

OPINION DISSIDENTE DE M. NYHOLM

Pour répondre à la question, il faut en premier lieu vérifier si l'action de la Turquie ressortit d'un domaine qui est placé sous l'empire du droit des gens et s'il existe non seulement un principe mais une règle du droit des gens qui forme ainsi le droit public positif applicable en l'espèce.

En traçant les lignes générales de la formation d'un droit public international, on trouve à la base deux principes : le principe de souveraineté et celui de territorialité selon lesquels chaque nation est maître sur son territoire et — d'autre part — n'est autorisée à aucune ingérence dans les affaires sur le territoire des autres nations. Il existe entre les pays un vide où ne s'exerce aucune autorité. En conséquence des rapports qui selon les besoins de la vie doivent nécessairement s'établir entre les nations, ce vide est appelé à se remplir du fait de la naissance de règles qui fixent la voie à suivre pour que soient traités partout de la même manière, d'une part, les problèmes matériels qui se posent simultanément et souvent d'une façon identique dans les différents pays, et, d'autre part, les problèmes personnels, savoir le traitement d'un individu à l'étranger, ce qui est précisément le problème en l'espèce. Comme moyen de régler les rapports entre les pays, il faut citer en premier lieu les conventions plus ou moins universelles conclues entre les États qui servent à jeter des ponts sur le domaine qui n'est soumis à aucune réglementation. Une législation universelle émanant de tous les pays et ayant pour but la création ou la codification des lois internationales constituerait une solution du problème, mais elle n'existe pas et l'on ne saurait compter que sur la fixation du droit international par la *coutume*.

La recherche d'une règle de droit international comporte donc un examen de la manière dont les coutumes prennent consistance et peuvent être considérées comme constituant des règles dominant les rapports internationaux. Différentes définitions tendent à fixer les éléments nécessaires pour qu'une coutume internationale soit établie. Il faut qu'il y ait des actes des États accomplis dans le domaine des relations internationales, alors que de simples lois

DISSENTING OPINION BY M. NYHOLM.

[*Translation.*]

In order to reply to the question under consideration, it is necessary in the first place to ascertain whether Turkey's action falls within a domain governed by the Law of Nations and whether there exists not only a principle but a rule of the Law of Nations which would thus represent the positive public law applicable to the particular case.

In endeavouring to trace the general lines along which public international law is formed, two principles will be found to exist : the principle of sovereignty and the territorial principle, according to which each nation has dominion over its territory and—on the other hand—has no authority to interfere in any way in matters taking place on the territories of other nations. There exists between countries an empty space over which no authority extends. In consequence of the relations which owing to the exigencies of life must necessarily be formed between nations, this empty space must be filled up by the creation of rules fixing the method to be followed in order to treat similarly, on the one hand, the material problems which arise simultaneously and often in an identical manner in the different countries, and, on the other, personal problems, namely the treatment of individuals on foreign territory, which is actually the problem in this case. As a method of regulating the relations between countries, in the first place should be mentioned more or less universal conventions concluded between States and serving to bridge over the domain not subject to any regulation. Universal laws adopted by all countries and having as their object the creation or the codification of international law would constitute a solution of the problem, but they do not exist and one can only endeavour to establish international law by *custom*.

The ascertainment of a rule of international law implies consequently an investigation of the way in which customs acquire consistency and thus come to be considered as constituting rules governing international relations. A series of definitions tend to fix the elements necessary for the establishment of an international custom. There must have been acts of State accomplished in the domain of international relations, whilst mere municipal laws

internes ne suffiraient pas ; ensuite, la base de la coutume doit être une *volonté* commune à plusieurs, même à de nombreux États, constituant une *unité des volontés* ou un *accord* général de *l'opinion* dans les pays de civilisation européenne, ou la manifestation de la *conscience juridique internationale* qui s'opère par des faits répétés continuellement avec la *conscience de leur nécessité*.

Ces diverses thèses donnent une image générale des conditions nécessaires à l'existence d'un droit international et elles démontrent la nécessité d'une certaine *action* (« actes », « volonté », « accord ») de la part des États et sans quoi une règle de droit international ne peut pas être formée sur la base de la coutume. Ce résultat est la conséquence du principe initial qui confine chaque État dans son territoire avec l'exercice de son droit de souveraineté et de sa compétence judiciaire territoriale, principes définitivement reconnus en droit international. Le litige actuel, où il s'agit du fait qu'une nation a étendu sa juridiction sur un étranger pour des faits commis par ce dernier dans son propre pays, fournit un exemple d'une *infraction réelle* au principe de territorialité. Cette infraction ne peut pas être légalisée par le simple silence. Il faut parmi les nations un consentement non seulement tacite mais dans la plupart des cas exprès pour que la situation prévue dans le susdit exemple puisse être reconnue comme autorisée par le droit international public.

Dès lors, on ne saurait — avec l'arrêt — soutenir que faute d'une règle positive restrictive les États laissent aux autres États la liberté d'arranger leurs législations comme ils l'entendent et agir en conséquence même lorsqu'ils assument en contradiction du principe de territorialité des droits sur des ressortissants étrangers pour actes que ces derniers ont commis à l'étranger. Le raisonnement de l'arrêt paraît être qu'à défaut d'une règle du droit positif les rapports entre les États dans la matière en litige sont régis par une liberté absolue. En poursuivant ce raisonnement on érige en principe du droit international public qu'à défaut de règle spéciale la liberté s'impose. La base de ce raisonnement paraît être que l'on pressent vaguement que, même hors du domaine du droit international public positif, l'état de fait des rapports entre nations représente en soi-même un principe de droit public. Mais il y a là une confusion. Il faut distinguer, en appréciant la situation existant en fait, entre ce qui n'est qu'un *état* de fait international et ce qui constitue un *droit* interna-

are insufficient ; moreover, the foundation of a custom must be the united *will* of several and even of many States constituting a *union of wills*, or a general *consensus of opinion* among the countries which have adopted the European system of civilization, or a manifestation of *international legal ethics* which takes place through the continual recurrence of events with an *innate consciousness of their being necessary*.

These different theories give a general idea of the necessary conditions for the existence of an international law and they show the necessity of some *action* ("acts", "will", "agreement") on the part of States, without which a rule of international law cannot be based on custom. This result is the consequence of the initial principle which limits every State to its territory as regards the exercise of its right of sovereignty and of its territorial jurisdiction, principles which have been definitely recognized in international law. The present case, which concerns the fact of a nation having extended its jurisdiction to a foreigner in regard to acts committed by the latter in his own country, supplies an example of an *actual infringement* of the principle of territoriality. This infringement cannot be legalized by mere tacit acceptance. Among nations consent must not merely be tacit, but, in most cases, express, if the situation provided by the above example is to be recognized as being authorized by public international law.

Thenceforward it cannot be maintained—as the judgment sets out—that, failing a positive restrictive rule, States leave other States free to edict their legislations as they think fit and to act accordingly, even when, in contravention of the principle of territoriality, they assume rights over foreign subjects for acts which the latter have committed abroad. The reasoning of the judgment appears to be that, failing a rule of positive law, the relations between States in the matter under consideration are governed by an absolute freedom. If this reasoning be followed out, a principle of public international law is set up that where there is no special rule, absolute freedom must exist. The basis of this reasoning appears to be that it is vaguely felt that, even outside the domain of positive public international law, the situation of fact as regards relations between nations in itself embodies a principle of public law. But that is a confusion of ideas. In considering the existing situation of fact, a distinction should be drawn between that which is merely an inter-

tional. Ce dernier ne saurait être créé que par des procédés spéciaux et ne peut donc être déduit d'une situation qui n'est que de pur fait.

* * *

De l'application des principes ci-dessus relatés en l'espèce, il se dégage ce qui suit. Tout d'abord il s'agit d'éliminer deux questions préliminaires qui, le cas échéant, seraient décisives pour l'affaire.

Avec l'arrêt, il faut admettre que l'article 15 de la Convention de Lausanne n'est pas l'expression d'une convention *spéciale* entre la France et la Turquie. Le texte n'est que l'expression d'une application générale du droit international. Une autre question est soulevée par la Turquie qui prétend que le délit a été perpétré sur territoire turc, savoir sur le bateau turc qui, selon le droit des gens admis, constitue une partie flottante du territoire du pays. Sans entrer dans l'examen des diverses théories quant aux délits à distance et quant à leur effet direct et indirect, il suffit de faire observer qu'il s'agit avant tout d'une question d'espèce : le délit présumé a-t-il réellement produit ses effets, savoir, mort d'hommes — la perte du bateau et de sa cargaison n'étant pas en jeu — sur le navire abordé ? La Turquie n'a fourni aucun élément, enquête maritime ou autre, qui permette de constater où précisément la mort s'est produite ; et, devant cette incertitude quant à la détermination des faits, comme ce n'est que le bateau turc qui, par suite d'une fiction, doit être considéré comme territoire turc, on ne saurait accepter la prétention turque, et il y a lieu de passer à l'examen des autres aspects de la cause.

La question vise le fait d'un abordage en haute mer entre un bateau turc et un bateau français, ayant eu comme suite qu'après l'arrivée du bateau français dans un port turc des poursuites pénales ont été instituées contre l'officier français. La compétence turque contestée par la France a été basée, paraît-il, sur l'article 6 du Code pénal turc qui étend la compétence turque à certains actes commis à l'étranger par un étranger contre un Turc.

national situation of *fact* and that which constitutes a rule of international *law*. The latter can only be created by a special process and cannot be deduced from a situation which is merely one of fact.

* * *

From the application of the principles set out above the following conclusions can be drawn. In the first place, two preliminary questions must be dealt with, which would, if answered in the affirmative, exercise a decisive effect upon the case.

In agreement with the judgment, it must be recognized that Article 15 of the Convention of Lausanne does not constitute a *special* convention between France and Turkey. This provision is merely a statement of a general application of international law. Another question is raised by Turkey, who argues that the offence was committed on Turkish territory, that is to say on the Turkish ship, which, according to the accepted international law, constitutes a floating extension of Turkish territory. Without going into the various theories regarding offences producing their effect at a distance and regarding the direct and indirect effect of such offences, it will suffice to observe that this is in the main a question to be decided on the merits of the particular case : Did the alleged offence really produce the effects imputed to it, namely the death of a number of persons—since the loss of the ship and of its cargo do not come into the question—on board the ship run down ? Turkey has produced no evidence in the form of a maritime enquiry or otherwise, calculated to establish precisely where death occurred ; and in view of this uncertainty as regards the establishment of the facts, since it is only the Turkish ship which, by application of a legal fiction, is to be regarded as Turkish territory, the Turkish contention is not made out and we may pass to the consideration of the other aspects of the case.

The case concerns a collision on the high seas between a Turkish ship and a French ship as a consequence of which, after the arrival of the French ship in a Turkish port, criminal proceedings were instituted against the French officer. The jurisdiction of the Turkish Courts, which is disputed by France, seems to have been based on Article 6 of the Turkish Criminal Code, which extends their jurisdiction to cover certain acts committed abroad by a foreigner to the injury of a Turk.

La compétence revendiquée par la Turquie est une extension des principes fondamentaux du droit international public consacrant le système territorial. Est-ce qu'une pareille extension est admise en fait d'abordage ? Pour résoudre ce problème il convient d'examiner 1) les rapports généraux sur terre entre États en ce qui concerne la compétence pénale ; 2) les mêmes rapports sur mer ; 3) le fait spécial d'abordage.

Dans cet examen le point de départ est le principe de territorialité reconnu comme faisant partie du droit international public positif. Quelques exceptions sont également reconnues, telles que la compétence sur les nationaux pour actes commis à l'étranger. Peut-on reconnaître l'exception qui porterait sur des actes commis par des étrangers à l'étranger et dont un national serait la victime ?

Les critères pour la formation d'une règle de droit positif ont été indiqués plus haut. Un examen des conventions, de la jurisprudence et de la doctrine est nécessaire. Après cet examen, qui a porté sur la matière abondante à laquelle la Cour a pu accéder, mais dont les détails ne sauraient être reproduits ici, il résulte que dans les rapports entre États *sur terre* les exceptions en matière pénale n'ont point été reconnues d'une manière générale et d'une manière suffisante pour faire brèche au principe de territorialité soutenu avec force par des nations importantes. La preuve, on la trouve entre autres dans le fait qu'une commission d'experts nommés pour la codification du droit international a mis de côté comme irréalisable pour le moment la question de l'extension de la compétence pénale.

Pour les rapports entre États *sur mer*, le résultat est à peu près le même. Le droit international reconnaît qu'un bateau est considéré comme partie du territoire avec la compétence y afférente. Des cas de compétence concurrente sont si peu fréquents qu'on est amené à conclure qu'il y a une tendance vers l'idée d'une compétence exclusive. Mais, même dans les rapports sur mer, on ne peut considérer ce résultat comme étant d'ores et déjà acquis, et comme établissant ainsi un principe de droit international.

Quant à l'abordage, on pourrait l'assimiler soit aux rapports sur mer, soit aux rapports sur terre. La compétence exclusive sur un bateau repose sur l'idée qu'un navire qui se trouve sur la mer libre pour tous, et non soumise à une nation déterminée, doit conserver

The jurisdiction claimed by Turkey is an extension of the fundamental principles of public international law which establish the territorial system. Is such an extension admissible in collision cases? To decide this point we must consider (1) the general situation prevailing between States as regards criminal jurisdiction on land; (2) the same situation as regards the high seas; (3) the case of collision in particular.

In so doing our starting point is the territorial principle which is recognized as forming part of positive international law. Some exceptions to this principle are also recognized, such as jurisdiction over nationals for acts committed abroad. Is it possible to hold that an exception is also made as regards acts which are committed by foreigners abroad and by which a national is injured?

The criteria for the establishment of a rule of positive law have been indicated above. It is necessary to examine conventions, judicial decisions and the teachings of publicists. From this examination, in the course of which the voluminous data at the Court's disposal have been considered, the details of which, however, cannot be set down here, it follows that, as regards inter-State relations *on land*, exceptions in respect of criminal law have not been recognized generally or in a manner sufficient to establish a derogation from the territorial principle which is strongly upheld by important nations. This is proved by, amongst other things, the fact that a committee of experts appointed to codify international law has set aside the question of the extension of criminal jurisdiction, as not being for the moment ready for solution.

As regards the relations prevailing between States *at sea*, the situation is more or less the same. International law recognizes that a vessel is to be regarded as a part of the territory and as subject to the jurisdiction exercised thereon. Cases of concurrent jurisdiction are so rare that one is led to the conclusion that there is a tendency towards recognition of exclusive jurisdiction. But, even as regards relations at sea, this situation cannot be regarded as already established and as thus constituting a principle of international law.

As regards collision cases, they may be assimilated either to relations on sea or to relations on land. Exclusive jurisdiction over a ship is based on the idea that a ship on the high seas, which are free to all and are not subject to the authority of any particular

son caractère national exclusif. Mais, en cas de collision entre deux bateaux de différentes nationalités, peut-être pourrait-on dire que dans les rapports entre ces deux bateaux le principe de l'exclusivité sur mer disparaît et qu'un abordage doit être ramené aux principes des rapports sur terre puisqu'il ne s'agit plus d'un navire qui vogue seul sur l'océan, et qui tire de ce fait son droit d'exterritorialité, mais de deux navires en contact, comme le sont sur terre deux nations.

Le résultat reste pourtant le même si le cas d'abordage est rangé d'un côté ou de l'autre, puisque dans les deux domaines il n'y a pas encore de droit international public positif qui soit établi. Par conséquent, il en est de même en matière d'abordage.

Il s'ensuit que l'exception au principe de territorialité qu'il est nécessaire d'établir pour donner une sanction légale à la compétence turque, objet du présent litige, n'existe pas. On ne saurait accepter avec l'arrêt qu'en dehors du droit international positif il existe une espèce de droit des gens consistant en ceci qu'il suffit qu'il n'y ait pas de règle qui défende une action pour établir que cette action est permise, car non seulement une telle manière de conclure d'une non-défense à une permission est inadmissible dans la plupart des cas, mais encore en l'espèce on se heurte au principe de territorialité qui, lui, est fixé, alors que les exceptions qu'il peut comporter — et notamment celle qui serait nécessaire pour admettre la compétence pénale turque en l'espèce — ne le sont pas.

La conséquence de ce qui précède est que la Turquie en exerçant ses poursuites a agi contrairement au principe de territorialité tel qu'il se trouve être formulé à notre époque.

Mais il est bon de rappeler que le droit international est soumis à des fluctuations continues et que l'on semble pouvoir constater une tendance vers une diminution de la rigueur dudit principe.

Si donc, actuellement, l'action de la Turquie en l'espèce ne se trouve pas légalement justifiée, d'un autre côté on ne saurait la qualifier au point de vue moral comme agressive.

En créant une législation interne qui contient, entre autres, l'article 6 du Code pénal, base invoquée pour l'action de la Turquie, cette dernière n'a donc en somme pas fait autre chose que de suivre

nation, must retain its exclusively national character. But in the case of a collision between two vessels of different nationalities, it might perhaps be said that, as regards relations between these two vessels, the principle of exclusive jurisdiction at sea falls to the ground and that a collision should be dealt with in accordance with the principles applying to relations on land, since it is no longer a question of a vessel at sea proceeding alone, the extra-territorial character of which is derived from this circumstance, but of two vessels in contact just like two nations on land.

The result, however, is the same under whichever head the case of a collision be classified, since under neither is there as yet any positively established international law. Consequently the same is true as regards collision cases.

It follows that the exception to the territorial principle which must be established to provide a legal sanction for the exercise of jurisdiction by Turkey, and which forms the subject of the present dispute, does not exist. It is impossible to hold with the judgment that, over and above positive international law, there is a kind of international law which amounts to this: that the absence of a rule prohibiting an action suffices to render that action permissible, for not only is it in most cases inadmissible thus to deduce permission from the absence of a prohibition, but furthermore in the present case one is confronted with the territorial principle, which is definitely established, whilst the possible exceptions to it—and in particular the exception which would be required to give Turkey criminal jurisdiction in this case—are not.

It follows from the foregoing that Turkey, by prosecuting Lieutenant Demons, acted in contravention of the territorial principle as established at the present time.

It will, however, be well to remember that international law is liable to continual variations and that there would seem to be a tendency towards a relaxation in the strict application of this principle.

Though therefore Turkey's action in this case is not at the present time justified in law, on the other hand it cannot be regarded as aggressive from a moral point of view.

By establishing municipal legislation containing, amongst other things, Article 6 of the Criminal Code, on which she based her action, Turkey therefore has after all merely followed a tendency

un courant législatif moderne, mais auquel s'opposent encore une partie importante des nations.

Il faut donc conclure que la Turquie — en l'espèce — a agi contrairement aux principes du droit international positif.

(Signé) D. G. NYHOLM.

of modern legislation, to which tendency, however, an important group of nations are still opposed.

It must therefore be concluded that Turkey—in this case—has acted in contravention of the principles of international law.
