

UNITÉ ET DIVERSITÉ DU DROIT INTERNATIONAL

*Ecrits en l'honneur du Professeur
Pierre-Marie Dupuy*

UNITY AND DIVERSITY OF INTERNATIONAL LAW

*Essays in Honour of Professor
Pierre-Marie Dupuy*

Edited by

Denis Alland, Vincent Chetail,
Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS

Unité et diversité du droit international

Unity and Diversity of International Law

Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy

Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy

Edité par/Edited by

Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville &
Jorge E. Viñuales

MARTINUS
NIJHOFF
PUBLISHERS

LEIDEN • BOSTON
2014

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Unity and diversity of international law / essays in honour of Professor Pierre-Marie Dupuy;
edited By Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales.
pages cm.

Includes bibliographical references.

ISBN 978-90-04-26238-6 (hardback : alk. paper) — ISBN 978-90-04-26239-3 (e-book)

I. International law. 2. Human rights. I. Dupuy, Pierre-Marie, honouree. II. Alland, Denis,
editor of compilation. III. Chetail, Vincent, editor of compilation. IV. Frouville, Olivier de, editor
of compilation. V. Viñuales, Jorge E., editor of compilation.

KZ3410.U55 2014

341—dc23

2013036737

This publication has been typeset in the multilingual “Brill” typeface. With over 5,100 characters
covering Latin, IPA, Greek, and Cyrillic, this typeface is especially suitable for use in the
humanities. For more information, please see www.brill.com/brill-typeface.

ISBN 978-90-04-26238-6 (hardback)

ISBN 978-90-04-26239-3 (e-book)

Copyright 2014 by Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.

Koninklijke Brill NV incorporates the imprints Brill, Global Oriental, Hotei Publishing,
IDC Publishers and Martinus Nijhoff Publishers.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, translated, stored in
a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical,
photocopying, recording or otherwise, without prior written permission from the publisher.

Authorization to photocopy items for internal or personal use is granted by Koninklijke Brill NV
provided that the appropriate fees are paid directly to The Copyright Clearance Center,
222 Rosewood Drive, Suite 910, Danvers, MA 01923, USA.

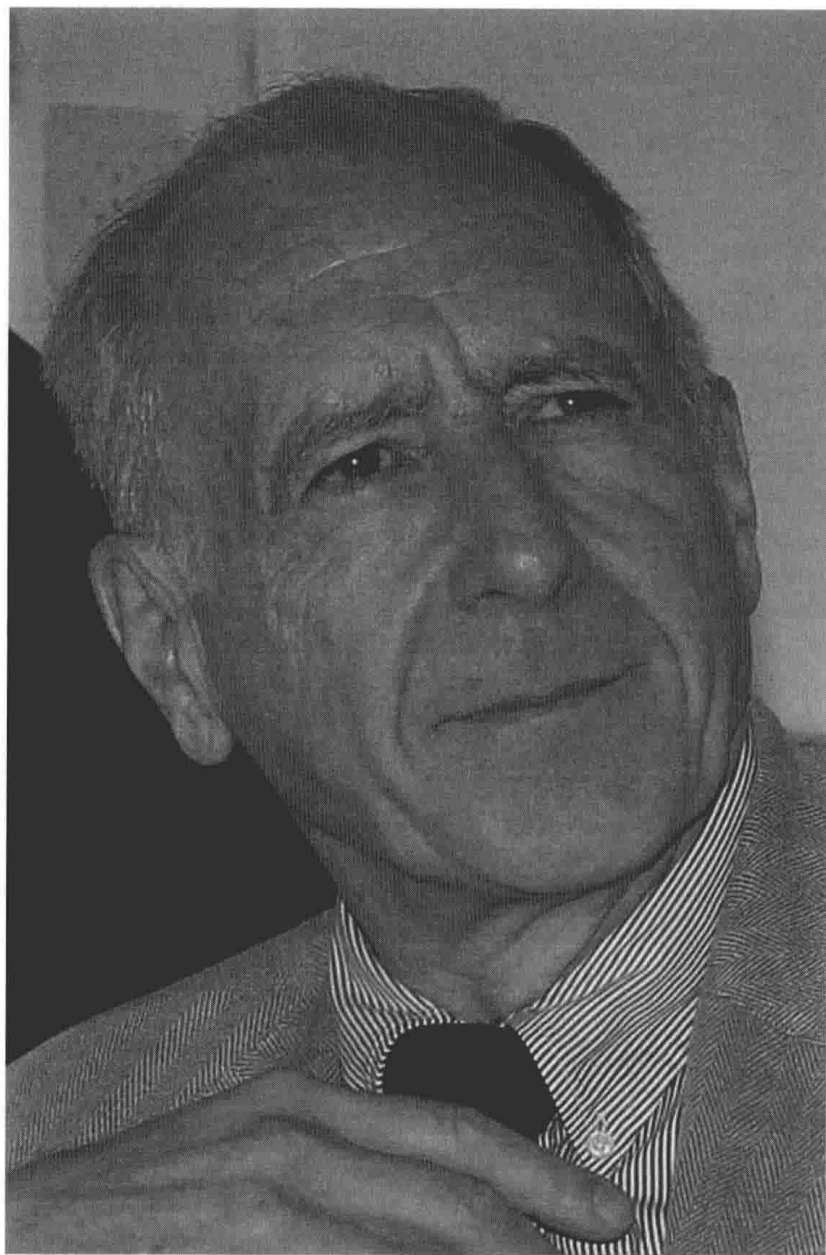
Fees are subject to change.

This book is printed on acid-free paper.



Unité et diversité du droit international

Unity and Diversity of International Law



PRÉFACE

Les « éditeurs », au sens anglais du terme, et surtout les contributeurs des présents *Mélanges* sont particulièrement heureux de remettre au professeur Pierre-Marie Dupuy le présent volume qui concentre tant de contributions de valeur, réunissant parmi les meilleurs noms de la doctrine du droit international, ses amis, ses collègues, ses élèves ; les hasards de l'histoire, les qualités d'un maître et la personnalité du dédicataire ont fait qu'un certain nombre d'entre eux ont le privilège de cumuler les trois qualités. Ce volume marque certainement la fin d'une carrière d'enseignant mais nullement celle de l'écrivain, du praticien et du consultant ; qu'il soit surtout un témoignage de reconnaissance pour ce que le professeur Pierre-Marie Dupuy nous a apporté et continuera de nous apporter.

Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales

FOREWORD

The editors of this volume, as well as its contributors, are particularly pleased to present this collection of essays to Professor Pierre-Marie Dupuy. The volume gathers contributions from some of the leading publicists, who are also Professor Dupuy's friends, colleagues, and former students. The long career of Professor Dupuy, his remarkable qualities as a scholar and his deep personal influence have made it possible for many of the contributors to this volume to cumulate the three aforementioned capacities. This collection of essays marks Professor Dupuy's retirement from his career as a teacher, but highlights also the continuity of his contribution as a writer, a practitioner and a consultant. May it be, above all, a mark of gratitude for the long-lasting contribution of Professor Pierre-Marie Dupuy to all of us!

Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales

BIOGRAPHIE

Pierre-Marie Dupuy, né le 5 octobre 1946 à Paris.

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris. Diplômé d'études supérieures de droit public. Diplômé d'études supérieures de science politique. Docteur d'Etat en droit (1974). Agrégé des facultés de droit (1974). Professeur successivement aux Universités de Strasbourg, Paris Val-de-Marne et, depuis 1981, à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Ancien directeur de l'Institut des hautes études internationales de Paris (Université Panthéon-Assas, Paris II). Professeur à l'Institut universitaire européen de Florence (2000-2008) et à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève (2008-2012). Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Membre associé de l'Institut de droit international. Ancien co-directeur de la *Revue générale de droit international public*. Membre fondateur du comité de rédaction du *Journal européen de droit international*. Membre du Steering Committee of the Project on International Courts and Tribunals, parrainé par le Center on International Cooperation (NWY) et la Foundation on International Environmental Law and Development (Université de Londres). Membre du conseil de la Société française pour le droit international.

Professeur invité à l'Université de Michigan (Ann Arbor Law School) (1990, 1992, 1998) ; aux Universités de Kyoto et Tokyo (1993) ; à l'Université Ludwig Maximilian de Munich (1993-1994) ; à l'Universidad Complutense de Madrid (1996, 1997). Directeur du Centre de recherche de l'Académie de droit international de La Haye, session de 1985, où il a également donné le cours général de droit international public en 2000.

Conseil et avocat devant la Cour internationale de Justice dans de nombreuses affaires. Arbitre dans plusieurs litiges aussi bien en matière d'investissements qu'en matière territoriale.

BIOGRAPHY

Pierre-Marie Dupuy, born on 5 October 1946 in Paris.

Diplôme, Institut d'études politiques de Paris. Diplôme d'études supérieures de droit public. Diplôme d'études supérieures de science politique. Docteur d'Etat en droit (1974). Agrégé des facultés de droit (1974). He has been successively a professor at the Universities of Strasbourg, Paris Val-de-Marne and, from 1981 onwards, at the University Panthéon-Assas (Paris II). Former Director of the Institut des hautes études internationales de Paris (University Panthéon-Assas, Paris II). Professor at the European University Institute in Florence (2000–2008) and at the Graduate Institute of International and Development Studies in Geneva (2008–2012). Emeritus Professor at the University Panthéon-Assas (Paris II).

Associate member of the Institut de droit international. Former co-director of the *Revue générale de droit international public*. Founding member of the editorial committee of the *European Journal of International Law*. Member of the Steering Committee of the Project on International Courts and Tribunals, sponsored by the Center on International Cooperation (NWY) and the Foundation on International Environmental Law and Development (University of London). Member of Board of the Société française pour le droit international.

Visiting Professor at the University of Michigan (Ann Arbor Law School) (1990, 1992, 1998); at the Universities of Kyoto and Tokyo (1993); at the University Ludwig Maximilian of Munich (1993–1994); at the Universidad Complutense de Madrid (1996, 1997). Director of the Research Center of the Hague Academy of International Law, session of 1985, where he also gave the General Course on Public International Law in 2000.

Counsel and advocate before the International Court of Justice in numerous cases. Arbitrator in several investor-state and inter-state disputes.

TABLE DES MATIÈRES / TABLE OF CONTENTS

PARTIE I / PART I

LE DROIT INTERNATIONAL : PERSPECTIVES THÉORIQUES ET HISTORIQUES THEORETICAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL LAW

1. The Progressive Development of International Law: History, Theory and Practice	3
<i>James Crawford</i>	
2. Reflections on a Decade of International Law: Dark Ages or <i>Renouveau?</i>	23
<i>Vera Gowlland-Debbas</i>	
3. On Legal Inquiry	45
<i>Jorge E. Viñuales</i>	
4. On the Theory of the International Constitution	77
<i>Olivier de Frouville</i>	
5. The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward	105
<i>Vincent Chetail</i>	
6. Ouverture de la réflexion sur le droit international à la science des systèmes	131
<i>Philippe Weckel</i>	
7. Quelques réflexions sur l'humanité comme sujet du droit international	157
<i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	

8. Le mythe structurant de l'humanité : La communauté internationale vivante	175
<i>Eric Wyler et Alain Papaux</i>	
9. The European Tradition of the Sources of International Law	201
<i>Jean d'Aspremont</i>	
10. La référence aux sources hébraïques dans la doctrine du droit de la nature et des gens au XVII ^{ème} siècle	217
<i>Charles Leben</i>	
11. Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale	253
<i>Andrea Gattini</i>	
12. La contribution des règles d'engagement au droit du recours à la force	275
<i>Louis Balmond</i>	
13. La longue marche vers l'abrogation du droit de mener la guerre en tant que moyen d'auto-protection : <i>Happy end</i> ou <i>remake</i> en vue ?	299
<i>Giovanni Distefano</i>	
14. Les maîtres « dualistes » et la Cour européenne des droits de l'homme, quel lien de filiation? A propos du dualisme des « origines », de ses dérivés et de ses applications	321
<i>Raphaële Rivier</i>	
15. Promenade avec Aristote dans les jardins du droit international. Réflexions sur l'équité et le raisonnement juridique des juges et arbitres internationaux	357
<i>Yannick Radi</i>	

PARTIE II / PART II

RESPONSABILITÉ DES ETATS ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX

STATE RESPONSIBILITY AND INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT

16. La métamorphose de la fonction juridictionnelle internationale	377
<i>Georges Abi-Saab</i>	

17. La Commission du droit international comme agent de formalisation du droit de la responsabilité : Modalités et significations de l'utilisation d'arbitrages partiellement détachés du droit positif	399
<i>Olivier Corten & Pierre Klein</i>	
18. Insolvency and State Responsibility	421
<i>Christian Tomuschat</i>	
19. L'immunité d'exécution des comptes bancaires des missions diplomatiques et consulaires	447
<i>Jean Salmon</i>	
20. Protection diplomatique réussie et réparation due : Une glose	477
<i>Luigi Condorelli</i>	
21. Quel préjudice pour un État qui exerce la protection diplomatique?	487
<i>Giorgio Gaja</i>	
22. Is There an Individual Right to Reparation? Some Thoughts on the ICJ Judgment in the <i>Jurisdictional Immunities Case</i>	495
<i>Enzo Cannizzaro</i>	
23. The Trend Towards the Restitution of Cultural Properties: Some Italian Cases	503
<i>Tullio Scovazzi</i>	
24. Sur les relations entre immunités et <i>jus cogens</i> , à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du 3 février 2012	527
<i>Joe Verhoeven</i>	
25. Les assurances et garanties de non-répétition : Entre rupture et continuité	539
<i>Magnus Jesko Langer</i>	
26. The Representation of the "Main Forms of Civilization" and of "the Principal Legal Systems of the World" in the International Court of Justice	581
<i>Bardo Fassbender</i>	
27. La relation titres/effectivités dans la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice (2004-2012)	599
<i>Marcelo G. Kohen</i>	

28. International Arbitrators as Part of a Peace Process: Lessons from the Abyei Arbitration?	615
<i>Luisa Vierucci</i>	
29. Nomination et élection des juges à la Cour internationale de Justice	639
<i>Antonio Remiro Brotóns</i>	
30. The Intertwining of the Will of the Parties and Compulsory Jurisdiction under the Law of the Sea Convention	661
<i>Tullio Treves</i>	
31. La <i>lex arbitrii</i> dans l'arbitrage commercial international : Mythe ou réalité?	669
<i>Jean-Michel Jacquet</i>	
32. Méthodologie extraordinaire pour trouver le sens ordinaire ? Le sens ordinaire pour les tribunaux compétents en matière d'investissement	689
<i>Shotaro Hamamoto</i>	

PARTIE III / PART III

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

33. Human Rights in the International Court of Justice: Are We Witnessing a Sea Change?	711
<i>Bruno Simma</i>	
34. Le vide ou le trop plein : Le droit international des droits de l'homme, vingt ans après la Conférence mondiale de Vienne	739
<i>Emmanuel Decaux</i>	
35. Notes sur la « fragmentation » du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme	757
<i>Alain Pellet</i>	
36. Juridiction étatique et imputation des violations extraterritoriales des droits de l'homme : Quelques observations	785
<i>Pasquale De Sena</i>	
37. Respect des religions et lutte contre le fanatisme	803
<i>Mario Bettati</i>	

38. Retos, amenazas y esperanzas en el sistema de control y garantía de los derechos humanos en Naciones Unidas	813
<i>Jorge Cardona Llorens</i>	
39. Le traitement des violations systématiques des droits de l'homme du passé récent : Le long parcours de l'Argentine	839
<i>Mónica Pinto</i>	
40. Le siège de Sarajevo : Hier, aujourd'hui	859
<i>Rafaëlle Maison</i>	
41. Droit « flou », droit « doux » ou droit « mou » ? Brèves réflexions sur la « texture » des mesures conservatoires et des constatations dans les procédures individuelles devant le Comité des droits de l'homme	875
<i>Ottavio Quirico</i>	

PARTIE IV / PART IV

LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT

INTERNATIONAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT

42. Science and International Litigation	891
<i>Philippe Sands</i>	
43. Le constitutionnalisme « vert », <i>Much Ado about Nothing</i> ?	909
<i>Laurence Burgorgue-Larsen</i>	
44. Les juridictions internationales et le principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces	929
<i>Yann Kerbrat et Sandrine Maljean-Dubois</i>	
45. La dimension environnementale des droits de l'homme entre individualisme et intérêt collectif	949
<i>Francesco Francioni</i>	
46. Le droit à l'eau et la satisfaction des besoins humains : Notions de justice	967
<i>Laurence Boisson de Chazournes</i>	
47. Against All Odds: The Contribution of the Convention on Biological Diversity to International Human Rights Law	983
<i>Elisa Morgera</i>	

PARTIE V / PART V

BIBLIOGRAPHIE DE PIERRE-MARIE DUPUY

BIBLIOGRAPHY OF PIERRE-MARIE DUPUY

Bibliographie	999
---------------------	-----

PARTIE I

LE DROIT INTERNATIONAL :
PERSPECTIVES THÉORIQUES ET HISTORIQUES

PART I

THEORETICAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES
ON INTERNATIONAL LAW

CHAPTER ONE

THE PROGRESSIVE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW: HISTORY, THEORY AND PRACTICE

James Crawford AC, SC, FBA, LL.D.*

1. INTRODUCTION

The mission of the International Law Commission (ILC), described in Article 1(1) of its Statute,¹ is *prima facie* simple, calling for 'the promotion of the progressive development of international law and its codification'. These words, in turn, derive from Article 13 of the Charter of the United Nations, which in paragraph (1)(a) directs the General Assembly to "initiate studies and make recommendations for the purpose of [...] promoting international co-operation in the political field and encouraging the progressive development of international law and its codification".

Although the term 'the progressive development and codification of international law' is frequently used, it is as frequently transmuted to (or misquoted as) 'codification and progressive development' as if progressive development was something to be done afterwards—once the task of codification was at least in principle complete. Moreover the composite phrase acts almost as an umbrella—a shield designed to forestall further inquiry whilst, underneath, the ILC goes about its business. Little attention is given to the question of what distinguishes 'progressive development' on the one hand from 'codification' on the other. In this chapter I start by inquiring into the origins and current status of progressive development in the practice of the ILC. At the risk of revealing the substance of what follows, its conclusions may be summarized as follows: 'progressive development is dead; long live progressive development'.

* Whewell Professor of International Law, University of Cambridge; Research Professor of Law, La Trobe University, Melbourne. Many thanks to Cameron Miles, PhD student, Trinity Hall, University of Cambridge, for his considerable help in the preparation of this chapter.

¹ Adopted in GA Res 174(II), 21 November 1947 and as amended by GA Res 485(V), 12 December 1950; GA Res 984(X), 3 December 1955; GA Res 36/39, 18 November 1981.