflicts”**, my delegation would like to thank the Special Rapporteur, Ms. Marie G. Jacobsson, for her work on the topic in general, and her third report in particular which focuses on identifying several rules for both pre-conflict and post-conflict situations. We also thank the Commission for the consideration of the work during the past year.

At the outset, we would like to reiterate the appropriateness of the approach taken by the Special Rapporteur specifically as regards its temporal basis; and above all, we share the view that some characteristics of rules of international humanitarian law concerning the protection of environment cross over all phases of the conflict and therefore reports and commentaries related to the work should be read together in order to reach a thorough understanding of the whole topic.

With regard to post-conflict obligations, we look forward to consideration of provisions specifically addressing international responsibility and liability, and further duty of rehabilitation, on the part of the parties to the armed conflict whose acts cause, or lead to, considerable damage to the environment in the territory of the affected States. As a country with sad experience of imposed war and degradation of environment as a result of armed conflict, including highly pollutant haze and destruction of natural resources, the Islamic Republic of Iran understands the importance of post-conflict obligations.

On the draft principles provisionally adopted by the Drafting Committee, as regards draft Principle 4 on measures to enhance the protection of the environment, in the first paragraph States are deemed to be obliged to take “effective” measures to enhance the protection of the environment in relation to armed conflict. Due to the subjectivity and ambiguity of the qualifier “effective”, it is neither clear, nor is it ever possible to prescribe, what kind of “legislative, administrative judicial and other measures” is meant to be appropriate from the perspective of the drafters. We, therefore, consider it wise to delete the qualifier “effective” and propose “relevant” instead. The same seems to be the point about the draft principle 6 (2) as regards “effective consultations and cooperation”; while the provision concerns an obligation of conduct, it remains unclear whether the qualifier “effective” refers to an obligation of result or one of conduct.

We further reiterate our understanding from the topic under consideration by the Commission as aiming to fill the existing gaps in international

humanitarian law concerning the protection of environment. In this regard, we believe that the list of vital infrastructure excluded from military targets in article 56 of the 1977 first Protocol Additional to the Geneva Conventions is merely illustrative. The exclusion of oil platforms and other oil production and storage facilities especially those built in the continental shelf has proven to run counter to the purposes of the drafters of said article to protect the environment. Likewise, lack of special protection accorded to nuclear electrical generating stations in article 56 (2) (b) has been repeatedly described as inappropriate given the dangerous nature of nuclear installations and the advances made ever since to attain full prohibition at the international level. In this regard, we have presented the documents in our earlier remarks. Also, we have previously expressed our concern regarding the expansion of definition of "armed conflict" to include non-international armed conflicts as this will, from a technical point of view, bring about some difficulties in the description of obligations of non-state actors and the threshold of non-international armed conflicts.

My delegation continues to attach great importance to the topic, follows it with interest and as appropriate, continues to contribute to, and looks forward to its completion with due regard to diverse aspects of protection of environment in relation to armed conflict.

As regards **Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction**, my delegation commends the Special Rapporteur, Ms. Concepción Escobar Hernández for her fifth report on the topic in which she has carefully analyzed the questions of limitations and exceptions to the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction. We also thank the Commission and in particular the drafting Committee for the provisional adoption of articles 2, subparagraph (f), and 6 and the commentaries to the draft articles.

My delegation is of the view that immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction while performing official acts is a direct consequence of the principle of sovereign equality and its recognition by international law is aimed at protecting sovereignty and ensuring peaceful international relations. Therefore, our understanding of "acts performed in an official capacity" consists of all acts comprising of functions by the State officials in their official capacity. In this regard, we believe that immunity *ratione materiae* must be guaranteed to all State officials in respect to acts defined as acts performed in official capacity whether they are in office or have left the office.

Furthermore, regarding crimes in respect of which immunity does not apply, distinction needs to be made between "crimes of international law" and "international crimes"; while the importance of fight against the former cannot be overstated, it is the latter that seem to have reached status of customary

international law, and as such enjoy wide acceptance by the international community and may therefore be included in the list.

To sum up our remarks on this topic, we continue to follow the work of the Commission and look forward to the Special Rapporteur's further reports.

Now turning to the topic of "**Provisional application of treaties**", my delegation would like to express its appreciation to the Special Rapporteur, Mr. Juan Manuel Gomez Robledo for his fourth report on the topic and the addendum thereto. Thanks should also go to the Secretariat for the preparation of the addendum containing examples of recent European Union practice on provisional application of agreements with third States.

My delegation supports and shares the idea that provisional application of a treaty may accelerate and facilitate its implementation. We understand, however, that scarcity of practice and lack of adequate domestic legislation further hinders the work of the Special Rapporteur. This is especially remarkable in that Article 25 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties offers an example of an ILC draft proposal which underwent considerable change at the Vienna Conference and the final result leaves States free to disregard the possibilities currently offered by Article 25, if on constitutional grounds they cannot accept to be bound provisionally.

Also, since decision and consent of the State exercising its right to provisionally apply the treaty remains central to the concept, as it is evidenced by the wording provided by Article 25, nothing precludes exercise of application of reservation to the treaty at the time of ratification, acceptance, approval or accession. In this context, while we share the view that the legal regime and modalities for termination and suspension of provisional application of a treaty need further clarification, my delegation expresses its doubt as to the point that all the elements of the Vienna Convention could be inferred for provisional application of treaties by way of analogy.

As a final remark, my delegation expresses its doubt whether State practice approves the full implementation of international responsibility regime for breach of an obligation arising under a treaty or part of a treaty that is provisionally applied regardless of the content of the provisions being applied. This is especially significant once one takes into account the *raison d'etre* of the legal institution of "provisional application of treaties" which is to ensure a wider acceptance of the treaty in question by States vis-à-vis to whom the treaty has not yet entered into force. As an example thereof, one may refer to article 18 of the Convention on Cluster Munitions, which upon recourse by States, facilitates and further accelerates a wider accession to the treaty by signatory

States. Imposing a strict interpretation of rules of international responsibility on provisional application of treaties, by way of analogy, could create reluctance to recourse to provisional application by some signatory States, who might, otherwise, prefer to provisionally apply the treaty in good faith and on a voluntary basis.

To conclude, my delegation continues to attach high importance to the topic and will express its further comments in due time.

Intervention de

M. Djamchid Momtaz

Conseiller Juridique de la République islamique d'Iran

71^{ème} session de l'Assemblée générale des Nations Unies

La Sixième Commission

**Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa
soixante-huitième session**

Groupe thématique II

“Jus Cogens”

New York, le 27 Octobre 2016

Au nom de Dieu, le Clément, le Miséricordieux

Il y a plus de 4 décennies, le grand juriste anglais Yan Sinclair dans son célèbre ouvrage "The Vienna Convention on the Law of Treaties" paru juste après l'adoption de cette Convention écrivait: "The mystery of Jus Cogens remains a mystery". Il faisait évidemment allusion à l'imprécision de la définition donnée par cet instrument de la norme impérative du droit international général. Conformément à son article 53, "aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise."

La commission du droit international avait elle-même reconnu à l'époque qu'on ne dispose d'aucun critère simple qui permette de reconnaître qu'une règle de droit international relève du *jus cogens*, et que, pour cette raison, la bonne solution consiste à stipuler en termes généraux qu'un traité est nul s'il est incompatible avec une telle règle. Et d'ajouter qu'il fallait attendre que la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle. En attendant, la Commission avait donné à titre indicatif une liste de règles pouvant être considérées comme étant impératives. Liste reprise, à quelques différences près, par la Commission lors de l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

Depuis, les juridictions internationales, qu'elles soient régionales telles la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme, ou

universelles, telle la Cour internationale de justice, ont confirmé la nature impérative de ces normes tout en y en ajoutant d'autres comme l'interdiction de la torture, interdiction qui vient de recevoir le sceau de la Cour internationale de justice dans l'arrêt qu'elle a rendu le 20 Juillet 2012 dans l'affaire opposant la Belgique au Sénégal. La Cour s'est efforcée au paragraphe 99 de son arrêt de justifier la qualification de cette norme de *jus cogens*. Selon la Cour, cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des Etats. A l'appui, la Cour énumérait un certain nombre d'instruments internationaux qui stipulent cette interdiction, son introduction dans le droit interne de la quasi-totalité des Etats et le fait que sa violation est régulièrement dénoncée au sein des instances nationales et internationales. On se doit de reconnaître que la Cour internationale de justice, à l'instar des cours régionales qui l'avaient précédée dans cette démarche, omet d'établir, ainsi que la Commission du droit international l'avait souhaité, des critères simples qui permettent de reconnaître qu'une règle de droit international relève du *jus cogens*.

Le mystère persiste donc et c'est à la Commission du droit international et son Rapporteur spécial M. Tladi que revient la difficile tâche de relever le défi et de mettre fin à ce mystère. Ma délégation aimerait mettre à profit cette occasion pour remercier sincèrement le Rapporteur spécial pour l'excellent travail qu'il a accompli. Son premier rapport, par la richesse des sources qu'il a mises à profit, constitue incontestablement un travail scientifique exceptionnel qui jette un très bon éclairage sur le sujet. Il va sans dire que ce rapport de nature préliminaire n'a pas l'ambition de résoudre toutes les questions qui restent en suspens et qui demandent à n'en pas douter un travail approfondi de sa part.

J'aimerais à ce stade, au nom de ma délégation, offrir quelques pistes susceptibles d'aider le Rapporteur spécial dans l'élaboration de critères pouvant servir à déterminer la nature impérative d'une norme de *jus cogens*. En effet, nous ne pensons pas qu'il soit sage que la Commission établisse une liste de normes ayant une telle nature, liste qui resterait approximative et qui pourrait à tout moment être modifiée suite à "la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général", pour reprendre les termes de l'article 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En revanche, identifier les critères sur la base desquels l'existence d'une telle norme pourrait être déterminée serait de nature à servir de guide aux juridictions internationales dans leurs tâches et éviter une pléthore des normes de cette nature risquant de mettre en cause la stabilité des relations conventionnelles et l'intégrité des grands principes du droit international.

A notre avis, dans cet exercice, il ne s'agira nullement de mettre en cause les deux critères établis par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, à savoir l'acceptation et la reconnaissance de la norme par la communauté internationale des Etats dans son ensemble ainsi que son indérogeabilité. Au contraire, ce qu'il faut essayer d'élucider c'est le sens et la portée de ces deux critères très largement acceptés par les Etats et applicables simultanément.

La norme doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale

Pour la Cour internationale de justice, dans son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires rendu le 8 juillet 1996, "la question de savoir si une règle fait partie du *jus cogens* a trait à la nature juridique de cette règle" (§ 83). A notre avis, c'est son importance pour la communauté internationale qui lui confère cette nature. Les normes qui sont de nature à assurer et à consolider l'ordre public international présentent incontestablement une telle importance. En d'autres termes, ce sont plutôt les impératifs de la survie de la société internationale, et non pas le droit en soi, qui permettent de qualifier la norme d'impérative. On peut dire que c'est l'importance sociale de la norme qui détermine sa nature. Ainsi, tous les Etats ont un intérêt à ce que ces normes soient respectées, d'où la réaction que suscite de leur part la violation d'une norme de cette nature. La rapidité de leur réaction, sa grande intensité et sa généralité sont incontestablement des critères qui peuvent être pris en compte pour déterminer la nature impérative de la norme violée. Ainsi et de par ce fait, les normes de cette nature, placées à un rang supérieur dans la hiérarchie des règles de l'ordre juridique international sont, pour cette raison, qualifiées de normes constitutionnelles en référence aux normes de cette nature dans les ordres juridiques internes fondés sur les principes sur lesquels les sociétés nationales sont bâties.

Ce qui nous amène à considérer les principes généraux de droit communs à toutes les sociétés nationales auxquels se réfère l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice comme le meilleur socle normatif des normes de *jus cogens*. Par-delà leur importance en tant que sources des normes de *jus cogens*, ces principes peuvent, comme l'article 38 le prévoit, être assimilés par le juge international à des normes de *jus cogens* dans l'ordre public international. En d'autres termes, le fait qu'une norme du droit international ait été acceptée en tant que principe général de droit peut servir de critère pour déterminer sa nature impérative dans l'ordre international.

L'indérogeabilité de la norme

Je m'appuierai une nouvelle fois sur la jurisprudence récente de la Cour internationale de justice pour justifier l'utilité de ce critère dans la détermination de la norme de *jus cogens*. La Cour, dans l'arrêt rendu le 3 février 2012 dans l'affaire des immunités juridictionnelles des Etats opposant Allemagne à l'Italie (la Grèce intervenant) précise: "une règle de *jus cogens* c'est une règle qui ne souffre aucune dérogation" (§ 95). D'ailleurs, quelques années plus tôt, cette juridiction, dans l'avis précité sur les armes nucléaires, avait qualifié certaines normes de droit international humanitaire, dont la règle de la distinction et de l'interdiction des maux superflus, de normes fondamentales intransgressibles. (§ 79). La doctrine n'a pas manqué de considérer qu'il s'agissait d'une allusion indirecte au *jus cogens*. Néanmoins, quelle que soit l'importance de ce critère, il convient de souligner que toute norme à laquelle on ne peut déroger n'est pas nécessairement impérative. En effet, toute règle de droit international est par nature indérogeable. Pour reprendre encore l'exemple des normes du droit international

humanitaire, elles doivent être respectées en toutes circonstances et aucune dérogation à ces règles n'est admise. Mais cela ne veut pas dire pour autant qu'elles sont toutes impératives. Ainsi, les personnes protégées ne peuvent renoncer aux droits que les Conventions de Genève de 1949 leur assurent. Tous ces droits ne peuvent pourtant pas être qualifiés d'impératifs. Dans ce contexte, il nous semble que le terme « intangibilité » soit plus adéquat que celui d' « indérogeabilité ».

Pour ce qui est du champ d'application géographique d'une norme de *jus cogens*, ma délégation appuie l'idée exprimée par le Rapporteur spécial selon laquelle on ne saurait accepter l'existence d'une norme impérative à un niveau régional. Le *jus cogens* est nécessairement universel parce qu'il doit être par définition accepté par la communauté internationale des Etats dans son ensemble. Il est vrai que les cours régionales de droits de l'homme ont qualifié certaines normes de *jus cogens*. Il semblerait qu'une telle qualification soit destinée à préserver l'ordre public qui règne dans une région géographique donnée, c'est-à-dire à sauvegarder l'unité et l'intégrité de cet ordre en évitant sa fragmentation par des législations nationales antinomiques. Accepter l'existence d'un *jus cogens* régional serait méconnaître le critère inclus dans l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, à savoir la reconnaissance d'une norme de cette nature par la communauté des Etats dans son ensemble.

Il faudrait enfin que le Rapporteur spécial se préoccupe des conséquences de l'impérativité d'une norme et ne se limite pas au droit des traités ou au droit de la responsabilité des Etats. Toutefois, il convient de rester vigilant et éviter les effets destructeurs qu'une application incontrôlée du *jus cogens* pourrait avoir sur les institutions bien établies du droit international comme l'immunité des Etats et le principe du consentement des parties à un différend aux procédures obligatoires de règlement des litiges. En revanche, le respect des normes fondamentales des droits de l'homme ayant acquis le statut de *jus cogens* exige de la part des Etats ainsi que des organisations internationales une stricte vigilance. En d'autres termes, les actes unilatéraux des Etats et des organisations internationales devraient recevoir un traitement similaire et ne pas être en conflit avec une norme impérative du droit international général. Dans les deux cas, l'impérativité de la norme méconnue entraîne la nullité du traité ou l'acte unilatéral selon le cas.