

Asociația de Drept Internațional și  
Relații Internaționale

Publicație semestrială  
Nr. 28 / iulie – decembrie 2022

**REVISTA ROMÂNĂ  
DE DREPT INTERNAȚIONAL**

---

**ROMANIAN JOURNAL OF  
INTERNATIONAL LAW**

The Association for International Law and  
International Relations

Biannual publication  
No. 28 / July – December 2022

### **Editor-in-chief**

Professor Dr. Bogdan Aurescu  
President of the Romanian Branch of International Law Association  
(The International Law Section of ADIRI),  
Member of the UN International Law Commission

### **Executive Editor**

Lecturer Dr. Elena Lazăr

### **Editorial board**

Bogdan Aurescu

Raluca Miga-Besteliu

James Crawford

Vaughan Lowe

Brândușa Ștefănescu

Augustin Fuerea

Cosmin Dinescu

Laura-Maria Crăciunean

Elena Lazăr

Viorel Chiricioiu

Victor Stoica

Dumitra Popescu

Alain Pellet

Sienho Yee

Irina Moroianu-Zlătescu

Ion Gâlea

Alina Orosan

Liviu Dumitru

Carmen Achimescu

Irina Munteanu

Radu Șerbănescu

The Romanian Journal of International Law is published biannually by the Romanian Branch of the International Law Association, which is also the International Law Section of the Romanian Association for International Law and International Relations (ADIRI). Established in 1966, ADIRI is currently an association of public interest. The Association provides qualified expertise in the field of international law and international relations, as well as for European affairs. As a forum of scientific debate, it organizes seminars, conferences and elaborates studies and opinions upon request or at its own initiative.

In order to contact the Editorial Board, you may write to the following e-mail addresses: [bogdan.aurescu@drept.unibuc.ro](mailto:bogdan.aurescu@drept.unibuc.ro); [ion.galea@drept.unibuc.ro](mailto:ion.galea@drept.unibuc.ro); [elena.lazar@drept.unibuc.ro](mailto:elena.lazar@drept.unibuc.ro)

## CUPRINS

**Cuvânt-înainte.....5**

**Abrevieri.....6**

### **Articole**

*Ana-Maria VLĂȘCEANU, Ana-Mihaela V. ACATRINEI*, Măsurile de politică socială implementate de statul român în favoarea cetățenilor străini și apatrizilor care provin din Ucraina

*Elena LAZĂR*, Minoritățile din Ucraina - evoluția istorică și impactul conflictelor ruso-ucrainene

### **Studii și comentarii de jurisprudență și legislație**

*Maria BEBEC, Carmen ACHIMESCU*, În umbra marelui zid: mai există speranță pentru pacea israelo-palestiniană?

*Ioana-Roxana OLTEAN*, Evoluția jurisprudenței Curții Internaționale de Justiție cu privire la examinarea disputelor teritoriale recente

### **Contribuția doctorandului și masterandului**

*Filip-Andrei LARIU*, Imunitatea ca o circumstanță care înlătură obligația de a extrăda sau judeca – Partea II: Imunitățile și existența unui conflict de norme

*Maria R. BODEA*, Clarificarea standardului controlului efectiv și al dependenței complete în jurisprudența Curții Internaționale de Justiție

## TABLE OF CONTENTS

<b>Foreword.....</b>	<b>5</b>
<b>Abbreviations.....</b>	<b>6</b>

### Articles

*Ana-Maria VLĂȘCEANU, Ana-Mihaela V. ACATRINEI*, Les mesures de politique sociale mises en œuvre par l'État roumain en faveur des citoyens étrangers et des apatrides qui proviennent d'Ukraine

*Elena LAZĂR*, Les minorités en Ukraine - évolution historique et l'impact des conflits russo-ukrainiens

### Studies and Comments on Case Law and Legislation

*Maria BEBEC, Carmen ACHIMESCU*, A l'ombre du grand mur : y-a-t-il toujours de l'espoir pour une paix israélo-palestinienne ?

*Ioana-Roxana OLTEAN*, The Development of the Jurisprudence of the International Court of Justice in the Examination of Territorial Disputes in Recent Times

### Ph.D. and LL.M. Candidate's Contribution

*Filip-Andrei LARIU*, Immunity as a Circumstance Excluding the Operation of the Obligation to Extradite or Prosecute - Part II: Immunities and the Existence of a Conflict of Norms

*Maria R. BODEA*, Detangling the issue of complete dependence and effective control in the caselaw of the International Court of Justice

## **Cuvânt înainte / Foreword**

The present issue of the Romanian Journal of International Law includes two articles, two studies of international case-law, and two submissions from Ph.D. and LL.M. students.

The article opening this issue, co-authored by Ana-Maria Vlăsceanu and Ana-Mihaela Acatrinei, includes a comparative analysis of the social protection policy measures taken by Romania with regard to the persons affected by the aggression of Russia against Ukraine which entered Romania since the beginning of the war. The second article, written by Elena Lazăr, is also related to the same conflict, but focuses on the challenges facing national minorities living in Ukraine.

The following two studies of international case-law concern a judgment and an advisory opinion of the International Court of Justice. The first article, written by Maria Bebec and Carmen Achimescu, examines the Israel-Palestine conflict through the lenses of the *Wall Advisory Opinion* and the recent request of the UN General Assembly for another ICJ Advisory Opinion on the matter. The second study represents a more extensive research on the development of the case-law concerning maritime delimitations and the principles and methods used in resolving disputes.

The contributions of Ph.D. and LL.M. candidates from the University of Bucharest constitute the last section of this issue. The topics approached vary, the first submission coming from Filip-Andrei Lariu as an examination of the obligation to extradite or prosecute. Concluding this issue of the journal is an article written by Maria Bodea on the subject of state attribution, specifically a comparison between the notions of ‘complete dependence’ and ‘effective control’.

I hope that this new issue of the Romanian Journal of International Law will be of interest to our constant readers and that they will enjoy the new contributions by scholars and experts in the field.

Professor Dr. Bogdan Aurescu

Member of the UN International Law Commission

## **Abrevieri / Abbreviations**

ADIRI – Asociația de Drept Internațional și Relații Internaționale / Association for International Law and International Relations

CAHDI – Comitetul ad-hoc al experților în drept internațional public / Committee of Legal Advisers on Public International Law

CDI / ILC – Comisia de Drept Internațional / International Law Commission

CEDO / ECHR – Convenția Europeană a Drepturilor Omului / European Convention on Human Rights

CIJ / ICJ – Curtea Internațională de Justiție / International Court of Justice

CJUE / CJEU – Curtea de Justiție a Uniunii Europene / Court of Justice of the European Union

COJUR – Grupul de lucru Drept Internațional Public al Consiliului UE / EU Council Working Group on Public International Law

CPI / ICC – Curtea Penală Internațională / International Criminal Court

CPJI / PCIJ – Curtea Permanentă de Justiție Internațională / Permanent Court of International Justice

NATO – Organizația Tratatului Nord-Atlantic / North Atlantic Treaty Organization

ONU / UN – Organizația Națiunilor Unite / United Nations

TUE / TEU – Tratatul privind Uniunea Europeană / Treaty on European Union

UE / EU – Uniunea Europeană / European Union

UNSC – Consiliul de Securitate al Organizației Națiunilor Unite / United Nations Security Council

**Article /  
Articles**

**Les mesures de politique sociale mises en œuvre par l'État roumain en faveur des citoyens étrangers et des apatrides qui proviennent d'Ukraine**

*Ana-Maria VLĂȘCEANU\**

*Université de Bucarest*

*Ana-Mihaela V. ACATRINEI\*\**

*Université de Bucarest*

**Résumé :** *Les implications de la situation en Ukraine pour les intérêts politiques, humanitaires et de sécurité de la Roumanie ont conduit à l'adoption urgente de mesures visant à fournir soutien et assistance humanitaires aux catégories de citoyens étrangers et d'apatrides ukrainiens en situations de vulnérabilité. L'étude vise à démontrer l'attitude de conformité de l'État roumain à l'égard des dispositions européennes en matière de protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées, et les mesures visant à promouvoir un équilibre entre les efforts des États membres pour accueillir ces personnes et les conséquences de cet accueil, ainsi que les mesures effectivement adoptées. La présente étude aborde une analyse comparative des mesures de politique sociale récemment adoptées dans le contexte de la crise et des conditions dans lesquelles elles ont été accordées.*

**Mots-clés :** *sécurité sociale; protection temporaire; assistance humanitaire.*

---

*\*Lectrice universitaire à la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest. Ana est l'auteur ou le co-auteur de plus de 5 ouvrages spécialisés dans le domaine du droit du travail et de la sécurité sociale et de plus de 20 articles publiés dans des revues et des volumes en Roumanie et à l'étranger. Adresse électronique: ana-maria.vlasceanu@drept.unibuc.ro. Les opinions exprimées dans ce document sont celles de l'auteur et n'engagent pas l'institution à laquelle elle appartient.*

*\*\*Étudiante au master en Droit de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire à l'Université de Bucarest. Ana est avocate, elle est diplômée de la Faculté de droit de l'Université de Bucarest en 2022. Adresse électronique: acatrineiana@dreptunibuc.ro. Les opinions exprimées dans ce document sont celles de l'auteur et n'engagent pas l'institution à laquelle elle appartient.*

## 1. Introduction

Le 4 mars, le Conseil de l'Union européenne a adopté à l'unanimité une décision de mise en œuvre<sup>1</sup> introduisant la mesure de protection temporaire (telle que réglementée par la directive 2001/55/CE<sup>2</sup> du Conseil du 20 juillet 2001) à la suite de l'afflux massif de personnes fuyant l'Ukraine en raison de la guerre. La protection temporaire est un mécanisme d'urgence qui vise à fournir une protection immédiate et collective aux personnes déplacées qui ne peuvent pas retourner dans leur pays d'origine.

L'objectif est de permettre aux personnes déplacées de bénéficier de droits harmonisés dans l'ensemble de l'Union européenne. Ces droits comprennent le droit de séjour, l'accès au marché du travail et au logement, les soins de santé et l'accès à l'éducation pour les enfants.

Ce mécanisme de protection ne doit pas être confondu avec la protection qui peut être octroyée suite à une demande d'asile. Le statut d'asile<sup>3</sup> peut être accordé aux ressortissants étrangers qui, craignant avec raison d'être persécutés en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leurs opinions politiques ou de leur appartenance à un groupe social particulier, se trouvent en dehors de leur pays d'origine et qui ne peuvent pas ou, en raison de cette crainte, ne souhaitent pas demander la protection de ce pays, ainsi que les apatrides qui, pour les mêmes raisons que celles mentionnées ci-dessus, se trouvent en dehors du pays dans lequel ils avaient leur résidence habituelle et qui ne peuvent ou, en raison de cette crainte, ne souhaitent pas retourner dans ce pays (à condition que les motifs d'exclusion prévus à l'article 23 de la loi 122/2006<sup>4</sup> sur l'asile ne s'appliquent pas). Cette situation est différente de celle de la protection temporaire, qui est accordée en vertu de la loi et pour laquelle les demandeurs ne risquent pas de voir leur demande rejetée. En outre, les guerres et les conflits ne font pas partie des raisons pour lesquelles le statut de demandeur d'asile peut être accordé.

La demande d'asile peut ainsi être introduite par tout étranger se trouvant sur le territoire roumain ou à un point de passage de la frontière. Une personne est considérée comme un demandeur d'asile à partir du moment où elle

---

<sup>1</sup> DÉCISION D'EXÉCUTION (UE) 2022/382 DU CONSEIL du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire.

<sup>2</sup> Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil.

<sup>3</sup> Lazăr Elena, *Migration challenges and pathways in the Black Sea*, in the book: *Irregular Migration in Europe: A Perspective from the Sea Basins*, Editoriale Scientifica from Naples, Italy, juin, 2022.

<sup>4</sup> Loi n° 122/2006 sur l'asile en Roumanie.



manifeste sa volonté, exprimée par écrit ou oralement, devant les autorités compétentes, et qu'il en résulte qu'elle demande la protection de l'État roumain. Les demandes d'asile sont déposées en personne par les étrangers se trouvant en Roumanie ou à un point de contrôle pour le franchissement de la frontière de l'État.

Dans le cas des mineurs, les demandes d'asile peuvent être déposées par le représentant légal. Les mineurs qui ont atteint l'âge de 14 ans peuvent demander l'asile en leur nom propre. Si un ressortissant d'un pays tiers adresse une demande, un mémorandum ou une pétition indiquant qu'il souhaite bénéficier d'une forme de protection en Roumanie, il sera informé par écrit qu'il est nécessaire de se présenter en personne aux autorités compétentes pour recevoir ces demandes.

La compétence territoriale concernant la réception, l'enregistrement et le traitement des demandes d'asile revient aux centres régionaux de procédures et d'hébergement des demandeurs d'asile subordonnés à la Direction de l'Asile et de l'Intégration, respectivement situés à Bucarest, Timisoara, Galați, Radăuți, Maramureș et Giurgiu. Après avoir déposé sa demande d'asile, le demandeur sera soumis à un entretien préliminaire. Le demandeur d'asile est tenu de présenter tous les documents dont il dispose et qui sont pertinents pour sa situation personnelle, ainsi que le document de franchissement de la frontière de l'État et recevra le document d'identité temporaire pour les demandeurs d'asile, délivré par l'Inspection générale de l'immigration. Suite à cette procédure, le demandeur d'asile peut voir sa demande acceptée et donc le statut de réfugié va lui être octroyé, soit sa demande peut être rejeté s'il ne se qualifie pas pour obtenir ce statut ou même une autre forme de protection subsidiaire.

La protection subsidiaire peut être accordée aux ressortissants étrangers ou aux apatrides qui ne remplissent pas les conditions de reconnaissance du statut de demandeur d'asile et pour lesquels il y a des motifs raisonnables de croire qu'en cas de retour dans le pays d'origine ou de résidence habituelle, ils seront exposés à un risque grave, qui ne peuvent pas ou, en raison de ce risque, ne veulent pas bénéficier de la protection de ce pays et auxquels les motifs d'exclusion de l'octroi de cette forme de protection prévus par la présente loi ne s'appliquent pas (voir l'article 26, paragraphe 1, de la loi n° 122/2006<sup>1</sup> relative à l'asile en Roumanie). La notion de "risque grave" peut inclure une menace individuelle grave pour la vie ou l'intégrité résultant d'une violence généralisée dans des situations de conflit armé interne ou international, dans

---

<sup>1</sup> Loi n° 122/2006 sur l'asile en Roumanie.

la mesure où le demandeur fait partie de la population civile (voir l'article 26, paragraphe 2, point 3, de la loi n° 122/2006 relative à l'asile en Roumanie).

## **2. Le cadre juridique roumaine visant la protection de potentielles travailleurs ukrainiens**

La loi 122/2006 sur l'asile, publiée au Journal officiel n° 428 du 18 mai 2006, est le principal acte de mise en œuvre de la directive sur la protection temporaire. 428 du 18 mai 2006, est la principale loi de mise en œuvre de la directive sur la protection temporaire.

Toutefois, pour compléter le cadre juridique, le 27 février 2022, le gouvernement roumain a adopté l'ordonnance gouvernementale d'urgence no. 15/2022<sup>1</sup> sur l'octroi par l'État roumain d'un soutien et d'une assistance humanitaire aux citoyens étrangers ou aux apatrides en situation particulière originaires de la zone de conflit armé en Ukraine, publiée au Journal officiel de la Roumanie sous le no. 193/27.02.2022 (GEO 15/2022), qui est entrée en vigueur à la même date.

Le 18 mars, la décision 367/2022<sup>2</sup> établissant certaines conditions d'octroi de la protection temporaire et modifiant et complétant certains actes dans le domaine des étrangers a été adoptée. Cet acte normatif, publié sur proposition de l'Inspection générale de l'immigration pour la mise en œuvre de la décision d'exécution du Conseil (UE) 2022/382<sup>3</sup>, établit les conditions concrètes pour assurer la protection temporaire des personnes déplacées sur le territoire de la Roumanie et établit les catégories de personnes qui peuvent bénéficier de ce statut.

Plusieurs autres lois ont été adoptées entre-temps pour garantir l'assistance et l'accueil adéquat des personnes déplacées d'Ukraine.

- Ordonnance d'urgence du gouvernement n° 20/2022 modifiant et complétant certains actes normatifs et établissant certaines mesures de soutien et d'assistance humanitaire, publiée au Journal officiel de la Roumanie sous le n°. 231/08.03.2022 (GEO 20/2022), est entrée en

---

<sup>1</sup> Ordonnance d'urgence no 15/2022 sur l'octroi par l'Etat roumain d'un soutien et d'une assistance humanitaire aux citoyens étrangers ou aux apatrides en situation particulière originaires de la zone de conflit armé en Ukraine.

<sup>2</sup> Décision no. 367 du 18 mars 2022 pour établir de certaines conditions pour assurer la protection temporaire et pour modifier et compléter certains actes normatifs dans le domaine des étrangers, adoptée par le Gouvernement de la Roumanie.

<sup>3</sup> DÉCISION D'EXÉCUTION (UE) 2022/382 DU CONSEIL du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire.

vigueur le 8 mars. Le GEO 20 modifie et complète le GEO 15, notamment en ce qui concerne la définition des bénéficiaires.

- Ordonnance no. 301/2022, qui approuve la procédure d'emploi des personnes déplacées d'Ukraine conformément aux dispositions de l'OG 20/2022, publié dans le Journal officiel de la Roumanie, partie I, n° 240 du 10 mars 2022, du ministère du Travail et de la Solidarité sociale (MLSS).

Les articles 130 et suivants de la loi 122/2006 sur l'asile en Roumanie régissent l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées. Cette forme de protection est exceptionnelle et ne s'applique que si l'afflux massif de réfugiés est reconnu par le Conseil de l'Union européenne. Il ressort des dispositions légales qu'aucune demande de protection temporaire n'est nécessaire, celle-ci étant accordée de plein droit. La durée de la protection temporaire est d'un an avec possibilité de prolongation.

La protection temporaire accordée aux personnes déplacées d'Ukraine en vertu du GEO 15/2022 s'applique aux personnes entrées en Roumanie à partir du 24 février 2022. Les mesures de protection sont valables tant que la décision de l'Union européenne (UE) est en vigueur, c'est-à-dire pendant un an, jusqu'en mars 2023.

Le GEO 20/2022 étend l'application de l'article 1(1) du GEO 15/2022 sur l'octroi d'un soutien et d'une assistance humanitaire par la Roumanie aux citoyens étrangers ou aux apatrides dans des situations spéciales, provenant de la zone de conflit armé en Ukraine (OUG 15/2022) et aux bénéficiaires de la décision d'application du Conseil. En particulier, les règles relatives à la fourniture de nourriture, de vêtements, de matériel d'hygiène personnelle, de transport, d'assistance médicale et de traitement approprié (par le biais de l'assistance médicale d'urgence et du système de premiers secours qualifié), ainsi que le droit d'être inclus dans les programmes nationaux de santé publique (applicables aux personnes qui ne demandent pas l'asile en Roumanie, mais qui sont installées dans des camps d'hébergement temporaire ou dans d'autres structures d'hébergement organisées par les autorités), s'appliquent par extension aux citoyens ukrainiens résidant en Ukraine avant le 24 février 2022, aux apatrides et aux ressortissants de pays tiers qui bénéficiaient d'une protection internationale ou d'une protection nationale équivalente en Ukraine avant cette date, ainsi qu'aux membres de leur famille. Cette forme de protection est exceptionnelle et ne s'applique que si l'afflux massif de réfugiés est reconnu par le Conseil de l'Union européenne. Il ressort des dispositions légales qu'aucune demande de protection temporaire n'est nécessaire, celle-ci étant accordée de plein droit.

### **3. Travailler en Roumanie**

Les ressortissants ukrainiens qui sont entrés légalement sur le territoire de la Roumanie et qui ne demandent pas une forme de protection conformément à la loi n° 122/2006 sur l'asile en Roumanie, peuvent être employés sans avoir besoin du permis/autorisation de travail prévu par l'ordonnance du gouvernement (GO) n° 25/2014<sup>1</sup> sur l'emploi et le détachement des étrangers sur le territoire de la Roumanie et pour la modification et le complément de certains actes normatifs sur le régime des étrangers en Roumanie.

Ainsi, à titre exceptionnel, à partir du 8 mars 2022, les ressortissants ukrainiens peuvent être employés par des entreprises roumaines conformément à la législation roumaine sur le travail, sans avoir besoin d'obtenir une autorisation de travail ou un visa de travail. Ils doivent toutefois demander un permis de séjour à des fins professionnelles. L'un des droits accordés par le statut de protection temporaire est le droit d'être employé, d'exercer des activités indépendantes, dans le respect des règles applicables à la profession, conformément à la loi.

Les citoyens ukrainiens originaires de la zone de conflit armé en Ukraine qui ne disposent pas de documents attestant de leurs qualifications professionnelles ou de leur expérience professionnelle nécessaires pour occuper un emploi peuvent être employés pour une période de 12 mois, avec possibilité de prolongation par périodes de 6 mois, pour une durée maximale d'un an, sur la base d'une déclaration sous leur propre responsabilité attestant qu'ils possèdent les qualifications et l'expérience professionnelle nécessaires pour occuper l'emploi et qu'ils n'ont pas de casier judiciaire incompatible avec l'activité dans laquelle ils sont employés.

Les citoyens ukrainiens, qui n'ont pas de documents prouvant les qualifications professionnelles ou l'expérience professionnelle nécessaires pour l'emploi, peuvent être employés sur le territoire de la Roumanie sur la base d'une déclaration sous serment, pour une période de 12 mois avec la possibilité de prolongation par périodes de 6 mois, pour un maximum d'un an. Par cette déclaration, ils assument qu'ils remplissent les conditions de formation et d'expérience professionnelle dans l'activité et qu'ils n'ont pas de casier judiciaire incompatible avec l'activité qu'ils vont exercer sur le territoire de la Roumanie. La procédure d'embauche doit être approuvée par

---

<sup>1</sup> Ordonnance no. 25/2014 sur l'emploi et le détachement des étrangers sur le territoire de la Roumanie et pour modifier et compléter certains actes normatifs sur le régime des étrangers en Roumanie.

arrêté du ministre du Travail et de la Solidarité sociale dans un délai de 5 jours ouvrables à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Les dispositions relatives à la déclaration de responsabilité propre ne sont pas applicables aux citoyens ukrainiens qui souhaitent accéder ou exercer les professions de médecin, dentiste, pharmacien, assistant médical général, sage-femme, vétérinaire et architecte, ou d'autres professions énumérées aux annexes 2, 4 et 8 de la loi n° 200/2004<sup>1</sup> sur la reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles pour les professions réglementées en Roumanie.

En dehors de ce régime dérogatoire établi par le GEO 20/2022, les dispositions légales nationales existantes (telles que réglementées par le GO 25/2014) **prévoient trois autres possibilités** d'emploi de ressortissants ukrainiens par un employeur roumain. Ces modalités dérogent aussi à la règle générale selon laquelle un employeur local (entreprise roumaine) doit obtenir un permis de travail pour employer une personne physique d'un pays tiers.

- Pour une durée déterminée de neuf mois maximum au cours d'une année civile : Cette première option est celle prévue à l'article 3, paragraphe (2), point o) de la GO 25/2014, selon laquelle les personnes déplacées peuvent être employées sur le territoire de la Roumanie avec un contrat de travail individuel à temps plein pour une période maximale de neuf mois au cours d'une année civile (emploi sans aucun statut de réfugié). Conformément à l'article 13, paragraphe 3, de l'ordonnance n° 25/2014, les personnes déplacées ukrainiennes employées sur le territoire roumain avec un contrat de travail individuel à temps plein, pour une période maximale de neuf mois par année civile, n'ont pas besoin de permis de travail si elles remplissent les conditions prévues à l'article 13, paragraphe 2, de GO 25/2014, c'est-à-dire les conditions d'autorisation prévues par la législation en vigueur en Roumanie pour l'occupation de cet emploi (si de telles conditions d'autorisation existent pour la position qu'elles vont occuper) et si elles n'ont pas de casier judiciaire incompatible avec l'activité qu'elles vont exercer sur le territoire roumain. En résumé, cette procédure implique uniquement l'obtention du NIF (numéro d'identification fiscale) sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un permis de travail. Dans cette situation, les personnes déplacées ukrainiennes doivent être embauchées dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein (8h/jour, 40 heures/semaine) (voir l'article 3(1)o) du GO

---

<sup>1</sup> Loi n° 200/2004 sur la reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles pour les professions réglementées en Roumanie.

25/2014). Ces personnes restent toutefois tenues d'obtenir un visa de long séjour et un permis de séjour lors de la prolongation du droit de séjour initial. Après ces neuf mois, les ressortissants ukrainiens qui souhaitent continuer à travailler en Roumanie peuvent bénéficier d'une prolongation, à condition d'obtenir un permis de travail et un contrat de travail individuel à temps plein enregistré dans le registre général des employés, qui montre que le salaire est au moins au niveau du salaire minimum (c'est-à-dire 3.000 lei).

- Dans les trois mois suivant le dépôt de la demande d'asile en Roumanie : les personnes déplacées ukrainiennes peuvent être embauchées en Roumanie après trois mois à compter de la date à laquelle elles ont officiellement déposé leur demande d'asile en Roumanie. Elles peuvent rester employées pendant toute la durée de la procédure d'asile ; en d'autres termes, pendant toute la durée de l'analyse de la demande d'asile par les autorités roumaines (conformément à l'article 3, paragraphe (1), point k) de la GO 25/2014 en relation avec l'article 17, paragraphe (1), point o) de la loi 122/2006 sur l'asile en Roumanie). Cette deuxième option basée sur les dispositions de l'article 3(2)k) de la GO 25/2014, implique l'emploi direct, sans l'obtention d'un permis de travail de l'employeur, pour les demandeurs d'asile à partir de la date à laquelle ils ont le droit de recevoir l'accès au marché du travail conformément à la loi n° 122/2006.
- Après avoir été reconnus comme réfugiés ou bénéficiaires de la protection subsidiaire : Les personnes déplacées ukrainiennes auxquelles la protection a été officiellement reconnue ont les mêmes droits que les citoyens roumains, outre le droit de vote et d'éligibilité aux fonctions publiques, notamment : (i) être employées par des personnes physiques ou morales, dans les mêmes conditions que les Roumains ; (ii) bénéficier de l'assurance sociale, des mesures d'assistance sociale et de l'assurance maladie sociale, dans les conditions prévues par la loi pour les Roumains ; (iii) bénéficier de l'égalité de traitement avec les Roumains en ce qui concerne l'équivalence des études ou des périodes d'études, la reconnaissance des diplômes et des certificats de compétence, ainsi que des qualifications professionnelles qui donnent accès aux professions en Roumanie.

Le nouveau GEO 20/2022 établit désormais, comme l'on a déjà démontré, des règles spéciales pour l'emploi des citoyens ukrainiens.

- Les personnes ukrainiennes déplacées peuvent être employées sans permis de travail (il n'est plus nécessaire que la durée du contrat de travail soit limitée à neuf mois, comme l'exigent les règles générales présentées ci-dessus).
- Le droit de séjourner à des fins d'emploi est étendu aux personnes déplacées ukrainiennes (à l'expiration des 90 premiers jours suivant leur entrée en Roumanie), sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un visa de long séjour à des fins d'emploi.

Ces règles spéciales ne s'appliquent qu'aux personnes déplacées ukrainiennes qui sont entrées légalement en Roumanie et qui ne demandent pas une forme de protection au titre de la loi 122/2006 sur l'asile en Roumanie (le statut de réfugié ou le statut conféré par la protection subsidiaire, respectivement). Ainsi, avec l'adoption du nouveau règlement, GEO 20/2022, les personnes déplacées ukrainiennes ont deux options supplémentaires concernant une éventuelle installation en Roumanie : (i) l'emploi direct, sans la nécessité d'obtenir un visa et un permis de travail ; ou la demande de protection temporaire conformément à la directive sur la protection temporaire qui fournit automatiquement le droit de résidence et de travail.

On veut souligner ici qu'il existe aussi la possibilité de changement de statut de la protection temporaire à la carte bleue européenne. Le passage du statut de protection temporaire à celui de carte bleue européenne n'est pas expressément prévu par la législation. En tant que telle, aucune disposition légale n'empêcherait une personne déplacée ukrainienne bénéficiant d'une protection temporaire de demander une carte bleue, même si elle reste dans le pays.

Si les bénéficiaires de la protection temporaire ont l'intention de travailler en Roumanie en tant qu'employés hautement qualifiés pendant plus de 90 jours, ils peuvent demander une carte bleue européenne pendant la durée du régime de protection temporaire. Cette carte ne sera toutefois applicable qu'après l'expiration de la protection temporaire. Le futur employeur doit d'abord demander à l'Inspection générale de l'immigration (GII) une autorisation de travail pour les employés hautement qualifiés. Cette autorisation est délivrée dans le cadre des quotas fixés par le gouvernement, à moins qu'il n'existe une exemption à l'obligation de quota. Pour demander une carte bleue européenne, le demandeur doit (i) avoir un contrat de travail valide ou une offre d'emploi ferme pour un emploi hautement qualifié d'une durée d'au moins un an ; (ii) atteindre le seuil de salaire minimum pour la Roumanie ; (iii) pour les professions réglementées : présenter des documents prouvant que les exigences légales nationales sont satisfaites ; et (iv) pour les professions non

réglementées: présenter des documents prouvant que les qualifications professionnelles supérieures pertinentes sont satisfaites.

En Roumanie, la carte bleue européenne est délivrée pour une période d'un an et prolongée pour la durée du contrat de travail plus trois mois et jusqu'à deux ans maximum (plus d'informations ici). La législation nationale prévoit que le délai maximum de traitement pour la délivrance d'une carte bleue européenne en Roumanie est de 30 jours <sup>1</sup>.

Une possibilité assez nouvelle pour les ressortissants ukrainiennes est de pouvoir travailler en Roumanie en tant que "nomades numériques", un statut récemment réglementé par les autorités en vertu de la loi n° 22/2022<sup>2</sup> portant modification de l'ordonnance d'urgence du gouvernement n° 194/2002<sup>3</sup> sur le régime des étrangers en Roumanie, Un visa de nomade numérique permet à une personne d'obtenir un permis de séjour en Roumanie tout en travaillant à distance pour un autre pays depuis la Roumanie. La principale condition d'obtention d'un tel visa est que le demandeur soit employé d'une société étrangère ou qu'il soit propriétaire d'une société enregistrée en dehors de la Roumanie depuis plus de trois ans.

#### **4. Sécurité sociale pour les ressortissants ukrainiens en Roumanie**

Les principaux droits de sécurité sociale régis par la législation roumaine sont les suivants : (i) les prestations de vieillesse, d'invalidité et de survivants ; (ii) les prestations de maladie ; (iii) les prestations pour accidents du travail et maladies professionnelles ; (iv) les prestations de chômage ; (v) les prestations familiales (congé de maternité, garde d'enfants malades, congé parental, allocations familiales).

Avant le GEO 20/2022, il n'y avait pas de dispositions visant les prestations spéciales de sécurité sociale pour les ressortissants ukrainiens ou les autres bénéficiaires de mesures de protection temporaire. Ainsi, avant le GEO 20/2022, les citoyens ukrainiens avaient le droit à une assistance médicale d'urgence, qui comprend les principaux services de soins de santé:

- Assistance médicale gratuite et services de soins similaires à ceux fournis aux citoyens roumains, pour une période de 90 jours, si l'entrée en Roumanie remplit les conditions légales, c'est-à-dire sur la base du passeport biométrique.

---

<sup>1</sup> [https://immigration-portal.ec.europa.eu/blue-card\\_fr](https://immigration-portal.ec.europa.eu/blue-card_fr).

<sup>2</sup> Loi n° 22/2022 modifiant et complétant l'Ordonnance d'urgence du gouvernement n° 194/2002 sur le régime des étrangers en Roumanie.

<sup>3</sup> Ordonnance d'urgence n° 194/2002 sur le régime des étrangers en Roumanie.



- Les citoyens ukrainiens qui avaient un droit légal de résidence en Roumanie (mais qui ne bénéficiaient pas d'une forme de protection internationale) bénéficiaient des services susmentionnés moyennant le paiement des cotisations de santé pour les revenus liés au travail ou à partir de la date à laquelle ils ont soumis une déclaration pour le paiement des cotisations de sécurité sociale.
- Les soins de santé primaires et les traitements, les soins hospitaliers d'urgence, ainsi que les soins médicaux et les traitements ont été accordés gratuitement dans les cas de maladies aiguës ou chroniques mettant la vie en danger, pour les citoyens demandant l'asile en Roumanie.
- Une assistance médicale et des services de soins gratuits étaient disponibles pour les citoyens ukrainiens qui bénéficiaient d'une forme de protection internationale (par exemple l'asile) et qui étaient assurés dans le cadre du système d'assurance maladie sociale.

Toutefois, le GEO 20/2022 a modifié le contenu du GEO 15/2022 en ce qui concerne les soins et l'assistance médicale. Son article 1 prévoit certaines exceptions pour les personnes venant de la zone de conflit armé en Ukraine. Selon le GEO 15/2022 modifié, certaines catégories de personnes visées à l'article 1, paragraphe 4, qui ont besoin de services médicaux, de fournitures médicales, de médicaments et de dispositifs médicaux, bénéficient de l'ensemble des services de base prévus dans le contrat-cadre sur les conditions de fourniture de soins médicaux, de médicaments et de dispositifs médicaux dans le cadre du système d'assurance maladie sociale et dans les règles méthodologiques relatives à son application, ainsi que des médicaments, des fournitures médicales, des dispositifs médicaux et des services médicaux inclus dans les programmes nationaux de santé curative, comme les assurés roumains, sans paiement de la cotisation à l'assurance maladie sociale, de la contribution personnelle pour les médicaments fournis dans le cadre d'un traitement ambulatoire et avec exemption du ticket modérateur.

En même temps, l'article 1, paragraphes 6 et 7, du GEO 15/2022, tel que modifié et complété, prévoit que les fournisseurs de services médicaux, de fournitures médicales, de médicaments et d'appareils qui entretiennent des relations contractuelles avec les compagnies d'assurance maladie, y compris pour les programmes des programmes nationaux de santé curative, sont obligés de:

- d'enregistrer dans l'application informatique fournie par la Caisse nationale de santé les personnes visées à l'article 1er, paragraphe 4, et de conserver des copies des documents d'identité, s'ils existent ;
- d'établir des registres séparés pour les services médicaux, les fournitures médicales, les médicaments ou les dispositifs médicaux fournis aux personnes visées ci-dessus et pour lesquels ils établissent des factures séparées.

En vertu du GEO 20/2022, les personnes handicapées, accompagnées ou non, qui proviennent de la zone de conflit armé en Ukraine et entrent en Roumanie, peuvent bénéficier, sur demande, de services sociaux fournis dans tous les types de centres résidentiels pour adultes handicapés, à savoir les logements protégés, les centres pour la vie autonome et les centres de réadaptation, les centres de soins et d'assistance ou les centres de répit/centres de crise. Si, à leur entrée en Roumanie, les personnes handicapées déclarent, individuellement ou par l'intermédiaire de leur accompagnateur, qu'elles resteront en Roumanie, elles peuvent être enregistrées, sur demande, dans les registres de la Direction générale de l'assistance sociale et de la protection de l'enfance afin de bénéficier des services fournis dans les centres pour adultes handicapés. Les adultes handicapés qui n'ont pas de documents d'identité valides seront communiqués à l'Inspection générale de l'immigration afin d'établir leur statut juridique, tandis qu'ils seront pris en charge, sur demande, par la Direction générale de l'assistance sociale et de la protection de l'enfance afin de fournir les services susmentionnés.

En outre, les citoyens étrangers ou les apatrides en situation particulière qui proviennent de la zone de conflit armé en Ukraine et entrent en Roumanie et qui ne demandent pas l'asile peuvent être hébergés gratuitement dans des camps d'hébergement temporaire et d'assistance humanitaire ou dans d'autres lieux d'hébergement établis par les comités d'urgence des comtés/de Bucarest. Ils y reçoivent de la nourriture, des vêtements et du matériel d'hygiène personnelle.

Les bénéficiaires de la protection temporaire ont également le droit :

- d'être informés, par écrit, dans une langue qu'ils sont censés comprendre, des dispositions relatives à la protection temporaire ;
- d'être employés, d'exercer des activités indépendantes, dans le respect des règles applicables à la profession, ainsi que des activités telles que des possibilités d'éducation pour adultes, de formation professionnelle et de stage pratique, conformément à la loi ;
- de bénéficier, sur demande, de l'assistance nécessaire à leur entretien, s'ils ne disposent pas des moyens matériels nécessaires ;

- pour les bénéficiaires de la protection temporaire ayant des besoins particuliers, de bénéficier d'une assistance médicale adéquate ;
- le droit d'accéder au système éducatif public dans les conditions prévues par la loi pour les citoyens roumains, dans le cas des bénéficiaires de la protection temporaire qui n'ont pas atteint l'âge de 18 ans.

Aussi il faut tenir compte de l'Ordre no 155/2022<sup>1</sup> modifiant l'Ordre du Président de la Caisse nationale d'assurance maladie no 1.549/2018<sup>2</sup>, qui est entrée en vigueur à partir du 17 mars 2022. Afin de mettre en œuvre les dispositions de l'art. 1 para. (4) de l'OUG no 15/2022 sur l'octroi par l'État roumain d'un soutien et d'une assistance humanitaires aux citoyens étrangers ou aux apatrides en situation particulière provenant de la zone du conflit armé en Ukraine, afin d'assurer l'accès à l'ensemble des services médicaux de base, ainsi qu'aux médicaments, au matériel médical, aux dispositifs médicaux et aux services médicaux inclus dans les programmes nationaux de santé curative, les prestataires sont tenus de demander, de conserver et de soumettre les documents suivants en copie aux caisses d'assurance maladie:

- pour les citoyens ukrainiens résidant en Ukraine avant le 24 février 2022 : document d'identité et document de voyage<sup>3</sup>;
- pour les apatrides et les ressortissants de pays tiers autres que l'Ukraine qui ont bénéficié d'une protection internationale ou d'une protection nationale équivalente en Ukraine avant le 24 février 2022: décision d'octroi ou de refus du permis de séjour en Ukraine et document de voyage ;
- pour les membres de la famille des citoyens ukrainiens résidant en Ukraine avant le 24 février 2022 : acte de naissance, acte de mariage, acte d'adoption, déclaration sous serment, le cas échéant, et document de voyage.

---

<sup>1</sup> sur l'approbation des Règles méthodologiques pour l'établissement des documents justificatifs pour l'acquisition du statut d'assuré, ainsi que pour l'établissement des documents nécessaires pour l'attribution du numéro d'identification unique dans le système social d'assurance maladie aux citoyens étrangers ou aux apatrides dans des situations spéciales qui viennent de la zone de conflit armé en Ukraine et entrent en Roumanie et qui ne demandent pas une forme de protection en vertu de la Loi no 122/2006 sur l'asile en Roumanie- Ordin CNAS privind asigurările sociale de sănătate pentru cetățenii Ucraineni aflați în România - Legestart.

<sup>2</sup> L'ordre n° 1549/2018 du 29 novembre 2018 sur l'approbation des règles méthodologiques pour l'établissement des pièces justificatives concernant l'acquisition de la qualité d'assuré.

<sup>3</sup> Les documents de voyage sont ceux prévus à l'article 10 de l'ordonnance gouvernementale d'urgence n° 194/2002 sur le régime des étrangers en Roumanie, republiée, avec les modifications et ajouts ultérieurs.

## 5. Conclusions

Dans le contexte de la situation créée par l'agression militaire russe en Ukraine, l'État roumain a réagi d'une manière rapide et efficace et a créé le contexte normatif nécessaire à l'adoption de mesures de protection pour les citoyens étrangers et les apatrides en situation particulière qui proviennent de la zone de conflit armé en Ukraine et qui ne demandent pas de protection en vertu des dispositions de la loi n° 122/2006 sur l'asile en Roumanie.

### Bibliographie

#### Législation internationale :

DÉCISION D'EXÉCUTION (UE) 2022/382 DU CONSEIL du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire ;

Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil ;

#### Législation nationale :

Loi n° 200/2004 sur la reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles pour les professions réglementées en Roumanie, publiée au Journal officiel, partie I n° 500 du 3 juin 2004 ;

Loi n° 122/2006 sur l'asile en Roumanie publiée au Journal officiel, partie I n° 428 du 18 mai 2006 ;

Loi n° 22/2022 modifiant et complétant l'Ordonnance d'urgence du gouvernement n° 194/2002 sur le régime des étrangers en Roumanie, publiée au Journal officiel, partie I n° 45 du 14 janvier 2022 ;

Ordonnance d'urgence n° 194/2002 sur le régime des étrangers en Roumanie republiée au Journal officiel, partie I, n° 421 du 5 juin 2008 ;

Ordonnance no. 25/2014 sur l'emploi et le détachement des étrangers sur le territoire de la Roumanie et pour modifier et compléter certains actes normatifs sur le régime des étrangers en Roumanie, publiée au Journal officiel, partie I, n° 640 du 30 août 2014 ;

Ordonnance d'urgence no 15/2022 sur l'octroi par l'Etat roumain d'un soutien et d'une assistance humanitaire aux citoyens étrangers ou aux apatrides en situation particulière originaires de la zone de conflit armé en Ukraine, publiée au Journal officiel, partie I n° 193 du 27 février 2022 ;

Ordonnance d'urgence n° 20 du 7 mars 2022 modifiant et complétant certains actes réglementaires et établissant certaines mesures d'aide et d'assistance humanitaires, publiée au Journal Officiel n° 231 du 8 mars 2022 ;

Décision no. 367 du 18 mars 2022 pour établir de certaines conditions pour assurer la protection temporaire et pour modifier et compléter certains actes normatifs dans le domaine des étrangers,

adoptée par le Gouvernement de la Roumanie, publié au Journal officiel, partie I, n° 268 du 18 mars 2022 ;

L'ordre n° 1549/2018 du 29 novembre 2018 sur l'approbation des règles méthodologiques pour l'établissement des pièces justificatives concernant l'acquisition de la qualité d'assuré, publié au Journal officiel, partie I n° 1036 du 6 décembre 2018 ;

L'ordre no 155/2022 sur l'approbation des Règles méthodologiques pour l'établissement des documents justificatifs pour l'acquisition du statut d'assuré, ainsi que pour l'établissement des documents nécessaires pour l'attribution du numéro d'identification unique dans le système social d'assurance maladie aux citoyens étrangers ou aux apatrides dans des situations spéciales qui viennent de la zone de conflit armé en Ukraine et entrent en Roumanie et qui ne demandent pas une forme de protection en vertu de la Loi no 122/2006 sur l'asile en Roumanie Publié au Journal officiel, partie I n° 261 du 17 mars 2022 ;

#### **Articles & études juridiques:**

Lazăr Elena, *Migration challenges and pathways in the Black Sea*, in the book: *Irregular Migration in Europe: A Perspective from the Sea Basins*, Editoriale Scientifica from Naples, Italy, iunie, 2022 ;

[https://immigration-portal.ec.europa.eu/blue-card\\_fr](https://immigration-portal.ec.europa.eu/blue-card_fr).

# Les minorités en Ukraine - évolution historique et l'impact des conflits russo-ukrainiens

*Elena LAZĂR\**

*Université de Bucarest*

**Résumé :** *La guerre en Ukraine met en péril non seulement l'existence de la nation (multiethnique), mais aussi celle des sites uniques du patrimoine culturel des minorités dans tout le pays. L'existence et l'influence de la minorité russe dans le pays a amené à l'adoption des lois ayant des effets discriminatoires qui sont de nature à amplifier le conflit.*

**Mots-clés :** *minorités; conflit; loi; guerre; état-parent.*

## 1. Le paysage minoritaire en Ukraine

L'Ukraine a toujours été un pays multiethnique. Depuis son indépendance, elle a accordé de droits fondamentaux aux minorités ethniques vivant sur son territoire, en particulier le droit d'être éduqué dans leur langue maternelle et, dans des limites raisonnables, d'utiliser les langues minoritaires dans la sphère publique. L'octroi de ces droits a constitué la base du statu quo des minorités en Ukraine pendant plusieurs décennies, ce qui a également garanti une coopération harmonieuse entre l'Ukraine et ses partenaires régionaux. Selon le recensement de 2001<sup>1</sup>, les principaux groupes minoritaires sont les Russes - 8 334 100 (17,3 %), les Biélorusses - 275 800 (0,6 %), les Moldaves<sup>2</sup> - 258 600 (0,5 %), les Tatars de Crimée - 248 200 (0,5 %) et les Bulgares - 204 600 (0,4 %). L'Ukraine comptait également des populations moins importantes de Polonais, de Juifs, de Roumains, d'Arméniens, de Hongrois, de Roms et d'autres nationalités. Un nouveau recensement devait avoir lieu en 2011, mais il a été reporté à plusieurs reprises et est désormais prévu pour 2020.

---

\* Professeur associé à l'université de Bucarest, Roumanie ; adresse électronique : elena.lazar@drept.unibuc.ro. Les opinions exprimées dans ce document sont celles de l'auteur et n'engagent pas l'institution à laquelle elle appartient.

<sup>1</sup> All-Ukrainian population census| (ukrcensus.gov.ua)

<sup>2</sup> Distinction artificielle entre les Roumains et les soi-disant Moldaves, résultant des politiques soviétiques

Les divisions ethniques en Ukraine remontent à la période impériale, lorsque les frontières régionales étaient fortement contestées par la Russie, l'Autriche-Hongrie et le Commonwealth polono-lituanien. Le sud-est de l'Ukraine était historiquement peuplé de Russes ethniques et d'Ukrainiens russophones, qui entretiennent des liens culturels et économiques étroits avec la Russie. Une grande partie de l'Ukraine occidentale a fait partie de l'Autriche des Habsbourg jusqu'en 1918, tandis que d'autres régions ont été rattachées à l'Ukraine après la Seconde Guerre mondiale, et la région maintenait des liens étroits avec l'Europe.

En 1941, 350 000 Allemands ont été exilés d'Ukraine. En 1992, l'Allemagne et l'Ukraine ont convenu que l'Ukraine réinstallerait jusqu'à 400 000 Allemands de Russie/Kazakhstan dans les districts du sud de l'Ukraine. L'installation a été limitée, la plupart des Allemands préférant se réinstaller en Allemagne même.

En 1989, bien que les Russes ne soient majoritaires qu'en Crimée, ils représentent quand même des minorités importantes dans de nombreuses autres régions. L'Empire russe s'est emparé du début, des territoires steppiques largement inhabités de l'ancien khanat de Crimée et a commencé à les coloniser à la fin du XVIIIe siècle. La découverte de charbon dans le bassin du Donets a déclenché une industrialisation à grande échelle et un afflux de travailleurs en provenance d'autres régions de l'Empire russe. La force numérique des Russes est renforcée par l'importance de la langue russe dans la république. Par conséquent, le bilinguisme reste très répandu en Ukraine et nombre de ceux qui s'identifient comme ukrainophones connaissent également très bien le russe, la frontière linguistique entre le russe et l'ukrainien restant elle-même fluctuante

Depuis le recensement de 1989, une émigration importante a fortement réduit la population juive, qui représentait 103 600 personnes en 2001, soit 0,2 % de la population<sup>1</sup>. Les Juifs sont largement installés dans les zones urbaines russifiées et la majorité d'entre eux sont russophones.

Les Roms restent l'une des communautés les plus marginalisées d'Ukraine. Bien que le recensement de 2001 ait identifié quelque 47 600 Roms dans le pays, les groupes de défense des droits ont estimé leur nombre entre 200 000 et 300 000 ;

Après avoir obtenu son indépendance en 1991, l'Ukraine a été chargée d'unifier ses différentes régions et de créer une identité nationale distincte.

---

<sup>1</sup> National minorities ([encyclopediaofukraine.com](http://encyclopediaofukraine.com)) ; Ukraine - World Directory of Minorities & Indigenous Peoples ([minorityrights.org](http://minorityrights.org)).

Comme le pays abrite plus d'une centaine de nationalités différentes, cela représente des défis complexes et importants.

## 2. L'impact des conflits russo-ukrainien sur les droits de minorités

L'annexion de la Crimée par la Russie en 2014 a été suivie d'une montée du nationalisme ukrainien. Cette tendance a été de plus amplifiée par la guerre qui est débuté le 24 février 2022. En conséquence, afin de lutter contre l'influence russe dans les régions orientales du pays, l'Ukraine a radicalement changé sa politique en matière de minorités. En 2017, le Parlement ukrainien a adopté une nouvelle loi sur l'éducation<sup>1</sup> qui a limité les droits déjà existants des minorités ethniques à être éduquées dans leur langue maternelle. Deux ans plus tard, une nouvelle loi visant l'utilisation de langue nationale<sup>2</sup> comme langue d'état, a été adoptée, proclamant l'utilisation de la langue ukrainienne obligatoire dans toutes les sphères de la vie publique. Ainsi, les langues des minorités historiques, à quelques exceptions près, ne peuvent être parlées que dans le cadre de communications privées ou lors d'événements religieux.

Bien que la cible réelle de ces législations ait été la population russophone de l'est de l'Ukraine, le changement radical du régime linguistique des minorités a également affecté plusieurs autres groupes ethniques traditionnels, tels que les Bulgares, les Hongrois, les Polonais, les Roumains, ainsi que les minorités qui n'ont pas d'État co-national extérieur ("kin-state"<sup>3</sup>), à savoir les Tatars de Crimée, les Karaites de Crimée et les Krymchaks.

Les kin-states de ces minorités respectives, qui sont également des États membres de l'UE, ont tous protesté contre le nouveau régime linguistique. La réaction la plus forte est certainement venue de la Hongrie - qui protège principalement les intérêts de quelque 150 000 hongrois ethniques de Subcarpathie - qui a décidé de bloquer les pourparlers politiques au plus haut niveau entre l'OTAN et Kiev jusqu'à ce que des changements positifs soient apportés en ce qui concerne les droits des minorités<sup>4</sup>.

Le 1er juillet 2021, le Parlement ukrainien a adopté une autre loi<sup>5</sup> sur le statut des populations autochtones. Cette nouvelle loi reconnaît trois groupes ethniques résidant principalement sur le territoire de la Crimée comme des peuples ukrainiens autochtones et définit le statut juridique de ces

---

<sup>1</sup> CDL-REF(2017)047 (coe.int).

<sup>2</sup> default.aspx (coe.int).

<sup>3</sup> Bogdan Aurescu, Lazar Elena, *Dreptul international al protectiei minoritatilor*, Hamangiu, 2021, p. 251.

<sup>4</sup> Telex: New law on national minorities adopted in Ukraine, a change for Hungarian minority there.

<sup>5</sup> Perma | Draft Law on the Indigenous People of Ukraine, Official website of the Verkhovna Rada of Ukraine.



communautés indigènes. Selon la loi, les groupes ethniques reconnus comme peuples autochtones doivent se voir accorder des droits tels que l'éducation dans leur langue maternelle, la protection de leur patrimoine historique, la création de médias ethniques et la mise en place d'organes autonomes pour représenter leurs intérêts. Les représentants de ces organes peuvent se joindre aux délégations officielles ukrainiennes participant à diverses conférences et manifestations internationales. (Loi sur les peuples autochtones d'Ukraine, art. 4, para. 1 ; 5, para. 1 ; 6, para. 1.) Ces organisations ethniques et les médias des peuples autochtones peuvent recevoir un financement public provenant du budget de l'État. (Art. 4, par. 2 ; 7.)

La nouvelle loi définit les peuples indigènes comme une "*minorité ethnique au sein de la population ukrainienne qui possède une langue et une culture distinctes ; qui a des structures sociales, culturelles ou représentatives traditionnelles ; qui se considère comme originaire d'Ukraine ; et qui n'a pas sa propre entité étatique en dehors de l'Ukraine*". (Art. 1, para. 1.) Cette définition relève du savoir-faire du législateur ukrainien, puisque ni la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, ni la Déclaration de Vienne et le programme d'action de la conférence mondiale des Nations unies sur les droits de l'homme de 1993, auxquels la loi se réfère, ne définissent les peuples autochtones.

La loi identifie donc les Tatars de Crimée, les Karaïtes de Crimée et les Krymchaks comme des peuples autochtones d'Ukraine<sup>1</sup>. Ainsi, la loi ukrainienne sur les peuples autochtones établit une distinction entre les peuples autochtones et les minorités nationales qui, en Ukraine, sont les Russes, les Polonais, les Hongrois, les Roumains, les Grecs et d'autres groupes ethniques dont les origines ethniques se situent en dehors de l'Ukraine. Ces minorités seront régies par une autre loi adoptée en 2022 et qui vient d'abroger la loi de 1992<sup>2</sup>.

Cette loi met en œuvre l'article 11 de la Constitution ukrainienne<sup>3</sup>, qui prévoit la protection des peuples autochtones et déclare que les peuples autochtones doivent être protégés contre toute action visant à les priver de leur ethnicité et de leur intégrité en tant que peuple d'origine, à les priver de leurs valeurs culturelles, à les expulser ou à les déplacer de force des zones de peuplement compact, à les assimiler ou à les intégrer de force et à les soumettre à la haine raciale, ethnique ou religieuse (article 4, paragraphes 1 et 2). (Art. 4, par. 1, 2, 3.)

---

<sup>1</sup> Perma | Ukraine honors Karaite Jews as 'indigenous,' and Putin is furious.

<sup>2</sup> Perma | Про національні меншини в У... | від 25.06.1992 № 2494-XII.

<sup>3</sup> Perma | [www.legislationline.org](http://www.legislationline.org).

Toutefois, en vertu de cette nouvelle loi, seules les communautés ethniques qui n'ont pas de kin-state seront reconnues comme "autochtones" en Ukraine, entre autres. Il est donc vrai que la nouvelle législation ne concerne que les Tatars de Crimée, les Karaïtes de Crimée et les Krymchaks, mais pas les minorités qui ont des kin-state en Europe - et bien sûr, les Russes, puisque c'est contre eux qu'elle a été élaborée.

Dans ce contexte visant les critiques apportées à la loi, le 8 juin 2021, la Douma d'État de la Fédération de Russie a publié une déclaration condamnant l'adoption de cette loi parce que les Russes d'Ukraine ne sont pas reconnus comme des natifs de l'Ukraine. Les membres de la Douma d'État ont qualifié cette initiative législative "*d'insulte à la mémoire historique et de provocation flagrante visant à aggraver les tensions et les conflits en Ukraine et à l'étranger*"<sup>1</sup>.

Selon nous, une solution consisterait à rétablir les droits antérieurs de toutes les minorités ethniques. Toutefois, pour les raisons susmentionnées concernant l'influence russe dans l'est, cette voie semble actuellement irréaliste. Dans le même temps, on pourrait envisager comme solution possible qui permettraient à l'Ukraine de s'opposer à l'influence russe, l'exemption du champ d'application de la loi pour les citoyens qui parlent une langue officielle de l'UE : toutefois, tandis que cette mesure serait certainement bien accueillie par la Bulgarie, la Grèce, la Hongrie, la Pologne et la Roumanie, et probablement aussi par l'UE elle-même, et elle ne serait pas non plus sans précédent, car elle serait toujours discriminatoire à l'égard de la population russophone, mais probablement plus justifiable.

La nouvelle guerre entre les deux pays qui est débuté le 24 février 2022, a encore amplifié les tensions et amené à des nouveaux amendements législatifs en Ukraine. Le rapporteur spécial des Nations Unies sur les questions relatives aux minorités, Fernand de Varennes, a exprimé ainsi de vives inquiétudes quant à la situation des minorités dans le contexte de l'agression russe contre l'Ukraine et au traitement des minorités fuyant le conflit<sup>2</sup>.

Comme des opérations militaires ont été également menées dans les régions où vivent des minorités peu nombreuses, comme les Urums de langue turque dans la région de Mariupol, elles mettent en danger à la fois la vie de ces personnes, leur culture distincte et leur langue, ce qui vient d'amplifier les tensions.

---

<sup>1</sup> Ukraine's New Minority Law Codifies Injustice (hungarytoday.hu).

<sup>2</sup> Ukraine: UN expert says war against multi-ethnic population must stop, calls for protection of all minorities | OHCHR.

La guerre en Ukraine met donc en péril non seulement la vie de sa nation multiethnique, mais aussi des sites uniques du patrimoine culturel des minorités dans tout le pays, comme le vieux cimetière juif de la ville de Bila Tserkva, qui aurait été endommagé par les opérations militaires.

### **3. La nouvelle loi de 2022 portant sur les minorités nationales et ses critiques**

Le parlement ukrainien a adopté en decembre 2022<sup>1</sup> une nouvelle loi, la loi n° 2827-IX, sur les minorités nationales, abrogeant ainsi la précédente. En même temps, la Rada a reconnu l'invalidité de la loi "sur les minorités nationales en Ukraine" du 25 juin 1992. La loi entrera en vigueur dans un délai de 6 mois à compter de la date de sa publication. En même temps, il a été établi que pendant la période de la loi martiale en Ukraine et dans les 6 mois après sa fin (abolition), les droits des minorités nationales en termes de droit de réunion pacifique sont soumis à une restriction temporaire dans la mise en œuvre et la protection.

L'adoption de la loi a été l'une des conditions pour que l'Ukraine entame les négociations d'adhésion à l'Union européenne. Le projet de loi définit les minorités nationales, les droits et obligations des personnes appartenant à des minorités nationales, les droits de leurs représentants et les caractéristiques spécifiques de la politique de l'État pour la mise en œuvre de ces droits, ainsi que les pouvoirs de l'organe exécutif central dans le domaine de la protection des personnes appartenant à des minorités nationales.

La loi n° 8224 vise aussi à améliorer la protection des droits des minorités nationales et la base de la politique de l'État à leur égard. Elle fait notamment référence aux droits à l'auto-identification, à l'utilisation des langues des minorités nationales, à l'éducation, à la participation à la vie politique, économique, sociale et culturelle, etc. Le document a été finalisé après consultation du Conseil de l'Europe et en coopération avec ses experts.

La loi définit la minorité (communauté) nationale d'Ukraine comme un groupe de citoyens ukrainiens qui ne sont pas des Ukrainiens ethniques, qui vivent traditionnellement sur le territoire à l'intérieur des frontières internationalement reconnues de l'Ukraine, qui sont unis par des caractéristiques ethniques, culturelles, historiques, linguistiques et/ou religieuses communes, qui réalisent leur appartenance à la minorité, et qui

---

<sup>1</sup> Law no. 2827-IX on national minorities (communities) of Ukraine as a whole available here [Perma. Law on National Minorities of Ukraine, No. 2827-IX, adopted on Dec.13, 2022.](#)

manifestent le désir de préserver et de développer leur identité linguistique, culturelle et religieuse.

Une personne appartenant à une minorité nationale a le droit à : l'auto-identification ; la liberté d'association publique et de réunion pacifique ; la liberté d'expression et de croyance, de pensée, de parole, de conscience et de religion ; la participation à la vie politique, économique et sociale ; l'utilisation de la langue de la minorité nationale ; l'éducation, en particulier dans les langues des minorités nationales ; la préservation de l'identité culturelle de la minorité nationale. Aussi, une personne appartenant à une minorité nationale a le droit d'utiliser librement et sans entrave la langue de sa minorité en privé et en public, sous forme orale et écrite, dans des limites qui ne sont pas contraires à la loi<sup>1</sup>.

En ce qui concerne l'éducation, il est prévu que les établissements d'enseignement privés dispensant un enseignement secondaire général complet aux frais de personnes physiques et/ou morales, en particulier ceux créés par des sociétés culturelles nationales et des représentants de minorités nationales, ont le droit de choisir librement la langue du processus éducatif (à l'exception des établissements d'enseignement recevant des fonds publics) et sont tenus de garantir la maîtrise de la langue d'État par les étudiants conformément aux normes de l'État. Selon la loi, les dépenses nécessaires pour assurer la mise en œuvre des mesures visant à mettre en œuvre les droits et libertés des minorités nationales sont effectuées aux frais du budget de l'État de l'Ukraine dans le cadre d'un programme budgétaire distinct, des fonds des budgets locaux, ainsi que d'autres sources non interdites par la loi.

Toutefois, cette nouvelle loi, a reçu à son tour de critiques. Apparemment, la législation renforce non seulement toutes les restrictions précédemment codifiées dans les lois sur l'éducation et la langue d'État, mais en met également de nouvelles en œuvre, selon les hongrois<sup>2</sup>. Par exemple, elle ne garantit pas la préservation des zones de peuplement ethnique compactes, ni l'utilisation des symboles nationaux. La loi interprète les droits des minorités exclusivement comme des droits pouvant être exercés individuellement par des personnes appartenant à un groupe minoritaire, ce qui prive les minorités nationales (leurs communautés, leurs organisations) de tous les droits politiques, éducatifs et linguistiques pouvant être exercés institutionnellement, et donc de la capacité d'influencer leur propre destin.

---

<sup>1</sup> Rada Adopts New Law On National Minorities | Ukrainian news (ukranews.com).

<sup>2</sup> Joint statement of the Cultural Alliance of Hungarians in Sub-Carpathia (KMKSZ) and the Democratic Alliance of Hungarians in Ukraine (UMDSZ) Regarding the Law on National Minorities (Communities) of Ukraine.

Ainsi, les partis politiques représentant les intérêts de la minorité nationale hongroise d'Ukraine ont publié la déclaration commune suivante, exprimant leur déception à l'égard de la nouvelle loi sur les minorités nationales adoptée par le Parlement ukrainien : cette loi "*ne garantit pas de fondements institutionnels adéquats ni de mécanismes juridiques pour la mise en œuvre et la protection des droits des minorités nationales*"<sup>1</sup>.

#### **4. Conclusions**

Les actions militaires ont certainement eu un impact négatif sur la vie des représentants des communautés nationales et des peuples indigènes d'Ukraine, qui vivaient dans les régions de l'est et du sud de l'Ukraine. Dans le même temps, les déplacements internes massifs et l'émigration affectent de manière significative l'identité ethnique des régions. La guerre accroît la vulnérabilité de groupes de population déjà vulnérables, creuse les inégalités et limite la possibilité d'un accès égal à leurs droits et à certains services", a souligné Zemfira Kondur, modératrice de la réunion et responsable du projet du Conseil de l'Europe "Renforcer la protection des minorités nationales, y compris les Roms, et des langues minoritaires en Ukraine".<sup>2</sup> En plus la guerre accroît aussi la haine, qui a amène a l'adoption de lois qui comme on a déjà illustré, ont eu des effets discriminatoires entre les minorités, même si la loi était ciblée à l'encontre de minorités russes. La solution, selon nous, serait la cohésion et l'adoption d'une politique protectrice pour les minorités, même si cela impliquerait la protection de tous, sans discrimination.

#### **Bibliographie**

##### **Livres**

Bogdan Aurescu, Lazar Elena, *Dreptul international al protectiei minoritatilor*, Hamangiu, 2019

Legislation et instruments nationaux

Law no. 2827-IX on national minorities (communities) of Ukraine

Law No. 5506 of Ukraine on Indigenous Peoples of Ukraine

Joint statement of the Cultural Alliance of Hungarians in Sub-Carpathia (KMKSZ) and the Democratic Alliance of Hungarians in Ukraine (UMDSZ) Regarding the Law on National Minorities (Communities) of Ukraine

##### **Instruments internationaux**

---

<sup>1</sup> New Ukrainian Law on National Minorities Misses the Mark – HHRF.

<sup>2</sup> "War is the greatest challenge for both the whole Ukraine and national minorities": activists and human rights defenders provided recommendations for the Recovery Plan of Ukraine - Council of Europe Office in Ukraine (coe.int).

Opinion no. 902 / 2017 CDL-REF (2017)047, European Commission for Democracy through Law (Venice commission) Ukraine- the law on education

Opinion No. 960 / 2019, CDL-REF (2019)036 European Commission for Democracy through Law (Venice commission) Ukraine law (\*) on supporting the functioning of the Ukrainian language as the state language

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples- Resolution adopted by the General Assembly on 13 September 2007

Vienna Declaration and Programme of Action of the UN World Conference on Human Rights, A/CONF.157/23, 12 July 1993

### **Websites**

National minority rights protection in Ukraine: the difficult journey towards compliance with international standards – FOMOSO

Ukraine's New Minority Law Codifies Injustice (hungarytoday.hu)

New Ukrainian Law on National Minorities Misses the Mark – HHRF

National minorities (encyclopediaofukraine.com)

In Ukraine, Some Ethnic Hungarians Feel Ambivalence About the War - The New York Times (nytimes.com)

Perma | Law on National Minorities of Ukraine, No. 2827-IX, adopted on Dec.13, 2022

Ukraine: New Law Determines Rights and Obligations of National Minority Communities | Library of Congress (loc.gov)

“It is not consistent with international law and the Constitution”: what is the law on the protection of national minorities in Ukraine aimed at - Teller Report

The Law on the Indigenous Peoples of Ukraine. What does it bring to national minorities? (culturico.com)

## **Studii și comentarii de jurisprudență și legislație** **Studies and Comments on Case Law and Legislation**

### **A l'ombre du grand mur : y-a-t-il toujours de l'espoir pour une paix israélo-palestinienne ?**

*Maria BEBEC\**

*Universitaté Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

*Carmen ACHIMESCU\*\**

*Université de Bucarest*

**Résumé :** *Le 30 décembre 2022, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution en vertu de laquelle il est demandé à la Cour Internationale de Justice de rendre un avis consultatif sur l'occupation prolongée par l'Israël du territoire palestinien. Un premier avis consultatif concernant le conflit israélo-palestinien avait été rendu en 2004, constatant l'illégalité de l'édification l'Israël, à partir de 2002, d'une barrière de sécurité dans les territoires occupés de Palestine. A présent, presque vingt ans plus tard, la cause palestinienne se trouve de nouveau à l'attention des juges de la Haye. Sans essayer d'anticiper la réponse de la Cour, on se demande néanmoins si le nouvel avis aurait plus d'écho que le premier.*

**Mots-clés :** *conflit israélo-palestinien; avis consultatif; territoires occupés de Palestine*

---

\* *Maria Bebec est étudiante en Master 2 Droit économique de l'Union européenne à la Faculté de Droit, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Adresse électronique: mariabebec@yahoo.com. Les opinions exprimées dans ce document sont celles de l'auteur et n'engagent pas l'institution à laquelle elle appartient.*

\*\* *Carmen Achimescu est enseignante à la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest. Adresse électronique: carmen.achimescu@drept.unibuc.ro. Les opinions exprimées dans ce document sont celles de l'auteur et n'engagent pas l'institution à laquelle elle appartient.*

## 1. Introduction

Conformément au Talmud, l'un des textes clé du judaïsme rabbinique, un livre phare pour le peuple juif, on devrait mettre en exergue l'idée selon laquelle « *pour accéder à la sagesse, il faut le vouloir* ». Bien que celui-ci ne soit pas le début classique d'une veille juridique, il est important de le préciser dès l'introduction que le sujet qu'on va traiter représente plus qu'un différend juridique entre deux États. Il a surgi d'une contradiction d'idées et de convictions religieuses, idéologiques et surtout politiques. La citation évoquée résume parfaitement la mission difficile de la Cour internationale de Justice (ci-après « CIJ » ou « la Cour »), celle d'encourager les parties prenantes à bien analyser l'impact de leurs actions et à se rendre disponibles à négocier, en faisant des concessions nécessaires pour rétablir la paix.

Le 30 décembre 2022, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution en vertu de laquelle il est demandé à la Cour de rendre un avis consultatif sur l'occupation prolongée par l'Israël du territoire palestinien. Toutefois, avant d'essayer d'anticiper la réponse de la Cour et d'analyser ses possibles implications pour la communauté internationale, il est hors doute qu'on doit présenter brièvement les origines historiques de ce conflit profond.

## 2. Les origines du conflit israélo-palestinien

Il y a plus de 105 ans, en 1917, que le ministre britannique des Affaires étrangères Arthur James Balfour envoyait à Lionel Walter Rothschild, un lord provenant d'une influente famille juive, une lettre dans laquelle il l'assurait du fait que le Royaume-Uni allait soutenir l'établissement « d'un foyer national juif » en Palestine. Toutefois, cet engagement était contraire à un autre, pris par les britanniques envers Hussein ben Ali en 1916, après la signature avec la France des accords Sykes-Picot. Ces accords garantissaient au grand Chérif de la Mecque l'attribution des territoires arabes qui étaient sous l'occupation turque, parmi lesquels la Palestine<sup>1</sup>. Ces deux promesses difficiles à concilier ont posé les jalons d'un conflit qui ne cesse de s'aggraver. Après la proclamation de l'indépendance de l'État d'Israël en 1948, qui a conduit à l'éclatement de la première guerre israélo-arabe, un autre moment important a été la Guerre de Six Jours, à l'issue de laquelle l'Israël a annexé le Jérusalem-Est, la Cisjordanie et la bande de Gaza. En dépit du contexte tensionnel, la Palestine a déclaré son indépendance en 1988 et, en 1993, l'Organisation pour la libération de la Palestine et l'Israël ont signé les accords

---

<sup>1</sup> Laroche-Signorile Véronique, "100 ans après, ce qu'il faut savoir de la Déclaration Balfour", *Histoire*, novembre 2017, disponible à l'adresse : <https://www.lefigaro.fr/histoire/2017/10/31/26001-20171031ARTFIG00283-100-ans-apres-ce-qu-il-faut-savoir-de-la-declaration-balfour.php>.



de paix d'Oslo. L'assassinat du premier ministre israélien Yitzhak Rabin, qui soutenait les accords précités, par un ultra-nationaliste juif qui s'opposait à ses initiatives a marqué la fin de toute tentative de paix, car les Accords d'Oslo n'ont jamais été appliqués.<sup>1</sup>

### **3. « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé »**

Malgré les appels répétés de la communauté internationale pour mettre fin au conflit, le fossé entre les Israéliens et les Palestiniens s'est creusé. Le point culminant qui a également marqué le début de l'immixtion de la CIJ dans le différend en question a été la décision choquante prise par l'État d'Israël en 2002 d'édifier un mur tout au long de la Ligne verte (ligne fictive qui, à partir de l'armistice de 1949, séparait l'Israël de ses voisins arabes). Projeté comme une barrière de sécurité, le mur qui s'étend sur une longueur de plus de 700 km a fait l'objet de la consternation du monde entier, car seulement 20% de celui-ci suit la Ligne Verte, le reste de 80% englobant des territoires palestiniens<sup>2</sup>. En juillet 2004, la CIJ a rendu un avis consultatif dans lequel elle a constaté l'illégalité de cette construction qui, selon la Cour, violait le droit à l'autodétermination du peuple palestinien, ainsi que les droits des individus résidant dans la zone. Les mesures de réparation indiquées à l'Israël étaient l'interruption des travaux, le démantèlement des portions déjà construites et la réparation des dégâts déjà causés. Toutefois, l'Israël a poursuivi son objectif et a continué d'édifier le mur. A présent, 19 ans plus tard, la cause palestinienne se retrouve à l'attention des juges de la Haye, mais le risque évident est que le sort de l'avis sollicité ne soit le même, c'est-à-dire de rester sans écho pour l'Israël.

En 2004, l'Israël avait assuré la Cour du fait que la construction du mur ne représentait pas une annexion des territoires palestiniens, ayant une nature temporaire et un but purement sécuritaire. Au point 121 de son avis de 2004, la Cour faisait néanmoins une affirmation qui semble plus actuelle que jamais, car ses craintes quant à l'escalade de la situation conflictuelle se sont concrétisées. A ce moment-là, les juges de la Cour ont mis en avant le fait qu'il se méfiaient de ce qui était à l'époque décrit comme une action limitée dans le temps, en saisissant le risque que cela ne se transforme en un régime

---

<sup>1</sup> Chaulin Charlotte, "6 dates-clés pour comprendre le conflit israélo-palestinien", *Géopolitique*, octobre 2022, disponible à l'adresse : <https://www.geo.fr/geopolitique/6-dates-cles-pour-comprendre-le-conflit-israelo-palestinien-211837>.

<sup>2</sup> Salenson Irène, "Israël-Palestine : multiples limites mais quelle frontière?", *Vie publique*, octobre 2019, disponible à l'adresse : <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/271072-israel-palestine-multiples-limites-mais-quelle-frontiere>.

définitif sous lequel l'Israël allait intégrer ses colonies dans le territoire palestinien<sup>1</sup>.

#### **4. Une ligne d'action coordonnée des décideurs internationaux**

Cela ne fait pas l'ombre d'un doute que le non-respect de l'avis de 2004 n'est pas un cas isolé d'attitude indifférente par rapport aux recommandations internationales. On pourrait donner plusieurs exemples de recommandations de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité des Nations Unies dans lesquelles il était demandé à l'Israël de cesser ses violations flagrantes des règles de droit international public, mais qui ont fini par être complètement méconnues. Dans cet ordre d'idées on pourrait évoquer la Résolution 2334 du Conseil de sécurité de 23 décembre 2016, en vertu de laquelle l'organe exécutif de l'ONU condamnait avec véhémence l'intensification de la colonisation israélienne en Palestine<sup>2</sup>. Toutefois, en dépit de la prise de position des Nations Unies envers ce phénomène, l'implantation massive des colons dans le territoire occupé a continué.

De surcroît, il est essentiel d'observer que la CIJ n'est pas la seule juridiction ayant réagi à la dégradation de la situation en Palestine. Ainsi, le 3 mars 2021, Mme. Fatou Bensouda, l'ancienne procureure générale de la Cour pénale internationale (ci-après « CPI ») a confirmé le fait qu'une enquête a été ouverte à propos de la situation en Palestine. La mission assumée par la CPI est celle d'entraîner la responsabilité des auteurs de crimes prévus par le Statut de Rome commis à partir de juin 2014 dans les territoires palestiniens occupés par l'Israël<sup>3</sup>.

Ainsi, on peut en tirer la conclusion que les réactions internationales se sont intensifiées au fur et à mesure de l'aggravation du conflit entre l'Israël et la Palestine, l'année 2022 étant considérée comme l'une des plus meurtrières depuis 1967. L'expansion des colonies et la confiscation corrélative des terres palestiniens ont augmenté et les attaques sanglantes se sont multipliées, même des enfants étant parmi les victimes. En l'occurrence, les tensions se sont exacerbées.

Le choix de la Palestine de (re)chercher le soutien de l'Assemblée générale de l'ONU n'est pas surprenant. Un jour après l'investiture du gouvernement

---

<sup>1</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, C.I.J. Recueil 2004, p.121.

<sup>2</sup> Résolution 2334 (2016) du Conseil de Sécurité des Nations Unies condamnant la politique de colonisation israélienne.

<sup>3</sup> Organisation des Nations Unies, *Palestine : la Procureure de la CPI confirme l'ouverture d'une enquête*, ONU info, mars 2021, disponible à l'adresse : <https://news.un.org/fr/story/2021/03/1090822>.

israélien (dirigé toujours par Benjamin Netanyahu, premier ministre de l'Israël depuis 2009), l'Assemblée générale a adopté la résolution par le truchement de laquelle il est demandé à la CIJ de se prononcer sur deux questions. D'un côté, la Cour doit établir la légalité de l'occupation prolongée par l'Israël des territoires palestiniens et, d'un autre côté, elle doit analyser les effets d'une éventuelle illégalité de cette situation. Si on fait une comparaison entre cette demande d'avis et celle de 2004, on peut observer que le champ de cette dernière était beaucoup plus restreint. Tandis qu'en 2004 la CIJ s'est prononcée sur la légalité d'une mesure ciblée, spécifique, la construction d'une barrière de sécurité, actuellement la Cour est appelée à se prononcer sur une question très large dont les implications sont multiples, y inclus sur les États tiers.

##### **5. Les réactions à la demande d'avis consultatif sur les conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est**

Faisant partie des États membres qui ont voté contre l'adoption de cette résolution, les États-Unis ont affirmé qu'une telle mesure ne fait que « diaboliser l'Israël », considérant ainsi que seules « les négociations peuvent mener à une paix juste et pérenne » sur le territoire palestinien<sup>1</sup>. Toutefois, la majorité a gagné et dans les années qui suivent on va avoir une réponse de la CIJ sur les questions posées. Interrogée sur l'importance d'un tel avis, la présidente de la Commission internationale indépendante d'enquête des Nations Unies dans les territoires palestiniens occupés, Mme. Navanethem Pillay, a tenu à évoquer un autre différend détensionné grâce à un avis consultatif de la CIJ, celui concernant l'occupation de la Namibie par l'Afrique du Sud. Elle a fait un parallèle entre les deux situations, car la Palestine, tout comme la Namibie à l'époque, n'a pas le soutien des États tiers les plus puissants et, pour cette raison, la voie du droit est la seule disponible pour achever la normalisation de la situation conflictuelle<sup>2</sup>.

Dans l'hypothèse où la Cour rend un avis dans le sens que l'occupation des territoires palestiniens n'est pas légitime, il y aura clairement des conséquences pour les États tiers, comme cela fut le cas en 2004, quand il leur

---

<sup>1</sup> Organisation des Nations Unies, *La Quatrième Commission clôture ses travaux en adoptant une série de projets de résolution et son programme de travail pour la session 2023*, Couverture des réunions & communiqués de presse, novembre 2022, disponible à l'adresse : <https://press.un.org/fr/2022/cpsd771.doc.htm>.

<sup>2</sup> Crawford Julia, « Conflit israélo-palestinien : quelle différence pourrait faire un arrêt de la CIJ ? », *Justice Info*, février 2023, disponible à l'adresse : <https://www.justiceinfo.net/fr/112069-conflit-israelo-palestinien-difference-cij.html>.

était interdit de prêter assistance à l'édification du mur ou de reconnaître un quelconque effet de celui-ci. Le professeur en droit international de l'Université de Bruxelles, M. François Dubuisson considère que les États seront potentiellement touchés par des obligations de non-assistance dans la poursuite de l'occupation. En plus, il donne un exemple d'obligation envisageable, celle de ne plus reconnaître Jérusalem Est comme territoire de l'Israël<sup>1</sup>. En plus, on doit préciser que les articles 48 et 54 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001 sont pertinents. Les États autres que celui lésé sont habilités à invoquer la responsabilité d'un État qui viole le droit international et prendre des mesures licites à l'encontre de celui-ci pour cesser la violation et obtenir la réparation des préjudices causés.

Il est également utile de rappeler que, suite au Protocole économique de Paris de 1994, l'Autorité Palestinienne n'a aucun contrôle sur ses propres recettes douanières, la seule source qui finance encore son économie dévastée. Étant dans l'impossibilité de percevoir directement ses taxes d'importation, la Palestine est dépendante des transferts des recettes de dédouanement faits par l'Israël pour pouvoir survivre<sup>2</sup>. Dans ce contexte, l'un des effets immédiats pour les Palestiniens de la résolution de l'Assemblée générale est de nature économique. L'Israël a pris la décision de saisir les recettes fiscales qu'il perçoit au nom de l'Autorité Palestinienne et reverser ces fonds aux « victimes israéliennes du terrorisme palestinien »<sup>3</sup>.

En outre, les réactions économiques de l'Israël à l'égard de la Palestine ont été doublées par un mouvement d'expansion des colonies israéliennes dans les territoires occupés. Le 12 février 2023, le gouvernement de Benyamin Netanyahu a annoncé la légalisation de neuf colonies en Cisjordanie et l'avancement vers la construction de plusieurs logements pour les colons souhaitant s'installer en Palestine<sup>4</sup>. Toutefois, le Conseil de sécurité des Nations Unies a réagi le 20 février 2023, déclarant sa consternation en ce qui

---

<sup>1</sup> Beraud Benjamin, "Résolution de l'ONU : quelles conséquences juridiques pour l'occupation israélienne des territoires palestiniens ?", *TV5 Monde Info*, janvier 2023, disponible à l'adresse : <https://information.tv5monde.com/info/resolution-de-l-onu-quelles-consequences-juridiques-pour-l-occupation-israelienne-des>.

<sup>2</sup> Ahmad Amal, "Comment Israël contrôle et instrumentalise les revenus de l'Autorité de Ramallah", *Chronique de Palestine*, mars 2023, disponible à l'adresse : <https://www.chroniquepalestine.com/comment-israel-controle-et-instrumentalise-les-revenus-autorite-ramallah/>.

<sup>3</sup> Times of Israël Staff, "Israël va saisir les recettes fiscales de l'AP et imposer de nouvelles sanctions", *THE TIMES OF ISRAEL*, janvier 2023, disponible à l'adresse : <https://fr.timesofisrael.com/israel-va-saisir-les-recettes-fiscales-de-lap-et-imposer-de-nouvelles-sanctions/>.

<sup>4</sup> Le Monde avec AFP, "Israël annonce la légalisation de neuf colonies en Cisjordanie", *Le Monde*, février 2023, disponible à l'adresse : [https://www.lemonde.fr/international/article/2023/02/13/israel-annonce-la-legalisation-de-neuf-colonies-en-cisjordanie\\_6161578\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2023/02/13/israel-annonce-la-legalisation-de-neuf-colonies-en-cisjordanie_6161578_3210.html).

concerne les politiques envisagées par l'Israël. Compte tenu de ces circonstances, pour la première fois après sa Résolution 2334 de 2016, le Conseil a émis une déclaration<sup>1</sup> dans laquelle il explique comment le renforcement des activités israéliennes portent atteinte à tous les efforts faits par la communauté internationale pour rétablir la paix dans la zone occupée.

Les statistiques publiées par Amnesty International (qui cite à son tour l'organisation israélienne Yesh Din), indiquent que les colons israéliens impliqués dans des attaques contre les Palestiniens bénéficient d'une certaine impunité en Israël. Entre 2005 et 2022, 93% des enquêtes ouvertes pour des attaques dans les territoires occupés ont été classées sans qu'aucune inculpation ne soit prononcée. En plus, 80% des plaintes déposées par les Palestiniens auprès de la police israélienne n'ont jamais été enquêtées, l'ONU recensant 621 de telles attaques en Cisjordanie en 2022<sup>2</sup>.

## 6. Conclusions

En guise de conclusion, on peut observer que la situation israélo-palestinienne devient de plus en plus instable. Avec beaucoup de voix qui disent que les militants israéliens pour le sionisme religieux sont présents à tous les niveaux de la société, il est évident que la CIJ a une mission très sensible. Dans le cas où elle va constater l'illégalité de l'occupation, quel sera l'impact politique de son avis, dans un contexte où le monde entier, déjà habitué à l'éternel conflit israélo-palestinien, se concentre plutôt sur la guerre russo-ukrainienne ?

---

<sup>1</sup> Organisation des Nations Unies, *Moyen-Orient: le Conseil de sécurité « consterné » par les mesures israéliennes d'expansion des colonies de peuplement*, Couverture des réunions & communiqués de presse, février 2023, disponible à l'adresse : <https://press.un.org/fr/2023/cs15203.doc.htm>.

<sup>2</sup> Amnesty International, *Israël/Territoires palestiniens occupés. L'impunité règne pour les violences imputables à des colons israéliens*, mars 2023, disponible à l'adresse : <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2023/03/israel-opt-impunity-reigns-for-perpetrators-of-settler-violence/>.

## Bibliographie

AHMAD Amal, “Comment Israël contrôle et instrumentalise les revenus de l’Autorité de Ramallah”, *Chronique de Palestine*, mars 2023, disponible à l’adresse : <https://www.chroniquepalestine.com/comment-israel-controle-et-instrumentalise-les-revenus-autorite-ramallah/>

BERAUD Benjamin, “Résolution de l’ONU : quelles conséquences juridiques pour l’occupation israélienne des territoires palestiniens ?”, *TV5 Monde Info*, janvier 2023, disponible à l’adresse : <https://information.tv5monde.com/info/resolution-de-l-onu-queelles-consequences-juridiques-pour-l-occupation-israelienne-des>

CHAULIN Charlotte, “6 dates-clés pour comprendre le conflit israélo-palestinien”, *Géopolitique*, octobre 2022, disponible à l’adresse : <https://www.geo.fr/geopolitique/6-dates-cles-pour-comprendre-le-conflit-israelo-palestinien-211837>

CRAWFORD Julia, “Conflit israélo-palestinien : quelle différence pourrait faire un arrêt de la CIJ ?”, *Justice Info*, février 2023, disponible à l’adresse : <https://www.justiceinfo.net/fr/112069-conflit-israelo-palestinien-difference-cij.html>

LAROCHE-SIGNORILE Véronique, “100 ans après, ce qu’il faut savoir de la Déclaration Balfour”, *Histoire*, novembre 2017, disponible à l’adresse : <https://www.lefigaro.fr/histoire/2017/10/31/26001-20171031ARTFIG00283-100-ans-apres-ce-qu-il-faut-savoir-de-la-declaration-balfour.php>

SALENSON Irène, “Israël-Palestine : multiples limites mais quelle frontière?”, *Vie publique*, octobre 2019, disponible à l’adresse : <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/271072-israel-palestine-multiples-limites-mais-quelle-frontiere>

# The Development of the Jurisprudence of the International Court of Justice in the Examination of Territorial Disputes in Recent Times

*Ioana-Roxana OLTEAN\**

*University of Bucharest*

***Abstract:** Maritime delimitations refer to the legal process of determining the boundaries between adjacent or opposite states' territorial waters and exclusive economic zones (EEZs)/continental shelves. This article aims at providing an overview of the case-law evolution of maritime delimitations and the principles and methods used in resolving such disputes. The article also examines the challenges and controversies that arise in the context of maritime delimitations, including the competing interests of states, the role of international law, and the impact on resource exploitation and conservation. Finally, the article explores the consistent approach of the ICJ of this topic.*

**Key-words:** maritime; delimitation; boundaries; territories; case-law

---

\* External collaborator at the University of Bucharest, Romania; Email address: [ioana-roxana.oltean@drept.unibuc.ro](mailto:ioana-roxana.oltean@drept.unibuc.ro). The opinions expressed in this paper are solely the author's and do not engage the institution he/she belongs to.

## 1. Introduction

The workload of the International Court of Justice has grown in recent years, with an increasing number of conflicts classified as *territorial* or *border disputes*. These are of particular interest from the point of view of codification of international law in this area, given the role of the international court in interpreting and applying provisions relating to the acquisition or transfer of territory, or the creation, location and effect of territorial boundaries. In fact, this study analyses the contributions made in the field of international law by the decisions of the International Court of Justice in recent cases, including the maintenance of tripartite adjudication and the conduct of the parties under treaty law.

In practice, the case law of the Court shows that two general categories of territorial disputes have emerged: those based, first, on disputes relating to the existence of a border agreement and, second, those involving disputes relating not to the existence of a border agreement but to its validity. Thus, it can be said that the recent case-law of the Court shows two trends: the finding of the existence of a delimitation agreement between the parties relating to a given territory and, once the Court has decided that such an agreement exists, the reluctance of the Court to declare it invalid.

## 2. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)<sup>1</sup> - October 12, 1984

On 25 November 1981, Canada and the United States referred<sup>2</sup> to a chamber<sup>3</sup> of the International Court of Justice the question of the delimitation of the maritime boundary dividing the continental shelf and the fishing grounds of the two parties in the Gulf of Maine.<sup>4</sup>

Having established its jurisdiction and defined the area to be delimited, the court analysed the origin and development of the dispute and determined the applicable principles and rules of international law. It indicated that the delimitation was to be carried out by the application of equitable criteria and by the use of practical methods capable of ensuring an equitable result, whilst also having regard to the geographical configuration of the area and other

---

<sup>1</sup> Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Canada v United States, Appointment of Expert, Order, [1984] ICJ Rep 165, ICGJ 120 (ICJ 1984), 30th March 1984, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/en/case/67>, accessed on 06.05.2022.

<sup>2</sup> Under a special agreement.

<sup>3</sup> The Chamber was constituted in 1982 and was the first time a case was heard by an ad hoc Chamber of the Court.

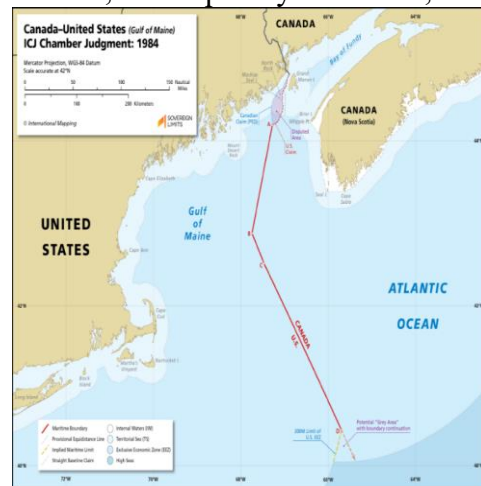
<sup>4</sup> Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area.



relevant circumstances. Rejecting the delimitation lines proposed by the parties, it defined the criteria and methods it considered applicable in establishing the delimitation line. Thus, criteria of a geographical nature were applied in the first instance, and appropriate geometrical methods were used both for the delimitation of the seabed and the adjacent waters.<sup>1</sup>

Three segments were distinguished, the first two located in the Gulf of Maine and the third outside of the aforementioned area. In the case of the first segment, it was considered that there were no special circumstances that would preclude an equal division of the region.<sup>2</sup> For the second segment, the Chamber considered that, in view of the quasi-parallelism between the coasts of Nova Scotia and Massachusetts, a median line should have been drawn approximately parallel to the two opposite coasts, subsequently corrected, taking into account (1) the difference in length between the coasts of the two neighbouring states and (2) the presence of Seal Island off the coast of Nova Scotia.<sup>3</sup>

The third segment, located in the open ocean, consisted of a perpendicular line to the Bay's closing line from the point where the corrected median line intersected it (see Fig. 1) **Fig. 1 - The Court's boundary between Canada and the United States of America**



The case is important in view of the particular circumstances considered by the Court to be relevant to the present case, namely Seal Island and the median line parallel to the two opposite coasts.

<sup>1</sup> Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area

<sup>2</sup> The boundary line shall run from the starting point agreed between the Parties and shall be the bisector of the angle formed by the perpendicular to the coastline running from Cape Elizabeth to the existing boundary head and the perpendicular to the coastline running from that boundary head to Cape Sable.

<sup>3</sup> The boundary line corresponds to the corrected median line from its intersection with the above-mentioned bisecting line to the point where it reaches the Bay's boundary line.

### 3. Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)<sup>1</sup> - 13 September 1990

El Salvador and Honduras requested the international court to establish the demarcation of two thirds of the borderline between the two countries<sup>2</sup> and to determine the status of certain islands and maritime areas in the Gulf of Fonseca. The basis of the jurisdiction of the court was a *compromis* signed by the parties in 1986<sup>3</sup>.

The disputed border was not covered by the *1980 General Peace Treaty signed* between the two parties. The parties made arguments based on treaty law, effective control of territory, history, economics and elitism.<sup>4</sup>

Significantly, in its reasoning, the court rejected all claims based on *terra nullius* and historical titles dating from the period before the parties gained independence<sup>5</sup>, considering the location of the Spanish provincial boundaries as a relevant element in determining the land border.<sup>6</sup>

On the one hand, although the parties brought to the Court's attention a wide range of evidence based on the *1980 Comprehensive Peace Treaty*<sup>7</sup> between El Salvador and Honduras, most of it did not influence the analysis carried out by the Court. An example of this is the rejection of the argument of the high population density in El Salvador, which supported the Party's elitist claim, and the economic necessity that the land entailed for the State.<sup>8</sup>

On the other hand, the court conducted an analysis of actual control over the territory, as the Spanish borders were virtually non-existent and the evidence of historical events was qualified as inconclusive. Looking primarily at post-colonial possession and jurisdiction as indicators of the parties' perceptions of the limits of their territorial sovereignty, the court considered two factors in determining whether either party had accepted control of the islands by the other: the parties' post-independence behavior in relation to the situation in 1821 and the recent conduct of the states.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Land, Island and Maritime Frontier Dispute, El Salvador and Nicaragua (intervening) v Honduras, Judgment, Merits, ICJ GL No 75, [1992] ICJ Rep 351, ICGJ 100 (ICJ 1992), 11th September 1992, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/en/case/75/judgments>, accessed 09.05.2022.

<sup>2</sup> A total of 343 kilometers.

<sup>3</sup> Land, Island and Maritime Frontier Dispute.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> In 1821.

<sup>6</sup> Land, Island and Maritime Frontier Dispute.

<sup>7</sup> Referred to in the compromise agreement.

<sup>8</sup> Land, Island and Maritime Frontier Dispute.

<sup>9</sup> Ibid.

Given that the islands remained unoccupied for a long period after independence, against the background of their low economic value, the court held that, even after many years of non-exercise of possession rights, this could still, belatedly, constitute a strong argument for the exercise of sovereignty under *uti possidetis juris*. The Court therefore decided to grant the right to any party that had exercised effective post-colonial control over the islands.

Specifically, the case is relevant to international law because the limit of the application of the principle of *uti possidetis* was extended, the court basing its decision, whenever possible, on this principle. When it could not identify the possibility of its application, it analysed actual post-colonial possession. In addition, the Court relied on equity *infra legem* when irreconcilable evidence undermined the claims of both states, without considering historical, economic or elitist arguments.<sup>1</sup>

#### **4. Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)<sup>2</sup> - 3 February 1994**

The Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and Chad submitted a dispute to the Court in 1990, on the basis of a *compromis*<sup>3</sup> concluded between the two states in 1989,<sup>4</sup> concerning the determination of the sovereignty of the Aozou Strip (see Fig. 14). Specifically, the conflict has its origins in 1973, when the Libyan colonel Mohammar Qaddafi annexed the strip of land in northern Chad to Libya.<sup>5</sup>

In its analysis, the Court noted that Libya considered that there was no specific border and requested that one be established, whereas Chad considered that there was a specific border and requested that it be declared the legal border between the two States.

---

<sup>1</sup>Ibid.

<sup>2</sup> Territorial Dispute, Libya v Chad, Judgment, merits, [1994] ICJ Rep 6, ICGJ 88 (ICJ 1994), 3rd February 1994, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/en/case/83>, accessed 13.05.2022.

<sup>3</sup> Ibid

<sup>4</sup> And, in subsidiary, on the *Franco-Libyan Treaty of Friendship and Good Neighbourliness of 10 August 1955*.

<sup>5</sup> As a suspected source of uranium.

**Fig. 2- Aozou Strip**



Libya's claims were based on an accumulation of rights and titles of the indigenous inhabitants, the Senoussi Order, the Ottoman Empire, Italy and Libya itself, while Chad's claims were based on a *Treaty of Friendship and Good Neighbourliness of 10 August 1955* concluded by France and Libya<sup>1</sup> or, alternatively, on the effective control over the territory achieved by France as a former colonial power, either in connection with or independent of the provisions of

previous treaties.<sup>2</sup>

The Court noted that both parties recognized the *1955 Treaty of Friendship and Good-Neighbourliness* between France and Libya as the starting point for examining the dispute, as neither party had questioned the validity of the agreement. Given that the border was an issue addressed in the treaty<sup>3</sup>, the Court emphasized that, if it resulted in the establishment of a border, it constituted the answer to the issues raised by the parties. Libya's argument that the *1955 Treaty of Friendship and Good-Neighbourliness* did not establish a border between the two countries was rejected, finding that, when interpreted in good faith in accordance with the meaning commonly attributed to its terms, the agreement left no undefined border. The Court confirmed this by consulting the preparatory works for the conclusion of the treaty, which clearly indicated that Libya had agreed to the establishment of the borders.<sup>4</sup>

*The 1955 Treaty of Friendship and Good-Neighbourliness* included by reference and in Annex 1 several earlier agreements codifying international borders. Specifically, Article 3 of the treaty<sup>5</sup> provided that France and Libya recognized that the borders between, inter alia, French Equatorial Africa and Libya, were those resulting from a series of international instruments in force at the time of the establishment of the United Kingdom of Libya. In the Court's view, the terms of the treaty meant that the parties thus recognised

---

<sup>1</sup> Territorial Dispute.

<sup>2</sup> Territorial Dispute.

<sup>3</sup> In Article 3 and Annex I.

<sup>4</sup> Territorial Dispute.

<sup>5</sup> Reproduced in Annex I to the Treaty.

complete frontiers between their territories as a result of the combined effect of all the instruments listed. Accordingly, the court's task was to determine the precise content of the undertaking given, stating that there was nothing to prevent the parties from deciding by common consent to regard a particular line as a frontier, irrespective of the previous status of the line in question.

Having concluded that the contracting parties wished to define their common border by means of the *1955 Treaty of Friendship and Good Neighbourliness*, the court analyzed what that border is. After carrying out a detailed study of the instruments relevant to the case, namely (1) the *Anglo-French Declaration of 1899*<sup>1</sup> and the *Convention of 8 September 1919 signed in Paris between Great Britain and France*<sup>2</sup> and (2) the *Franco-Italian Agreement (exchange of letters) of 1 November 1902*,<sup>3</sup> the Court established that the map corresponded to the map in the *Livre jaune*,<sup>4</sup> published by the French authorities in 1899, which contained a dotted line indicating the border of Tripolitania.<sup>5</sup>

Finally, the resulting line was described and, in view of the attitudes subsequently adopted by the parties with regard to borders, it was concluded that the existence of a border was accepted by them and they acted accordingly. As regards the provisions contained in the *1955 Treaty of Friendship and Good Neighbourliness* according to which it had been concluded for a period of 20 years and could be unilaterally terminated, the Court indicated that that treaty was to be regarded as determining a permanent border. Taking all the arguments into account, the Court ruled in favour of Chad and found it unnecessary to consider *uti possidetis*<sup>6</sup>, title inherited from indigenous peoples<sup>7</sup> or spheres of influence.<sup>8</sup>

The relevance of this case is highlighted through the conclusion of Court that, where a boundary has been the subject of an agreement, its continued existence does not depend on the life of the treaty under which that boundary was agreed. In particular, since it held that the scope of the *1955 Treaty of*

---

<sup>1</sup> Which defined a line bounding the French sphere of influence from the east of the line of 16° longitude northeastward towards Egypt and the Nile Valley, already under British control.

<sup>2</sup> Which solved the problem of the location of the border of the franchise area of influence according to the *Declaration of 1899*.

<sup>3</sup> Which referred to the map annexed to the *Declaration of 21 March 1899*, establishing the territory west of the line of 16° longitude.

<sup>4</sup> Territorial Dispute.

<sup>5</sup> Historical region and former province of Libya.

<sup>6</sup> Given that the *1955 Treaty of Friendship and Good Neighbourliness* was clear on the issue of identifying borders.

<sup>7</sup> A Libyan ideological claim.

<sup>8</sup> A Libyan elitist claim.

*Friendship and Good Neighbourliness* constituted a valid legal instrument, the court applied the limits laid down in the agreements annexed thereto.

### 5. Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)<sup>1</sup> - 16 March 2001

In 1991, Qatar initiated litigation proceedings against Bahrain before the Court to settle the dispute between the two states over the sovereignty of the Zubarah Land, the Hawar Islands and Janan Island, all of which lie between the peninsulas of Qatar and Bahrain (see Fig. 3). They also requested the court to delimit their maritime zones.<sup>2</sup>



Qatar based its claim on two international agreements concluded in 1987 and 1990, but as Bahrain challenged the jurisdiction of the court, the parties agreed that the court should first decide on the issues of jurisdiction and admissibility. Thus, in 1994, the Court concluded that the exchanges of letters between the King of Saudi Arabia and the Emir of Qatar and between the King of Saudi Arabia and the Emir of Bahrain respectively constituted international agreements, creating rights and obligations for the parties. It therefore found that it had jurisdiction to rule on the dispute.<sup>3</sup>

The complex history between the two kingdoms, both former British protectorates,<sup>4</sup> figured prominently in the dispute, with the parties invoking arguments based on *uti possidetis*, effective control over territory, history and geography.<sup>5</sup>

The Court first examined the parties' claims to the territory of Zubarah, noting that, in the period after 1868, the authority of the Sheikh of Qatar over Zubarah was gradually consolidated, being recognized in the *Anglo-Ottoman*

<sup>1</sup> Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Qatar v Bahrain, Order, [1998] ICJ General List No 98, ICGJ 79 (ICJ 1998), 30th March 1998, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/en/case/87>, accessed 18.05.2022.

<sup>2</sup> Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Bahrain and Qatar concluded exclusive protection agreements with the UK in 1892 and 1916 respectively for limited periods (until 1971).

<sup>5</sup> Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain.

*Convention of 29 July 1913*<sup>1</sup> and definitively established in 1937. The Court found that Bahrain's arguments regarding the right of sovereignty over Zubarah were not supported in all respects, given that there was convincing evidence of the parties' understanding that the entire peninsula of Qatar<sup>2</sup> was governed by the predecessor state formations of Qatar. This has been confirmed by the existence of long-standing Qatari settlements in Zubarah, and there is no evidence that members of the Naim tribe exercised sovereign authority on behalf of the Bahraini Sheikh in Zubarah. Accordingly, the Court concluded that the holder of sovereignty over the territory was the State of Qatar.<sup>3</sup>

As regards the Hawar Islands, the Court stated that the British Government's 1939 decision that they belonged to Bahrain did not constitute an arbitral award, but was not without legal effect. In the context, the court noted that Bahrain and Qatar had agreed that the UK should settle their dispute at that time and found that the *1939 Decision* must be regarded as a decision which was binding on both States from the outset and continued to be so after 1971.<sup>4</sup> In addition, the court rejected Qatar's claim that it had not consented to the *British 1939 Decision* and refused to consider the state's arguments based on colonial-era practice, and geographical proximity. Accordingly, rejecting Qatar's arguments that the decision was null and void, the Court concluded that Bahrain was the holder of sovereignty over the Hawar Islands.<sup>5</sup>

Noting that the *British Decision of 1939* did not mention Janan Island (see Fig. 16), which it regarded as forming a single island with Hadd Janan, the Court concluded that the British Government, in 1947, had interpreted its own *1939 Decision* as indicating that Janan Island belonged to Qatar. Accordingly, the court rejected Bahrain's argument that it effectively controlled the island, and established the holder of the sovereignty right<sup>6</sup> as Qatar.

Subsequently, the Court considered the question of maritime delimitation, finding that customary international law was the applicable law in the case and that the parties had asked it to establish a single maritime boundary. Thus, on the southern side, it was necessary to establish the delimitation of the territorial waters of the parties,<sup>7</sup> and on the northern side it was necessary to

---

<sup>1</sup>Ibid.

<sup>2</sup>Including Zubarah.

<sup>3</sup>Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain.

<sup>4</sup>Both parties are deemed to have pleaded their cases to the British authorities.

<sup>5</sup>Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain.

<sup>6</sup>Over Janan Island, including Hadd Janan.

<sup>7</sup>Areas over which they enjoyed territorial sovereignty.

establish the delimitation between the areas where the parties had sovereign rights and the other areas.<sup>1</sup>

It was considered necessary to draw a provisional equidistance line,<sup>2</sup> and was subsequently considered whether this should be adjusted in the light of any special circumstances. In this sense, it was first established which islands fell under the sovereignty of each party. Bahrain claimed sovereignty over the islands of Jazirat Mashtan and Umm Jalid, which was contested by Qatar, and Qit'at Jaradah was considered to be an island as it was above the water at low tide. Against the background of Bahrain's activities, the Court found that these were sufficient to support its claim to sovereignty. As regards the low<sup>3</sup> coasts, it was decided that they could not be taken into account in the process of drawing the equidistance line. In addition, it was found that there were special circumstances justifying the choice of a boundary line passing between Fasht al Azm and Qit'at ash Shajarah on the one hand and between Qit'at Jaradah and Fasht ad Dibal on the other.

In the north, the Court followed the same approach, rejecting Bahrain's argument that the existence of certain pearl beds located in northern Qatar which were predominantly exploited by Bahraini fishermen constituted a circumstance justifying a change in the line. At the same time, it rejected Qatar's argument that there was a significant difference between the lengths of the parties' coasts, which required an appropriate correction. It also noted, having regard to considerations of equity, that the maritime formation of the island of Fasht al Jarim had no effect on the determination of the boundary line between the two States.

The case is important because of its complexity and the methods used in the reasoning contained in the final judgment. As regards the territorial delimitation, the Court maintained the reasoning contained in the previous case law, judging with primacy on the basis of the existence of agreements between the parties. One aspect worth mentioning is the Court's recognition of the *1939 British Decision* as a device,<sup>4</sup> and, applying the tripartite rule, the argument of effective control over the territory invoked by Bahrain was not analyzed. As regards maritime delimitation, the court applied the equidistance

---

<sup>1</sup> Exclusive Economic Zone, continental shelf.

<sup>2</sup> A line made up of points, each of which is equidistant from the nearest points on the baselines from which the width of the territorial sea of the two states is measured.

<sup>3</sup> Fasht al Azm and Qit'at ash Shajarah.

<sup>4</sup> Of a legal decision.



rule, a rule subsequently abandoned by the 1982 *United Nations Convention on the Law of the Sea of Monte-Baj*,<sup>1</sup> in favour of the median line method.

## **6. Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)<sup>2</sup> - 10 October 2002**

On 29 March 1994, Cameroon lodged an application at the Court's Registry against Nigeria, requesting the Court to determine the holder of sovereignty over the Bakassi peninsula and the Lake Chad region<sup>3</sup> (see Fig. 17), as well as the course of the maritime boundary between the two States.<sup>4</sup> Two regional plebiscites in 1961, which provided for the annexation of the territory in question by Cameroon, formed the basis of the dispute. Despite the existence of plebiscites, the annexation never took place because of a minority population in the region that did not want to be incorporated into the state of Cameroon.

In its application, Cameroon referred to the acts undertaken by the troops of the Federal Republic of Nigeria as aggression, as they were occupying several Cameroonian localities in the Bakassi Peninsula, and invoked the international responsibility of Nigeria for violating the principle of respect for the borders inherited from decolonization.<sup>5</sup> In doing so, the parties invoked arguments based on treaty law, *uti possidetis*, effective control over the territory and history.

On 12 February 1996, against the background of the escalation of the conflict between the forces of the two States deployed on the territory of the Bakassi peninsula,<sup>6</sup> Cameroon requested the Court to order interim measures, which were granted on 15 March 1996, when the Court ordered a series of measures to put an end to the hostilities. The Court rejected seven of the preliminary objections raised by Nigeria and decided to deal with the eighth during the proceedings on the merits, and on 30 June 1999 the Republic of Equatorial

---

<sup>1</sup> Available at <https://lege5.ro/App/Document/g44donrr/conventia-natiunilor-unite-asupra-dreptului-marii-din-10121982> accessed on 18.05.2022.

<sup>2</sup> Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Cameroon and Equatorial Guinea (intervening) v Nigeria, Judgment, Merits, [2002] ICJ Rep 303, ICGJ 63 (ICJ 2002), 10th October 2002, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/en/case/94>, accessed 25.05.2022.

<sup>3</sup> By a supplementary application submitted on 6 June 1994.

<sup>4</sup> Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria.

<sup>5</sup> *Uti possidetis juris*.

<sup>6</sup> February 3, 1996.

Guinea filed an application to intervene in the case,<sup>1</sup> which was granted by the Court.<sup>2</sup>

The claims of the parties based on treaty law and *uti possidetis* were resolved through an analysis of the actions of the colonial powers in the period preceding independence. Thus, the existence and validity of the *Thomson-Marchand Declaration of 1929-1930* (between Great Britain and France), by which the two colonial powers made a detailed demarcation of the inter-state boundary, was established. In addition, the Court found particularly convincing the acts carried out by the UN Trusteeship Council after the end of the Second World War on Nigeria and Cameroon.<sup>3</sup> They contained express references to the *Thomson-Marchand Declaration* and the Henderson-Fleuriau exchange of diplomatic notes of 1931, which gave the declaration the status of an international agreement. Similarly, subsequent work by the Lake Chad Basin Commission indicated that the Declaration defined the disputed boundary, rejecting Niger's claims to the contrary.<sup>4</sup>

The Court established the course of the border, from north to south, between Cameroon and Nigeria as follows:

- In the Lake Chad area, it considered that the boundary was determined by the *Thomson-Marchand Declaration of 1929-1930*, as contained in the 1931 Henderson-Fleuriau exchange of notes (between Britain and France).<sup>5</sup>

- Between Lake Chad and the Bakassi Peninsula, the Court confirmed that the boundary was delimited by the following international instruments: (1) the *Thomson-Marchand Declaration of 1929-1930*, as incorporated in the Henderson-Fleuriau Exchange of Notes of 1931<sup>6</sup>, (2) the *British Order in Council of 2 August 1946*<sup>7</sup> and (3) the *Anglo-German Agreements of 11 March and 12 April*.<sup>8</sup> In doing so, the Court examined point by point seventeen sectors of the frontier and specified, for each, how the international instruments were to be interpreted.

---

<sup>1</sup> Pursuant to Article 62 of the Statute of the International Court of Justice.

<sup>2</sup> Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria.

<sup>3</sup> Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Thus, he found that it started in the lake at the Cameroon-Nigeria-Cihad crossing point and followed a straight line to the mouth of the Ebeji River, as it existed in 1931, and from there it flowed in a straight line to the point where the river divides, today, into two arms.

<sup>6</sup> From the point where the Ebeji River forks to the Tamnyar peak.

<sup>7</sup> From Tamnyar Peak to Pillar 64 (as determined in Article XII of the Anglo-German Agreement of 12 April 1913).

<sup>8</sup> From pillar 64 to the Bakassi Peninsula.

- As regards the Bakassi peninsula, the Court ruled that the border had been delimited by the *Anglo-German Agreement of 11 March 1913* and that Cameroon had sovereignty over it.

The territory was attributed to Cameroon, and the court urgently requested Nigeria to withdraw its administration and military and police forces from the Lake Chad area under Cameroon's sovereignty and from the Bakassi Peninsula. At the same time, it called on Cameroon to withdraw any administrative, military and police forces that might be present along the land border from Lake Chad to the Bakassi Peninsula in territory that, according to the decision, belonged to Nigeria. In addition, the Court rejected Cameroon's arguments on the international responsibility of the State of Nigeria, as well as its counterclaims.<sup>1</sup>

The case is significant in that the court fully rejected the argument of historical consolidation of Nigeria's title, holding that a pre-established way of acquiring title under international law cannot be replaced. The court's conclusion was reiterated in *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, where it stated that the argument of actual control over territory is subsidiary and incapable of replacing a conventional title. In fact, the reasoning previously used by the Court in its case law was maintained. According to it the treaty, although imperfect and not answering all the dilemmas of territorial delimitation, outweighed the numerous pieces of circumstantial evidence presented by the Nigerian side on effective control of the disputed territory.<sup>2</sup>

The distinction between *Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom)*, on the one hand, and *Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/Netherlands)* and *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, on the other, is an important one, since, although the doctrine refers to acts of sovereignty and the consent of the opposing party to establish the holder of the sovereign right, in the last two cases mentioned the Court based its reasoning solely on treaty law, to the detriment of effective control. Thus, although the Netherlands had effective control over the disputed territory, in resolving this dispute the court outlined a hierarchy of the sources of property rights applicable in cases concerning the right of territorial sovereignty.<sup>3</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v.*

---

<sup>1</sup> Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria.

<sup>2</sup> Ibid.

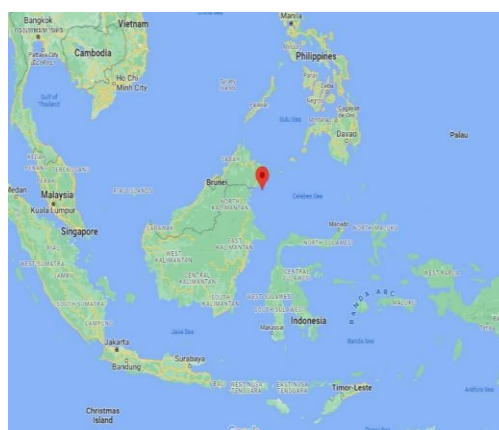
<sup>3</sup> *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, Indonesia v Malaysia*, Judgment, Merits, [2002] ICJ Rep 625, ICGJ 54 (ICJ 2002), 17th December 2002, International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/17/017-19531117-JUD-01-00-EN.pdf>, accessed on 30.05.2022.

*Nigeria: Equatorial Guinea intervening*) further reinforces the hierarchy, as the Court based its decision on an international agreement fixing the boundary, considering effective control subsidiary to any such agreement.<sup>1</sup>

## 7. Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)<sup>2</sup> - 17 December 2002

On 2 November 1998, Indonesia and Malaysia, on the basis of a compromise agreement,<sup>3</sup> requested the Court to determine, on the basis of treaties, agreements and any other evidence provided by them, to which State sovereignty over the islands of Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, located off the coast of Borneo, east of Sebatik Island, belonged (see Fig. 4)

**Fig. 4 - Pulau Ligitan and Pulau Sipadan islands**



In the context, the parties presented arguments based on treaty law, *uti possidetis*, effective control over the territory and history, and the court, in its judgment, began by recalling the complex historical background against which the dispute between the parties arose, and then examined the titles invoked in turn.<sup>4</sup>

Indonesia argued that its claim to sovereignty over the islands was based primarily on the existence of a treaty title, namely the *1891 Convention* between Great Britain and the Netherlands. Thus, the court began its analysis with the *British-Dutch Convention of 1891*. Having regard to the context in which it was concluded and in the light of its object and purpose, the instrument could not be interpreted as establishing a line of demarcation from which Indonesia's sovereignty over the islands could be inferred. Having been unable to identify a legal basis in treaty law on which to base its decision,<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> International Court of Justice, Special Agreement, for Submission to The International Court Of Justice Of, The Dispute Between Indonesia And Malaysia Concerning, Sovereignty Over Pulau Ligitan And Pulau Sipadan, jointly notified to the Court on 2 November 1998, General List, No. 102, joint notification, dated 30 September 1998, Addressed to the Registrar of the Court, New York, 30 September 1998, see <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/102/7177.pdf> accessed on 30.05.2022.

<sup>4</sup> Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan.

<sup>5</sup> In view of the court's finding that the Convention could not constitute a basis for Indonesia's claims.

the Court analysed subsequent agreements between the UK and the Netherlands, and then the subsequent practice of the parties, in an unsuccessful attempt to understand their mutual intent. In addition, the Court noted that the cartographic material submitted by the parties in question does not contradict this conclusion.

After rejecting Indonesia's argument, the Court went on to examine the other titles on which the parties claimed to base their sovereignty, seeking to establish whether Indonesia or Malaysia had obtained title to the islands by succession. The court rejected Indonesia's justification that it had retained sovereignty over the islands as successor to the Netherlands, which had acquired it through contracts with the Sultan of Bulungan.<sup>1</sup> It did not accept Malaysia's contention that it had acquired sovereignty over the islands through a series of alleged transfers of title originally held by the former sovereign, the Sultan of Sulu.<sup>2</sup>

Finding that neither party held title to sovereignty under a treaty, the court examined whether they could have held title by virtue of effective control. In doing so, it determined the extent to which the parties' claims to sovereignty were based on activities that proved the exercise of effective and continuous control of authority over the islands, i.e. the intention and willingness to act as sovereign. Thus, Indonesia alleged a continuous presence of Dutch and Indonesian navies in the vicinity of Ligitan and Sipadan, adding that the waters around the islands were traditionally used by Indonesian fishermen. In the Court's view, the facts relied on did not constitute evidence that the authorities regarded the territories as belonging to Indonesia, and the activities carried out by private persons could not be regarded as effective control over the territory, as long as they were not based on formal regulations.

After rejecting Indonesia's arguments, the effective control claimed by Malaysia was examined. In that regard, as evidence of effective administration of the islands, Malaysia cited, inter alia, the measures taken by the authorities of North Borneo to regulate and control the turtle egg collection activity on the islands of Ligitan and Sipadan, which was of economic importance in the region at the time. Thus, *the Turtle Conservation Ordinance of 1917*<sup>3</sup> was issued, with Malaysia claiming that the legislation was in force until at least the 1950s. Further, the construction by the colonial

---

<sup>1</sup> The original holder of the sovereign title.

<sup>2</sup> The title would be passed on to Spain, the United States, Great Britain (on behalf of the state of North Borneo), the United Kingdom and finally Malaysia.

<sup>3</sup> *Turtle Preservation Ordinance. No. 11 of 1917, Ceylon Govt. Gazette, Extraordinary, May 9, 1917, 1-2.*

authorities in North Borneo of lighthouses on the islands of Sipadan<sup>1</sup> and Ligitan<sup>2</sup> was invoked, constructions which are still in operation and maintained by the Malaysian authorities since the time of independence. The Court noted that Malaysia's activities, although small in number, were diverse in nature and included legislative, administrative and quasi-judicial acts. Moreover, they covered a considerable period of time and revealed the government's intention to exercise specific state functions over the two islands in the context of the administration of several island formations. Moreover, the Court noted that, at the time the activities in question were undertaken, neither Indonesia nor its predecessor (the Netherlands) had ever expressed any disagreement or protest with them.<sup>3</sup>

Since the alleged effects invoked by Indonesia were not of a legislative nature, but Malaysia's regulations on the commercial collection of turtle eggs and the establishment of a bird sanctuary on the islands were administratively sufficient to demonstrate effective control, the Court concluded that sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan belonged to Malaysia.<sup>4</sup>

The case is significant in that the court found that the arguments based on actual control constituted a sufficient basis for its decision. In examining the parties' competing claims, the Court thus took the view that, in order for it to constitute an independent basis for the judgment, there was a need for continuous and uninterrupted control so as to show the intention of the administration of the territory.

## **8. Conclusions**

Despite the lack of a strict rule, the Court's case-law on territorial matters is generally consistent and frequently cites previous judgments in support of its recent decisions. The resolution of territorial disputes needs to be carried out with precision, completeness and concreteness. In today's international relations, a boundary must be indicated precisely and completely in order to be useful, leaving no vague areas or room for interpretation. Judgments often remain a substitute for international agreement between states, relying on the consent of the parties, either directly under the original treaty or by agreement to submit the matter to international jurisdiction.

Given the totality of the categories of justifications for territorial claims encountered in the cases of territorial disputes analyzed in this article (treaty

---

<sup>1</sup> In 1962.

<sup>2</sup> In 1963.

<sup>3</sup> Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan.

<sup>4</sup> Ibid.

law, *uti possidetis* principle, effective control, history, geography, culture, economics, elitism and ideology), only some are relevant. Thus, although States have always invoked most of the arguments in their applications, only some of them have consistently operated as the rule applied by the International Court of Justice in its reasoning.

## Bibliography

### Books and Articles

Angel Horna, *Law of the Sea and Maritime Delimitation, State Practice and Case Law in Latin America and the Caribbean*, Routledge, 2023

Alex G. Oude Elferink, Tore Henriksen and Signe Veierud Busch, *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law*, Cambridge University Press 2018

Bogdan Aureescu, Lazar Elena, *Dreptul international al protectiei minoritatilor*, Hamangiu, 2019

Bogdan Aureescu, Ion Galea, Lazar Elena, Ioana Oltean, *Drept international public, Scurta culegere de jurisprudenta pentru seminar*, Editura Hamangiu 2018

United Nations, *Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries*, December 2000

### Treaties

Charter of the United Nations. (1945).

Treaty of Friendship and Good Neighbourliness between France and Libya (1955)

Anglo-French Declaration. (1899). Retrieved from Yale Law School, Avalon Project

Turtle Preservation Ordinance. No. 11 of 1917, Ceylon Govt. Gazette, Extraordinary, May 9, 1917, 1-2

Franco-Italian Agreement. (1902, November 1). Exchange of letters. Retrieved from Treaty Series No. 368. Anglo-Ottoman Convention of 29 July 1913

British 1939 Decision. (1939). *The American Journal of International Law*, 33(2), 294-295. doi: 10.2307/2191969

United Nations Convention on the Law of the Sea of Monte-Baj. (1982). United Nations, Treaty Series, 1833, 397-520.

Thomson-Marchand Declaration. (1929-1930). *The American Journal of International Law*, 24(1), 139-144. doi: 10.2307/2189839

Henderson-Fleuriu exchange of diplomatic notes. (1931). Retrieved from Avalon Project at Yale Law School

British Order in Council of 2 August 1946<sup>1</sup> and (3) the Anglo-German Agreements of 11 March and 12 April

---

<sup>1</sup> From Tamnyar Peak to Pillar 64 (as determined in Article XII of the Anglo-German Agreement of 12 April 1913).

Convention between Great Britain and the Netherlands Defining Boundaries in Borneo. Signed at London, 20 June 1891 Turtle Conservation Ordinance of 1917

### **Case law**

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Canada v United States, Appointment of Expert, Order, [1984] ICJ Rep 165, ICGJ 120 (ICJ 1984), 30th March 1984, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ]

Land, Island and Maritime Frontier Dispute, El Salvador and Nicaragua (intervening) v Honduras, Judgment, Merits, ICJ GL No 75, [1992] ICJ Rep 351, ICGJ 100 (ICJ 1992), 11th September 1992, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/en/case/75/judgments>, accessed 09.05.2022.

Territorial Dispute, Libya v Chad, Judgment, merits, [1994] ICJ Rep 6, ICGJ 88 (ICJ 1994), 3rd February 1994, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/en/case/83>, accessed 13.05.2022

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Qatar v Bahrain, Order, [1998] ICJ General List No 98, ICGJ 79 (ICJ 1998), 30th March 1998, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/en/case/87>, accessed 18.05.2022

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Cameroon and Equatorial Guinea (intervening) v Nigeria, Judgment, Merits, [2002] ICJ Rep 303, ICGJ 63 (ICJ 2002), 10th October 2002, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], see <https://www.icj-cij.org/en/case/94>, accessed 25.05.2022

Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, Indonesia v Malaysia, Judgment, Merits, [2002] ICJ Rep 625, ICGJ 54 (ICJ 2002), 17th December 2002, International Court of Justice [ICJ]

International Court of Justice, Special Agreement, for Submission to The International Court Of Justice Of, The Dispute Between Indonesia And Malaysia Concerning, Sovereignty Over Pulau Ligitan And Pulau Sipadan, jointly notified to the Court on 2 November 1998, General List, No. 102

### **Websites**

<https://www.icj-cij.org/en/case/67>

<https://www.icj-cij.org/en/case/75/judgments>

<https://www.icj-cij.org/en/case/83>

<https://www.icj-cij.org/en/case/87>

<https://lege5.ro/App/Document/g44donrr/conventia-natiunilor-unite-asupra-dreptului-marii-din-10121982>

<https://www.icj-cij.org/en/case/94>

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/17/017-19531117-JUD-01-00-EN.pdf>

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/102/7177.pdf>



## **Contribuția doctorandului și masterandului / Ph.D. and LL.M. Candidate's Contribution**

### **Immunity as a Circumstance Excluding the Operation of the Obligation to Extradite or Prosecute Part II: Immunities and the Existence of a Conflict of Norms**

*Filip Andrei LARIU\**

*University of Bucharest*

**Abstract:** *This article is the second in a trilogy<sup>1</sup> that examines the interaction between the immunities of state officials and the obligation to extradite or prosecute. It focuses on personal and functional immunities, summarily comparing them and then analysing the instance where their observance would come into conflict with the obligation to extradite or prosecute. The doctrinal and comparative legal research employed highlights the contents of each obligation, emphasising the manner in which the conflict of norms occurs. Finally, it concludes that there really is a conflict between the two international obligations, and that in the absence of a hierarchical difference between the two, other rules for solving the conflict are required.*

**Key-words:** *Obligation to extradite or prosecute; Personal Immunity, Functional Immunity; International Crimes*

---

\* Ph.D. candidate and Teaching Assistant at the University of Bucharest, Romania. Filip is a graduate of Leiden University (LL.M in Public International Law) and of Babeș-Bolyai University (Bachelor of Laws). He is also a Diplomat at the Romanian Ministry of Foreign Affairs. Currently, he is writing his PhD thesis in the field of International Humanitarian Law, analysing the legality of using the effects of climate change as a method of war. Email address: [filiplariu@drept.unibuc.ro](mailto:filiplariu@drept.unibuc.ro). The opinions expressed in this paper are solely the author's and do not engage the institution he/she belongs to.

<sup>1</sup> We recommend to first read the initial article of the trilogy, where the principle of *aut dedere aut judicare* (i.e. the obligation to extradite or prosecute is being studied). See Filip Andrei Lariu, "Immunity as a Circumstance Excluding the Operation of the Obligation to Extradite or Prosecute. Part I: The Principle of *aut Dedere aut Judicare*", *Romanian Journal of International Law*, No. 27/2022, p. 39.

## 1. Introduction

Immunities have been defined as the 'doctrines developed in domestic courts over time to avoid infringements on sovereignty'.<sup>1</sup> They essentially seek to protect the State and the agents who execute acts on its behalf from the jurisdiction of other States. It is thus the State who is the primary beneficiary of immunities, by virtue of the principle of sovereign equality. Yet, because the State is an abstract entity that requires physical persons to act on its behalf, the immunities must also be extended to such persons. These individuals may be officials or diplomatic representatives, but the legal regime of the different types of applicable immunities may vary, depending on several factors.

It is generally accepted that there are two types of immunities for officials: immunities *ratione personae*, also called personal immunities, and immunities *ratione materiae*, or functional immunities.<sup>2</sup> Although their origin, i.e. the immunity of the State itself, is the same for both of them, their *raison d'être*, effects, and circumstances when they may be invoked, can differ. The difference in their effects is particularly relevant to observe, so that one can understand the various manners in which the two types of immunities interact with the elements and components of the obligation to extradite or prosecute.<sup>3</sup>

We will first address the personal immunity, identifying the main characteristics through the lenses of relevant domestic and international case-law. We will then move on to the functional immunity, drawing a comparison between the two. Finally, we will turn to an analysis on whether there really exists a conflict of norms between the obligation to extradite or prosecute ('OEP') and the obligation to observe immunities. It is important to note that the present article does not wish to be an in-depth study of immunities. Rather, it only summarily addresses them with the purpose of familiarising the reader with the elements that play a role in the interaction with the OEP.

---

<sup>1</sup> Gleider Hernandez, *International Law*, OUP, Oxford, 2019, p. 217.

<sup>2</sup> Roman Kolodkin, "Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction", UN Doc. A/CN.4/601 (2008), paras. 78–83.

<sup>3</sup> Discussed in the first article of the trilogy. See Filip Andrei Lariu, "Immunity as a Circumstance Excluding the Operation of the Obligation to Extradite or Prosecute. Part I: The Principle of *aut Dedere aut Judicare*", *Romanian Journal of International Law*, No. 27/2022, p. 39.

## 2. Personal Immunity

Immunity *ratione personae* is a procedural bar that precludes the exercise of one State's jurisdiction over certain high-ranking officials of another State. It protects such officials from criminal prosecution for acts performed either in an official or private capacity. Furthermore, the moments when such acts were committed is irrelevant, since the immunity extends to acts performed before and after the individual has begun the term in office.<sup>1</sup> A similar form of immunity exists in international customary law for diplomats and members of special missions.<sup>2</sup> In this case, however, their immunity is limited to criminal proceedings in the States where they are accredited or on mission.<sup>3</sup> Diplomats enjoy immunity from criminal, and with some exceptions, civil and administrative jurisdiction. Furthermore, they are not obliged to give evidence as witnesses and, in respect of criminal jurisdiction, no measures of execution may be taken against them.

Regarding the end of immunity *ratione personae*, there are two instances when such immunity ceases to exist. First, it may occur when the individual protected by it, no longer holds the office associated with personal immunity. In such a case, the individual continues to enjoy functional immunity regarding the acts performed in an official capacity during their term. The second instance when immunity ceases to exist occurs when a state waives the immunity of its official. This latter situation will be discussed in the third article of the trilogy.

There is a consensus that personal immunity extends beyond criminal jurisdiction, to encompass also civil proceedings,<sup>4</sup> with some possible limitations.<sup>5</sup> However, because the obligation to extradite or prosecute concerns criminal matters, we will not further discuss the extent of immunities for civil proceedings, since it is not directly relevant for the object of this study.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Merits, Judgment of 14 February 2002, [2002] ICJ Rep. 3, paras. 54-5; Institut de Droit International, "Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law", Resolution of Vancouver Session (2001) (prepared by J Verhoeven).

<sup>2</sup> Michael Wood, "The Immunity of Official Visitors", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 16, 2012, pp. 58-72.

<sup>3</sup> 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations, 500 UNTS 95, Art. 31(1); 1969 Convention on Special Missions, 1400 UNTS 231, Art. 31(1).

<sup>4</sup> *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit. supra, para. 51.

<sup>5</sup> Hernandez (2019), cit. supra, p. 234.

<sup>6</sup> For a more detailed analysis, see Chimène Keitner, "Immunities of Foreign Officials from Civil Jurisdiction", in Tom Ruys et al (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 525.

### Officials protected by personal immunities

Immunity *ratione personae* is reserved for 'holders of high-ranking office'<sup>1</sup> because by virtue of their office they embody the State.<sup>2</sup> Immunities 'are not granted for their personal benefit, but to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States.'<sup>3</sup> In *Arrest Warrant*, the ICJ identified three persons who would benefit from such immunities: heads of State, heads of government, and ministers of foreign affairs.<sup>4</sup> However, going from the wording of the paragraph, some authors argued that the list is not exhaustive,<sup>5</sup> and that personal immunities might be extended to other high-ranking officials. For example, domestic courts have ruled that defence and commerce ministers also fall into this category.<sup>6</sup> On the other hand, officials such as the education minister and the general prosecutor do not enjoy immunities *ratione personae*.<sup>7</sup> Similarly, the UK High Court rejected the proposition that the Mongolian Head of the Office of National Security benefits from personal immunity.<sup>8</sup> It can therefore be concluded that this category of immunities is granted to a very restricted number of people, and general consensus on who may benefit from them exists so far only in regard to the troika of heads of State, heads of government and ministers of foreign affairs.

### 3. Functional Immunity

Functional immunity, or immunity *ratione materiae*, protects official acts that are carried out by individuals on behalf of a State and are thus 'cloaked by sovereign authority'.<sup>9</sup> Its primary purpose is to ensure the respect for the

---

<sup>1</sup> *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit. supra, para. 51.

<sup>2</sup> Wood (2012), cit. supra, p. 44.

<sup>3</sup> Kriangsak Kittichaisaree, *The Obligation to Extradite or Prosecute*, OUP, Oxford, 2018, p. 243.

<sup>4</sup> *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit. supra, para. 51.

<sup>5</sup> Pierre d'Argent, "Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute", in Anne Peters et al (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, p. 246.

<sup>6</sup> Ramona Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, p. 43.

<sup>7</sup> *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Merits, Judgment of 4 June 2008, [2008] ICJ Rep. 177, paras. 185–6.

<sup>8</sup> UK High Court, *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court*, Judgment of 29 July 2011, per Lord Justice Moses, para. 61.

<sup>9</sup> Pedretti (2015), cit. supra, p. 14.

principle of the international equality of States.<sup>1</sup> Unlike personal immunity, the aim for which it has been created was not to benefit the official, but to 'shield an official act that is attributable to the State from foreign scrutiny'.<sup>2</sup> Therefore, the status of the person performing the act is not particularly relevant, since it includes all individuals acting as State organs within the meaning of Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility.<sup>3</sup> The ILC further defined the beneficiaries as 'all the natural persons who are authorised to represent the State in all its manifestation'.<sup>4</sup> Hence, the category of individuals that may benefit from functional immunity is very wide. As such, the decisive element that determines the operation of immunity *ratione materiae* is the nature of the performed act. For it to be an official act, it must first be 'exercised in pursuance of a certain state policy, in contrast to acts performed purely of the individual's benefit'.<sup>5</sup> Secondly, the act must be carried out 'using the apparatus of the State'.<sup>6</sup>

Because functional immunity concerns the act itself, and not the status of the person performing it, its effect lingers even after the person no longer holds an office. Likewise, high-ranking officials or diplomats who enjoyed personal immunity continue to benefit from functional immunity in respect to the official acts performed while in office.<sup>7</sup> The reason for this particularity is that the official act is not attributable to the person, but rather to the State on whose behalf the person acted, as expressed by the ICTY in the *Prosecutor v. Blaškić case*:

Such officials are mere instruments of a State and their official action can only be attributed to the State. They cannot be the subject of sanctions or

---

<sup>1</sup> Antonio Cassese et al, *Cassese's International Criminal Law*, Third edition, OUP, Oxford, 2013, p. 246; Antonio Cassese, *International Law*, Second edition, OUP, Oxford, 2005, p. 112; Rosanne van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, OUP, Oxford, 2008, p. 113.

<sup>2</sup> Robert Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Second edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 534; Dapo Akande, Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", *EJIL*, Vol. 21, 2010, p. 825; Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Routledge-Cavendish, New York, 2010, pp. 127–8. See also Institut de Droit International, "Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes", Resolution of Napoli Session (2009) (*prepared by Lady Fox*), at Art. 2(1): aim of immunity is 'to respect the sovereign equality of States and to permit the effective performance of the functions of persons who act on behalf of States'.

<sup>3</sup> d'Argent (2014), *cit. supra*, p. 248; ILC Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001 YILC, Vol. II (Part Two), Art. 4.

<sup>4</sup> ILC Report on the work on its forty-third session, 1991 YILC, Vol. II (Part Two), at 18, para. 17.

<sup>5</sup> Pedretti (2015), *cit. supra*, p. 14.

<sup>6</sup> *Ibid.*; see also Roman Kolodkin, "Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction", UN Doc. A/CN.4/631 (2010), pp. 23, 27: "in order for the acts of an official to be deemed to have been performed in this capacity, i.e. official acts, they must clearly have been performed in this capacity or "under the colour of authority".

<sup>7</sup> Vienna Convention on Diplomatic Relations, *cit. supra*, Art. 39(2).

penalties for conduct that is not private but undertaken on behalf of a State. In other words, State officials cannot suffer the consequences of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act: they enjoy so-called “functional immunity”.<sup>1</sup>

Nevertheless, immunity *ratione materiae* does not perfectly overlap with State immunity. The latter is limited to *acta iure imperii*, or acts performed exclusively in the exercise of sovereign powers,<sup>2</sup> while the former also extends to *acta iure gestionis*, or acts that theoretically could also be executed by a private person, but are nevertheless performed in an official capacity.

#### 4. Conflict between Immunities and the OEP

The concept of 'conflict of norms' has been defined as the situation which arises when a State cannot simultaneously comply with two different obligations.<sup>3</sup> Another more comprehensive definition contends that 'there is a conflict between norms, one of which may be permissive, if in obeying or applying one norm, the other norm is necessarily or potentially violated'.<sup>4</sup> This article will thus analyse to what extent the observance of immunities entails the automatic breach of the OEP and vice-versa, while also discussing theories and principles that could solve such a conflict.

This discussion is particularly relevant in the field of State responsibility, especially when considering the nature of the two obligations. While the duty to extradite or prosecute is *erga omnes partes*,<sup>5</sup> the obligation to observe immunities is bilateral. This means that responsibility for a breach of the OEP can be invoked by any State party to the treaty that contains it.<sup>6</sup> On the contrary, when it comes to immunities, only the State that has been injured, i.e. the State from whose sovereignty the individual's immunity was derived, can invoke the responsibility of the state committing the alleged breach.<sup>7</sup> The outcome of this discrepancy is that a situation may occur where the

---

<sup>1</sup> *Prosecutor v. Blaskic*, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Case No. IT-95-14-AR 108 bis, Ap. Ch, 29 October 1997, Para. 38.

<sup>2</sup> Malcolm Shaw, *International Law*, Eighth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 532.

<sup>3</sup> Wilfred Jenks, “The Conflict of Law-Making Treaties”, *BYIL*, Vol. 30, 1953, p. 426.

<sup>4</sup> Erich Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory”, *EJIL*, Vol. 17, 2006, p. 418.

<sup>5</sup> *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*, Merits, Judgment of 20 July 2012, [2012] ICJ Rep. 422, p. 450, para. 69.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 449, para. 68; ILC Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *cit. supra*, Art. 48.

<sup>7</sup> ILC Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *cit. supra*, Art. 42.

responsibility of State A is being invoked by State B for not prosecuting an official (benefitting from immunity) of State C. In this intricate triangle, State A needs to justify its position and solve the legal issue by employing one of the theories discussed below.

The first matter that needs to be clarified is whether there really is a conflict between the object of the OEP and that of immunities. If there is no such conflict, that means a State would be able to observe both obligations simultaneously without being in breach of either one.

The content of the obligation to observe immunities entails a duty on the State not to commit any 'act of authority [...] which would hinder [the person benefitting from immunity] in the performance of his or her duties'.<sup>1</sup> In other words, States have an international obligation not to exercise their jurisdiction over persons benefitting from immunity.<sup>2</sup> On the other hand, it is generally accepted that the OEP entails quite the opposite: an obligation on the State not only to extend, but also to exercise its jurisdiction for the purpose of prosecuting or extraditing the person targeted by the OEP.<sup>3</sup> Consequently, the conflict between the content of the two norms is quite evident, and the observance of one obligation would seem to entail the automatic breach of the other.

Nevertheless, some authors have tried to mend this apparent conflict by applying a restrictive interpretation of the obligation to extradite or prosecute.<sup>4</sup> In their view, the OEP is purely procedural and entails only the duty to refer the situation to the competent authorities for the purpose of prosecution or extradition. It is at the moment when such a referral is performed that the OEP is to be considered fulfilled. What happens afterwards does not influence in any way the execution of the obligation *aut dedere aut judicare*. The competent authorities that have been seized with the matter are free to simply dismiss the case invoking the immunities that the targeted person benefits from. If they do so, the obligation to observe immunities would also be fulfilled. In short, it would seem that reducing the OEP to a purely procedural obligation of referring the situation to the competent authorities has the effect of avoiding a conflict of norms.

However, this approach is problematic in several ways. First, it focuses exclusively on the wording used in only some of the conventions that contain the OEP. The formula 'to submit to the competent authorities', although

---

<sup>1</sup> *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit. supra, p. 25, para 58.

<sup>2</sup> A full analysis on how exactly the components of the OEP, including the duty to exercise jurisdiction, interact with immunities, will appear in the third article of the trilogy.

<sup>3</sup> See Lariu (2022), cit. supra.

<sup>4</sup> Pedretti (2015), cit. supra, p. 359.

preferred,<sup>1</sup> is not used in relation to all crimes. The Genocide Convention, for example, includes a substantive obligation, requiring States to 'punish' the perpetrators of genocide.<sup>2</sup> Moreover, the general consensus is that even the new formula entails the substantive obligation on states to actually prosecute or extradite the perpetrators.<sup>3</sup> The reason why the new clause uses the language that it does, is in order to comply with international human rights standards such as the presumption of innocence. In the words of Scharf, 'to be consistent with these rights, the Torture Convention had to be worded in such a way as to avoid the suggestion of a predetermined outcome of the judicial proceedings, and to recognize that there are legitimate reasons for the termination of an investigation or the dismissal of a case prior to trial'. Beyond that, the content of the obligation *aut dedere aut judicare* remains unchanged regardless of the wording that is being used.

Moreover, to further prove the inadequacy of the proposed interpretation, one could turn to the Vienna Convention on the Law of Treaties, which requires the interpretation of the treaty to be 'in light of its object and purpose'. A restrictive and formalistic interpretation achieves quite the opposite, since it erodes the institution of the OEP. It reduces it to an irrelevant procedural step that States can use to argue that they have fulfilled their international obligation, without actually contributing at all to the fight against impunity. The example is further aggravated when considering that the 'competent authorities' are not required to be independent or impartial. A government could simply submit the case to some organ it controls which in turn dismisses the case. The OEP would become an obligation devoid of any relevant content.

It would therefore appear that the OEP is not just a procedural obligation, entailing, apart from a simple referral to the competent authorities, the actual exercise of jurisdiction. Consequently, there seems to be indeed a conflict between the content of the OEP and that of the obligation to observe immunities.

In municipal law, the first way to solve a conflict between different norms is to consider their place in the hierarchy of norms. A constitutional provision would prevail over a governmental decree, and so on. In international law,

---

<sup>1</sup> See Lariu (2022), cit supra.

<sup>2</sup> 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277, Art. 4.

<sup>3</sup> Michael Scharf, "The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4/1996, p. 46.



there is no hierarchical difference between customary and treaty rules.<sup>1</sup> Regardless of their source, the obligations have the same value. An exception from this rule are the *jus cogens* norms, which would render void any conflicting provision.<sup>2</sup> However, when it comes to immunities and the OEP, neither have achieved the status of peremptory norms. Immunities, while undoubtedly part of customary law, allow for derogations and exceptions, a feature incompatible with *jus cogens*.<sup>3</sup> As regards the OEP, there is not even a general consensus on its customary status,<sup>4</sup> not to mention *jus cogens*. Although the prohibition of certain international crimes is well settled in customary law, or has even achieved *jus cogens* status,<sup>5</sup> it should be distinguished from the OEP itself.

## 5. Conclusions

The types of immunities benefitting individuals are either personal or functional. The former benefits high-ranking officials and extends over both official and private acts, while the latter is limited to official acts performed while in office. The international obligation to observe immunities appears to come into conflict with the OEP. However, in trying to solve this conflict, one cannot appeal to the hierarchy of norms because neither the OEP nor immunities are *jus cogens* norms. There are, nevertheless, other principles, such as *lex specialis*, that could be used, which will be discussed in the next article of the trilogy.

---

<sup>1</sup> Article 38 of the Statute of the International Court of Justice does not establish any hierarchy between the three primary sources of international law; see also *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, [1986] ICJ Rep. 14, at 94, Para. 175.

<sup>2</sup> 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, cit. supra, Art. 53.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> See Lariu (2022), cit. supra.

<sup>5</sup> See e.g., *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, cit. supra, p. 449, para. 99.

## **Bibliography**

### **Treaties & Other International Instruments**

- 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277;
- 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations, 500 UNTS 95;
- 1969 Convention on Special Missions, 1400 UNTS 231;
- ILC Report on the work on its forty-third session, 1991 YILC, Vol. II (Part Two);
- ILC Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001 YILC, Vol. II (Part Two);
- Roman Kolodkin, "Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction", UN Doc. A/CN.4/601 (2008);
- Roman Kolodkin, "Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction", UN Doc. A/CN.4/631 (2010).

### **Case Law**

- Prosecutor v. Blaskic*, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Case No. IT-95-14-AR 108 bis, Ap. Ch, 29 October 1997;
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, [1986] ICJ Rep. 14;
- Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Merits, Judgment of 14 February 2002, [2002] ICJ Rep. 3;
- Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Merits, Judgment of 4 June 2008, [2008] ICJ Rep. 177;
- Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Merits, Judgment of 20 July 2012, [2012] ICJ Rep. 422;
- UK High Court, *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court*, Judgment of 29 July 2011, per Lord Justice Moses.

### **Books, Articles & Legal Research**

- Antonio Cassese et al, *Cassese's International Criminal Law*, Third edition, OUP, Oxford, 2013;
- Antonio Cassese, *International Law*, Second edition, OUP, Oxford, 2005;
- Chimène Keitner, "Immunities of Foreign Officials from Civil Jurisdiction", in Tom Ruys et al (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019;
- Dapo Akande, Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", *EJIL*, Vol. 21, 2010;
- Erich Vranes, "The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory", *EJIL*, Vol. 17, 2006;
- Gleider Hernandez, *International Law*, OUP, Oxford, 2019;
- Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Routledge Cavendish, New York, 2010;

- Institut de Droit International, "Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law", Resolution of Vancouver Session (2001) (prepared by J Verhoeven).
- Institut de Droit International, "Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes", Resolution of Napoli Session (2009) (prepared by Lady Fox);
- Kriangsak Kittichaisaree, *The Obligation to Extradite or Prosecute*, OUP, Oxford, 2018;
- Malcolm Shaw, *International Law*, Eighth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2017;
- Michael Scharf, "The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4/1996;
- Michael Wood, "The Immunity of Official Visitors", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 16, 2012;
- Pierre d'Argent, "Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute", in Anne Peters et al (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014;
- Ramona Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015;
- Robert Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Second edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010;
- Rosanne van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, OUP, Oxford, 2008;
- Wilfred Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", *BYIL*, Vol. 30, 1953.

## **Detangling the issue of complete dependence and effective control in the case-law of the International Court of Justice**

***Maria R. BODEA\****

*University of Bucharest*

***Abstract:*** Ever since the International Court of Justice rendered its judgment in the *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* case, discussions were raised on the issue of attribution, effective control and complete dependence. While the ICJ decided on this case more than 30 years ago, the issue of attribution and the standard of control re-emerged in the light of international discussions in the relevant doctrine even more so with the judgments of the Trial and Appeal Chambers in the *Tadić* cases which challenged the findings of the ICJ, and, lastly, with the latter's judgment in the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide between Bosnia and Herzegovina and Serbia and Montenegro*. This study wishes to detangle the issues regarding the attribution of the actions of private entities to the State, while clarifying the findings of the relevant case-law.

***Keywords:*** state responsibility, attribution under international law, *de facto* organs of a State, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case, *Tadić* case, *Bosnian Genocide* case.

---

\* Master Student in the Public International Law programme and the Private Law programme at the Faculty of Law of the University of Bucharest. E-mail address: [bodeamaria@drept.unibuc.ro](mailto:bodeamaria@drept.unibuc.ro). The opinions expressed in this paper are solely the author's and do not engage the institution she belongs to.

## 1. Introduction

The present study wishes to clarify and demystify the issue of attribution in the context of the actions of private entities. Between the *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* [hereinafter, the **Nicaragua case**], *Tadić* and *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide between Bosnia and Herzegovina and Serbia and Montenegro* [hereinafter, the **Bosnian Genocide case**] cases, there were a lot of issues in need of discussion and a lot to clarify in order to reach a more exact, step-by-step mechanism to determine whether the actions of a private entity were, for the purposes of State responsibility, the actions of the State. Unfortunately, the correlation between the aforementioned cases is frequently misrepresented, the general view being that: the ICJ rejected the findings of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia [hereinafter, the **ICTY**], it restated the standard of effective control and complete dependence, and it continued its reasoning in the Nicaragua case. With international law, however, nothing is ever that clear cut and therefore the structure I propose for the present study will first relate certain necessary preliminary regards on the issue of attribution and state responsibility, turning then to the findings of the ICJ in the Nicaragua case and of the ICTY in the *Tadić* case, briefly discussion the codification of this issue by the ILC, and finally the findings of the ICJ in the Bosnian Genocide case. Lastly, a general overview will be given over the issue, taking into consideration that, while now things are more precise in light of the Bosnian Genocide case, there is still much to be settled in the domain of attribution.

### 1. Preliminary regards about responsibility and attribution

As responsibility goes, each and every system and domain of law deals with the issue of responsibility. From criminal law to administrative and civil law, from disciplinary sanctions against civil servants, lawyers and doctors, from torts and contractual liability, the issue of responsibility is at the forefront of each and every domain of law. It is natural, in a way, to be so. Rights have the corollary of obligations and failure to fulfill the latter should give rise to certain effects if the subjects of the various domains of law should be incentivized to fulfill their obligations. This reasoning also applies in international law.<sup>1</sup> The latter has the particularity, not singular to it, but important nonetheless, that the state cannot act by itself. The actions of the state are, in reality, actions of individuals which engage the State in the sense

---

<sup>1</sup> Michael N. Shaw, *International law*, Ninth Edition, Cambridge University Press, 2021, pp. 778.

that the actions of these individuals, if they respect certain conditions, are regarded as the actions of the State itself.<sup>1</sup> In relation to who and how this applies, the normal way is to think that the organs of the State, those who exercise executive, legislative or judicial authority are regarded as individuals whose actions can be attributable. This category is not, however, singular in the domain of whose actions can be attributed to the State, considering that if only the actions of entities which have governmental authority would be considered the actions of the State, it would lead to the growing possibility of States to call upon private entities and individuals to engage in actions contrary to international law under the instruction of the State, the latter being precluded from international responsibility.

Hence, the possibility of private entities, being individuals or group of individuals to act and their actions to be attributable to States. This issue, however, is the exception rather than the rule<sup>2</sup> and therefore, the standard applicable should be higher than, for example, the standard applicable to the actions of the Parliament of a State. While States do indeed have an obligation of due-diligence on their territory,<sup>3</sup> it would impose a disproportionate burden on them to consider the State internationally responsible for each and every action an individual undertakes under the jurisdiction of that State. As such, the next thing which needed clarification is what exactly should the standard be when determining whether the actions of a private entity or of an individual is the action of the State, for the purposes of State responsibility.

As will be shown below, at this point in time, one must take into account two possibilities – the possibility of an entity to be a *de facto organ* of a State and the possibility for an entity to act under the instructions, direction or control of that State. However, these two possibilities were not particularly clear when the issue of attribution was raised, and the following sections will describe the relevant findings of the caselaw in hope of showing the evolution that the concept of attribution of the action of a private entity had in international law.

---

<sup>1</sup> James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Eighth Edition, Oxford University Press, 2019, pp. 545; Michael N. Shaw, *International law*, Ninth Edition, Cambridge University Press, 2021, pp. 786.

<sup>2</sup> Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two – Article 8, para. 1 – “*As a general principle, the conduct of private persons or entities is not attributable to the State under international law*”; MPEPIL, Alexander Kees, *Responsibility of States for Private Actors*, 1.

<sup>3</sup> Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) (Merits) Judgment ICJ Rep 1949; Riccardo Pisillo-Mazzeschi, *Due Diligence and the International Responsibility of States* in Rene Provost (ed.), *State Responsibility in International Law*, Routledge, 2002, pp. 111.

## 2. The Nicaragua Case and the Tadić Case

The conflict leading up to the submission of the case to the ICJ between Nicaragua and the United States of America is notorious. The Cold War was governed by a conflict of ideologies between the east and the west and both tried as hard as they could to influence upon others the virtues of one and the evils of another. This was never as apparent as it was in the Americas. Irrespective of the clear-cut motives and reasons, which do not constitute the object of the present study and are rather on the issue of international policy, the United States of America supported, financed and assisted the *Contras*, a paramilitary organization, in their fight against the Sandinista formed government of Nicaragua.<sup>1</sup> Therefore, the question arose. Was the involvement of the United States of America in the actions of the *Contras* sufficient to consider that the actions of the latter are attributable to the former. There was no relevant case-law at that point, so the World waited for the submissions of the parties, the deliberation of the Court, the judgment, and its reasoning.

It is not in any way groundbreaking to say that the judgment was controversial on the issue of attribution. While the Court found that the actions of the United States did not amount to the necessary degree of control for attribution to exist, it still decided in favor of Nicaragua, finding the United States of America to be in breach of the obligation of non-intervention in the internal and external affairs of the Nicaraguan state.<sup>2</sup> This was cold comfort, however, because the standard that the Court chose was the so called standard of “*complete dependence and effective control*”. The Court summarized it as follows: “*the question (for the purpose of attribution) is whether the relationship was one of control and one of dependence*”.<sup>3</sup> What did it mean exactly? The Court underlined that control implied a factual relationship of subjection, while dependence presupposed a persuasive factual link. In this regard, the Court explained that Nicaragua should have proven, or, in any case, it should have been clear that the *Contras* could have not acted without the aid of the United States of America.<sup>4</sup> Generally speaking, he who claims, must also prove, and if not, the claims would be dismissed, but, in the case of proving a negative fact, things are not as clear. Generally, in the national law system of many states, there is a reversal of the burden of proof in the case of

---

<sup>1</sup> Bogdan Aurescu, Ion Gălea (coord.), *Drept internațional public – Scurtă culegere de jurisprudență pentru seminar*, Hamangiu, 2018, pp. 60-61.

<sup>2</sup> Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (*Nicaragua v. Unites States of America*) (Merits) Judgment, ICJ Rep 1986, para. 205.

<sup>3</sup> Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (*Nicaragua v. Unites States of America*) (Merits) Judgment, ICJ Rep 1986, para. 109.

<sup>4</sup> Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (*Nicaragua v. Unites States of America*) (Merits) Judgment, ICJ Rep 1986, para. 115.

negative facts since they are almost impossible to prove. This, however, was not discussed by the Court.

Fast forward to the year 1994 and the arrest of Dusko Tadić in Germany and his subsequent trial at the ICTY where the latter was charged with determining whether the Serbian – Bosnian conflict was international in nature on the basis of international humanitarian law. In order to do so, the ICTY Trial Chamber needed to determine whether it could regard the acts of private entities as the actions of Serbia. For these purposes, it relied upon the findings of the ICJ in the Nicaragua case, using the standard of effective control and complete dependence:

*“In sum, while, as in the Nicaragua case, the evidence available to this Trial Chamber clearly shows that the various forms of assistance provided to the armed forces of the Republika Srpska by the [FRY] was crucial to the pursuit of their activities and, as with the early years of the contras activities, those forces were almost completely dependent on the supplies of the [army of the FRY] to carry out offensive operations, evidence that the [FRY] through [its army] made use of the potential for control inherent in that dependence, or was otherwise given effective control over those forces and which it exercised, is similarly insufficient”.*<sup>1</sup>

Judge McDonald in the Dissenting Opinion, put forth the approach that one needed to closely examine the reasoning of the ICJ, emphasizing that in the Nicaragua Case it really established two tests: the test for complete dependence which one uses in order to determine the existence of a *de facto organ* of the State and the effective control test, used for determining whether the actions of a private entity, not considered the organ of a State, could still be the actions of that State.<sup>2</sup> Irrespective of the sound reasoning of the dissenting opinion, the Appeals Chamber had a different view of the issue. The Appeals Chamber, after it criticized the Trial Chamber’s reliance on the Nicaragua case judgment,<sup>3</sup> noted that *“the Appeals Chamber fails to see why in each and every circumstance international law should require a high threshold for the test of control”*,<sup>4</sup> concluding that indeed there should be two tests, but one of overall and the other of effective control. Specifically, attribution would exist under two separate tests depending on the internal

---

<sup>1</sup> Prosecutor v. Duško Tadić, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A (Trial Chamber) Judgment, para. 216.

<sup>2</sup> Prosecutor v. Duško Tadić, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A (Trial Chamber) Dissenting and Separate Opinion of Judge McDonald, para. 22

<sup>3</sup> Prosecutor v. Duško Tadić, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A (Appeal Chamber) Judgment, para. 108.

<sup>4</sup> Prosecutor v. Duško Tadić, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A (Appeal Chamber) Judgment, para. 117.



organization of the private entity whose conduct is sought to be attributable to the State: if the group is private in nature or unorganized the test is of overall control, but if the entity is military/paramilitary or organized in nature, the test is the effective control.<sup>1</sup>

The two judgments, the ICJ's in the Nicaragua case and the ICTY's in the Appeals Judgment in the Tadić case became the main issue to be discussed in the domain of attribution and State responsibility, considering that they seemed to be contradictory in nature, issue which would later be resolved by the ICJ in the Bosnian Genocide case. Before we proceed, however, I find relevant to briefly point out the work of the International Law Commission on the issue of State responsibility.

### 3. The International Law Commission's view of the issue

Since 1949, when it chose at its first session State responsibility as a subject for codification, the International Law Commission [hereinafter, the **ILC**] preoccupied itself with discovering and detangling the intricate web of the rules of responsibility under international law, effort concluded with the adoption of the Articles by the General Assembly of the United Nations in 2001. For the purposes of attribution of the actions of private entities, the work of the ILC is of utmost importance considering that, as it will be shown below, the ILC also adopted an approach differentiating between the notion of attribution for the existence of a *de facto organ* of the State (Article 4) and attribution for the actions of a private entity or individual acting under the instructions, direction or control of the State.

Article 4 of the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [hereinafter, the **ARSIWA**], reads as follows: (par. 1) "*The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State*" and (par. 2) "*An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State*". The key here is the word "*includes*" which refers to a non-exhaustive list of entities which can be considered as an organ of the state, irrespective of whether they are qualified as such in the national law of that State.<sup>2</sup> The

---

<sup>1</sup> Prosecutor v. Duško Tadić, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A (Appeal Chamber) Judgment, para. 120.

<sup>2</sup> MPEPIL, Pablo Palchetti, *De facto organs of a state*, 10; James Crawford, *State responsibility – The General Part*, Cambridge University Press, 2013, pp. 124.

ILC also recognized this fact in the Commentary of ARSIWA, noting that “*on the other hand, it is not sufficient to refer to internal law for the status of State organs*”.<sup>1</sup>

Article 8 reads as follows: “*The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct*”. It must be mentioned, with a preliminary title, that the criteria of instructions, direction and control are not cumulative in nature, but alternative.<sup>2</sup>

It is worth noting, however, in light of the ILC’s work on attribution, that the distinction between *de facto organs* and entities or individuals acting under the control of the State was never particularly clear before the judgment of the ICJ in the Bosnian Genocide case, rather, after the adoption of Article 8 on first reading of the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, the opinion was that Article 8 encompassed in “*both de facto agents and private individuals in the expression ‘persons acting in fact on behalf of the State’*”.<sup>3</sup> Therefore, in order to determine the distinction between the two and clarify the partly contradictory judgments in the Nicaragua case and the Tadić case, a closer attention must be given to the judgment of the ICJ in the Bosnian Genocide case.

#### **4. The ICJ’s reasoning in the Bosnian Genocide case**

The question arose, after the judgment of the Appeals Chamber in the Tadić case, if the standard applied by the ICTY was relevant in light of ICJ’s reasoning in the Nicaragua case and if the latter was still applicable. The question was whether the FRY (and, later, Serbia) was responsible for acts of genocide committed by Bosnian Serb militias during the Bosnian War. Considering that the ILC in their Articles did not firmly take an approach to favor either the reasoning in the Nicaragua case or in the Tadić case, the ICJ took the time to examine its earlier judgment in the Nicaragua case in light of the findings of the ICTY and of Article 8 of ARSIWA. The general view of the public was as follows: the ICJ disregarded the decision of the ICTY, deciding not to apply it and it reinforced the reasoning it previously had in the Nicaragua case. While this interpretation is partially correct, it is neither clear,

---

<sup>1</sup> Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, Article 4, para. 11.

<sup>2</sup> James Crawford, *State responsibility – The General Part*, Cambridge University Press, 2013, pp. 144; Carlo de Stefano, *Attribution in International Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2020, pp. 78.

<sup>3</sup> Carlo de Stefano, *Attribution in International Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2020, pp. 83.

not exact in its explanation. The ICJ did indeed state that the standard applicable in this instance is the standard of effective control, just as it did in the Nicaragua case, but it did not fully reinforce its earlier judgment and it did not completely disregard the findings of the ICTY. Therefore, one must take a closer look in relation to the considerations of the Court in relation to the Appeal Chamber's findings in the Tadić case and its analysis of the standard of effective control, in correlation with both its earlier findings in the Nicaragua case and Article 8 of ARSIWA.

In relation to findings of the Appeals Chamber of the ICTY, the Court noted that the expertise of this international tribunal was in the domain of international humanitarian law and not in general international law. As a result, it considered that while the findings of the ICTY may be relevant in the specific domain of international humanitarian law and particularly in determining whether a conflict must be regarded as international or non-international in nature and character, they do not affect the earlier findings of the ICJ in respect to the applicability of the effective control test.<sup>1</sup> Moreover, regarding the overall control standard, the Court expressed the unsuitability of this particular standard noting that:

*“[T]he overall control test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf. That is true of acts carried out by its official organs, and also by persons or entities which are not formally recognized as official organs under internal law but which must nevertheless be equated with State organs because they are in a relationship of complete dependence on the State. Apart from these cases, a State’s responsibility can be incurred for acts committed by persons or groups of persons – neither State organs nor to be equated with such organs – only if, assuming those acts to be internationally wrongful, they are attributable to it under the rule of customary international law reflected in [ARSIWA Article 8]. This is so where an organ of the State gave the instructions or provided the direction pursuant to which the perpetrators of the wrongful act acted or where it exercised effective control over the action during which the wrong was committed. In this regard the overall control test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility.”*

---

<sup>1</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Merits) Judgment ICJ Rep 2007, para. 210.

In regards to the standard that one should apply, the ICJ in the Bosnian Genocide case made an incredibly relevant distinction, one which is generally lost when talking about attribution under the criteria of control. The ICJ distinguished between the issue of effective control and complete dependence.<sup>1</sup> While in the Nicaragua case it emphasized that both these conditions need to be met in order for attribution to exist, in the Bosnian Genocide case it stated that while the standard for control under Article 8 of ARSIWA still remains the effective control one, in all cases, the standard of complete dependence does not relate to the issue of attributing the actions of a private entity or individual under Article 8, but rather as a standard for determining whether the entity is a *de facto organ* of that State:

*“The Court must emphasize, at this stage in its reasoning, that the question just stated is not the same as those dealt with thus far. It is obvious that it is different from the question whether the persons who committed the acts of genocide had the status of organs of the Respondent under its internal law; nor however, and despite some appearance to the contrary, is it the same as the question whether those persons should be equated with State organs de facto, even though not enjoying that status under internal law. The answer to the latter question depends, as previously explained, on whether those persons were in a relationship of such complete dependence on the State that they cannot be considered otherwise than as organs of the State, so that all their actions performed in such capacity would be attributable to the State for purposes of international responsibility. Having answered that question in the negative, the Court now addresses a completely separate issue: whether, in the specific circumstances surrounding the events at Srebrenica the perpetrators of genocide were acting on the Respondent’s instructions, or under its direction or control”.*<sup>2</sup>

In relation to the issue of complete dependence in order to consider an entity a *de facto organ* of a State, the ICJ held that:

*“According to the Court’s jurisprudence, persons, groups of persons or entities may, for purposes of international responsibility, be equated with State organs even if that status does not follow from internal law, provided that in fact the persons, groups or entities act in complete dependence on the State, of which they are ultimately merely the instrument. (...) However, so to equate persons or entities with State organs when they do not have that status under internal law must be exceptional, for it requires proof of a*

---

<sup>1</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Merits) Judgment ICJ Rep 2007, para. 400.

<sup>2</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Merits) Judgment ICJ Rep 2007, para. 397.

*particularly great degree of State control over them, a relationship which the Court's Judgment quoted above expressly described as complete dependence*".<sup>1</sup>

Should it be the case, attribution would then exist under Article 4 of ARSIWA and not under Article 8. While it might not seem like a relevant issue, this distinction is critical to understanding the evolution of the concept of attribution under the criteria of control. The standard of proof, raised so high in the *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua case*, is no longer applicable and one need not demonstrate complete dependence, that an entity could have not acted without the aid of the state, for attribution to exist, because the complete dependence standard appears now as a condition for the existence of a *de facto organ* of that State.<sup>2</sup>

Therefore, the first step in determining whether Article 8 of ARSIWA is applicable in a certain situation, one must first determine whether the entity is an organ of the state, a *de facto organ*. In order to do so, as par. 2 of Article 4 of ARSIWA shows, one must determine whether the municipal or internal law qualifies that entity as such and, even if it does not, it might still be considered a *de facto organ* if there is a relationship of complete dependence between the entity and the State. If there is a positive answer to the above queries, then that entity is to be considered an organ of the State, the latter's responsibility being engaged upon this fact. If, however, there is a negative answer to the questions above, then that entity is a private entity and therefore, Article 8 of ARSIWA comes into question. For Article 8 to apply, the entity or individual must have acted either under the instructions of the state or under the control of the State. In the case of instructions, as the ICJ showed, instructions must be given in respect to "*each operation in which the alleged violations occur, not generally, in respect of the overall actions*".<sup>3</sup> If, however, one wishes to demonstrate the existence of attributability on the basis of control, one must prove the existence of effective control, irrespective of the nature of the entity whose actions sought to be attributable to the State.

---

<sup>1</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Merits) Judgment ICJ Rep 2007, paras. 392-393.

<sup>2</sup> James Crawford, *State responsibility – The General Part*, Cambridge University Press, 2013, pp. 148.

<sup>3</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Merits) Judgment ICJ Rep 2007, para. 400.

## 5. Conclusions

The judgment ICJ rendered in the Bosnian Genocide case was long overdue. Not only did the Court clarify the relevance of the findings of the ICTY when it came to attribution under the criteria of control, it also clarified the general issue of attribution under Article 8 of ARSIWA and the relevance of the judgment in the Nicaragua case on this issue. This does not mean, however, that things are as clear as day when it comes to this issue. There is still the pressing matter of what exactly does effective control mean and what exactly must be proven in order for it to exist, an issue still relevant and still subject to interpretation. If the past is to dictate the future, the issue is one which will at some point, come again to be discussed by the ICJ, but in my opinion it remains something that needs to be decided on a case-by-case basis. There is a pressing need to examine exactly what were the actions of the State in relation to the private entity or individual, what type of aid was given and so much more. While other international judicial organs have shed a light on the issue, such as the International Center for the Settlement of Investment Disputes, which stated that for effective control to exist one must prove the existence of general control on an institutional and organizational basis and specific control over the action which one intends on attributing to the State,<sup>1</sup> the ICJ did not make such detailed explanations. Moreover, there is the possibility that the ICJ, while considering relevant the findings of other international judicial organs, will regard them just as it did with the findings of the Appeals Chamber in the Tadić case, considering them relevant only for the specific area of law in which they were decided.

To conclude, it is said that once you learn a magician's trick, as the mystery fades away, you become less enthralled and interested. However, regarding this study's topic this couldn't be further from the truth; and while the ICJ managed to demystify certain issues, the complex and intricate web which is attribution remains as captivating as ever.

---

<sup>1</sup> Deutsche Bank v. Sri Lanka, Award, ICSID Case No ARB/09/2, 31 October 2012, para. 405.b; Bayindir v. Pakistan, Award, ICSID Case No ARB/03/29, 27 August 2009, paras. 125-129.

## **Bibliography**

### **Books and Articles**

James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Eighth Edition, Oxford University Press, 2019;

Michael N. Shaw, *International law*, Ninth Edition, Cambridge University Press, 2021;

Bogdan Aurescu, Ion Gâlea (coord.), Elena Lazar, Ioana Oltean, *Drept internațional public – Scurtă culegere de jurisprudență pentru seminar*, Hamangiu, 2018;

MPEPIL, Pablo Palchetti, *De facto organs of a state*;

MPEPIL, Alexander Kees, *Responsibility of States for Private Actors*;

James Crawford, *State responsibility – The General Part*, Cambridge University Press, 2013;

Carlo de Stefano, *Attribution in International Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2020;

Riccardo Pisillo-Mazzeschi, *Due Diligence and the International Responsibility of States* in Rene Provost (ed.), *State Responsibility in International Law*, Routledge, 2002.

### **ILC Documents**

Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two – Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries.

### **Caselaw**

Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) (Merits) Judgment ICJ Rep 1949;

Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (*Nicaragua v. Unites States of America*) (Merits) Judgment, ICJ Rep 1986;

Prosecutor v. Duško Tadić, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A (Trial Chamber) Judgment;

Prosecutor v. Duško Tadić, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A (Trial Chamber) Dissenting and Separate Opinion of Judge McDonald;

Prosecutor v. Duško Tadić, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A (Appeal Chamber) Judgment;

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Merits) Judgment ICJ Rep 2007;

Deutsche Bank v. Sri Lanka, Award, ICSID Case No ARB/09/2, 31 October 2012;

Bayindir v. Pakistan, Award, ICSID Case No ARB/03/29, 27 August 2009.