
Stephen J. Toope, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*. Cambridge, Grotius, 1990. Pp. xxxi, 404 [110,00\$]. Commenté par Philippe Fouchard*

C'est un important ouvrage que nous livre ici le Professeur Stephen Toope. Important, il ne l'est pas seulement par son volume, l'étendue des sources étudiées, et l'objet même de son propos. Il l'est aussi par les idées qu'il défend, toutes intéressantes, même si quelques-unes ne sont pas totalement convaincantes ou manquant d'originalité.

1. L'arbitrage international mixte, pour l'auteur, est l'arbitrage qui oppose un État et une personne privée étrangère. Un État, mais aussi, semble-t-il, toute émanation étatique. Pourtant, sans s'expliquer spécialement sur cette éventuelle distinction, le Professeur Toope s'intéresse surtout à la présence directe, dans un arbitrage international, du gouvernement d'un État, car c'est elle qui revêt une signification proprement politique. Mais beaucoup des arbitrages internationaux mixtes qu'il étudie ensuite ne concernent en réalité que des entreprises publiques, et non les États eux-mêmes, et ce n'est pas là une simple nuance juridique, comme il le note à propos de l'affaire dite du Plateau des Pyramides¹.

Si l'auteur remarque d'emblée², et à juste titre, que le qualificatif d'international est, dans un tel contexte, fort imprécis, et qu'il est même source de confusions qu'il va constamment dénoncer, il insiste beaucoup sur le caractère « mixte » de l'arbitrage qu'il va étudier. C'est même là son idée centrale : cet arbitrage n'est et ne doit être ni « politique », comme l'est celui qui oppose deux États en droit international public ; mais il n'est pas non plus, et ne doit être davantage, un arbitrage « d'affaires » relevant de l'autorité et des normes du seul système de l'arbitrage commercial international.

La perspective est exacte, et, sur de telles prémisses, on rejoint volontiers l'auteur. Mais l'on s'interroge aussitôt : la différence de statut personnel des deux parties suffit-elle à donner à l'arbitrage qui les oppose un régime complètement autonome et original ? Ou au contraire, sa mixité ne le conduit-elle pas

* Professeur, Faculté de droit, Université Panthéon-Assas (Paris II).

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1992

Mode de citation: (1992) 37 R.D. McGill 645

To be cited as: (1992) 37 McGill L.J. 645

¹Dans cette affaire *SPP c. République arabe d'Égypte*, voir : la sentence arbitrale du 16 février 1983, [1986] Rev. arb. 105 ; le jugement de la Cour d'appel de Paris, 12 juillet 1984, [1986] Rev. arb. 75 ; l'article de Ph. Leboulanger, « État, politique et arbitrage » [1986] Rev. arb. 3.

²S. Toope, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990 à la p. 4 [ci-après *Mixed International Arbitration*].

inévitablement à emprunter à la fois au système de l'arbitrage commercial international et aux règles du droit public (national et international) ?

2. C'est poser la question — classique et irritante — de la « spécificité » du sujet de l'étude, et des questions traitées dans l'ouvrage du Professeur Toope. L'auteur a parfaitement conscience de la difficulté, puisque, dès son chapitre introductif, il note que les difficultés et les discussions qui surgissent dans les arbitrages mixtes se retrouvent généralement dans les arbitrages commerciaux internationaux³. Les exemples de cette inévitable confusion se retrouvent tout au long de l'ouvrage. Pour n'en donner que quelques-uns, on remarquera que les questions des lenteurs de la procédure⁴ et de la dépendance des arbitres⁵ se posent dans tous les arbitrages, et que l'interprétation de la *Convention de New York*⁶ ne soulève pas de problème propre dans les arbitrages mixtes. Mais ce premier survol doit laisser place à une analyse plus précise de l'ouvrage du Professeur Toope.

3. Après une introduction (chapitre I) fort intéressante, l'ouvrage est divisé en deux parties, la première portant sur les « problèmes centraux » (chapitres II à V) et la seconde sur « les principaux exemples d'arbitrage institutionnel mixte » (chapitres VI à IX). En d'autres termes, à une vue synthétique des problèmes succède une description analytique du phénomène. Il est donc heureux que, dans un dernier chapitre X, intitulé « Cautions and prescriptions », l'auteur dégage, en guise de conclusion, les principes qui lui paraissent devoir gouverner, aujourd'hui et demain, les arbitrages mettant en présence un État et une personne privée étrangère.

4. Dans la première partie, l'auteur recherche successivement les « possibilités de délocaliser » le droit de la procédure arbitrale (chapitre II) et le droit applicable au fond, en dénonçant à ce propos « l'illusion de la stabilisation » (chapitre III).

La délocalisation de l'arbitrage international est un vieux débat. L'opinion d'auteurs qui, avec le Dr Mann, ont condamné à la fois l'autonomie de l'arbitrage par rapport aux lois étatiques de procédure et le rôle principal de la volonté des parties dans la détermination des règles applicables à la procédure et au fond du litige⁷ est aujourd'hui tellement minoritaire et tellement éloignée de la pratique internationale, du droit positif de la plupart des pays et des tendances contemporaines, qu'il était sans doute inutile d'y revenir. Mais surtout, il est difficile de voir en quoi la présence d'un État à une procédure arbitrale aurait un effet sur sa délocalisation. Les cas étudiés concernent bien des litiges ayant opposé des États ou entreprises publiques à des entreprises étrangères, mais ni les arbitres, ni les juges étatiques n'ont tiré de cette présence publique des con-

³*Ibid.* à la p. 12.

⁴*Ibid.* à la p. 203.

⁵*Ibid.* à la p. 210.

⁶*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 39, 21 U.S.T. 2518, T.I.A.S. n° 6997 [ci-après *Convention de New York*]. Voir *Mixed International Arbitration*, *ibid.* aux pp. 29 et s., 99 et s.

⁷Voir auteurs cités par le Professeur Toope : *Mixed International Arbitration*, *ibid.* à la p. 25 et s.

séquences particulières pour la détermination des règles de procédure. Ainsi en fût-il dans l'affaire *Gotaverken*⁸ ou dans l'affaire *Raffineries de pétrole d'Homs*⁹, ou dans certaines sentences pétrolières bien connues comme celles qui ont intéressé la Libye¹⁰. D'ailleurs, l'auteur convient volontiers que « la procédure d'un arbitrage international n'est pas nécessairement gouvernée par la *lex loci arbitri*, mais peut être réglée par un autre système de règles choisi ou déterminé par les parties, ou, en l'absence de choix, par les arbitres » [traduction de l'auteur]¹¹.

La détermination du droit applicable au fond du litige est une autre de ces questions classiques sur laquelle on aurait tendance à croire que tout a été dit. Certes, il était nécessaire, à propos des contrats d'État, de rappeler pourquoi le contractant privé souhaite obtenir une stabilisation de ses relations avec l'État¹². Mais l'analyse des sentences arbitrales pétrolières récentes (et en particulier la sentence *Aminoil*¹³) permet à l'auteur de montrer les limites de l'efficacité de ces clauses. Dès lors, la description subséquente des systèmes juridiques ou de la jurisprudence arbitrale et la description de ce que le Professeur Toope appelle les « variétés de délocalisation du droit substantiel »¹⁴ n'apportent guère d'éléments nouveaux, tant la littérature juridique a été abondante sur ce point¹⁵. Le Professeur Toope est fort réservé face au recours aux principes généraux du droit ou au droit international ; il relève pertinemment que ces théories ont été imaginées pour jouer « à sens unique », et qu'on verrait mal les États développés accepter que les investissements étrangers sur leur territoire puissent relever d'une autre loi que la leur¹⁶. On est également d'accord avec lui lorsqu'il

⁸*General National Maritime Transport Co. c. Société Gotaverken Arendel A.B.*, Paris, 21 février 1980, 20 I.L.M. 884, [1980] Rev. arb. 524 (note F. Jeantet), (1980) 107 JDI 660 (note Ph. Fouchard), (1980) 69 Rev. crit. dr. int. privé 763 (note E. Mezger). Voir *Mixed International Arbitration*, *ibid.* à la p. 33.

⁹*Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias c. Chambre de Commerce Internationale*, Trib. gr. inst. Paris, 28 mars 1984 et Paris, 15 mai 1985, [1985] Rev. arb. 141. Voir *Mixed International Arbitration*, *ibid.* à la p. 34.

¹⁰Voir les affaires *Libyan American Oil Co. c. Socialist People's Arab Republic of Libya*, Cour d'appel suédoise, 18 juin 1980, 20 I.L.M. 893 [ci-après *Liamco*], *Texaco Overseas Petroleum Co. c. Government of the Libyan Arab Republic* (le fond), (19 janvier 1977), (1979) 53 I.L.R. 389 et *B.P. Exploration Co. (Libya) c. Government of the Libyan Arab Republic* (le fond), (10 octobre 1973) et (1 août 1974), (1979) 53 I.L.R. 297, qui font l'objet de l'article de B. Stern, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions » [1980] Rev. arb. 3. Voir aussi *Mixed International Arbitration*, *ibid.* à la p. 37.

¹¹*Mixed International Arbitration*, *ibid.* à la p. 41.

¹²*Ibid.* à la p. 52 et s.

¹³*The Government of the State of Kuwait c. The American Independent Oil Co. (ad hoc)* (sentence finale), (24 mars 1982), 21 I.L.M. 976.

¹⁴*Mixed International Arbitration*, *supra*, note 2 à la p. 56 et s.

¹⁵Pour un état de la question et une bibliographie presque exhaustive en 1984, voir J.-F. Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents » (1984) 181 RCADI 9 ; K.-H. Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises: A Survey on the National and International State of Law and Practice*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer, 1984 ; et, parmi les articles plus récents en langue française, voir P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État » (1986) 113 JDI 5 ; N. David, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien » (1986) 113 JDI 79 ; J.-M. Jacquet, « L'État, opérateur du commerce international » (1989) 116 JDI 621 ; voir aussi les références citées ci-dessous, n° 14.

¹⁶*Mixed International Arbitration*, *supra*, note 2 à la p. 82.

dénonce les thèses « maximalistes » de la délocalisation, qui auraient poussé les entreprises étrangères à prétendre qu'elles avaient la personnalité internationale et que la rupture d'un contrat d'État était équivalente à celle d'un traité¹⁷. Mais en est-on encore là aujourd'hui ?

5. La *lex mercatoria* ne lui semble pas plus appropriée¹⁸, parce qu'elle a été élaborée dans le contexte de litiges purement privés, au sein de la société internationale des commerçants¹⁹. Cette critique « politique » est intéressante, mais, pour convaincre complètement, il aurait fallu démontrer que, dans les relations entre entreprises privées et pays en développement, ses règles étaient inéquitables ou du moins — ce qui est plus plausible — ne prenaient pas suffisamment en considération les contraintes ou les objectifs d'intérêt public qui sont propres aux États. Au lieu de cela, l'auteur fait alors sienne une critique plus classique adressée à la *lex mercatoria*, dont les règles identifiées (comme l'obligation d'exécuter ses obligations de bonne foi, le respect de la parole donnée, et la sanction de l'abus de droit) présenteraient un degré trop élevé de généralité pour être utiles et « sécurisantes ». Pourtant, il aurait été intéressant de rechercher quel rôle pourraient jouer ou auraient effectivement joué ces principes de la *lex mercatoria* dans les sentences « mixtes », sans se borner à reprendre, pour conclure, la critique « tiers-mondiste » bien connue, selon laquelle « la prétendue *lex mercatoria* est essentiellement une tentative de légitimer comme droit les intérêts économiques des sociétés occidentales » [traduction de l'auteur]²⁰.

6. Le chapitre IV sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales « mixtes » s'ouvre sur un certain nombre de généralités relatives à l'exécution des sentences arbitrales « étrangères » dans le cadre étatique. L'auteur expose alors le système de la *Convention de New York*, dont il dit à juste titre qu'elle ne représente pas un progrès extraordinaire dans la limitation du contrôle judiciaire sur la sentence²¹.

Le Professeur Toope estime avec raison que les apports réalisés ensuite par la *Convention européenne de Genève* (1961)²² et la *Convention de Washington* (1965)²³ sont plus substantiels. Mais si ce dernier accord exclut un véritable contrôle national des sentences rendues sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), il a dû, sans doute en contrepartie, organiser un recours en annulation interne contre ces sentences, dont la pratique, dans les années 80, a montré les dangers.

S'agissant de la *Convention de New York*, il est certain que des lois plus récentes, comme le nouveau *Code de procédure civile* français de 1981, sont tel-

¹⁷*Ibid.* à la p. 97.

¹⁸*Ibid.* à la p. 93.

¹⁹*Ibid.* à la p. 391.

²⁰*Ibid.* à la p. 96.

²¹*Ibid.* à la p. 112.

²²*Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, 21 avril 1961, 484 R.T.N.U. 349.

²³*Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 159, 17 U.S.T. 1270, T.I.A.S. n° 6090 (en vigueur le 14 octobre 1966).

lement plus favorables à l'exécution des sentences étrangères ou internationales sur le sol national que cette *Convention* n'y joue pratiquement plus aucun rôle. Celle-ci s'est d'ailleurs volontairement effacée devant des systèmes de contrôle judiciaire plus favorables à la sentence invoquée, et on comprend mal pourquoi l'auteur juge « audacieux »²⁴ l'arrêt *Norsolor*²⁵ par lequel la Cour de cassation française, se fondant sur l'article VII de la *Convention de New York*, prescrit au juge français de ne pas se préoccuper du sort de la sentence dans son pays d'origine. Mais cela, une nouvelle fois, nous éloigne des arbitrages mixtes, de même que toute la discussion conduite à propos de la sentence « internationale » selon la *Convention de New York*²⁶ : exigences du caractère « obligatoire » et « étranger » de la sentence et de sa conformité à l'ordre public du pays d'accueil. On comprend mal, d'ailleurs, pourquoi l'auteur s'en prend alors si vivement à la notion restrictive de « l'ordre public international »²⁷ pourtant défendue par une doctrine majoritaire²⁸, la pratique arbitrale²⁹ et certaines lois comme le *Nouveau Code de procédure civile* français³⁰. Le Professeur Toope soutient que cette notion est trop vague, trop empreinte de morale ou de considérations de pure procédure pour suffire à un contrôle étatique minimum. Mais, si l'on revient à son propos, c'est-à-dire aux sentences rendues dans des arbitrages internationaux mixtes, rien n'interdirait à un juge, au nom de l'ordre public international, de rejeter celles qui porteraient atteinte à un intérêt public essentiel, non seulement de son propre État, mais aussi d'un État étranger, s'il l'estime légitime. Des décisions de nationalisation, des mesures de lutte contre la corruption ou de protection de l'environnement, et bien d'autres lois de police étrangères peuvent ainsi être prises en compte au nom de l'ordre public international.

7. Traitant ensuite des immunités souveraines que les États invoquent contre l'exécution des sentences, l'auteur expose les affaires les plus récentes (*LIAMCO c. Libye*³¹, *Ipitrade c. Nigéria*³², *MINE c. Guinée*³³, *SEÉE c. Yougo-*

²⁴*Mixed International Arbitration*, *supra*, note 2 à la p. 122.

²⁵*Pabalk Ticaret c. Norsolor*, Cass. civ. 1re, 9 octobre 1984, 24 I.L.M. 360.

²⁶*Mixed International Arbitration*, *supra*, note 2 à la p. 116 et s.

²⁷*Ibid.* à la p. 135 et s.

²⁸Voir les rapports et les commentaires des divers intervenants du groupe de travail n° 2 au XIIIe Congrès de l'*International Council for Commercial Arbitration* à New York en 1986, publiés dans P. Sanders, éd., *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer, 1987 à la p. 177 et s. ; P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » [1986] *Rev. arb.* 329.

²⁹Voir, par exemple, S. Jarvin et Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards/Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer et ICC Publishing, 1990. La notion d'ordre public international est utilisée aussi souvent par les sentences publiées que celle d'ordre public, et permet aussi bien de sanctionner la corruption, les trafics illicites, l'atteinte aux règles du droit de la concurrence, etc. que d'imposer le respect des principes fondamentaux de l'arbitrage international.

³⁰Art. 1502(5).

³¹*Liamco*, *supra*, note 10.

³²*Ipitrade International, S.A. c. Federal Republic of Nigeria*, 465 F. Supp. 824 (D.D.C. 1978), 17 I.L.M. 1395.

³³*Maritime International Nominees Establishment c. Republic of Guinea* (Recours en annulation), 693 F. 2d 1094 (D.C. Cir. 1982), 21 I.L.M. 1355, telle que modifiée par 22 I.L.M. 86 et (1983) 72 I.L.R. 152.

slavie³⁴, *Benvenuti et Bonfant c. Congo*³⁵, *Eurodif c. Iran*³⁶, etc.) où, dans différents pays, cette irritante question a été soulevée ; sa démonstration est aussi claire que convaincante sa conclusion³⁷ : « en acceptant le jugement d'un tiers, un État doit être présumé avoir consenti aux mesures d'exécution qui sont nécessaires pour résoudre le différend », car « un différend n'est résolu que si la sentence arbitrale a reçu effet » [traduction de l'auteur]. Sa conclusion ne sera guère différente s'agissant d'un autre obstacle, dont ont surtout connu les tribunaux anglais et américains, celui de la doctrine de l'*Act of State*³⁸.

8. Le chapitre V concerne les sanctions ou les mesures qui sont à la disposition des arbitres dans un arbitrage international mixte. À dire vrai, si le terme *remedies* est intraduisible, le propos de l'auteur est bien clair : l'efficacité propre des décisions prises par les arbitres (indépendamment de leur sanction étatique) peut-elle être affectée par la présence d'un État dans un tel arbitrage ? Certainement, dit l'auteur. D'abord, une décision de nationalisation qui met fin à un contrat d'État a une composante politique, qui peut conduire l'État étranger dont ressortit l'entreprise privée à intervenir (protection diplomatique) ou l'arbitre à encourager une exécution volontaire de sa décision. Mais surtout, ce dernier va préférer l'attribution de dommages-intérêts à l'exécution en nature, qui pourrait le conduire à exiger de l'État une *restitutio in integrum* « hautement inappropriée », comme le Professeur Toope qualifie à juste titre la (trop) fameuse sentence *Texaco c. Libye*³⁹. Sont également intéressants et utiles les développements sur l'évaluation du préjudice, car la détermination d'une compensation « équitable », « appropriée », ou celle de l'*expectation interest* ou du *lucrum cessans* se prêtent à beaucoup d'incertitudes. Dans un débat hautement politisé, le Professeur Toope apporte beaucoup de sérénité et cherche à dégager les principes qu'il estime justes pour les deux parties. Mais il est également attentif aux aspects les plus concrets de l'efficacité de l'arbitrage mixte, et s'intéresse de près à la possibilité, tant pour les arbitres que pour les juges étatiques, d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires⁴⁰.

9. La seconde partie de l'ouvrage du Professeur Toope s'attache, on l'a dit, à décrire « les principaux exemples d'arbitrages institutionnels mixtes », ce qui est source d'une première perplexité : pourquoi privilégier ainsi l'arbitrage institutionnel, alors que les précédents les plus significatifs en matière d'arbitrage mixte proviennent de procédures *ad hoc* ?

10. Autre sujet d'étonnement : l'auteur s'intéresse d'abord à la Chambre de Commerce Internationale (CCI) (chapitre VI), qui n'est certainement pas une « institution d'arbitrage mixte ». Certes, elle joue un rôle majeur dans les arbi-

³⁴*Société européenne d'études et d'entreprises c. Yougoslavie, Hoge Raad, Pays-Bas, 26 octobre 1973, 14 I.L.M. 71.*

³⁵*Benvenuti & Bonfant Co. c. Government of the People's Republic of the Congo, Paris, 6 juin 1981, 20 I.L.M. 878.*

³⁶*Eurodif Corp. c. Islamic Republic of Iran, Cass. civ. Ire, 14 mars 1984, 23 I.L.M. 1062.*

³⁷*Mixed International Arbitration, supra, note 2 à la p. 150.*

³⁸*Ibid.* à la p. 151 et s.

³⁹*Libyan American Oil Co. c. The Government of the Libyan Arab Republic (ad hoc) (le fond), (12 avril 1977), 20 I.L.M. 1. Voir Mixed International Arbitration, *ibid.* à la p. 166.*

⁴⁰*Mixed International Arbitration, ibid.* à la p. 190 et s.

trages opposant une entreprise privée à un État ou une entreprise publique étrangère, et l'on estime généralement que plus d'un quart des arbitrages administrés par la CCI correspondent à cette hypothèse. Mais aucune règle, aucune pratique particulière de l'arbitrage de la CCI ne lui est spécifique, et la Cour internationale d'arbitrage ne souhaite certainement pas leur émergence. Est-ce que, pour autant, les intérêts publics seraient maltraités ? L'auteur semble le craindre, sans vraiment le démontrer. Car remarquer que les délais imposés sont trop courts pour les entités publiques⁴¹, c'est oublier la souplesse de la pratique des prorogations, et l'attention portée, dans chaque cas, par la Cour comme par les arbitres, au respect très concret des droits de la défense. De même, l'exigence de l'indépendance des arbitres, la liberté des parties et des arbitres dans la détermination du droit applicable au fond du litige, l'engagement d'exécuter sans délai la sentence arbitrale : toutes ces dispositions du règlement d'arbitrage de la CCI n'ont rien d'exceptionnel, et ne sont pas par elles-mêmes défavorables aux États des pays en voie de développement. Les réticences de l'auteur à l'égard de la CCI sont, à vrai dire, d'un autre ordre, presque socio-politique : pour lui, cette institution est au service de la « communauté internationale des marchands »⁴², elle est le creuset d'une *lex mercatoria* destinée aux entreprises commerciales d'un Occident développé, et ne prend pas assez en considération les intérêts publics et la souveraineté des États. À notre avis, la critique manque de nuances et de justifications ; elle nous reporte plus de 20 ans en arrière, lorsque le Sud contestait en bloc l'arbitrage international, qu'il fût commercial ou mixte. Ce manichéisme surestime le rôle des Centres d'arbitrage, et ne tient guère compte de la place (encore faible mais déjà significative) qu'ont prise les juristes et les pays du Sud dans le développement de l'arbitrage international.

II. Il est vrai que pour l'auteur, l'arbitrage du CIRDI est le plus apte à tenir compte des besoins spécifiques des gouvernements et des parties privées étrangères⁴³. C'est qu'il évite, selon l'auteur, la politisation des litiges. Néanmoins, la description qui est faite, dans le chapitre VII, de cette institution propre à l'arbitrage mixte n'apporte pas d'éléments vraiment nouveaux. Dans l'analyse qu'il propose de la *Convention de Washington*, du règlement d'arbitrage du CIRDI, et surtout des quelques affaires dont il a eu à connaître, le Professeur Toope tient à montrer comment les intérêts des deux parties sont constamment préservés : la compétence du CIRDI, sa nature juridique, le droit applicable au fond du litige, le régime de l'exécution des sentences sont autant de facteurs de cet équilibre. Mais l'auteur ne se dérobe pas à la question que cette institution pose depuis sa création, c'est-à-dire depuis plus de 25 ans : pourquoi est-elle à ce point « sous-utilisée »⁴⁴ ? Vingt affaires seulement lui ont été déférées, alors que près de cent États sont liés par la *Convention de Washington* : c'est bien peu ! Le Professeur Toope ne croit pas que la « dérive » des comités *ad hoc*, se transformant dans certains cas en une sorte de tribunal arbitral de second degré, soit une raison majeure de ce relatif insuccès⁴⁵. Celui-ci, selon l'auteur, tient tout

⁴¹*Ibid.* à la p. 203.

⁴²*Ibid.* à la p. 216.

⁴³*Ibid.* à la p. 217.

⁴⁴*Ibid.* à la p. 253.

⁴⁵*Ibid.* à la p. 260.

simplement à la réticence des États, et donc à l'attachement qu'ils montrent à leur souveraineté et à leur ordre public. Cette réticence devrait progressivement s'atténuer, car, l'auteur en est convaincu, le CIRDI, par sa nature même, est la seule institution en mesure de répondre à la fois aux impératifs des affaires et aux intérêts publics légitimes, de prévenir la politisation des litiges en écartant le mécanisme de la protection diplomatique.

12. Les deux chapitres suivants s'intéressent au Tribunal des différends irano-américains, mis en place à la Haye en 1981, à la suite des Accords d'Alger⁴⁶. Dans le chapitre VIII, le Professeur Toope s'interroge sur la nature juridique de ce tribunal (international ? arbitral ? ou « mixte » ?). Créé par un traité de droit international, il doit statuer sur des litiges économiques ; cependant, il rencontre aussi des questions de responsabilité des États relevant du droit international public, et l'exécution de ses sentences condamnant la partie iranienne bénéficie de l'existence d'un compte de garantie. Le Professeur Toope analyse longuement toutes ces particularités, ainsi que les délicates questions de compétence de cette juridiction, surgies notamment à propos de personnes physiques demandereses ayant la double nationalité : iranienne et américaine⁴⁷. Suit une description très vivante de l'atmosphère, des tensions, des incidents et de la lenteur des procédures ; tout ceci est fort intéressant, mais, en raison du contexte tout à fait exceptionnel de ce contentieux irano-américain, nous éloigne un peu des problèmes juridiques propres à l'arbitrage mixte.

La même remarque vaut pour le chapitre IX, où l'auteur se demande quel peut être le rôle et la contribution de ce tribunal irano-américain à la théorie et à la pratique de l'arbitrage international. Il discute longuement de l'indépendance des arbitres iraniens et américains, et de la difficile position des troisièmes arbitres de nationalité européenne qui président et qui sont chargés de tenir la balance égale dans des débats manquant pour le moins de sérénité ... Mais surtout, il constate que la principale innovation apportée par cette institution, c'est-à-dire l'existence d'un compte de garantie pour l'exécution des sentences, est la moins apte à être appliquée ultérieurement dans d'autres contextes⁴⁸. Quant au fond du droit, le Professeur Toope manifeste également une certaine déception : les sentences ont été trop souvent imprécises, timides, motivées en fait plus qu'en droit.

13. Dans son chapitre de conclusion, l'auteur nous livre son sentiment personnel, ou plutôt nous répète les idées auxquelles il est attaché⁴⁹. Quelle que soit leur origine, les arbitrages opposant les États à des personnes privées ont une nature mixte. Même lorsque les principes du droit international sont applicables et que la procédure arbitrale est complètement délocalisée, ce mécanisme ne relève pas en lui-même du droit international, et, *a fortiori*, des seules lois nationales ou des systèmes d'arbitrage purement commercial. Et il est essentiel de

⁴⁶Voir un extrait de ces Accords d'Alger (qui ont pris la forme de « déclarations » du gouvernement algérien), (1982) VII Y.B.C.A. 225, et leur traduction française (non officielle), (1981) 108 JDI 776.

⁴⁷*Mixed International Arbitration*, *supra*, note 2 à la p. 300 et s.

⁴⁸*Ibid.* à la p. 369.

⁴⁹*Ibid.* à la p. 385 et s.

maintenir la différence de statut des deux parties, et de tenir compte des intérêts et des attentes légitimes de l'une et de l'autre. On souscrit parfaitement à ces conclusions, qui sont autant de frontières, de délimitations ... Mais lorsque vient l'énumération des cinq principes (*values*), qui semblent essentiels à l'auteur, on est un peu déçu. En effet, il s'agit d'abord de quelques vérités d'évidence, dont la plupart s'imposent pour toute sorte d'arbitrage. Il en est ainsi des exigences du consentement à l'arbitrage, et de l'indépendance des arbitres. La recherche par l'arbitre de solutions consensuelles et la flexibilité dans l'application du droit sont certes particulièrement opportunes dans les arbitrages mixtes, mais on incline à penser que ces « valeurs » peuvent et doivent être présentes dans tout arbitrage, ou du moins dans tous ceux relatifs à des relations contractuelles internationales complexes et de longue durée. Seule la recherche d'une complète dépolitisation des litiges dans les arbitrages mixtes est un objectif propre à ce type d'arbitrage, qui conduit, comme on l'a vu, le Professeur Toope à refuser l'internationalisation complète de ce mécanisme.

14. Pour conduire sa recherche, l'auteur a utilisé une vaste documentation. La « table des cas » qui figure en début d'ouvrage montre l'étendue géographique de ses sources et la diversité de leur nature. Deux regrets cependant, ou plutôt deux sources d'étonnement. En premier lieu, alors qu'il a utilisé abondamment et pertinemment de nombreuses sentences arbitrales publiées, pourquoi le Professeur Toope répugne-t-il à admettre l'idée de la formation d'une véritable jurisprudence arbitrale⁵⁰ ? Ensuite, l'auteur écrit que la doctrine s'est peu attachée aux arbitrages mixtes et encore moins à un effort de synthèse des multiples expériences dont ils ont fait l'objet⁵¹. Or, la bibliographie rassemblée par le professeur Toope est déjà impressionnante sur le sujet ; s'il y avait ajouté quelques travaux en langue française qui ont tenté, précisément, cette synthèse, il aurait pu craindre, au contraire, une sorte de trop-plein. Sans prétendre à un complément exhaustif, on citera par exemple les travaux de Jean-Pierre Regli⁵², de Bernard Audit⁵³, et, sur le Tribunal des différends irano-américains, le Colloque de l'Université de Nanterre⁵⁴.

Enfin, le Professeur Toope n'avait sans doute pas eu connaissance, au moment où il écrivait son livre, des travaux de l'Institut de droit international, qui s'achevèrent par une résolution adoptée à sa session de Saint-Jacques-de-Compostelle le 12 septembre 1989⁵⁵, portant précisément sur l'arbitrage entre États et entreprises étrangères, travaux volumineux et de qualité, dont le sous-signé a trop brièvement rendu compte⁵⁶. Dans une assez large mesure — et c'est

⁵⁰*Ibid.* à la p. 2 et s.

⁵¹*Ibid.*

⁵²*Contrats d'État et arbitrage entre États et personnes privées*, Genève, Georg, 1983.

⁵³« L'arbitrage transnational et les contrats d'État : bilan et perspectives » dans Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de la Haye, *L'arbitrage transnational et les contrats d'État*, Dordrecht, Pays-Bas, Kluwer, 1987.

⁵⁴« Le Tribunal des différends irano-américains », 1re Journée d'actualité internationale, Centre de droit international de Nanterre, 19 avril 1984, Cahiers du CEDIN.

⁵⁵[1990] Rev. arb. 931 à la p. 934 et s.

⁵⁶[1990] Rev. arb. 931.

évidemment fort intéressant — cette résolution fait écho à certaines préoccupations du Professeur Toope. Elle tend en effet, elle aussi, à établir un équilibre entre les intérêts de l'entreprise étrangère et ceux de l'État. En faveur de la première, la résolution écarte toute incompétence arbitrale tirée de l'incapacité de l'entité étatique ou de la souveraineté de l'État (article 9) ; en faveur du second, l'article 7 énonce justement que l'« accord d'une entreprise d'État à un arbitrage n'implique pas par lui-même que l'État a consenti à être partie à cet arbitrage ». Et, cette fois dans l'intérêt de tous, l'Institut de droit international demande à l'arbitre d'« exercer ses fonctions avec impartialité et indépendance » (article premier) et de ne méconnaître en aucun cas « les principes d'ordre public international sur lesquels un large consensus s'est formé dans la communauté internationale » (article 2). Le Professeur Toope aurait sans doute ajouté — et nous avec lui — que l'arbitre devrait aussi, en toute circonstance, prendre en compte les intérêts généraux et légitimes que tout État peut et doit sauvegarder, ce que l'auteur appelle « les considérations spéciales d'intérêt public qui sont présentes dans de nombreuses opérations commerciales menées par les États » [traduction de l'auteur]⁵⁷.

15. Telle est sans doute, en définitive, l'une des idées les plus chères au Professeur Toope. Ce compte rendu a seulement cherché à faire ressortir ces idées, sans flagornerie, et même avec une franchise un peu fruste. Mais c'était le vœu des responsables de cette *Revue*. Plus exactement, le dialogue souhaité avec l'auteur a conduit aussi facilement à l'objection qu'à l'approbation. C'est sans doute la loi du genre, mais surtout, dans ce cas particulier, le signe du très grand intérêt que l'on a trouvé, et que le lecteur trouvera dans ce bel ouvrage.

⁵⁷*Mixed International Arbitration*, *supra*, note 2 à la p. 399.

Gérald Goldstein et Jeffrey Talpis, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*. Montréal, Thémis, 1991. Pp. xix, 388 [38,00\$]. Commenté par Ethel Groffier*

Introduction

La décision de consacrer un ouvrage¹ à une étude d'ensemble de l'effet au Québec des jugements étrangers est d'autant mieux venue qu'il s'agit d'un des aspects du droit international privé les plus importants en pratique et peut-être celui où la réforme est la plus profonde et la plus nécessaire.

Après un chapitre introductif consacré aux sources, aux caractères généraux du droit québécois en la matière et à la délimitation du sujet, le volume est divisé en deux grandes parties concernant l'exemplification des décisions étrangères et leur révision. Ensuite, deux parties plus brèves traitent de l'Avant-projet de loi de 1988², d'une part, et de quelques régimes particuliers d'exemplification, de l'autre. Cette quatrième et dernière partie comprend, de façon un peu hétéroclite, les sentences arbitrales, les décisions régies par la Convention du 25 avril 1984 entre le Royaume-Uni et le Canada³, les décisions étrangères rendues en matière du droit *antitrust*, les décisions étrangères rendues en matière de pollution, les décisions étrangères rendues en matière de dommages subis par l'utilisation de matières premières produites au Québec et, finalement, l'analyse du régime d'efficacité des décisions en matière patrimoniale selon le Projet de loi 125 de 1990⁴. De plus, près d'une centaine de pages d'annexes rassemblent les textes législatifs et conventionnels étudiés dans l'ouvrage.

Il faut ajouter que cet ouvrage a été imprimé en décembre 1990, c'est-à-dire juste avant le dépôt du Projet de loi 125, si bien que les auteurs n'ont pu en faire qu'une brève analyse. En outre, l'ouvrage a été publié avant l'impor-

* Professeure, Faculté de droit, Université McGill.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1992

Mode de citation: (1992) 37 R.D. McGill 655

To be cited as: (1992) 37 McGill L.J. 655

¹G. Goldstein et J. Talpis, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1991 [ci-après *L'effet au Québec des jugements étrangers*].

²*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, Avant-projet de loi, 2e sess., 33e Lég. Qué., 1988, art. 3498-3532 (reproduite en annexe dans *L'effet au Québec des jugements étrangers*, *ibid.* à la p. 289).

³Voir la *Loi sur la Convention Canada-Royaume-Uni relative aux jugements en matière civile et commerciale*, S.R.C. 1985, c. C-30 (reproduite en annexe dans *L'effet au Québec des jugements étrangers*, *ibid.* à la p. 335).

⁴P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1re sess., 34e Lég. Qué., 1990-91 (sanctionné le 18 décembre 1991, L.Q. 1991, c. 64).

tante décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morguard*⁵, qui a formulé, dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des jugements entre les provinces, des principes fondamentaux à la lumière desquels nous examinerons certaines des questions posées par les auteurs, non pas parce qu'ils auraient dû le faire — cela leur était impossible — mais parce que la décision semble apporter certaines solutions aux problèmes qu'ils soulèvent.

Il faut préciser encore que, comme l'indique son titre, l'ouvrage est centré sur les jugements en matière de droits patrimoniaux, ce qui explique que les divorces étrangers — ce domaine si important en pratique — et les autres jugements d'état soient abordés de façon fort rapide.

Les Professeurs Goldstein et Talpis commencent par expliquer, dans le chapitre introductif, la double origine *common law*/droit civil du droit international privé québécois qui, en cumulant les exigences de l'un et de l'autre système, a porté au maximum la méfiance à l'égard des jugements étrangers. À côté du pouvoir de révision provenant d'une ordonnance française de 1629⁶, les conditions que la nouvelle action fondée sur le jugement étranger doit remplir pour être couronnée de succès proviennent pour la plupart de la *common law*.

La section II du chapitre introductif relative à la délimitation du sujet a le mérite de bien cerner les notions de base telle que la « reconnaissance des jugements » qui comprend « l'autorité de la chose jugée », c'est-à-dire « l'impossibilité pour les parties au procès de recommencer le litige pour ce qui a déjà été expressément ou implicitement décidé »⁷ et « l'efficacité substantielle », c'est-à-dire la production d'effets qui n'ont pas besoin de l'intervention de la force publique⁸. Cette notion d'efficacité substantielle doit être contrastée avec celle de « force exécutoire » qui permet, en revanche, la réalisation des effets du jugement étranger à l'aide de la contrainte publique⁹.

Quant aux effets des jugements étrangers n'impliquant pas leur efficacité, les auteurs reprennent la distinction classique entre la « force probante » régie par l'article 1220.1 du *Code civil* et l'effet de fait¹⁰.

Une fois ces notions rappelées, le régime de l'exemplification fait l'objet d'une étude fouillée¹¹.

I. Exemplification des décisions étrangères

Au stade de la mise en oeuvre de l'exemplification, les Professeurs Goldstein et Talpis démontrent que les tribunaux devraient accepter l'exception de

⁵*De Savoye c. Morguard Investments Ltd*, [1990] 3 R.C.S. 1077, 76 D.L.R. (4th) 256 [ci-après *Morguard* cité aux R.C.S.].

⁶Le *Code Michaud* (voir M. Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, vol. 16, Paris, Béliin-Leprieur, 1929 à la p. 223).

⁷*L'effet au Québec des jugements étrangers*, *supra*, note 1 aux pp. 12-13.

⁸*Ibid.* à la p. 13.

⁹*Ibid.* aux pp. 13-14.

¹⁰*Ibid.* à la p. 14 et s. Voir D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, n° 297 et s.

¹¹*L'effet au Québec des jugements étrangers*, *supra*, note 1, c. 1.

litispendance sur le plan international, comme ils le font déjà dans les relations interprovinciales. En effet, les tribunaux québécois l'ont acceptée en ce qui concerne les autres provinces parce que, si le défendeur est assigné ou s'il comparaît dans une autre province, il n'est plus possible de réviser le jugement¹², et parce que l'autorité de la chose jugée qui s'attache au jugement extraprovincial risquerait de contredire la décision rendue directement au Québec. Or, comme le font remarquer fort justement les auteurs, rien n'oblige le juge québécois à accorder l'autorité de la chose jugée à un jugement canadien qui n'aurait pas été rendu par une cour compétente aux yeux du droit international privé québécois, ou qui serait incompatible avec l'ordre public de la province. Par conséquent, il n'y aurait pas de raison, selon ce qui est énoncé plus haut, d'admettre la litispendance extraprovinciale. Si on ne peut pas reconnaître une instance d'un autre pays comme une instance pendante qui empêche une instance québécoise parce qu'on ne peut invoquer le jugement étranger entre les mêmes parties et sur la même cause d'action¹³, il en est de même d'une instance d'une autre province.

L'exception de litispendance, tant internationale qu'interprovinciale, n'est que temporaire, et elle est indépendante de l'autorité de la chose jugée. Donc il faut l'accepter. C'était la position du Projet de loi 125 de 1990. Une modification de dernière minute fait marche arrière et laisse au juge la faculté de surseoir à statuer¹⁴.

Malgré le fait qu'ils limitent leur ouvrage aux jugements en matière patrimoniale, les auteurs reprennent la controverse relative aux effets indépendants de l'exemplification des jugements d'état et de capacité au Québec. Ils se donnent beaucoup de mal pour démontrer que, malgré une pratique indéniable, le principe selon lequel une décision d'état et de capacité produit de plein droit ses effets sans exemplification, sauf les cas où elle pourrait donner lieu à des actes de contrainte sur les personnes ou d'exécution matérielle sur les biens, n'existe pas en droit québécois.

Pour démontrer que l'exemplification est requise, ils se fondent premièrement sur des arguments de législation, notamment les articles 1220(1) du *Code civil* et 453 du *Code de procédure civile*. L'article 1220(1) du *Code civil* se borne à donner au jugement étranger une présomption de régularité de la décision. Selon les auteurs, on ne peut donc parler d'autorité de la chose jugée. L'article 453 du *Code de procédure civile*, permettant l'obtention d'un jugement déclaratif, constitue « la procédure idéale dans ces cas »¹⁵. Le problème, selon nous, est que ce jugement déclaratif sera refusé s'il n'y a pas de nécessité réelle¹⁶. Par ailleurs, l'article 131 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁷ affirmant que les jugements étrangers qui établissent, précisent, modifient ou

¹²Art. 179, 180 *C.p.c.*

¹³Voir notamment *Unger c. Rosenfeld*, [1972] C.S. 673 et la jurisprudence citée par les auteurs (*L'effet au Québec des jugements étrangers*, *supra*, note 1 à la p. 46 et s.).

¹⁴Art. 3137.

¹⁵*L'effet au Québec des jugements étrangers*, *supra*, note 1 à la p. 69.

¹⁶Voir *Ciku c. Mandres* (25 juillet 1980), Montréal 500-05-004-908-800, J.E. 80-676 (C.S.) et *Destiné c. Mont-point* (13 octobre 1983), Montréal 500-05-010521-837, J.E. 83-1063 (C.S.).

¹⁷L.R.Q. c. P-34.1.

annulent la garde d'enfants sont exécutoires de plein droit au Québec, ne serait, selon les auteurs, qu'une dérogation au principe général, selon lequel les jugements d'état ne produisent pas leurs effets de plein droit indépendamment de tout exequatur.

Deuxièmement, les arguments de jurisprudence avancés par les auteurs pour soutenir l'idée que l'exemplification est requise sont, de leur propre aveu, assez faibles. La plupart des décisions qu'ils citent se rapportent justement à des jugements contestés qui ne pourraient de toute façon pas produire leurs effets de plein droit.

Troisièmement, ils invoquent l'origine « *common law* » du droit relatif à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers pour écarter toute référence au droit français.

La Cour de cassation française avait en effet reconnu, depuis le siècle passé, qu'un officier d'état civil français pouvait célébrer le remariage d'une personne dont le divorce avait été prononcé à l'étranger sans qu'il soit besoin d'exequatur¹⁸. C'est d'ailleurs le droit français qui a inspiré l'Office de révision du Code civil qui a proposé, dans son Projet de Code civil, l'article suivant :

Une décision rendue hors du Québec en matière d'état ou de capacité des personnes produit ses effets au Québec sans exequatur, sauf les cas où cette décision doit donner lieu à des actes de contrainte sur les personnes ou d'exécution matérielle sur les biens¹⁹.

Or, d'après les Professeurs Goldstein et Talpis, les ouvrages de *common law* « ne font pas bénéficier ces jugements d'un statut particulièrement favorable »²⁰. Pourtant, J. McLeod écrit ce qui suit :

In general, a foreign divorce granted by a court of competent jurisdiction has the same effect on the status of parties within the local forum as a divorce granted by the local court. Both parties are regarded as unmarried persons and have the capacity to remarry.

Cette phrase se trouve en-dessous de la règle 196 qui dit :

A foreign decree of divorce which is recognizable [et non « recognized »] [...] has the same effect on the status of the parties in the local jurisdiction as a decree of divorce granted by the courts of the local forum [...] ²¹.

Faut-il croire que toutes les personnes divorcées à l'étranger qui désirent se remarier dans un pays de *common law* doivent demander la reconnaissance de leur jugement de divorce étranger par une procédure judiciaire ? Il reste à ajouter que l'origine « *common law* » des conditions d'exemplification n'a nullement empêché les auteurs de promouvoir l'introduction de développements

¹⁸Cass. civ., 28 février 1860, D.1860.I.57, S.1860.I.210.

¹⁹Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Projet de Code civil*, vol. 1, Éditeur officiel, 1978, art. 82 (reproduit en annexe dans *L'effet au Québec des jugements étrangers*, *supra*, note 1 à la p. 279).

²⁰*L'effet au Québec des jugements étrangers*, *ibid.* à la p. 67.

²¹*The Conflict of Laws*, Calgary, Carswell, 1983 à la p. 695.

purement civilistes et français dans le droit québécois, en matière d'ordre public notamment, comme nous le verrons plus loin.

Quatrièmement, les Professeurs Goldstein et Talpis font grand cas du fait que l'Avant-projet de 1988 ne reprend pas l'article 82 du Projet de Code civil cité plus haut²². La valeur de cet argument laisse rêveur quand on connaît le rôle important joué par l'un d'eux dans le groupe très restreint composé des rédacteurs du projet et des consultants, baptisé ici, pour la bonne cause, « le législateur de 1988 ». Il est vrai que le « législateur » de 1990 n'a pas cru bon de corriger la lacune. Quoi qu'il en soit, les auteurs se résignent à conclure qu'« [i]l est cependant probable que la pratique actuelle [...] se perpétuera [...] »²³.

II. Conditions d'exemplification

Le chapitre 2 sur les conditions d'exemplification s'ouvre sur une excellente section relative aux conditions processuelles d'exemplification. Nous regrettons avec les auteurs que le droit nouveau n'ait pas retenu l'article 69 du Projet de Code civil selon lequel l'action en exequatur devrait être intentée dans les six ans suivant la date à laquelle la décision étrangère peut être exécutée dans le lieu d'origine. Par conséquent, la prescription de droit commun va devoir s'appliquer. Cependant, il ne s'agira plus d'une prescription trentenaire, puisque le nouveau *Code civil* prévoit une prescription de dix ans²⁴.

Les auteurs passent ensuite en revue les conditions de fond de l'exemplification, c'est-à-dire la compétence internationale du juge étranger, le caractère final et définitif du jugement étranger, le respect de l'ordre public international québécois, l'absence de fraude et la compétence de la loi appliquée au fond par la décision étrangère. Le traitement accordé à certaines de ces conditions nous paraît devoir retenir l'attention.

A. Compétence internationale du juge étranger

Il s'agit d'un domaine en pleine évolution. La jurisprudence avait créé des critères de compétence internationale pour les tribunaux étrangers qui, dans le domaine patrimonial, avaient été énoncés dans l'arrêt *Stacey c. Beaudin*²⁵, à savoir le domicile du défendeur dans la juridiction étrangère, la naissance de la cause d'action accompagnée d'une assignation personnelle ainsi que la présence de biens dans cette juridiction. À ces critères était venue s'ajouter, plus tard, la soumission au tribunal étranger²⁶.

Les auteurs regrettent, à juste titre, que le droit nouveau, à la différence du Projet de Code civil et de l'Avant-projet de 1988, ne contienne pas l'énumération des circonstances susceptibles de constituer la soumission au tribunal, ce qui perpétue l'insécurité actuelle.

²²Voir *supra*, note 19.

²³*L'effet au Québec des jugements étrangers*, *supra*, note 1 à la p. 222.

²⁴Art. 2924.

²⁵(1886), 9 L.N. 363 (C.S.).

²⁶*Orsi c. Irving Samuel Inc.*, [1957] C.S. 209.

En ce qui concerne les critères de juridiction internationale des tribunaux étrangers, le droit nouveau se borne à bilatéraliser ceux qu'il a retenus pour les tribunaux québécois. Il retient les critères suivants :

Art. 3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

- 1) Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec ;
- 2) Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec ;
- 3) Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée ;
- 4) Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ;
- 5) Le défendeur a reconnu leur compétence.

[...]

Le nouveau *Code* prévoit également des compétences particulières en matière de contrats de consommation, de travail et d'assurance ainsi qu'une compétence exclusive en matière de responsabilité en cas de dommages provoqués par des matières premières provenant du Québec²⁷.

Les tribunaux étrangers seront donc considérés comme compétents si leur juridiction est fondée sur un de ces critères.

Par ailleurs, les auteurs soulignent le danger du « principe du miroir » (consistant à accepter pour les tribunaux étrangers les mêmes critères de compétence internationale que pour les tribunaux du for), en particulier dans le cas d'un critère de juridiction aussi large que la faute commise, le préjudice subi ou l'obligation découlant d'un contrat. En outre, ils s'inquiètent de l'extension du principe du miroir par la théorie du *forum conveniens*²⁸.

Cependant, on peut se demander si ces craintes demeurent fondées après l'arrêt *Morguard*. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si les tribunaux d'une province devaient reconnaître un jugement rendu par les tribunaux d'une autre sur une action personnelle intentée dans cette dernière à un moment où le défendeur n'y résidait plus.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé qu'une cour de cette province devait reconnaître un jugement de l'Alberta si le tribunal de l'Alberta était compétent dans des circonstances où, si les faits s'étaient produits en Colombie-Britannique, le tribunal de la Colombie-Britannique serait lui-même compétent²⁹. Il faut noter qu'en l'espèce le tribunal de l'Alberta était parfaitement compétent en vertu de ses propres règles. À l'heure actuelle, pour que les tribunaux d'une province de *common law* reconnaissent un jugement rendu à la suite d'une action personnelle contre un défendeur dans une autre province, il faut que celui-ci ait été présent dans la province à l'époque où l'action y a été

²⁷Art. 3149-3151.

²⁸L'effet au Québec des jugements étrangers, *supra*, note 1 aux pp. 270-71 ; le principe est un peu limité par l'art. 3168 du nouveau *Code civil du Québec*.

²⁹Voir *Morguard Investments Ltd c. De Savoye*, [1988] 5 W.W.R. 650, 27 B.C.L.R. (2d) 155.

intentée, à moins qu'il ne se soit soumis d'une façon ou d'une autre à la compétence du tribunal.

La Cour suprême a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique fondamentalement pour deux raisons. La première est qu'il paraît logique que les jugements circulent librement à l'intérieur de la Confédération canadienne. C'est donc le principe de la réciprocité de compétence qui devrait s'appliquer:

Le système judiciaire canadien est organisé de telle manière que toute crainte de différence de qualité de justice d'une province à l'autre ne saurait être vraiment fondée³⁰.

La Cour fait également observer que les arrangements et pratiques constitutionnels rendent inutile la *full faith and credit clause* telle qu'elle existe aux États-Unis et en Australie, mais fait remarquer :

L'existence de telles clauses indique cependant qu'un régime de reconnaissance mutuelle des jugements à la grandeur du pays est inhérent à une fédération. En effet, la Communauté économique européenne a conclu qu'une telle caractéristique découle naturellement d'un marché commun, même sans intégration politique. À cette fin, les États membres ont conclu en 1968 la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale³¹.

Après avoir souligné les principes d'équité envers le défendeur, la Cour fait aussi remarquer qu'il n'y a pas de raison pour que le demandeur soit tenu d'intenter une action dans la province où le défendeur réside présentement, quels que soient les inconvénients et le coût que cela puisse entraîner et peu importe dans quelle mesure les faits pertinents ont un lien avec l'autre province. Néanmoins, la Cour se préoccupe du fait qu'il « n'est guère conforme aux principes d'ordre et d'équité que de permettre à quelqu'un d'intenter l'action dans un ressort sans tenir compte du lien que ce ressort peut avoir avec le défendeur ou l'objet de l'action »³².

Et nous arrivons à la deuxième raison pour laquelle la Cour suprême a confirmé la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : il y avait un lien étroit entre le litige en cause et le tribunal de l'Alberta. À ce sujet, la Cour suprême formule un principe important :

[E]n adoptant la méthode qui permet de poursuivre à l'endroit qui a *un lien réel et substantiel* avec l'action, on établit un équilibre raisonnable entre les droits des parties [nos italiques]³³.

Cette décision, éminemment raisonnable, fait écho au développement du droit international privé dans différents pays. En effet, le principe du lien substantiel entre le défendeur et le tribunal a été énoncé en Angleterre dans la célèbre affaire *Indyka*³⁴ et en France par l'arrêt *Simitch*³⁵ où la Cour de cassation a déclaré :

³⁰*Supra*, note 5 aux pp. 1099-1100.

³¹*Ibid.* à la p. 1100.

³²*Ibid.* à la p. 1103.

³³*Ibid.* à la p. 1108.

³⁴*Indyka c. Indyka* (1967), [1969] 1 A.C. 33, [1967] 3 W.L.R. 510.

³⁵Cass. civ. Ire, 6 février 1985, *Fairhurst c. Simitch*, (1985) 112 JDI 460 (note A. Huet), (1985) 74 Rev. crit. dr. int. privé 369 [cité au JDI] ; voir également Ph. Franceskakis, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt *Simitch* de la Cour de cassation » (1985) 74 Rev. crit. dr. int. privé 243.

Toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux³⁶.

Les auteurs se demandent avec raison si ce n'est pas là plutôt la solution valable.

On peut penser que la décision *Morguard* influencera l'interprétation de l'article 3164 nouveau qui prévoit ce qui suit :

La compétence des autorités étrangères est établie suivant les règles de compétence applicables aux autorités québécoises en vertu du titre troisième du présent livre dans la mesure où le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie [nos italiques].

Il faut noter également que la Cour suprême a réservé la possibilité de faire jouer des soupapes de sûreté, c'est-à-dire des techniques discrétionnaires permettant d'écarter la décision extra-provinciale lorsqu'il y a fraude ou conflit avec le droit ou l'intérêt public du ressort où la reconnaissance du jugement est demandée³⁷.

De toute manière, les règles ordinaires d'appréciation de la compétence internationale du tribunal étranger ne s'appliquent pas lorsque les tribunaux québécois ont une compétence exclusive. Ce principe de droit actuel est repris dans le nouveau Code à l'article 3165. Or, le problème réside dans ce qu'il faut entendre par « compétence exclusive ».

L'exemple qui s'impose est évidemment la juridiction exclusive des tribunaux du Québec « pour connaître en première instance de toute demande ou de toute action fondée sur la responsabilité prévue à l'article 8.1 du Code civil du Bas Canada »³⁸.

Les Professeurs Goldstein et Talpis font remarquer :

On aperçoit un parallèle entre l'exclusivité de compétence juridictionnelle et l'application immédiate de certaines lois du for. Dans les deux cas on refuse d'internationaliser le litige [...]. En poussant cette idée plus loin, on parvient à justifier l'existence et l'exclusivité de la compétence du tribunal du for lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre une loi d'application nécessaire³⁹.

Dans cette optique, les auteurs analysent l'article 180.1 du *Code de procédure civile*. Celui-ci prévoit ce qui suit :

Malgré les articles 178 à 180, la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu hors du Québec sont refusées lorsque, en raison de la matière, le droit du Québec a attribué à ses tribunaux une juridiction exclusive pour connaître de la demande ou de l'action qui a donné lieu à ce jugement ou lorsqu'il est fondé sur des règles du droit étranger alors qu'existe au Québec une règle de droit dont l'application est impérative.

³⁶*Ibid.* à la p. 460.

³⁷*Supra*, note 5 à la p. 1110.

³⁸Art. 21.1 *C.p.c.*

³⁹*L'effet au Québec des jugements étrangers, supra*, note 1 à la p. 127.

D'après les auteurs :

[C]ette disposition a une portée générale et ouvre la voie en toute matière à l'existence potentielle de telles compétences exclusives. [...] L'article 180.1 C.p.c. offre finalement le choix au défendeur entre invoquer l'incompétence du tribunal étranger et la non conformité de la loi appliquée au fond à l'étranger avec les conceptions québécoises. [...] Comme le faisait justement remarquer Holleaux, on parvient à des règles de compétence indirecte « formulées en fonction d'un objectif de fond »⁴⁰.

Ce raisonnement semble assez proche de la confusion entre la compétence juridictionnelle et la « compétence législative ». Or, l'article 180.1 C.p.c. nous paraît bien faire la différence en permettant au juge de refuser la décision étrangère *ou bien* si le juge québécois a compétence exclusive *ou bien* si le juge étranger a appliqué une règle de droit étranger alors qu'il existait une règle d'application immédiate au Québec. Cet article ne dit nullement que le juge étranger est incompétent pour cette raison. Il est intéressant de noter que Dominique Holleaux, dans un ouvrage postérieur, écrit avec Jacques Foyer et Geraud de Geouffre de La Pradelle :

On ne saurait donc déduire hâtivement de l'applicabilité à une espèce d'une loi de police et de sûreté, l'existence d'une compétence exclusive *ratione materiae*. L'applicabilité des lois de police étrangères démontre, au contraire, que le principe d'indépendance de l'autorité et de la loi joue aussi dans ce secteur sous réserve d'exceptions du type de celles qui viennent d'être indiquées⁴¹.

Les exceptions dont il s'agit sont des litiges mettant en cause le droit public français.

Les Professeurs Goldstein et Talpis semblent parfois partisans d'une notion tentaculaire de l'ordre public. Ils voient dans l'intervention accrue de l'État dans les relations privées et le développement des lois dites d'ordre public ou « d'application immédiate » un nouveau développement de la condition de conformité avec l'ordre public. D'après eux, les juges québécois « pourraient refuser de reconnaître des décisions étrangères contraires aux lois québécoises d'application nécessaire »⁴². Ils semblent déplorer que le nouveau *Code civil* ait supprimé ce motif expressément retenu par l'Avant-projet de 1988⁴³, alors qu'ailleurs ils s'interrogent sur l'opportunité d'adopter une telle règle générale et disent, à propos des décisions rendues en matière de dommages subis en raison de l'utilisation de matières premières, que « l'ordre public, fondement de la condition de contrôle de la loi appliquée, suffirait sans doute à écarter les décisions étrangères qui violeraient vraiment une politique essentielle de l'ordre juridique du juge d'accueil »⁴⁴.

Selon nous, les sages paroles de M. le juge La Forest dans *Morguard* sur la notion d'équité paraissent donner à l'exception d'ordre public son cadre

⁴⁰*Ibid.* aux pp. 128-29. Voir D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, n° 383.

⁴¹*Supra*, note 10, n° 63.

⁴²*L'effet au Québec des jugements étrangers*, *supra*, note 1 à la p. 155.

⁴³*Ibid.* à la p. 274.

⁴⁴*Ibid.* à la p. 266.

nécessaire, tant dans les relations internationales que dans les relations interprovinciales. Il ne semble nullement nécessaire d'exiger que le juge étranger se conforme aux lois d'application immédiate québécoises et encore moins à la loi désignée par la règle de conflit québécoise.

B. *Compétence de la loi appliquée au fond par la décision étrangère*

Dans le droit actuel, cette condition semble peu à peu gagner du terrain. Acceptée pour la première fois en jurisprudence par l'arrêt *Karim c. Ali*⁴⁵, elle figure ensuite dans l'*Entente France-Québec*⁴⁶. Enfin, elle a été introduite dans le *Code de procédure civile* à l'article 180.1 cité plus haut⁴⁷. Pour les auteurs, il s'agit d'une application particulière de l'ordre public et nous sommes d'accord avec eux que, dans ce cas, la condition est parfaitement inutile. En revanche, en admettant que cette condition se justifie dans les cas où il est question d'une matière pour laquelle existe une loi d'application immédiate dans le for⁴⁸, il ne s'ensuit nullement, à notre avis, qu'« on lie les compétences législatives et juridictionnelles », comme l'affirment les auteurs⁴⁹. Nous retombons dans la confusion entre les deux compétences.

En tout cas, et heureusement, cette condition a été supprimée dans le droit nouveau. Il reste à dire un mot de la révision.

III. Révision des décisions étrangères

Le pouvoir de révision du juge québécois prévu par l'article 178 du *Code de procédure civile* est étudié dans le cadre du droit actuel, étant donné que ce pouvoir est supprimé par le droit nouveau. Les auteurs font bien ressortir le fait que le pouvoir de révision n'est pas donné d'office au juge, mais que c'est le défendeur à l'action en exemplification qui doit contester le bien-fondé de la décision. L'analyse du droit actuel est très claire à l'exception toutefois de l'interprétation de l'article 179 du *Code de procédure civile*. Celui-ci, on le sait, limite le pouvoir de révision pour les jugements émanant d'une autre province s'« il n'y a pas eu d'assignation personnelle dans cette province ou s'il n'y a pas eu de comparution du défendeur ». D'après les auteurs, « [l]e défaut d'assignation constitue la limite, en quelque sorte d'ordre public, [encore lui] de la confiance dont disposent les juges des autres provinces, tout comme le cas du jugement rendu par défaut, même si le défendeur a été assigné »⁵⁰. Nous nous demandons si les auteurs veulent dire qu'il pourrait y avoir révision au fond d'un jugement rendu par défaut « même si le défendeur a été assigné ». L'article 179 est loin d'être clair là-dessus et l'interprétation donnée par Johnson est différente :

⁴⁵[1971] C.A. 194.

⁴⁶*Loi assurant l'application de l'entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec*, L.R.Q. c. A-20.1.

⁴⁷Voir ci-dessus à la p. 667.

⁴⁸P. Mayer, *Droit international privé*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 1987, n° 375.

⁴⁹*L'effet au Québec des jugements étrangers*, supra, note 1 à la p. 165.

⁵⁰*Ibid.* à la p. 182.

In brief, if the defendant was personally served with the action in the other province, or if he appeared, the judgment is conclusive, is *res judicata*. [...] The rule is formulated negatively by saying that the defendant sued in Quebec on a judgment rendered by another provincial court, *is not estopped from pleading any defence that might have been set up to the original suit*, unless he has been served within the other province or, *in the absence of such personal service*, has appeared [les dernières italiques sont les nôtres]⁵¹.

Il semble que si le défendeur ne comparait pas, d'après Johnson, il perd néanmoins son droit d'opposer des défenses à l'action en exemplification dès qu'il a été assigné personnellement.

À l'exception de cette question peu claire, les auteurs expliquent fort efficacement ce qu'il faut entendre par révision et s'efforcent de délimiter une frontière parfois ténue entre la révision au fond et le contrôle de la conformité avec l'ordre public.

L'ouvrage des Professeurs Goldstein et Talpis est certainement très utile. Il a le grand mérite de donner une vue d'ensemble du sujet et de rassembler un certain nombre de régimes de reconnaissance des décisions étrangères tels que l'arbitrage ou les décisions en matière d'*antitrust* dont nous nous bornerons à dire que ces chapitres constituent un exposé succinct et efficace du droit actuel.

En refermant le livre, le lecteur reste avec l'impression d'avoir reçu un grand nombre d'informations précieuses et une certaine perplexité en ce qui concerne l'avis des auteurs sur la philosophie de l'accueil des jugements étrangers au Québec et sur l'évolution de la réforme. En effet, les Professeurs Goldstein et Talpis expriment, souvent avec force, des opinions assez diverses, parfois même contradictoires. Cela s'explique sans doute par la rapidité avec laquelle les divers projets se sont succédés. Il n'était guère facile de commenter à la fois le droit actuel, le Projet de Code civil, un Avant-projet de réforme et un nouveau projet de réforme, lequel s'est d'ailleurs transformé en loi depuis la publication de l'ouvrage. Il est aussi possible que les deux auteurs aient dû s'efforcer de donner un son unique à leurs approches respectives, peut-être différentes.

Il faut espérer que ce volume fasse l'objet d'une deuxième édition à laquelle un droit plus stable permettra une meilleure unité.

⁵¹W.S. Johnson, *Conflicts of Laws*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1962 à la p. 819.

Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*. New York: Oxford University Press, 1990. Pp. xxii, 288 [\$45.00]. Reviewed by Fernando R. Tesón*

In this book, Professor Franck defends the view that the legitimacy of international law is backed not by coercive authority, but by the perception of states that the rules and institutions are legitimate. Rules are in turn legitimate when they have come into being in accordance with right process. Thus, legitimacy in the international arena is the perception of those addressed by a rule or a rule-making institution that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process.¹ Right process has, for Franck, four components: determinacy, symbolic validation, coherence, and adherence.² The author develops each of these concepts throughout the book.

There is much to commend in this book. It is lively and entertaining, and Professor Franck should be applauded for tackling long-neglected theoretical issues in international law. However, by and large, his notion of right process is an extension of the traditional positivist belief that international law is created exclusively by the acts of governments, and that therefore appeals to principles of justice do not or should not play a role in determining the legitimacy of international law rules and principles. As such, this approach to international legitimacy is open to a number of decisive objections.³

The first problem is conceptual. One is not sure whether Professor Franck is arguing that rules are legitimate because states obey them, or whether the rules exert the pull toward compliance *because* they are legitimate (that is, they exhibit features other than being obeyed). Of course, the first thesis is circular: one just observes which are the rules that states follow the most, and one concludes that those are the legitimate ones. The theory amounts to the tautology that states tend to follow the rules that they follow.⁴

* Professor of Law, Arizona State University; Abogado, Universidad de Buenos Aires; Licencié en droit international, Université Libre de Bruxelles; S.J.D., Northwestern University.

© McGill Law Journal 1992

Revue de droit de McGill

To be cited as: (1992) 37 McGill L.J. 666

Mode de citation: (1992) 37 R.D. McGill 666

¹T.M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* (New York: Oxford U. Press, 1990) at 19 [hereinafter *Legitimacy*].

²*Ibid.* at 49. He develops each of these ideas in chapters four to twelve.

³For a general critique of consent theory (or positivism), see FR. Tesón, "International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent" (1990) 15 Yale J. Int'l L. 84.

⁴See, for example, *Legitimacy, supra*, note 1 at 189: "we tend to a demystified explanation [of why rules are binding]: it is so because it is generally believed to be so."

His approach becomes more interesting, however, if the second interpretation is adopted, that legitimacy is achieved by means other than the pull to compliance of rules (and at times he seems to defend this other view⁵). The question then becomes: are determinacy, coherence, symbolic validation, and adherence the only components of legitimacy? One can easily think about international rules and principles that satisfy these requirements, but which ought not to be followed because they are unjust or unfair. In other words, Professor Franck's positivist theory raises the question of the role of policy, justice, and morality as elements characteristically distinct from what governments do and say.

Again, it is necessary to understand what thesis Professor Franck is defending. He might be defending the *descriptive* thesis that governments have a tendency to obey the rules that satisfy his requirements of right process; or he might be defending the *normative* thesis that the rules that satisfy such requirements are the ones that ought to be obeyed. If he is defending the former thesis, that rules that satisfy his requirements *in fact* have the highest "pull toward compliance," his theory is unsatisfactory because it does not accurately reflect the formation of international law. Consider the creation of new customary law. By definition, when a new customary norm is born, the state that starts the practice is *violating* existing law.⁶ If other governments follow suit, a new customary rule will emerge. But then the reason why the followers join the practice cannot be because they perceive the new rule to be in accordance with right process. The new rule has just been articulated by the pioneer state and cannot therefore have passed the tests of adherence or symbolic validation.⁷ Rather, the nascent rule is seen by states as better serving their needs and interests, as being more convenient, just, or fair. In fact, the rule that satisfies Professor Franck's "pedigree" test is the old rule that is being abandoned!

So let us assume that Professor Franck's thesis is that states *ought* to obey the rules that satisfy his pedigree test. This view is unsatisfactory on moral grounds. This is, in my view, the main flaw in this otherwise interesting and lively book. On this interpretation, Franck's contention that international law emphasizes compliance, not justice, does not merely describe the way international law works; it is a normative proposition as well. His theory *recommends* that international lawyers emphasize only compliance and order, to the detriment of other (especially moral) considerations.⁸ By requiring that a legitimate norm satisfy the four-part test of determinacy, symbolic validation, coherence, and adherence, Franck constructs his own principle of international justice that sacrifices morality and the primacy of respect for individual autonomy, in favor of procedural regularity. The idea that order and compliance are social goods, in and of themselves, and consequently, valid ends of international law, is unsupportable. Franck's theory amounts to a normative decision that law

⁵For example, he suggests that "legitimacy exerts a pull to compliance which is powered by the *quality* of the rule." *Ibid.* at 26 (emphasis added).

⁶See the classic treatment of this issue in A.A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Ithaca: Cornell U. Press, 1971), c. 3, 4.

⁷The new rule, of course, may satisfy the logical requirements of determinacy and coherence.

⁸See *Legitimacy, supra*, note 1 at 210.

deserves allegiance irrespective of its substantive content, of who created the law, and of the extent to which such rulers represent their citizens. He substitutes political power as the basic determinant of international legitimacy without explanation; he does so at the expense of other normative values, such as respect for human rights and fair representation of members of the state, which seem to be better candidates for supporting a theory of international legitimacy.

This positivistic paradigm becomes explicit in the book's last chapter.⁹ There Professor Franck claims, as a logical corollary of his positivist approach, that theories of justice should not be used as a springboard for determining the legitimacy of international rules.¹⁰ In other words, legitimacy and right process do not include justice. For Franck, the applicability of precepts of justice as a component of legitimacy is precluded by operational and theoretical obstacles. The operational problem is that justice seems to hold among individuals, while international law addresses states and governments. Franck correctly contends that justice among nations does not seem to work as well as justice among persons, if only because of the problems of distribution within the state.¹¹ The theoretical problem with global justice raised by Professor Franck is an old tenet of positivism, namely that the concepts of justice and legitimacy are conceptually distinct.¹² On this view, justice and legitimacy are two separate concepts which should be carefully kept apart, even though their normative messages may sometimes overlap.¹³ That a rule is legitimate does not mean that it is just, and conversely, many just rules may not be legitimate; this is so even in domestic systems.¹⁴ For this theory, getting nations to comply with international law must be our first task, even if many of the rules of international law are unjust. The purpose of the international legal system would be to get governments to comply with the rules that those same governments have created (mostly through custom and treaty).¹⁵

The operational objection that justice may work among individuals, but not among nations, derives from the statist paradigm endorsed by Franck and positivist writers generally. Professor Franck is correct that the idea of justice among nations seems awkward, for the good reason that states are not persons. But the implication then should be that international justice should focus on individuals, not states.¹⁶ Take, for example, the question of human rights. Franck's theory of legitimacy implies that despots, who by definition represent no one but themselves, should play a role in forming international rules. Yet

⁹*Ibid.* at 208-46.

¹⁰*Ibid.*

¹¹*Ibid.* at 208-09, and the example at 231-32. As an example, let us suppose that justice requires that Canada give 2 million dollars to Ethiopia in foreign aid. Whether or not the result will be ultimately just, however, will depend on how that wealth is distributed within Ethiopia. If the aid goes to the pockets of the rulers, for example, justice will not have been served, notwithstanding the fact that our initial international principle of justice required the transfer.

¹²*Ibid.* at 209.

¹³*Ibid.* at 242.

¹⁴*Ibid.* at 236.

¹⁵*Ibid.* at 210.

¹⁶See, generally, F.R. Tesón, "The Kantian Theory of International Law" (1992) 92 *Colum. L. Rev.* 53.

there is no reason why dictators ought to be protected under international law and accorded the honorific label of legitimate governments for the purpose of participating in the international legal process.¹⁷ International law should not countenance a rule authorizing individuals to exercise tyrannical power over their fellow citizens. One would think this a basic precept of legitimacy, yet Franck's view claims that domestic rule is a matter of justice which is not, and should not be, addressed by the international system. This view, however, is reversed once normative individualism, not statism, is accepted as a premise.

Professor Franck reveals his adherence to the statist paradigm in his discussion of Rawls' theory. Rawls argues that international principles of justice are the ones that would be agreed upon by representatives of nations, and that these representatives would agree on the principles of equality of nations, self-determination, and nonintervention. Using the hypothetical example of a genocidal government, Professor Franck correctly observes that the absolute principle of nonintervention suggested by Rawls leads to unacceptable results from the standpoint of justice.¹⁸ But then he reproduces Rawls' mistake of postulating governments as the original contractors and understandably concludes (like Rawls) that the model (which he believes is also supported by the practice of states) would yield the almost absolute nonintervention principle. Furthermore, because noninterventionism is incompatible with elementary notions of justice (at least in extreme cases), he argues that *justice*, (not the absolute nonintervention rule!) should be discarded as a component of legitimacy. This is a rather stunning conclusion on Franck's own positivist terms, because the behavior of states can be interpreted either way on the specific issue of humanitarian intervention.¹⁹ It is obvious that governments, interested in incumbency and in preserving their power and privileges, will agree on rules of international law that protect the political space in which they can do as they please. Examples of such rules that protect governments²⁰ are the principle of nonintervention, as opposed to humanitarian intervention, and the preservation of territorial integrity, as opposed to the right of secession.²¹ Professor Franck, like several Rawls commentators before him,²² acknowledges the problem with considering states and not individuals as the primary subjects of justice. However, he concludes that since rulers insist that international law be couched in statist terms, the precepts of justice should not count as components of international legitimacy. His conclusion does not follow logically.

¹⁷See Tesón, *supra*, note 3 at 99-103.

¹⁸See *Legitimacy*, *supra*, note 1 at 221. I argued the same point at length in *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality* (Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1988) at 58-71 [hereinafter *Humanitarian Intervention*].

¹⁹See the survey of state practice in *Humanitarian Intervention*, *ibid.*, c. 8.

²⁰Although, as I argued elsewhere, the rules often use euphemistically collective nouns such as "the people" or "the state." See F.R. Tesón, "Le Peuple, c'est moi! The World Court and Human Rights" (1987) 81 AJIL 173 at 181-83.

²¹See the hypothetical example in Franck, *supra*, note 1 at 226-27.

²²See M.R. Wicclair, "Rawls and the Principle of Nonintervention" in H.G. Blocker & E.H. Smith, eds, *John Rawls' Theory of Social Justice* (Athens, Ohio: Ohio U. Press, 1980) at 289, 299-301; T. Pogge, "Rawls and Global Justice" (1988) 18 Can. J. Phil. 227; *Humanitarian Intervention*, *supra*, note 18 at 58-71.

The logical conclusion should be that current international law is wrongly conceptualized in terms of prerogatives of rulers, and that we should move toward a theory of international law that has the individual, not the state, as its subject and basic moral unit. The point that justice makes sense only among individuals, not among states, is correct, but the conclusion that we must discard justice is incorrect. Instead, the logical corollary should be that international law must be made congruent with justice, and thus be conceived in terms of individuals, not states or governments.

By modifying the Rawlsian model in which the contracting parties are individuals, not representatives of states, the logical problem of applying the requirements of justice to states is solved, as indicated above. Professor Franck, however, rejects such a model. He concludes that a social contract among individuals or their legitimate representatives, far from solving the perplexities posed by Rawls' model, would also yield an unjust system.²³ The reason, once again, is that "[t]he priorities and sensibilities of rulers, not the people's shared (or intersecting) notions of justice, usually frame the contents of international rules and also have the most say in determining their compliance pull."²⁴ This conclusion begs the question. If the Rawlsian model (with governments in the original position) yields results incompatible with justice (such as precluding intervention in case of a genocidal government) then we should alter the model to accommodate our moral intuitions, rather than forsake justice.

The statist paradigm is precisely what is wrong. To say that a theory of international justice centered on the individual is unjust because current international law is created by and for governments begs the question of why justice should be a component of legitimacy. If part of what a normative theory of international law wants to do is evaluate the behavior of states in the light of what is right, then the standard cannot be the very behavior of states. Domestic justice must be the first priority of the international system, both because it is intrinsically right and because it is causally linked to peace and by extension, to all other important global challenges.²⁵

On this question of the relevance of justice, Franck's theory is also open to the objection raised by Kant's claim that democratic states are intrinsically much more peaceful.²⁶ If international law, by ignoring justice as a component of legitimacy, validates tyrannical governments as legitimate members of the international community, it defcats the purpose of achieving peaceful cooperation needed to meet pressing global challenges. If it is true (as Kant claimed and history has confirmed) that non-liberal governments are naturally prone to aggression, the chance of getting them to work for peace and mutual understanding is indeed slim. The international community would be admitting the

²³*Legitimacy*, *supra*, note 1 at 226.

²⁴*Ibid.*

²⁵See Tesón, *supra*, note 16 at 74-84. Professor Franck cites the control of nuclear arms, ozone depletion, desertification, hunger, and virulent disease. Franck, *supra*, note 1 at 210. One should think that all these tasks are instrumental to achieving the two most important global ends: freedom and peace.

²⁶See Tesón, *ibid.*

Trojan Horse into its midst. Franck's deceptively realistic approach, obsessed with compliance, will in the end result in the defeat of the very ends that international law was supposed to pursue.

The more natural approach is this: insofar as international law addresses governments, it does so in these governments' capacity as agents of persons, as representatives. This in turn raises the question of representation as an international (and not merely a domestic) matter. The agency relationship itself must be subject to international scrutiny. Individuals who claim to represent a nation but in fact have seized power by brute force should not be accepted as members of the community that makes the law. There is every reason to extend these common sense notions of justice to international relations and include them in a definition of international legitimacy. State-oriented theories of international law, like Franck's, propose a double paradigm for the ordering of individuals: one for international law and the other for domestic law.²⁷ Justice and legitimacy are always conceptually separate,²⁸ but whereas in internal law justice permeates legitimacy, in the international legal system the main goals are order and compliance. In contrast, the human rights-based theory of international law rejects this dual paradigm and dual purpose, attempts to unify our theory of justice, and makes legitimacy depend on justice.²⁹ There is only one theory of justice, and it embraces both global and national institutional arrangements. Any theory of international or domestic justice attempts to put forward principles which amount to an ideal standard for adjudicating competing global claims in a scheme of social cooperation. A human rights-based theory of international law makes human rights the touchstone of the theory. However, along with this substantive thesis, it provides a notion of formal justice or legitimacy not altogether different from the one Professor Franck suggests. Once one leaves the domain of ideal theory, many rules enacted by governments, even representative governments which respect human rights, may be unjust. What is the role of ideal theory in those cases? First, international rules enacted through right process are legitimate provided that the system as a whole is just.³⁰ Thus for example, if just governments agree by treaty to a uniform tax, which on reflection we would regard as unjust in the light of appropriate distributive principles, the tax may nevertheless be legitimately collected since the basic requirement of justice has been complied with, namely, that the rule has been agreed upon by governments

²⁷See, for example, Professor Franck's discussion of *pacta sunt servanda*, where he argues that while in domestic law, where justice reigns, the justification of the principle is the moral sacredness of promises, in international law, where order reigns, the justification is stability. *Legitimacy*, *supra*, note 1 at 233-35.

²⁸This is true even within a nation. See *ibid.* at 242.

²⁹Professor Franck is not as unsympathetic toward justice as the discussion in this review may appear to imply. Indeed, the last paragraph of his book reads:

As the firm outlines of world order become readily apparent, and as that order increasingly focuses on the individual's place in global society, a keener understanding of the theory, function, and power of justice must surely move to the top of the agenda.

Ibid. at 246. If this is true, why settle for the statist paradigm? Why not start now with the debate about a just international system and how those notions of justice affect legitimacy?

³⁰Here I follow, *mutatis mutandi*, J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Clarendon U. Press, 1971) at 350-55.

who represent the people and respect basic human rights. This shows that a theory based on the individual rather than the state, far from rejecting right process, makes right process a central feature of international law once the elementary precepts of justice have been fulfilled. This is not unlike the concept of rule of law and the notion of political obedience in a domestic system.

The second function of an ideal theory is to achieve determinacy of the rules of international law.³¹ Treaties and custom should be interpreted in the light of appropriate principles of justice; there is no such thing as objective state practice. The behavior of governments cannot be normatively discerned without presupposing a moral-political judgment.³² In order to glean a normative pattern (*i.e.* a rule) from diplomatic history, one must interpret that history and draw from it the best normative teachings. One must put the practice of states in its best possible light. Thus, far from being, in Professor Franck's words, "wishful thinking,"³³ ideal theory performs a double role. First, it is an impulse for reform in those cases where the behavior of states conflicts with the theory's basic tenets, and second, in hard cases, it provides standards of interpretation that will make international law consistent with the precepts of justice.

Professor Franck, in a manner reminiscent of Lon Fuller, includes determinacy, and not justice, as a component of legitimacy. But the foregoing considerations show why determinacy is subservient to justice. Why would anyone prefer a rule that is (relatively) determinate but unjust, to another rule that is (relatively) indeterminate, but just? It is not difficult to see that a principle according to which every citizen is "equal before the law" is less determinate than the detailed rules that define *apartheid* in South Africa, or the very precise Nazi rules about the inferior status of Jews in the Germany of the 1930s.

Space prevents me from commenting on every issue raised, sometimes in novel and interesting ways, by Professor Franck in this eclectic book. For example, the book contains an interesting but debatable claim that legitimacy is a matter of degree³⁴ (What are the consequences of saying that a rule is more or less legitimate? Can governments then be more easily dispensed with obedience?). In his discussion of the problem of determinacy, Professor Franck takes (with the important proviso about the relationship between determinacy and justice noted above) the correct, moderate view, against radical critiques of the law.³⁵ On the other hand, a general criticism of the book is that, for a work with such theoretical ambitions, the analysis (especially the philosophical analysis) is anecdotal and not very systematic.³⁶

³¹I reiterate here the point I made in *Humanitarian Intervention*, *supra*, note 18 at 6-15, and Tesón, *supra*, note 3 at 85-89. In his discussion of determinacy, in c. 6, Professor Franck does not discuss the important question of whether determinacy can be achieved by appeal to second-order principles of justice or morality.

³²See the perceptive account by C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public* (Paris: Pédone, 1970) at 171 (normative force of custom is the result of lawyer "reconstituting" facts in light of moral imperatives).

³³See *Legitimacy*, *supra*, note 1 at 233.

³⁴*Ibid.* at 41-49.

³⁵*Ibid.* at 50-66.

³⁶This is particularly apparent in his discussion of symbolic validation and coherence. See *ibid.* at 111-49.

I am aware that this review of Professor Franck's book strikes at the core of his thesis. Perhaps this is a case where the reviewer disagrees with the very premises of the argument offered by the author. The criticisms advanced here, however, do not overshadow the virtues exhibited by this work. In my view, the most important virtue of *The Power of Legitimacy* is its refusal to adopt the dry, aseptic, crushingly boring, doctrinal international law parlance.

Franck, like other positivists, legitimizes state power and overlooks the paramountcy of individual rights. I am persuaded that such an approach to international law ought to be rejected, and I entertain the hope that this will gradually occur. It is also true, however, that the reader of this book ends up satisfied with the lively, open-minded, and conceptually rich treatment of a number of theoretical issues that have long been neglected in the specialized literature.

J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 2d ed. Cambridge: Grotius, 1991. Pp. xxii, 288 [\$39.00]. Reviewed by Stephen J. Toope*

All observers of international affairs will welcome the appearance of a substantially revised second edition of J.G. Merrills' *International Dispute Settlement*. The first edition, published in 1984,¹ was one of the first comprehensive and contemporary treatments of what has become a subject of overriding interest to international lawyers and specialists in international relations. The new edition contains ample references to recent state practice and treats issues which were merely referred to *en passant* in the earlier edition, such as the jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ or World Court), prior consultation as an aspect of negotiations, and private international arbitration. The book also contains an appendix which includes relevant primary texts. As a compendium of information and as an inclusive treatment of dispute resolution mechanisms, the book would be a useful addition to any library of international law and politics. The technical presentation of the book, from tables of cases and treaties to the index, is excellent.

Despite its breadth of scope, however, Merrills' book suffers somewhat from over-modest aspirations. In his Preface, the author sets out his goals succinctly:

In discussing the various techniques and institutions my object has remained to explain what they are, how they work and when they are used.²

It is clear that the author conceived of his work in primarily descriptive terms. Thus, the book is broken down into eleven chapters. The first four deal with the so-called "diplomatic" methods of dispute resolution: negotiation, mediation, inquiry and conciliation. Three chapters are devoted to "legal" mechanisms of dispute settlement, one to arbitration and two to the World Court. The dispute settlement systems of the *Convention on the Law of the Sea* of 1982³ are discussed in a separate chapter, as are the United Nations system and the role of regional international organisations. A final chapter is devoted to "Trends and Prospects." In all chapters, except the last, the author adopts an almost self-effacing tone, contenting himself largely with descriptions of the mechanisms

* Faculty of Law and Institute of Comparative Law, McGill University.

© McGill Law Journal 1992

Revue de droit de McGill

To be cited as: (1992) 37 McGill L.J. 674

Mode de citation: (1992) 37 R.D. McGill 674

¹J.G. Merrills, *International Dispute Settlement* (London: Sweet & Maxwell, 1984).

²J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 2d ed. (Cambridge: Grotius, 1991) at x [hereinafter *International Dispute Settlement*].

³U.N. Doc. A/Conf. 62/122 with Corr. 3 and Corr. 8, 21 I.L.M. 1261.

he examines. Given the author's obvious experience and expertise, one might have wished for a more adventurous approach.

Scattered throughout the text are hints of a critical perspective; a perspective which could profitably have been explored. For example, buried in a discussion of commissions of inquiry, is the provocative aside that no pure form of international dispute settlement exists, that for sovereign states "form is subordinate to function."⁴ This insight is extremely important if one is considering questions of institutional design, and it deserves elaboration. Similarly, on a number of occasions Merrills refers to the various methods of dispute resolution as being on a continuum, with much potential for overlapping approaches and concurrent processes.⁵ The idea that mechanisms of dispute resolution cannot be rigorously differentiated is of great practical and theoretical interest. If one accepts, for example, that negotiation remains the primary method of international dispute settlement,⁶ and if other forms of dispute resolution seek principally to facilitate or foster negotiation, to what extent can negotiated settlements be treated as evidence of customary international law? If "pure" negotiations are simply seen as trade-offs, which cannot generate norms, what about a conciliated or mediated settlement? Merrills even suggests that arbitration, which is sometimes treated as a "pure" legal jurisdiction laden with normative consequences, is at its roots a blend of negotiation and the authoritative exercise of jurisdiction.⁷ To what extent can a blended method of dispute settlement generate binding norms for third parties; can "compromise" solutions be a source of law?⁸ Merrills never addresses this fundamental issue directly.

Another theme which unfortunately remains latent in the text is the continuing role that traditional doctrines of state sovereignty play in inhibiting the development of methods of international dispute settlement. Merrills concludes his book with an uncharacteristically impassioned assertion that "[t]he peaceful settlement of international disputes is the most critical issue of our time," and he calls upon "leaders, advisers and citizens" to see that the available tools of peaceful settlement are employed.⁹ Yet on numerous occasions he quite accurately calls into question the commitment of states to processes of dispute resolution in passages such as: "The fact of the matter is that states are often less interested in settling a dispute than in having their view prevail."¹⁰ In discussing the role of the United Nations, Merrills is even more direct, noting that "effec-

⁴*International Dispute Settlement*, *supra*, note 2 at 55.

⁵*Ibid.* at 55, 67-68, 81, 165.

⁶See L.B. Sohn, "The Future of Dispute Settlement" in R. St J. Macdonald & D.M. Johnston, eds, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy*, [J] *Doctrine and Theory* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983) 1121; R. Bilder, "An Overview of International Dispute Settlement" (1986) 1 *Emory J. Int'l Dispute Res.* 1; *International Dispute Settlement*, *supra*, note 2 at 2.

⁷*International Dispute Settlement*, *supra*, note 2 at 81.

⁸A detailed discussion of this controversial topic is beyond the scope of a book review. For a substantial examination of the issues, especially in the context of the Iran-U.S. Claims Tribunal, see S.J. Toope, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration Between States and Private Persons* (Cambridge: Grotius, 1990) at 343ff.

⁹*International Dispute Settlement*, *supra*, note 2 at 254.

¹⁰*Ibid.* at 57.

tive action ... is possible only in so far as states are prepared to relinquish attempts to control disputes by use of their own power."¹¹ These implicit criticisms of the current state system remain at a high level of generality. They never explicitly engage the relevant theoretical literature, for example, the writings of the Yale School,¹² natural lawyers¹³ or Professor Richard Falk.¹⁴ Nor are they rooted in specific examples of state practice. One could have imagined, to note but a single example, an interesting discussion of the role of "leaders, advisers and citizens" in the months and weeks leading up to the Falklands War, a relatively recent example where the self-defined need of states to resort to their own power had consequences which would have been comical were they not so deadly. Merrills' veiled criticisms of self-serving assertions of state control over disputes are blunted by the lack of both a theoretical framework and adequate specificity.

The descriptive orientation of *International Dispute Settlement* proves most problematic in the final chapter, "Trends and Prospects." Although the title seems to promise a critical *tour d'horizon* of contemporary international dispute resolution processes, what is offered is a seemingly *ad hoc* collection of suggestions for reform, directed mostly to the work of the United Nations and the ICJ. The tone is less descriptive than in earlier chapters, but significant theoretical issues are simply brushed aside. The author's suggestions, ranging from the need to create standardized training for members of peace-keeping forces¹⁵ to the importance of state support for the Trust Fund set up by the UN Secretary-General to foster litigation before the ICJ,¹⁶ are eminently sensible. Indeed, one of the great strengths of this book is its manifest common sense. But one is left with the uncomfortable sensation that many difficult propositions have never been argued, but simply assumed.

An obvious case of such lack of specificity is Merrills' handling of the question of the appropriate role of formal court adjudication within the international community. In the concluding chapter, Merrills explicitly rejects two extreme positions. He denies that "the answer to all the world's problems is to be found in legal codes and international tribunals."¹⁷ But he also refuses to accept the view that "law at best has a marginal role in world affairs, and at worst is a pious illusion."¹⁸ Merrills goes on sagely to argue that the role of law

¹¹*Ibid.* at 205.

¹²M. McDougal, H. Lasswell & M. Reisman, "Theories About International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence" (1968) 8 Va. J. Int'l L. 188; M. McDougal & M. Reisman, *International Law in Contemporary Perspective: The Public Order of the World Community* (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1981).

¹³See A. Verdross & H.F. Koeck, "Natural Law: The Tradition of Universal Reason and Authority" in Macdonald & Johnston, eds, *supra*, note 6, 17; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1984).

¹⁴*A Study of Future Worlds* (New York: Free Press, 1975).

¹⁵*International Dispute Settlement*, *supra*, note 2 at 246-47.

¹⁶*Ibid.* at 249. For the text of the announcement creating the trust fund, which is to be supported by voluntary contributions, see *United Nations: Secretary General's Trust Fund to Assist States in the Settlement of Disputes Through the International Court of Justice*, 28 I.L.M. 1589.

¹⁷*International Dispute Settlement*, *ibid.* at 236.

¹⁸*Ibid.* at 236-37.

and the role of adjudication are "two issues, not one" and that "law without adjudication is actually the normal situation in world affairs."¹⁹ But he states that he cannot "pursue this controversy here."²⁰

My view is that Merrills cannot escape the controversy quite so blithely. Indeed, a number of the choices made in the structure of his book and in the selection of subject matter and sources of justification indicate that Merrills has indeed picked sides, though not explicitly. At the end of the day, and despite a number of caveats, Merrills manifests the lawyer's predisposition to treat court adjudication as the paradigm for fair and effective dispute resolution. Thus, despite its rather peripheral contribution to the settlement of international disputes, the World Court is the only institution to which two complete chapters are devoted. Furthermore, in the concluding chapter, the ICJ is the focus of suggestions for the improvement of "legal" methods of dispute resolution. Even in the midst of chapters treating other forms of dispute settlement, the discussion often veers towards adjudication. In the chapter on negotiation, for example, rather than looking at problems raised by negotiation theory, or discussing strategies for negotiation,²¹ the author focusses upon the relationship between negotiation and adjudication.²² One is left with the suspicion that although other methods of dispute resolution are important, even dominant in the practice of states, they are not seen to possess the legitimacy of court adjudication. This aura of illegitimacy which surrounds non-judicial forms of dispute resolution is probably rooted in another of the author's assumptions which is never subjected to the test of explicit argument. Throughout the book, Merrills makes reference to the distinction between political disputes and legal disputes. He acknowledges that the interplay between law and politics is complicated, particularly so in the international arena. Nonetheless, he seems to accept the possibility that a realm of pure law may ultimately be identified in certain disputes. "Depoliticisation" may sometimes be accomplished by the parties through processes of negotiation, mediation, inquiry, and conciliation. Legal issues may then be settled separately from other concerns. In other cases, the depoliticisation can only be accomplished by a court.²³ The assumption which needs further argument is that such depoliticisation can be accomplished at all in disputes between states.²⁴ The experience of the ICJ in maritime boundary delimitation belies any faith in the possibility of legal norms entirely divorced from political imperatives.²⁵

¹⁹*Ibid.* at 237.

²⁰*Ibid.*

²¹The literature on negotiating theories and strategies is extensive, including such best-sellers as R. Fisher & W. Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (Boston: Houghton Mifflin, 1981).

²²*International Dispute Settlement*, *supra*, note 2 at 17ff.

²³*Ibid.* at 143.

²⁴I have argued elsewhere that depoliticisation of disputes between states and private parties is possible, given the right framework for dispute resolution. See Toope, *supra*, note 8 at 219ff.

²⁵See, for example, the *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, [1969] I.C.J. Rep. 4; *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, [1982] I.C.J. Rep. 18. In both cases,

The failure to articulate an explicit argument concerning the relationship between legal normativity and international politics is particularly problematic in Merrills' discussion of international arbitration. Arbitration has been an area of study which in recent years has attracted many devotees, and important debates have emerged in the literature.²⁶ For example, the possibilities open to parties and arbitrators concerning the choice of applicable substantive law have been much discussed. One's position on the issue will depend largely on one's view of the nature of arbitration; is it a purely jurisdictional exercise or might it involve essays in facilitated compromise? In other words, is arbitration pure law, or a mixture of law and politics? Rather than engaging directly in the debate, Merrills adverts to the issue, but contents himself with standard, but unconvincing, distinctions between law and equity and adjudication and legislation.²⁷ He later acknowledges that these comforting distinctions are difficult to trace out in practice,²⁸ but the attempt to present a balanced perspective results in a rather flaccid presentation of a fascinating topic.

Given the scope of Merrills' book, it is inevitable that on any given issue one could quibble with certain conclusions. He has necessarily adopted a wide perspective which restricts the scope for nuance. Niggling criticisms would be unfair. There are two points, however, which deserve to be picked up, for they raise issues of broad importance.

The first relates to Merrills' treatment of mediation. Much of his discussion is based upon an analysis of U.S. Secretary of State Alexander Haig's mediation efforts during the Falklands crisis. Given that the Haig initiative was singularly unsuccessful, it is difficult to reconcile the sanguine view of these events offered by Merrills. It is suggested, for example, that during the Falklands crisis, "the fact that the mediating state was a substantial source of military support for one party was clearly capable of manipulation as an inducement to both sides to make concessions."²⁹ Yet that "manipulation" can hardly be termed useful in preventing the war. Indeed, the example of Haig's mediation seems to undercut the conclusions Merrills wishes to draw from the experience. For Merrills, the neutrality of a mediator is less important than "what he can offer and ... whether he is in a position to talk to both sides."³⁰ Although Haig could in principle offer a great deal, and although he was clearly in a position to talk to both sides, his mission was ultimately a failure. Could that failure be due in part to the fundamental commitment of the U.S.A. to its strategic alliance with the United Kingdom? The American Secretary of State simply could not play the role of "honest broker." As noted by a distinguished observer of the Anglo-Argentine crisis:

the judicial "political" agenda of pleasing both sides without explicitly adopting the arguments of either is readily apparent.

²⁶See, for example, J. G. Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, vols 1-5 (Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana, 1979); H. Fox, "States and the Undertaking to Arbitrate" (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1; R. Bilder, "Some Limitations of Adjudication as an International Dispute Settlement Technique" (1982) 23 *Va. J. Int'l L.* 1; Toope, *supra*, note 8.

²⁷*International Dispute Settlement*, *supra*, note 2 at 93.

²⁸*Ibid.* at 95.

²⁹*Ibid.* at 36-37.

³⁰*Ibid.* at 33.

In retrospect, it is clear that the Argentines interpreted Haig's consultation process with the British as a successful upgrading by the United Kingdom of their special relationship with the United States.³¹

Although neutrality may not always be required for successful mediation, the ability of the mediator to disengage his or her own interests from those of either side remains an important consideration in the choice of an appropriate facilitator for negotiations.

A second area where one may challenge the overly sanguine conclusions of the author relates to the chamber procedures of the ICJ.³² Merrills appears to have adopted the view expressed by Judge Stephen Schwebel:

Chambers of the Court offer what could prove to be an attractive half-way house between international arbitration and adjudication. While recourse to the full court is closer to the ideal, in the real world chambers may sometimes afford states a likelier forum by permitting them a voice in the choice of judges. Thus, the chamber system provides that advantage of arbitration while at the same time providing the advantages over arbitration of an accepted body of rules of procedure and the facilities of the Court in The Hague.³³

This view presupposes that it is desirable to create such a "half-way house" of quasi-arbitration within the structure of the ICJ. I have argued elsewhere that although chambers may indeed increase the number of states having recourse to the ICJ, they may do so at the expense of the authority of the Court's pronouncements. In a highly decentralised system of law, any loss of authority in the only universal judicial institution may be too heavy a price to pay for increased use.³⁴ Before recommending greater resort to chambers, as does Merrills,³⁵ it would be wise to engage in an explicit evaluation of systemic implications.

These rather precise differences in assessment are not intended to call into question Merrills' judgement, which is balanced and sound. It is a testament to the author's common sense, and his refusal to jump on fast-moving bandwagons, that despite the remarkable changes which have occurred in the international community since the appearance of this book, one is hard pressed to point to any passages which are out of date. Being British, Merrills was not drawn into the "superpower" fixation which befuddled and now renders inapplicable much American scholarship on questions of dispute settlement. It is only in his discussion of the role of the Security Council, in which the U.S.A. *versus* U.S.S.R. dichotomy is now obsolete, that Merrills presents an outdated perspec-

³¹D. Kinney, "Anglo-Argentine Diplomacy and the Falklands Crisis" in A.R. Coll & A.C. Arend, eds, *The Falklands War: Lessons for Strategy, Diplomacy and International Law* (Boston: George Allen & Unwin, 1985) 81 at 97.

³²A number of distinct chamber procedures are provided for in the *Statute of the International Court of Justice* at arts 26 and 29. The only mechanism which has met with the approval of states is the *ad hoc* chamber procedure of art. 26(2).

³³S. Schwebel, "Reflections on the Role of the International Court of Justice" (1986) 61 Wash. L. Rev. 1061 at 1070. Merrills employs the same line of argument, *supra*, note 2 at 128.

³⁴For a detailed discussion of I.C.J. chambers and their implications for the role of the Court, see S.J. Toope, "Pragmatic Compromise or Mere Transaction? The Use of Chamber Procedures in International Adjudication" (1990) 31 Va. J. Int'l L. 53.

³⁵*International Dispute Settlement*, *supra*, note 2 at 250.

tive. But Merrills can hardly be faulted for failing, along with the rest of us, to envision the complete dismantling of the "Soviet Empire" over the course of only two years.

Merrills has yet again made an important contribution to the literature on international dispute resolution. For students, his book provides a useful overview of the various options available to politicians, and to their political and legal advisers, when seeking to promote the peaceful settlement of a dispute. For specialists, the book provides a handy compendium of historical and contemporary state practice. That the author fails to engage in substantive discussions of fundamental theoretical concerns is a pity. Given Merrills' wealth of experience and his obvious good judgement, this reader would have benefitted from a less constrained and less descriptive presentation of the controversial issues.
