

DECLARATION OF JUDGE CRAWFORD

Article 4 of the Palermo Convention — Article 4 (1) not merely a without prejudice clause — Article 4 (1) imposes an obligation in accordance with its terms — Article 4 as a safeguard against intervention on the territory of another State party — Legislative history of Article 4 of the Palermo Convention — Legislative history of Article 2 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988).

1. In this case, Equatorial Guinea relies on Article 4 of the Palermo Convention to attract the protection of certain rules of international law. Its principal argument is that Article 4 incorporates by reference the customary international rules relating to the immunities of States and State officials, since these derive from the principle of sovereign equality with which Article 4 (1) requires States parties to comply¹.

2. This argument assumes that Article 4 (1) gives legal effect, for the purposes of the application of the Palermo Convention, to the principles of customary international law to which it refers, namely sovereign equality, territorial integrity and non-intervention in the domestic affairs of other States. Strictly speaking, it was not necessary for the Court to decide whether this is so, since for the reasons given in paragraphs 92-102 of the Judgment, with which I fully agree, Article 4 does not incorporate the rules relating to the immunities of States and their officials. Moreover, it was a sufficient ground to reject Equatorial Guinea's separate argument based on exclusive jurisdiction to point out that neither Article 6 nor Article 15 of the Palermo Convention confer exclusive jurisdiction over predicate offences on the State where those offences were committed (see paragraphs 115-117 of the Judgment).

3. However, it has been suggested that Article 4 (1) is merely a without prejudice clause, which does not impose an obligation on States parties to the Palermo Convention to act in conformity with the principles of sovereign equality, territorial integrity and non-intervention in any event. If this were the case, it would have been a simpler and more direct ground for denying the Court's jurisdiction under the Palermo Convention, since

¹ True, Equatorial Guinea did not actually use the term "incorporation by reference", resorting instead to synonyms such as "contained within the principles referred to in Article 4" (CR 2018/3, p. 28, para. 1 (Wood); *ibid.*, p. 30, para. 8 (Wood)), or "part and parcel of the principles of sovereign equality and non-intervention" (CR 2018/5, p. 21, para. 16 (Wood)). It was more an argument of incorporation by inference.

DÉCLARATION DE M. LE JUGE CRAWFORD

[Traduction]

Article 4 de la convention de Palerme — Paragraphe 1 de l'article 4 non limité à une clause sans préjudice — Obligation imposée par le paragraphe 1 de l'article 4 conformément à ses termes — Article 4 en tant que garde-fou contre l'intervention sur le territoire d'un autre Etat partie — Travaux préparatoires de l'article 4 de la convention de Palerme — Travaux préparatoires de l'article 2 de la convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (1988).

1. Dans la présente affaire, la Guinée équatoriale invoque l'article 4 de la convention de Palerme pour bénéficier de la protection conférée par certaines règles de droit international. Son principal argument est que l'article 4 incorpore par référence les règles internationales coutumières relatives aux immunités des Etats et de leurs agents, car celles-ci découlent du principe de l'égalité souveraine que le paragraphe 1 de l'article 4 fait obligation aux Etats parties de respecter¹.

2. Cet argument est fondé sur l'hypothèse que le paragraphe 1 de l'article 4 donne un effet juridique, aux fins de l'application de la convention de Palerme, aux principes du droit international coutumier auxquels il fait référence, à savoir l'égalité souveraine, l'intégrité territoriale et la non-intervention dans les affaires intérieures des autres Etats. Au sens strict, il n'était pas nécessaire que la Cour détermine si tel est le cas puisque, pour les raisons indiquées aux paragraphes 92 à 102 de l'arrêt, auxquels je souscris pleinement, l'article 4 n'incorpore pas les règles relatives aux immunités des Etats et de leurs agents. En outre, il suffisait, pour rejeter l'argument distinct de la Guinée équatoriale fondé sur la compétence exclusive, de souligner que ni l'article 6 ni l'article 15 de la convention de Palerme ne confèrent à l'Etat sur le territoire duquel les infractions principales ont été commises la compétence exclusive à l'égard de ces infractions (voir les paragraphes 115 à 117 de l'arrêt).

3. Cela étant, il a été suggéré que le paragraphe 1 de l'article 4 n'est qu'une clause sans préjudice qui n'impose pas aux Etats parties à la convention de Palerme l'obligation d'agir conformément aux principes de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale et de la non-intervention en tout état de cause. Si tel était le cas, cela aurait constitué un motif plus simple et plus direct de contester la compétence de la Cour en vertu de la

¹ En réalité, la Guinée équatoriale a employé non pas l'expression «incorporation par référence», mais plutôt des synonymes tels que «incluses dans les principes visés à l'article 4» (CR 2018/3, p. 28, par. 1 (Wood); *ibid.*, p. 30, par. 8 (Wood)), ou «partie intégrante des principes de l'égalité souveraine et de la non-intervention» (CR 2018/5, p. 21, par. 16 (Wood)). Elle a fait plutôt valoir une incorporation par inférence.

it would have undercut the very assumption on which Equatorial Guinea's Article 4 arguments were based.

4. The Court has not taken this course, and in my view rightly not. Article 4 (1) on the face of it imposes an obligation; it is in mandatory language ("shall carry out their obligations") and the principles of sovereign equality, territorial integrity and non-intervention are established legal principles with a determinate content. In this as in other respects, Article 4 is quite unlike Article I of the Treaty of Amity which was considered in *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 803. Article I proclaimed "firm and enduring peace and sincere friendship" between the parties. It did not refer to any specific principles or rules of international law, but was aspirational in character.

5. The Palermo Convention, like the 1988 Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, from which Article 4 (1) was transposed, has as its object to promote co-operation between States to facilitate effective measures to combat transboundary crime (see Article 1 of the Palermo Convention). However, States parties to the Palermo Convention were concerned to protect themselves against unwanted extraterritorial action by other States. This concern was expressed, for example, during a meeting of the Working Group on the Implementation of the Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organized Transnational Crime in April 1998. The Working Group, established by the United Nations Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, discussed a report containing options for a convention against transnational organized crime, elaborated by the inter-sessional open-ended intergovernmental group of experts in Warsaw in February 1998. The Commission on Crime Prevention and Criminal Justice discussed the progress of the Working Group at its Seventh Session. Relevantly, the Report of that session says:

"Prior to the closing of the meeting . . . [t]he representative of Colombia stated . . . [t]he purpose of the instrument would be to allow State parties to it to afford one another international co-operation and mutual legal assistance *with full respect of the principles embodied in the Charter of the United Nations, international law, national legislation and human rights* . . . The representative of Pakistan highlighted the need for the convention to define the term 'transnational organized crime', as well as to include a list of offences. That representative also maintained that, *in order to ensure its wide acceptability, the convention should take into account the principles of territorial integrity and sovereignty of States.*" (Report on the Seventh Session,

convention de Palerme, car le postulat même sur lequel étaient fondés les arguments de la Guinée équatoriale relatifs à l'article 4 aurait été vidé de son sens.

4. La Cour n'a pas suivi cette voie, à juste titre selon moi. Le paragraphe 1 de l'article 4 impose à première vue une obligation; il est rédigé en termes contraignants («exécutent leurs obligations») et les principes de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale et de la non-intervention sont des principes juridiques établis dont la teneur est déterminée. A cet égard comme à d'autres égards, l'article 4 diffère de l'article premier du traité d'amitié examiné en l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 803. Cet article premier proclamait une «paix stable et durable et [une] amitié sincère» entre les parties. Il ne faisait référence à aucun principe ni aucune règle spécifique de droit international, mais avait un caractère ambitieux.

5. La convention de Palerme, à l'instar de la convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes dont est tiré le paragraphe 1 de l'article 4, a pour objet de promouvoir la coopération entre Etats afin de faciliter l'adoption de mesures efficaces pour combattre la criminalité transfrontière (voir l'article premier de la convention de Palerme). Toutefois, les Etats parties à cette convention étaient soucieux de se protéger de toute action extraterritoriale non souhaitée qui serait menée par d'autres Etats. Cette préoccupation a été exprimée, par exemple, lors d'une réunion, tenue en avril 1998, du groupe de travail sur l'application de la déclaration politique de Naples et du plan mondial d'action contre la criminalité transnationale organisée. Ce groupe de travail, créé par la Commission des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale, a examiné un rapport contenant diverses options pour l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée, établi par le groupe intergouvernemental d'experts intersessionnel à composition non limitée qui s'était réuni à Varsovie en février 1998. La Commission pour la prévention du crime et la justice pénale a étudié les progrès réalisés par le groupe de travail à sa septième session. Il est intéressant de noter que le rapport sur les travaux de cette session indique ce qui suit :

«Avant la clôture de la réunion, ... [l]e représentant de la Colombie a déclaré qu[e] ... [l]'objectif de cet instrument serait de permettre aux Etats qui y adhéreraient de renforcer la coopération internationale et l'entraide juridique *tout en respectant les principes reconnus dans la Charte des Nations Unies, le droit international, les législations nationales et les droits de l'homme*... Le Pakistan a souligné la nécessité pour la convention de définir l'expression «criminalité transnationale organisée» et d'inclure une liste des délits qui en relèvent. Ce représentant a également demandé que, *pour être largement acceptable, la convention tienne compte des principes de l'intégrité territoriale et de la souveraineté des Etats.*» (Rapport sur la

Supplement No. 10, United Nations doc. E/CN.15/1998/11, Ann. III, p. 80; emphasis added.)

6. In December 1998 an *Ad Hoc* Committee was established by the General Assembly for the purpose of elaborating a comprehensive international convention against transnational organized crime. The record of discussion in the *Ad Hoc* Committee shows that concern was expressed for the sovereignty and territorial integrity of States parties in the context of provisions relating to “special investigative techniques”, “joint teams” to be used in law enforcement co-operation and the draft Article on jurisdiction. In relation to the draft Article on jurisdiction, several delegations raised concerns that it could be understood to allow States parties to apply their domestic laws to the territory of other States, for example, by carrying out investigative measures abroad. In response, it was pointed out that what became Article 4 (1) “emphasized the principles of sovereign equality, territorial integrity and non-intervention in the domestic affairs of other States and that those principles applied also to any exercise of jurisdiction”. The focus was on what became Article 4 as a safeguard against intervention on the territory of another State, including by way of extraterritorial jurisdiction. The indications are that what became Article 4 (1) was seen by delegations involved in the drafting of the Palermo Convention as a necessary balance to the provisions of the Convention dealing with the effective suppression of transnational organized crime.

7. Support for this conclusion can also be gleaned from the history of Article 2 (2) of the 1988 Drugs Convention. Forty-two States framed a proposal for what became Article 2 (2) expressly as a without prejudice clause: “Nothing in this Convention derogates from the principles of the sovereign equality and territorial integrity of States or that of non-intervention in the domestic affairs of States.” The United States expressed the view that “[t]he main difficulty . . . with that text was the prevailing negative tone of the wording”. The United States proposed an amendment “with the aim of giving it a more positive mode of expression”. The proposal, ultimately adopted in Article 2 (2) of the 1988 Drugs Convention, provided that States parties “shall carry out their obligations” under the present Convention “in a manner consistent with the principles of sovereign equality and territorial integrity”. The Commentary to the 1988 Drugs Convention records the suggestion that

“in addition to including . . . safeguard clauses [in relation to national legal systems and domestic laws], it would be desirable to devise a separate article of general application, covering the whole Convention, which would *ensure* that the obligations assumed by parties would in no way infringe universally recognized legal principles such as the sovereign equality and territorial integrity of States” (Commentary, para. 2.1; emphasis added).

septième session, supplément n° 10, annexe III, Nations Unies, doc. E/CN.15/1998/11, p. 79; les italiques sont de moi.)

6. En décembre 1998, l'Assemblée générale a créé un comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale générale contre la criminalité transnationale organisée. Il ressort des comptes rendus des débats tenus au sein de ce comité que des préoccupations ont été exprimées au sujet de la souveraineté et de l'intégrité territoriale des Etats parties dans le contexte des dispositions relatives aux « techniques d'enquête spéciales », aux « équipes mixtes » à utiliser dans le cadre de la coopération en matière de répression et du projet d'article relatif à la compétence. En ce qui concerne ce projet d'article, plusieurs délégations ont craint qu'il puisse être entendu comme autorisant les Etats parties à appliquer leur droit interne sur le territoire d'autres Etats, par exemple à mener des enquêtes à l'étranger. En réponse, il a été souligné que ce qui est devenu le paragraphe 1 de l'article 4 « mettait l'accent sur les principes de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres Etats, et que ces principes s'appliquaient également à tout exercice de compétence ». Ce qui importait, c'était que le futur article 4 soit un garde-fou contre l'intervention sur le territoire d'un autre Etat, y compris au moyen de la compétence extraterritoriale. Selon ces indications, ce qui est devenu le paragraphe 1 de l'article 4 était considéré par les délégations participant à l'élaboration de la convention de Palerme comme un contrepoids nécessaire aux dispositions de la convention relatives à la répression efficace de la criminalité transnationale organisée.

7. Les travaux préparatoires du paragraphe 2 de l'article 2 de la convention de 1988 contre les stupéfiants viennent aussi étayer cette conclusion. Quarante-deux Etats ont formulé une proposition de texte expressément sous la forme d'une clause sans préjudice : « Rien dans la présente Convention ne porte atteinte aux principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des Etats ou de la non-intervention dans les affaires intérieures des Etats. » Les Etats-Unis ont exprimé l'avis que « [l]a principale difficulté ... éprouv[é]e à l'égard de ce texte [était] son ton généralement négatif ». Ils ont proposé un amendement rédigé « de manière à lui donner un ton plus positif ». La proposition, finalement adoptée au paragraphe 2 de l'article 2 de la convention de 1988 contre les stupéfiants, prévoyait que les Etats parties « exécutent leurs obligations » au titre de la convention « d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale ». Le commentaire de la convention de 1988 contre les stupéfiants fait état de la proposition selon laquelle,

« indépendamment de l'inclusion de ... clauses de sauvegarde [en relation avec les systèmes juridiques nationaux et les législations nationales], il serait indiqué d'introduire un article distinct d'application générale, portant sur la Convention dans son ensemble, pour *veiller à ce que* les obligations assumées par les Parties n'affectent aucunement des principes juridiques universellement reconnus comme l'égalité souveraine et l'intégrité territoriale des Etats » (commentaire, par. 2.1; les italiques sont de moi).

It is one thing to say that treaty provisions are without prejudice to some rule or principle of international law (and Article 12 (9) of the Palermo Convention does say this). It is quite another to ensure that that is the case.

8. Article 4 of the Palermo Convention was originally part of the article relating to the “Scope of application” of the Convention. It was eventually placed as a separate clause, entitled “Protection of sovereignty”. Although not decisive, this also suggests that Article 4 (1) is more than a “without prejudice” clause.

9. The legislative history of Article 4 of the Palermo Convention, and of Article 2 of the 1988 Drugs Convention, tends to confirm the conclusion to be drawn from the actual text of Article 4 (1), viz., that it imposes an obligation in accordance with its terms.

(Signed) James CRAWFORD.

C'est une chose de dire que les dispositions d'un traité sont sans préjudice d'une règle ou d'un principe du droit international (et le paragraphe 9 de l'article 12 de la convention de Palerme le dit bel et bien). C'en est une tout autre de veiller à ce que ce soit le cas.

8. Les prévisions de l'article 4 de la convention de Palerme faisaient initialement partie de l'article consacré au «Champ d'application» de l'instrument. Elles ont finalement fait l'objet d'une disposition distincte, intitulée «Protection de la souveraineté». Sans être décisif, ce fait porte aussi à croire que le paragraphe 1 de l'article 4 est davantage qu'une clause «sans préjudice».

9. Les travaux préparatoires de l'article 4 de la convention de Palerme et de l'article 2 de la convention de 1988 contre les stupéfiants tendent à confirmer la conclusion qu'il convient de tirer du texte même du paragraphe 1 de l'article 4, à savoir qu'il impose une obligation conformément à ses termes.

(Signé) James CRAWFORD.
